

**Ankara Hacı Bayram
Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi**
ISSN 2651-4141

**Ankara Hacı Bayram
Veli University
Faculty of Law Review**
ISSN (online) 2667-4068

**Cilt XXVI, Temmuz 2022, Sayı 3
Vol. XXVI, July 2022, No. 3**

Ankara 2022

ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi

Sahibi

Prof. Dr. Yusuf TEKİN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü*

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Editörler*

Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK

Doç. Dr. Abdülkerim YILDIRIM

Doç. Dr. Mehmet Çelebi CAN

Dr. Öğr. Üyesi Kamile TÜRKOĞLU ÜSTÜN

Editör Yardımcıları

Dr. Öğr. Üyesi Fatma Umay GENÇ

Arş. Gör. Ali UÇAR

Arş. Gör. Hanne ÖZGENÇ YILMAZ

Arş. Gör. Metin GÜZEŞ

Arş. Gör. Nihan ÇITIR

Arş. Gör. Elif ALKAN

Yayın Kurulu*

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM

Prof. Dr. Ömer ANAYURT

Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Prof. Dr. Muhittin ASTARLI

Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU

Prof. Dr. İbrahim ERMENEK

Doç. Dr. Alper Çağrı YILMAZ

Doç. Dr. Mehtap YÜCEL BODUR

Bu dergi yılda dört defa yayınlanır.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Faculty Of Law Review

Owner

Prof. Dr. Yusuf TEKİN

Editor İn Chief**

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Editors**

Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

Assoc. Prof. Neslihan GÖKTÜRK

Assoc. Prof. Abdülkerim YILDIRIM

Assoc. Prof. Mehmet Çelebi CAN

Asst. Prof. Kamile TÜRKOĞLU ÜSTÜN

Deputy Editors

Asst. Prof. Fatma Umay GENÇ

Res. Assist. Ali UÇAR

Res. Assist. Hanne ÖZGENÇ YILMAZ

Res. Assist. Metin GÜZEŞ

Res. Assist. Nihan ÇITIR

Res. Assist. Elif ALKAN

Editorial Board**

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM

Prof. Dr. Ömer ANAYURT

Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Prof. Dr. Muhittin ASTARLI

Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU

Prof. Dr. İbrahim ERMENEK

Assoc. Prof. Alper Çağrı YILMAZ

Assoc. Prof. Mehtap YÜCEL BODUR

This journal is published four times a year

Yayın Sekreteri / Secretary Of Publication

Yüksel ERKAN

ISSN: 2651 - 4141 ISSN (Online): 2667 - 4068

Tasarım - Dizgi : Ayşe ÇİFTÇİ

Basım Yeri : Genç Ofset Matbaacılık

Basım Tarihi : Ağustos 2022

- * Yukarıda adları geçen editörler, editör yardımcıları ve yayın kurulu üyeleri halen Ankara Hacı Bayram Veli Üniveritesi Hukuk Fakültesi'nde görev yapmaktadır.
- ** Editors, deputy editors and members of editorial board listed above currently work at Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Adres: Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 Beşveler / ANKARA, TÜRKİYE
Tel: +90 312 216 21 13 **Faks:** +90 312 215 01 69 **web:** <http://www.hukuk.hacibayram.edu.tr>
E-posta: hukukdergi@hbv.edu.tr - dergihukuk2013@gmail.com, hukukdergi@gazi.edu.tr

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı, 2011 yılından itibaren ise yılda 4 sayı olarak yayımlanmakta olan hakemli bir dergidir.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM ve 22 Nisan 2020 tarihinden itibaren CiteFactor isimli uluslararası indeks tarafından taranmaktadır.

ASOS
indeks



CiteFactor
Academic Scientific Journals



DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Ali AKYILDIZ	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mahmut KOCA	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. S. Gül AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Rıza AYHAN	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kadir ARICI	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yadiğar İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İlyas DOĞAN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Eskişehir Osman Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. F. Bilge TANRIBİLİR	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ömer ANAYURT	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan TUNÇ	Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İbrahim ERMENEK	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yazım Kuralları ve Şekil Şartları

- **Yazı Tipi, Boyutu, Satır Aralığı ve Paragrafların Yazımı:**
 - Akademik çalışma, “Microsoft Word” programında hazırlanmalıdır.
 - Akademik çalışmaların yazımında Latin alfabesi kullanılmalıdır.
 - Akademik çalışmanın ana metninin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
 - 1,5 satır aralığı ile yazılmalıdır.
 - Paragrafların ve başlıkların yazımında önce ve sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
 - Paragrafların ilk satırı 1,25 cm içeriden başlamalıdır.
 - Çalışmadaki atıflar metnin altında; bir başka deyişle, dipnotlarda yapılmalıdır.
 - Dipnotların yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır.
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 10 punto harf boyutunda,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
 - Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
 - Paragrafların yazımından önce ve sonra 0 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- **Bölüm Başlıkları:**
 - Bütün bölüm başlıklarının yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Kalın
 - Paragrafların ilk satırının başlangıcı (1,25 cm içeriden) esas alınarak sola hizalanmış şekilde yazılmalıdır.
 - Birinci derece bölüm başlıkları bütün harfler büyük;
 - İkinci ve üçüncü derece bölüm başlıkları her sözcüğün ilk harfi büyük,
 - Dördüncü derece ve diğer bölüm başlıkları sadece ilk sözcüğün ilk harfi büyük ve diğerleri küçük olacak şekilde yazılmalıdır.
 - Birinci derece bölüm başlıkları büyük Roma rakamlarıyla (I, II, III, IV, V vd.);

- İkinci derece bölüm başlıkları Türk alfabesinde (Latin alfabesinde) bulunan büyük harflerle (A, B, C, Ç, D vd.);
- Üçüncü derece bölüm başlıkları Arap rakamlarıyla (1, 2, 3, 4, 5 vd.);
- Beşinci derece bölüm başlıkları parantez içine alınmış Arap rakamlarıyla (1), (2), (3), (4), (5) vd. numaralandırılmalıdır.
- Diğer bölüm başlıklarının nasıl numaralandırılacağı isteğe bağlıdır.
- “SONUÇ” ve (varsa) “GİRİŞ” isimli başlıklar ise;
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Kalın,
 - Bütün harfler büyük,
 - Paragrafların ilk satırının başlangıcı (1,25 cm içeriden) esas alınarak sola hizalanmış şekilde yazılmalıdır.
 - Bu başlıklar numaralandırılmamalıdır.

Örnek:

GİRİŞ

I. AYNİ İKAME İLKESİ

II. PAYLAŞMALI MAL AYRILIĞI REJİMİNDE AYNİ İKAME İLKESİ UYGULAMASI

A. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi

1. Genel Olarak

2. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminin Başlaması

3. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminde Eşlerin Hakları ve Sorumlulukları

a. Eşlerin hakları

b. Eşlerin borçları

B. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminde Mal varlığı Masaları ve Aynı İkame İlkesi Uygulaması

1. Genel Olarak

2. Eşlerin Kişisel Malları

3. Aileye Özgülenen Mallar

a. Ailenin ortak kullanımına ve yararlanmasına özgülenmiş mallar

b. Ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlar

c. Aileye özgülenen malların yerine geçen değerler ve aynı ikame uygulaması

(1) Edinilmiş mallara katılma rejiminde “yerine geçen değerler” kavramının ve aynı ikame ilkesi uygulamasının incelenmesi

(2) Aileye özgülenen mallar kapsamında aynı ikame ilkesi uygulaması

SONUÇ

• Sözcük Sayısı:

- Dergiye gönderilen akademik çalışmaların metin kısmının 15.000 kelimeyi geçmemesi gerekir.
- Özetler ve kaynakça, metin kısmı için öngörülen kelime sınırına dahil değildir.

• Akademik Çalışmalarda Kullanılacak Dil:

- Dergimize Türkçe, İngilizce ve Almanca dillerinde yazılmış akademik çalışmalar kabul edilmektedir. Ancak, Dergimizde Yayın Kurulu'nca uygun görülecek diğer yabancı dillerde hazırlanmış akademik çalışmaların yayımlanması da mümkündür. Akademik çalışmaların yazımında Latin alfabesi kullanılmalıdır.

• Başlık, Özet ve Anahtar Kelimeler:

- Akademik çalışmanın ana başlığının yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Kalın,
 - Tümü büyük harflerle,
 - 1,5 satır aralığı ile,
 - Metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.
 - Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Akademik çalışma metninden önce, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış, en az 100 en çok 200 kelimedenden oluşan özet ve beş tane anahtar kelime eklenmelidir.
- Özet ve anahtar kelimelerin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - İtalik,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
 - Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.

- Özetin ve anahtar kelimelerin yazımında, sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Paragrafların ilk satırı içeriden başlamamalıdır.
- Ayrıca, “ÖZET” ve “Anahtar Kelimeler” başlıkları kalın olarak yazılmalıdır.
- Türkçe dilinde yazılmış olan akademik çalışmalarda, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış olan özet ve anahtar kelimelerden sonra; çalışmanın ana başlığının, özetin ve anahtar kelimelerin İngilizce tercümeleri bulunmalıdır.
- Çalışmanın ana başlığının İngilizce tercümesinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Kalın,
 - Tümü büyük harflerle,
 - 1,5 satır aralığı ile,
 - Metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.
 - Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Özetin ve anahtar kelimelerin İngilizce tercümesinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - İtalik,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
 - Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
 - Özetin ve anahtar kelimelerin yazımında, sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
 - Paragrafların ilk satırı içeriden başlamamalıdır.
 - Ayrıca, “ABSTRACT” ve “Keywords” başlıkları kalın olarak yazılmalıdır.
- Yazar, isterse akademik çalışmaya İngilizce başlık, özet ve anahtar kelimelere ek olarak Almanca başlık, özet ve anahtar kelimelerde ekleyebilir.
- İngilizce dilinde yazılmış olan akademik çalışmalarda, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış olan özet ve anahtar kelimelerden sonra; çalışmanın ana başlığının, özetin ve anahtar kelimelerin Türkçe tercümeleri bulunmalıdır.
- Çalışmanın ana başlığının Türkçe tercümesinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,

- 12 punto harf boyutunda,
- Kalın,
- Tümü büyük harflerle,
- 1,5 satır aralığı ile,
- Metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.
- Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Özetin ve anahtar kelimelerin Türkçe tercümesinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - İtalik,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
 - Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
 - Özetin ve anahtar kelimelerin yazımında, sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
 - Paragrafların ilk satırı içeriden başlamamalıdır.
 - Ayrıca, “ÖZET” ve “Anahtar Kelimeler” başlıkları kalın olarak yazılmalıdır.
- Yazar, isterse akademik çalışmaya Türkçe başlık, özet ve anahtar kelimelere ek olarak Almanca başlık, özet ve anahtar kelimelerde ekleyebilir.
- Almanca dilinde ve Yayın Kurulu’na uygun görülecek diğer yabancı dillerde hazırlanmış akademik çalışmalarda yazılmış olan akademik çalışmalarda, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış olan özet ve anahtar kelimelerden sonra; çalışmanın ana başlığının, özetin ve anahtar kelimelerin Türkçe ve İngilizce tercümeleri bulunmalıdır.
- Çalışmanın ana başlığının Türkçe ve İngilizce tercümelerinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Kalın,
 - Tümü büyük harflerle,
 - 1,5 satır aralığı ile,
 - Metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.
 - Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Özetin ve anahtar kelimelerin Türkçe ve İngilizce tercümelerinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,

- İtalik,
- Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
- Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
- Özetin ve anahtar kelimelerin yazımında, sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Paragrafların ilk satırı içeriden başlamamalıdır.
- Ayrıca, “ÖZET” ve “Anahtar Kelimeler” başlıkları kalın olarak yazılmalıdır.

• **Atıf Kuralları:**

- Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda, dipnot olarak gösterilmelidir.
- **Yararlanılan kaynaklara yapılan ilk atıflar, dipnotlarda aşağıdaki şekillerde gösterilmelidir.** Aşağıda detayları belirtilen atıf usulünde kural bulunmayan durumlarda OSCALA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) sistemi takip edilmelidir.

Kitaplar:

Ad Soyad, *Kitap Adı*, Kaçınıcı Bası Olduğu, Yayınevi, Yılı, Atıf Yapılan Sayfa. Örnek: Rıza Ayhan, *Ticari İşletme Hukuku*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2007, s.89.

Kitap Bölümleri:

Ad Soyad, “Eser (Bölüm) Adı”, Editörün (Editörlerin) Adı Soyadı (Ed.), *Kitap Adı*, Yayınevi, Yıl, Atıf Yapılan Sayfa,

Örnek: Hayrettin Çağlar, “Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirketle Borç İlişkisi”, Erol Ulusoy (Ed.), *Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları*, Bilgi Yayınevi, 2016, s. 143.

Makaleler:

Ad Soyad, “ Makale Adı”, *Dergi Adı*, Cilt (Sayı) Yıl, Atıf Yapılan Sayfa.

Örnek: Cumhur Şahin, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelenmenin Kapsamı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, 19 (2), 2013, s. 293.

İnternet ortamında bulunan kaynaklar:

Örnek: Abdülkerim Yıldırım, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Güvence Vermesi”, *AÜHFD*, 64 (1), 2015,
<<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42392/510636>>, Erişim Tarihi 15 Aralık 2020, s. 238.

- **Eğer ayna kaynağa tekrar atıf yapılıyorsa bu atıflar ise dipnotlarda şu şekilde gösterilmelidir:**

Bir yazarın tek eserine yapılacak atıflarda:

Yazarın Soyada, Sayfa Numarası,

Örnek: Ayhan, s. 90.

Ayna yazarın birden fazla eserine yapılacak atıflarda, eserlerin adı, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılmalıdır:

Örnek: Ayhan, Ticari İşletme, s. 213.

Ayhan, *Kar Payı*, s. 100.

- **Yararlanılan kaynakların her birisinin bu atıf usullerine uygunluğu tek tek kontrol edilmelidir.**

- **Kaynakça:**

- Akademik çalışmanın sonunda, akademik çalışmada yararlanılan kaynakların listelendiği “KAYNAKÇA” yer almalıdır.
- “KAYNAKÇA”, metnin bitiminde bir sonraki sayfada yer almalıdır.
- Kaynakça, yazarların soy ismine göre alfabetik olarak sıralanmalıdır.
- Her bir kaynak;
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Tek satır aralığıyla,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
 - İlk satır asılı şekilde yazılmalıdır.
- Kaynakçada, metin içerisinde atıf yapılan mevzuat veya mahkeme kararlarının yer alması zorunlu değildir.
- Kaynakçada öncelikle yazarın soyadına, daha sonra adının ilk harfine yer verilir ve ayrıca, makalelerin ve kitap bölümlerinin sayfa aralığı gösterilir. Örnek: Ayhan R. Ticari İşletme Hukuku, 2. Bası, Turhan Kitabevi 2007. Örnek: Yıldırım A, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Güvence Vermesi, *AÜHFD*, 64 (1), 2015, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42392/510636>>, Erişim Tarihi 15 Aralık 2020, s. 237-266.

- Dergimiz yazım ve şekil şartlarına uygun şekilde düzenlenmeden gönderilen akademik çalışmalar, yazım ve dil editörlerinin kararıyla reddedilir veya düzeltilmesi istenir.
- Dergiye akademik çalışma gönderimi ve süreç hakkında ayrıntılı bilgi için lütfen “Etik İlkeler ve Yayın Politikası” nı inceleyiniz.
- Yazar veya yazarların bilgileri, “Kapak” formuna girilmelidir. Yazardan gelen dosya doğrudan hakeme yönlendirileceği için makalenin asıl metninde yazar bilgisi yer almamalıdır.
- Ayrıca, akademik çalışmalarla birlikte “Kapak” formunun yanı sıra “Etik Beyan Formu” ile “Telif Hakkı Devir Formu” nun da doldurularak sisteme yüklenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde süreç devam etmeyecektir.

WRITING RULES

- **Font, Size, Line Spacing and Writing of Paragraphs:**
 - Articles should be written in “Microsoft Word” software.
 - The Latin alphabet should be used in the writing of articles.
 - The main text of the article should be written in accordance with the following rules:
 - Times New Roman font,
 - 12 pt font size,
 - Justify alignment,
 - 1.5 line spacing,
 - 6 pt paragraph spacing before and after paragraphs and headings,
 - 1.25 paragraph indent for the first line of paragraph.
 - Citations for referred resources should be added as footnotes at the end of each page.
 - The footnotes should be written in accordance with the following rules:
 - In Times New Roman font,
 - 10 pt font size,
 - Justify alignment,
 - Single line spacing,
 - 0 pt paragraph spacing before and after paragraphs.
- **Chapter Titles**
 - All headings should be written in accordance with the following rules:
 - Times New Roman font,
 - 12 pt font size,
 - Bold,
 - Left alignment (1.25 paragraph indent as the first line of paragraphs).
 - The first degree headings - all uppercase;
 - The second and third degree headings - the first letter of each word is capitalized,
 - The fourth degree and other chapter headings - only the first letter of the first word is capitalized and the others lowercase.
 - The first degree headings should be numbered in capital Roman numerals (I, II, III, IV, V etc.);

- The second degree headings should be numbered in capital letters (A, B, C, Ç, D etc.) in the Turkish alphabet (Latin alphabet);
- The third degree headings should be numbered in Arabic numerals (1, 2, 3, 4, 5 etc.);
- The fourth degree headings should be numbered in lowercase letters (a, b, c, ç, d etc.) in the Turkish alphabet (Latin alphabet);
- The fifth degree headings should be numbered in Arabic numerals [(1), (2), (3), (4), (5) etc.] in parentheses.
- How other headings will be numbered is optional.
- “CONCLUSION” and (if any) “INTRODUCTION” headings should be written in accordance with the following rules:
 - Times New Roman font,
 - 12 pt font size,
 - Left alignment (1.25 paragraph indent as the first line of paragraphs),
 - Bold,
 - All letters are uppercase,
 - These headings should not be numbered.

Example:

GİRİŞ

I. AYNİ İKAME İLKESİ

II. PAYLAŞMALI MAL AYRILIĞI REJİMİNDE AYNİ İKAME İLKESİ UYGULAMASI

A. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi

1. Genel Olarak

2. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminin Başlaması

3. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminde Eşlerin Hakları ve Sorumlulukları

a. Eşlerin hakları

b. Eşlerin borçları

B. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminde Mal varlığı Masaları ve Aynı İkame İlkesi Uygulaması

1. Genel Olarak

2. Eşlerin Kişisel Malları

3. Aileye Özgülenen Mallar

- a. Ailenin ortak kullanımına ve yararlanmasına özgülenmiş mallar
 - b. Ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlar
 - c. Aileye özgülenen malların yerine geçen değerler ve aynı ikame uygulaması
- (1) Edinilmiş mallara katılma rejiminde “yerine geçen değerler” kavramının ve aynı ikame ilkesi uygulamasının incelenmesi
- (2) Aileye özgülenen mallar kapsamında aynı ikame ilkesi uygulaması

Example:

INTRODUCTION

I. PRINCIPLE OF SUBSTITUTE IN KIND

II. APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF THE SAME SUBSTITUTION IN THE SHARED GOODS SEPARATION REGIME

A. Shared Separation of Goods Regime

1. Generally

2. Commencement of Shared Property Separation Regime

3. Rights and Responsibilities of Spouses in the Shared Property Separation Regime

a. Rights of spouses

b. Spouses’ debts

B. Asset Tables and the Application of the In-kind Substitution Principle in the Shared Separation of Goods Regime

1. Generally

2. Spouses’ Personal Property

3. Family-Specific Goods

a. Goods dedicated to the common use and enjoyment of the family

b. Investments to secure the economic future of the family

c. Values that replace family-specific goods and in-kind substitution practice

(1) Examination of the concept of “substitute values” and the application of the principle of substitution in kind in the regime of participation in acquired goods

(2) Application of the principle of substitution in kind within the scope of family-specific goods

CONCLUSION

- **Word Count:**

- The text of the academic papers sent to the journal should not exceed 15,000 words.
- Abstracts and bibliography will not be included in the word limit for the text part.

- **Language to be Used in Articles:**

- Articles written in Turkish, English and German languages are accepted to our journal. However, it is also possible to publish academic studies in other foreign languages that are deemed appropriate by the Editorial Board. The Latin alphabet should be used in the writing of the articles.

- **Main Title, Abstract and Keywords:**

- The main title of the academic study should be written in accordance with the following rules:
 - Times New Roman font,
 - 12 pt font size,
 - Bold,
 - Center alignment,
 - 1.15 line spacing,
 - 6 pt paragraph spacing after the heading,
 - All uppercase,
- Before the text of the article, a summary of at least 100 and maximum 200 words and five keywords, written in the same language with the article, should be added.
- Abstract and Keywords should be written in accordance with the following rules:
 - Times New Roman font,
 - 12 pt font size,
 - Italic,
 - Justify alignment,
 - Single line spacing,
 - 6 pt paragraph spacing before and after paragraphs and headings,
 - No paragraph indent should be used for the first line of paragraphs.
 - The headings “SUMMARY” and “Keywords” should be written in bold.

- In the articles written in Turkish, after the abstract and keywords, English translation of the Main Title, summary and five keywords should be added.
- The English translation of the Main Title should be written in accordance with the following rules:
 - Times New Roman font,
 - 12 pt font size,
 - Bold,
 - Center alignment,
 - 1.15 line spacing,
 - 6 pt paragraph spacing after the heading,
 - All uppercase,
- The English translation of the summary and five keywords should be written in accordance with the following rules:
 - Times New Roman font,
 - 12 pt font size,
 - Italic,
 - Justify alignment,
 - Single line spacing,
 - 6 pt paragraph spacing before and after paragraphs and headings,
 - No paragraph indent should be used for the first line of paragraphs.
 - The headings “SUMMARY” and “Keywords” should be written in bold.
- In addition to the English title, abstract and keywords, the author can add German title, abstract and keywords to the academic work.
- In the articles written in English, a summary of at least 100 and maximum 200 words and five keywords, written in the same language with the article, should be added.
- In the articles written in English, after the abstract and keywords, Turkish translation of the Main Title, summary and five keywords should be added.
- The Turkish translation of the Main Title should be written in accordance with the following rules:
 - Times New Roman font,
 - 12 pt font size,
 - Bold,
 - Center alignment,
 - 1.15 line spacing,

- 6 pt paragraph spacing after the heading,
- All uppercase,
- The Turkish translation of the summary and five keywords should be written in accordance with the following rules:
 - Times New Roman font,
 - 12 pt font size,
 - Italic,
 - Justify alignment,
 - Single line spacing,
 - 6 pt paragraph spacing before and after paragraphs and headings,
 - No paragraph indent should be used for the first line of paragraphs.
 - The headings “SUMMARY” and “Keywords” should be written in bold.
- In the articles written in German or other foreign languages that will be deemed appropriate by the Editorial Board, a summary of at least 100 and maximum 200 words and five keywords, written in the same language with the article, should be added.
- In the articles written in German, after the abstract and keywords, Turkish and English translations of the Main Title, summary and five keywords should be added.
- The Turkish and English translations of the Main Title should be written in accordance with the following rules:
 - Times New Roman font,
 - 12 pt font size,
 - Bold,
 - Center alignment,
 - 1.15 line spacing,
 - 6 pt paragraph spacing after the heading,
 - All uppercase,
- The Turkish and English translations of the summary and five keywords should be written in accordance with the following rules:
 - Times New Roman font,
 - 12 pt font size,
 - Italic,
 - Justify alignment,
 - Single line spacing,
 - 6 pt paragraph spacing before and after paragraphs,

- No paragraph indent should be used for the first line of paragraphs.
- The headings “SUMMARY” and “Keywords” should be written in bold.

- **Citations:**

- Sources should be cited in the footnotes.
- When a source is cited for the first time, the reference should be written in accordance with the following rules. In cases where there is no rule in the citation procedure detailed below, the OSCALA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) system should be followed.

Books: Name and Surname, *Book Title*, Published, Publisher, Year, Referenced Page.

Example: Rıza Ayhan, *Commercial Business Law*, 2nd Edition, Turhan, 2007, p. 89.

Book chapters: Name Surname, “Subject (Chapter) Name”, Editor(s) Name and Surname (Ed.), *Book Title*, Publisher, Year, Referenced Page.

Example: Hayrettin Çağlar, “The Debt Relationship of the Shareholder with the Company in Joint Stock Companies”, Erol Ulusoy (Ed.), *Individual and Minority Shareholder Rights in Joint Stock Companies*, Bilge Publishing House, 2016, p. 143.

Articles: Name Surname, “Article Title”, *Journal Name*, Volume (Issue), Year, Referenced Page.

Example: Cumhuriyet Şahin, “The Scope of the Investigation on the Objection to the Decision of Postponing the Announcement of the Judgment”, *Marmara University Faculty of Law Journal of Legal Studies*, Prof. Dr. Gift to Nur Centel, 19(2), 2013, p. 293.

Resources available on the Internet:

Example: Abdülkerim Yıldırım, “Assurance of the Tenant in the Leases of Residential and Roofed Workplaces”, *AUHFD*, 64(1), 2015, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42392/510636>>, Access Date 15 December 2020, p. 238.

- If the same source is cited again, the reference should be written in accordance with the following rules.
 - For references to a single work of an author: Author’s Surname, Page Number
Example: Ayhan, p. 90.
 - In references to more than one work by the same author, the title of the Works should be abbreviated to distinguish it from other works of the author:

Example: Ayhan, *Commercial Enterprise*, p. 213.

Ayhan, *Dividend*, p. 100.

- **Bibliography**

- At the end of the article, there should be a “BIBLIOGRAPHY” page listing the sources used in the article.
- “BIBLIOGRAPHY” should be on the next page after the end of the text.
- The bibliography should be listed alphabetically according to the surnames of the authors.
- The bibliography should be written in accordance with the following rules:
 - Times New Roman font,
 - 12 pt font size,
 - Justify alignment,
 - Single line spacing,
 - 6 pt paragraph spacing after paragraphs,
 - Hanging paragraph indent for the first line.
- In the bibliography, it is not mandatory to include the court decisions cited in the text.
- In the bibliography, the sources should be written in accordance with the following examples:

Example: Ayhan R, *Commercial Business Law*, 2nd Edition, Turhan, 2007.

Example: Yıldırım A, “Tenant’s Assurance in Housing and Roofed Workplace Leases”, *AUHFD*, 64(1), 2015, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42392/510636>>, Access Date 15 December 2020, pp. 237-266.

- **Academic studies submitted without being prepared in accordance with abovementioned requirements will be rejected or requested to be edited.**
- **For detailed information about submitting articles to the Journal, see Ethical Principles and Publication Policy.**
- **Author or authors’ information should be given in the “Cover” form. Since the file from the author will be directed directly to the referee, the author information should not be included in the original text of the article.**
- **In addition to the “Cover” form, the “Ethical Declaration Form” and the “Copyright Transfer Form” must be filled and uploaded to the system. Otherwise, the review process will not continue.**

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt XXVI

Temmuz 2022

Sayı 3

İÇİNDEKİLER

MAKALELER*

ÖZEL HUKUK

Fahiş Fiyata İlişkin Sınırlamalar ve Aykırılığın
Ticaret Hukuku Açısından Sonuçları

Rauf KARASU / Semih Sırrı ÖZDEMİR 3 - 28

Türk Borçlar Kanununa Göre Kefaletin Sona Ermesi

Cemal OĞUZ 29 - 60

Ayrılma Akçesinin Hesaplanması Bakımından Anonim Şirketin
Feshi Davası İle Sorumluluk Davası Arasındaki İlişkinin
Maddi Hukuk ve Usul Hukuku Yönüyle Değerlendirilmesi

İrfan AKIN / Anıl KÖROĞLU 61 - 76

Fikri Haklar Açısından Araştırma Geliştirme Sözleşmeleri

Emel BADUR / Gülmelahat DOĞAN 77 - 118

TKHK Değişik m. 48 Hükmü Çerçevesinde Aracı Hizmet
Sağlayıcının Tüketicie Karşı Sorumluluğu

A. Dilşad KESKİN 119 - 144

Kambiyo Senetlerinde Yetkisiz Temsil ve Temsil Yetkisinin
Kötüye Kullanılması Sorunları

Muhammed SULU 145 - 182

Alman ve İsviçre Hukukunda Kamu Görevlilerinin Davranışları
Sonucu Meydana Gelen Zararlardan İdarenin Sorumluluğu

Meltem ERTUĞRUL 183 - 214

* Makaleler, yazarların unvanı ve soyadlarına göre sıralanmıştır.

Anonim Şirketlerin Kuruluş Aşamasında Markanın Sermaye Olarak Konulması Onur SARI / Pelin ATILA YÖRÜK	215 - 252
Evli Olmayan Kişinin Tek Başına Evlat Edinmesi Ayşe KARACA ÖZ	253 - 274
Digital Çağda Genel Kurul (Anonim Şirket Genel Kurul Toplantılarına İlişkin İsviçre Borçlar Kanunu Değişikliği) Mehmet Fatih CENGİL / Ömer KORKUT	275 - 324
Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliğinin Mevcut Teminatlara Etkisi Özlem SARI FİDAN	325 - 366
Doktrin, Mahkeme Kararları ve Anglo-Amerikan Hukukunun Konuya İlişkin Yaklaşımı Çerçevesinde Yoksulluk Nafakasında Süre Sorununun Değerlendirilmesi Ali KOÇ	367 - 392
Taşınır Kültür Varlıklarının Hukuka Uygun Bir Biçimde Devredilebilmeleri Açısından Türk Hukukunda Kabul Edilen Yöntemler Mehmet Mert ÖZYILDIRIM	393 - 424
İç (Milli) Tahkime Elverişlilik Çerçevesinde Kira Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar Tunahan ÇETİNEL	425 - 470
Avrupa Birliği ve Türk Rekabet Hukukunda De Minimis (Hoşgörülebilirlik) Kuralı Sezen Dilege BEŞİR	471 - 506
Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğünü İhlal Etmesi Halinde Sigorta Ettirenin İtiraz Hakkı Sefa ER	507 - 556
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Çerçevesinde Tahkim Şartının Varlığı Halinde Genel İflas Yoluyla Takip Yapılmasının Değerlendirilmesi Bahadır KÖKSAL	557 - 582

KAMU HUKUKU

Tam Yargı Davası Özelinde İdari Yargıda Dava Açma Süresi Ahmet BAĞRIAÇIK / M. Ayhan TEKİNSOY	585 - 618
Geçiş Adaletinde Sosyo-Hukuksal Bir Yargı Mekanizması Olarak Gacaca Yargısının Kuruluşu Omca ÖZDEMİR	619 - 674
Amerika Birleşik Devletleri'nde Piyasa Dolandırıcılığına İlişkin Yasal Düzenlemeler ve Bu Fiile Uygulanan Yaptırımlar Seçil ÇOŞKUN	675 - 724

ÇEVİRİ

İlkokullarda Başörtüsü Yasağına İlişkin Avusturya Anayasa Mahkemesi'nin 11 Aralık 2020 Tarihli Kararı Selim MİSAFİR / Işık Şeyma MİSAFİR	727 - 737
---	------------------

Ankara Hacı Bayram Veli University

Faculty of Law Review

Vol. XXVI

July 2022

Sayı 3

C O N T E N T S

ARTICLES*

PRIVATE LAW

*Restrictions on Exorbitant Price and Consequences
of Noncompliance in Terms of Commercial Law*

Rauf KARASU / Semih Sırrı ÖZDEMİR 3 - 28

Termination of Surety According to Turkish Code of Obligations

Cemal OĞUZ 29 - 60

*Evaluation of the Relationship between the Action for Dissolution
of the Joint Stock Company and the Liability Action in Terms of
Substantive and Procedural Law in terms of Calculation
of the Fund for Separation*

İrfan AKIN / Anıl KÖROĞLU 61 - 76

*Research and Development Agreements in Terms
of Intellectual Property*

Emel BADUR / Gülmelihat DOĞAN 77 - 118

*TKHK Amended m. Responsibility of the Intermediary Service
Provider to the Consumer within the Framework of Article 48*

A. Dilşad KESKİN 119 - 144

*Problems of Unauthorized Representation and
Abuse of Representation Power in Bills of Exchange*

Muhammed SULU 145 - 182

* Articles are drawn up according to the title and surnames of the authors.

<i>Responsibility of the Administration for Damages Caused by the Behaviors of Public Officials in German and Swiss Law</i>	
Meltem ERTUĞRUL	183 - 214
<i>Putting the Brand as Capital in the Establishment of Joint Stock Companies</i>	
Onur SARI / Pelin ATİLA YÖRÜK	215 - 252
<i>Single Adoption of an Unmarried Person</i>	
Ayşe KARACA ÖZ	253 - 274
<i>General Assembly in the Digital Age (Swiss Code of Obligations Amendment Regarding Joint Stock Company General Assembly Meetings)</i>	
Mehmet Fatih CENGİL / Ömer KORKUT	275 - 324
<i>The Effect of the Change of Party in the Rental Agreement on the Existing Guarantees</i>	
Özlem SARI FİDAN	325 - 366
<i>Evaluation of the Problem of Time in Poverty Alimony in the Framework of Doctrine, Court Decisions and Anglo-American Law's Approach to the Subject</i>	
Ali KOÇ	367 - 392
<i>Methods Accepted in Turkish Law for the Legal Transfer of Movable Cultural Properties</i>	
Mehmet Mert ÖZYILDIRIM	393 - 424
<i>Disputes Arising from Rental Agreements in the Framework of Internal (National) Arbitrability</i>	
Tunahan ÇETİNEL	425 - 470
<i>De Minimis (Tolerability) Rule in European Union and Turkish Competition Law</i>	
Sezen Dilege BEŞİR	471 - 506
<i>Insurer's Right of Objection in case of Violation of Pre-Contractual Disclosure Obligation by the Insurer</i>	
Sefa ER	507 - 556

*Evaluation of Proceedings through General Bankruptcy
in the Existence of Arbitration Conditions within the Framework
of the Supreme Court of Appeals General Assembly Decision*

Bahadır KÖKSAL 557 - 582

PUBLIC LAW

*Duration of Litigation in Administrative Jurisdiction
Specific to Full-Duty Litigation*

Ahmet BAĞRIAÇIK / M. Ayhan TEKİNSOY 585 - 618

*Establishment of Gacaca Judiciary as a Socio-Legal
Judicial Mechanism in Transitional Justice*

Omca ÖZDEMİR 619 - 674

*Market Fraud Regulations and Sanctions for this Act
in the United States*

Seçil ÇOŞKUN 675 - 724

ÇEVİRİ

*Decision of the Austrian Constitutional Court dated
11 December 2020 on the Headscarf Ban in Primary Schools*

Selim MİSAFİR / Işık Şeyma MİSAFİR 727 - 737

ÖZEL HUKUK>>

FAHİŞ FİYATA İLİŞKİN SINIRLAMALAR VE AYKIRILIĞIN TİCARET HUKUKU AÇISINDAN SONUÇLARI

Rauf KARASU*
Semih Sırrı ÖZDEMİR**

ÖZET

Serbest piyasa koşullarında, ürün veya hizmete ilişkin fiyatların belirlenmesi, bunları arz eden kişilere ait olmakla birlikte; bazı istisnai durumlarda, fiyatlara ilişkin yasak veya sınırlamalar öngörülebilir. 6585 sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ve Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği'nde, olağanüstü hal, afet ve ekonomik dalgalanma dönemleri ile diğer acil durumlarda uygulanmak üzere getirilen sınırlama da bu kapsamdadır. Düzenleme, kamunun sağlıklı yaşama, beslenme ve korunma gibi temel ihtiyaçlarını karşılamak için zorunluluk taşıyan mal ve hizmetlerde fahiş fiyat belirlenmesini yasaklamaktadır. Girdi ve üretim maliyetlerindeki artışa dayalı olarak belirlenen fiyatlar ise, önceki fiyata nazaran fahiş bir yükseklikte olsa dahi, yasak kapsamına dâhil edilmemiştir. Çalışma, fahiş fiyat kavramının uygulama açısından sınırlarının, aykırılık durumunda uygulanacak yaptırımların ve fiyat artışı yönünden haklı gerekçe olarak görülen hallerin değerlendirilmesini amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Fahiş Fiyat, Aşırı Fiyat, Girdi Maliyeti, Perakende İşletme, Tedarikçi

* **Prof. Dr.** Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA, **e-posta:** raufkarasu@hacettepe.edu.tr,

ORCID: 0000-0002-5775-9056

** **Dr. Öğretim Üyesi,** Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA, **e-posta:** ozsemih@gmail.com,

ORCID: 0000-0003-0467-1517

DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1114991

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 10/05/2022

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 30/06/2022

**RESTRAINTS CONCERNING EXORBIANT PRICE AND
CONSEQUENCES OF INFRINGEMENT
IN TERMS OF COMMERCIAL LAW**

ABSTRACT

In free market conditions, the determination of the prices of the product or service belongs to the people who supply them. In some exceptional cases, prohibitions or restrictions on prices may be envisaged. The limitation imposed by the Act no. 6585 on the Regulation of Retail Trade and the Regulation of the Unfair Price Evaluation Board, limited to the periods of emergency, disaster and economic fluctuation, and other emergencies, are also within this scope. The regulation prohibits the determination of exorbitant prices for goods and services that are obligatory to meet the basic needs of the public such as healthy living, nutrition and protection. Prices determined based on the increase in input and production costs, even if they are at an exorbitant level compared to the previous price, are not included in the scope of the ban. The aim of the study is to evaluate the concept of exorbitant price, its limits in terms of implementation, the sanctions to be applied in case of non-compliance and the situations seen as justifications in terms of price increase.

Keywords: *Exorbitant Price, Excessive Price, Cost of Input, Retail Business, Supplier*

GİRİŞ

Fiyat, bir mal veya hizmete sahip olma veya kullanmaktan kaynaklanan fayda karşılığında tüketicilerin ödediği değerler toplamıdır. Bir mal veya hizmetin fiyatını belirleyen en önemli unsur, o mal veya hizmetin niteliği ve niceliğidir. Müşterilerin alışkanlıkları, üreticinin pazardaki konumu, rakiplerin karlılık oranları ve diğer piyasa koşulları da fiyatların oluşmasında etkilidir. Girdi maliyetleri, bu değişkenlerle birlikte, bir mal veya hizmetin fiyatının belirlenmesinde ayrıca hesaba katılmaktadır.

Serbest piyasa koşullarında, petrol veya elektrik gibi piyasalar haricinde, fiyatların ne şekilde tespit edileceğine dair karar vermek, bu ürün veya hizmeti sunan kişilere aittir. Bununla birlikte, bazı hallerde kamunun bu sürece müdahalesi ile karşılaşmaktadır. 6585 sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile getirilen düzenleme, fahiş olarak nitelenen fiyatlar karşısında, kamunun genel ve dolaylı bir müdahalesi olarak değerlendirilebilir. Söz konusu düzenleme, eski dönemlerde uygulanan ürün fiyat tespiti (narh) veya azami fiyat sınırı belirleme yöntemini benimsememekte; bunun yerine, genel olarak girdi maliyet yükselişleri ile izah edilemeyen fiyat artışlarını yasaklamaktadır.

Çalışmanın ilk kısmında, konuya ilişkin düzenlemenin ana esasları ve uygulamada karşılaşılabilecek belirsizlikler incelenecektir. Bu kapsamda ayrıca,

fahiş fiyat kavramı ile girdi maliyet yükselişine dayanmayan fiyat artışı eşği inceleneyecektir. Çalışmanın ikinci kısmında, düzenlemeye aykırı bir şekilde belirlenen fiyatların haksız rekabet teşkil edip etmediği ve haksız ve fahiş fiyat nedeniyle zarar görenlerin ileri sürebileceği tazminat talepleri üzerinde durulacaktır. Çalışmanın üçüncü kısmında, fahiş fiyat uygulamalarının rekabet hukuku ve hâkim durumun kötüye kullanılması çerçevesinde aşırı fiyatlama kavramı ile ilişkisi ve aykırılık karşısında üç kat tazminat talebinde bulunulmasına dair esaslar irdelenecektir.

I. TÜRK HUKUKUNDA FAHİŞ FİYAT YASAĞINA İLİŞKİN ANA ESASLAR

A. Fahiş Fiyata İlişkin Düzenlemeler

6585 sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da üretici, tedarikçi ve perakende satış gerçekleştiren işletmeler tarafından sunulan mal veya hizmetlerin satış fiyatında fahiş artış yapılması yasaklanmıştır, (Ek Madde 1/1)¹. Bu yönde düzenleme yapmak ve denetim ile yaptırımlarda bulunmakla, anılan Kanun ile ihdas edilen Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu (Kurul) yetkilendirilmiş; ancak, Kanun'da fahiş fiyat kıstasına ilişkin açık bir hükme yer verilmemiştir, (Ek Madde 1/3). Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği'nde (Fiyat Yönetmeliği) ise fahiş fiyat artışına ilişkin yasağın zaman ve konu açısından sınırları belirlenmiştir. Yasak, ekonomik dalgalanma ve benzeri olağanüstü süreçlerle karşılaşılan dönemler ve temel ihtiyaçlara yönelik mal veya hizmetler ile sınırlı olarak uygulanacaktır². Girdi ve diğer üretim maliyetlerindeki artışlar haklı sebep olarak kabul edilmiş ve bunlara dayalı olarak yapılan fiyat artışları kapsam dışında tutulmuştur.

Konuya dair bir diğer düzenlemeye ise, 2018 yılında yapılan değişiklikle³, Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nde (Uygulamalar Yönetmeliği) yer verilmiştir⁴. “Haksız Ticari Uygulama Olarak Kabul Edilen Örnek Uygulamalar” başlığı altında, tüketiciye sunulan mal veya hizmetlerde yapılan fiyat artışlarının, aslında olmamasına rağmen, “girdi maliyeti ve döviz kuru artışı gibi”

¹ “Üretici, tedarikçi ve perakende işletmeler tarafından bir mal veya hizmetin satış fiyatında fahiş artış yapılamaz.”, (Anılan Ek madde, 7244 sayılı Kanun'un 14. maddesi uyarınca kabul edilmiştir; RG. S. 31102, T.17.04.2020).

² “Olağanüstü hal, afet ve ekonomik dalgalanma dönemleri ile diğer acil durumlarda üretici, tedarikçi ve perakende işletmeler tarafından satışa sunulan ve kamunun beslenme, sağlıklı yaşama ve korunma gibi temel ihtiyaçlarını karşılamak için zorunlu olan mal ve hizmetlerin fiyatında girdi ve diğer üretim maliyetlerindeki artış gibi haklı bir sebebe dayanmaksızın yapılan aşırı ve adil olmayan artış”, Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği, m. 3/1-ç,(RG. S. 31138, T. 28.05.2020).

³ RG. S. 30521, T. 31.08.2018.

⁴ RG. S. 29232, T. 10.01.2015.

değişkenlere dayandığı izleniminin oluşturulmasının ihlale sebebiyet vereceği belirtilmektedir⁵. Düzenleme açısından sadece fiyat artışı değil, artış dolayısı ile muhataplar nezdinde oluşturulan izlenim de önem taşımaktadır. Ancak anılan hüküm, 01.02.2022 tarihinde ilga edilmiş⁶ ve yerine konuya ilişkin ayrı bir düzenleme yapılmamıştır. Söz konusu hükmün kaldırılmasının nedeni ise açıklanmamıştır. Hükmün yürürlükten kaldırılmasının, konunun Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ve Fiyat Yönetmeliği ile fahiş fiyata ilişkin yer verilen esaslarla zaten düzenlenmiş olmasına ve ayrı bir düzenlemenin, hukuk sisteminde belirsizlik oluşturacağı endişesine dayandırılması mümkündür. Hükmün ilgasının, piyasadaki orantısız fiyat yükselişlerinin önüne geçilmesi amacı ile tam olarak örtüşmediği savunulabilir. Zira, Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nde sadece fahiş fiyat uygulamaları değil; fahiş fiyat sayılmayan haksız ticari uygulamalar da yasaklanmıştı. Ayrıca anılan düzenlemede, ilgili ürün veya hizmetlerin temel ihtiyaçlara yönelik zorunlu nitelik taşımaları da aranmamış ve bu nedenle, hükmün etki alanı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ve Fiyat Yönetmeliği'ne göre daha geniş bir şekilde belirlenmişti.

B. Fahiş Fiyat Kavramı

Devletlerin, piyasa fiyatlarına genel olarak müdahalesi, tarihte de karşılaşılan bir durumdur. Osmanlı'da fiyat tespitine yönelik *narh* uygulamaları⁷ veya İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde, Amerika Birleşik Devletleri'nde kabul edilen "Genel Tavan Fiyat Düzenlemesi"⁸, fiyatlara yapılan doğrudan müdahaleler arasında gösterilebilir⁹. Bunun yanı sıra ilaç, elektrik ve petrol gibi çeşitli yönlerden istisnai özellik taşıyan ürünler açısından da, devletlerin fiyat tavanlarını belirleme yoluna gidebildikleri gözlemlenmektedir¹⁰. Buna karşılık Türk hukukundaki mevcut düzenleme, belirli bir ürün veya ürün grubuna yönelik olmayan, genel ve dolaylı bir

⁵ "Girdi maliyeti ve döviz kuru artışı gibi fiyat değişimlerinden etkilenmemesine rağmen bu durumlardan etkileniyormuş gibi hareket ederek tüketiciye sunulan mal veya hizmetin satış fiyatında haklı bir gerekçe olmaksızın artış yapmak", (Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği, Ek-A/19).

⁶ Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (R.G.-01.02.2022/31737), m. 9.

⁷ Bu konuda bkz. Ahmet Tabakoğlu, "Osmanlı Ekonomisinde Fiyat Denetimi", *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası*, 43 (1-4), 1987, s. 121-131.

⁸ Bu konuda bkz. Alfred Letzler, "The General Ceiling Price Regulation – Problems of Coverage and Exclusion", *Law and Contemporary Problems*, 19 (4), 1954, s. 486 vd.

⁹ Doğrudan fiyat kontrolü kavramı için bkz. Robert V. Faragher/Fritz F. Heiman, "Price Stabilization During a Period of Cold War", *California Law Review*, 41 (1), 1953, s. 93-97.

¹⁰ Örnek olarak bkz. Kurt R. Brekke/Astrid L. Grasdal/Tor Helge Holmas, "Regulation and Pricing of Pharmaceuticals: Reference Pricing or Price Cap Regulation", *European Economic Review*, 53, 2009, s. 170 vd.

fiyat müdahalesi niteliği taşımaktadır. Düzenlemede belirli rakamsal sınırlamalar öngörülmemekte; müdahale, her bir somut olayda, anılan eşiklerin aşılıp aşılmadığının değerlendirilmesi yöntemi ile sağlanmaktadır. Hükümde yer verilen, “*kamuya sunulan*” ifadesi, tüketici dışındaki kişilerin taraf olduğu sözleşmelerin de kapsama dâhil edildiğini göstermektedir.

İhlal için, sadece herhangi bir artışın yapılmış olması yeterli görülmemiş; bunun, “*aşırı ve adil olmayan*” düzeyde olması aranmıştır. Haklı sebebe dayanan artışlar ise, artış üçüncü kişiler nezdinde aşırı olarak değerlendirilse dahi, aykırılık oluşturmayacaktır. Düzenlemede lafzi olarak, aşırı ve adil olmama kıstaslarının birlikte aranması nedeniyle; belirlenen bir fiyatın düzenlemeye aykırılık taşıması için, aşırı fiyat artışının aynı zamanda adil nitelik taşımaması da gerekecektir. Aşırılık kıstasının, ürün fiyatını etkileyen diğer unsurlara ve piyasa koşullarına göre tespit edilmesi mümkündür. Adil fiyat ise, felsefi temelleri olan ve eski çağlardan bu yana, temel ihtiyaç ürünlerinin fiyatlarının kamu tarafından tespit edilmesi ilkesine dayanan bir kavramdır¹¹. Adil fiyat kavramı ile, piyasa koşulları ile izah edilemeyen ve haklı bir sebep olmadan yapılan fiyat artışları kastedilmiştir. Adil fiyat kavramına yer verilmesi, girdi maliyetleri ve kurlarda zaman zaman meydana gelen yüksek artışlara paralel aşırı fiyat artışlarının, yasak kapsamına girmesinin engellenmesi amacını taşımaktadır.

Girdi ve diğer üretim maliyetlerindeki artış, fiyat belirlemede dayanan haklı sebep unsurudur. Bu çerçevede üç ayrı ihtimal değerlendirilebilir. İlki, anılan maliyet kalemlerinde herhangi bir yükseliş olmamasına rağmen, ürün/hizmet fiyatlarında artış gerçekleştirilmesidir. Bu durumda, eğer artış aşırı nitelikte değilse, aykırılık gerçekleşmeyecektir. Örneğin, girdi maliyeti hiç değişmemesine rağmen, satıcı 100 TL olan fiyatını, 105 TL’ye çıkarabilir ve bu bir aykırılık oluşturmaz. Bununla birlikte, maliyetin değişmemesine rağmen sıklıkla yapılan küçük ölçekli artışlar nedeniyle toplam fiyat yükselişi artık aşırı ve adil olmayan bir nitelik kazanmışsa, bu noktada aykırılık gerçekleşmiş olacaktır. İkinci ihtimal, girdi ve diğer maliyetlerdeki artışın doğrudan fiyatlara yansıtılmasıdır. 80 TL’ye üretilen ve 20 TL kar ile 100 TL’ye satılan bir ürün, artık 140 TL’ye üretilebiliyorsa; satıcının (eski satış fiyatı üzerinden) %60 düzeyinde bir artışla, fiyatı 160 TL’ye çıkarması aykırılık oluşturmayacaktır. Çünkü bu artış, tamamen maliyet yükselişine dayalıdır. Üçüncü ihtimal ise, maliyet artışı ile karşılaşan üreticinin, fiyatlara maliyet artışının üzerinde bir zam yapmasıdır. Düzenlemenin bunu doğrudan yasaklamadığı ve aşırılık oluşturmayacak bu kapsamdaki artışların yapılabileceği anlaşılmaktadır. Satıcının, aslında gerçekleşmeyen veya piyasada gerçekleşse dahi kendisi üzerinde

¹¹ Kavram, felsefi temelleri ve orta çağdaki uygulama yöntemleri hakkında bkz. Kürşat Haldun Akalın, “Orta Çağ İktisat Zihniyetinde Adil Fiyat Kuramı”, *Çukurova Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 11 (2), 2007, s. 26 vd.

etki doğurmayan maliyet yükselişlerini bahane ederek aşırı fiyat artışı yapması da, haklı gerekçeye dayanmadığı için aykırılık oluşturacaktır¹².

C. Fahiş Fiyat Açısından “Girdi Maliyet Artışına Dayanmayan Fiyat Artışı” Eşiği

Girdi ve diğer üretim maliyet artışları, düzenlemede yer verilen haklı gerekçe örnekleri arasındadır. Emtia, enerji, işçilik, paketleme, ulaşım, stok, döviz ve üretim sürecine ilişkin artışlar bunlara örnek olarak verilebilir. Maliyet artışı, emtianın nadirliğine, tedarik sürecindeki zorluklara veya gümrük sınırlamalarına da dayanabilir. Anılan maliyet kalemlerinde meydana gelen artışı ispat edebilen satıcı veya üreticiye karşı herhangi bir aykırılık iddiası ileri sürülemeyecektir. Anılan eşiğin çok açık olduğu düşünülebilirse de, kanaatimizce uygulama açısından çok sayıda belirsizliği de beraberinde getirmektedir. İhlaller nedeniyle ilgili merciler tarafından verilen kararların içtihat oluşturabilecek sayı ve konu çeşitliliğine erişmemesi de, belirtilen ihtimali arttırmaktadır.

Bu konuda sorulabilecek ilk soru, haklı gerekçe olarak kabul edilebilecek maliyetlerin neler olduğudur. Düzenlemede, bu yönde açık bir sınırlama getirilmemiş ve ilgili diğer maliyet kalemlerinin de bunlar arasına eklenmesi engellenmemiştir. Kanaatimizce, bu hususta objektif değil, subjektif bir kıstasın uygulanması yerinde olacaktır. Bir diğer ifadeyle, Türkiye genelindeki herhangi bir üreticinin girdi maliyetleri değil, doğrudan hakkında fiyat aşırılığı iddiası ileri sürülen üreticinin giderleri dikkate alınmalıdır. Bir üreticinin, üretim için kullandığı makine hattının eski olması, elektrik giderlerindeki; işgücü yoğun üretim yapması, işçilik giderlerindeki; kira ve pazarlama için kullandığı farklı yöntemler, bu yöndeki giderlerindeki artışlardan daha fazla etkilenmesine sebep olabilir. Ayrıca, üreticinin girdi maliyetlerinin değerlendirilmesinde, yalnızca üretim için yapılan doğrudan giderler değil, (varsa) araştırma ve geliştirme harcamaları, mali tablolarındaki borç ve faiz yükü gibi diğer giderler de hesaba katılmalıdır.

İkinci olarak, tacirin üçüncü kişilerle ilişki ve sözleşmelerinde uygulanan basiretli davranma yükümü¹³, tacirin üretim sürecini en uygun maliyetle yönetmekle zorunlu olduğu yorumuna sebep olmamalıdır. Tacirin, henüz bir ürünün belirli bir fiyat üzerinden satışına dair sözleşme akdetmediği kişilere veya kamuya yönelik, ürünlerini en uygun maliyetle satma veya gelecekte karşılaşılabilecek girdi maliyet

¹² 70 TL maliyetli ve 100 TL bedelle satılan bir ürün açısından, maliyetin 80 TL'ye çıkması; üreticinin ise müşterilerine yaptığı açıklamada, 140 TL olarak belirlediği yeni satış fiyatındaki (140-100=) 40 TL'lik artışın tamamen girdi maliyetindeki yükselişten kaynaklandığını belirtmesi, buna örnek olarak verilebilir.

¹³ Kavram hakkında bilgi için örnek olarak bkz. Muhammet Emin Bingöl, *Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Yükümlülüğü: Özellikle Tacirin Ücret ve Cezai Şartın İndirilmesini İsteyememesi*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 6 vd.

artışlarını öngörerek, bunların üretim sürecine yansımaları engelleyecek veya geciktirecek önlemleri almak yükümlülüğü bulunmamaktadır. Örneğin ithal girdilere dayalı üretim yapan bir tacir kamuya karşı, önceden hammadde stoklamak, döviz kuru oynaklığı risklerini azaltan veya bunların önüne geçen işlemler¹⁴ yapmak veya bu maliyetleri tüketiciye yansıtmamak adına, üretim sürecinde maliyet azaltıcı metotlar uygulamakla sorumlu kılınmaz. Aksi yöndeki görüş, tacir düzeyindeki üretici veya diğer satıcılar açısından ağır bir standardın uygulanması sonucunu doğuracak ve piyasa dengesine aşırı bir müdahaleye neden olacaktır. Bu görüşümüz, tacirin fiyat artışlarına yönelik gerekli önlemleri neden almadığı konusunda sorumlu kılınmasının da önüne geçmektedir. Düzenleme açısından da, tacir böyle bir yükümlülük altına sokulmamış; ispat edebildiği tüm maliyet artışını fiyatlara yansıtması, haklı bir gerekçe olarak kabul edilmiştir.

Üçüncü olarak, uygulama açısından önem taşıyabilecek şu soru sorulmalıdır: Satıcı, üretimi tamamlanmış ve henüz satışı gerçekleştirilmemiş ürünler açısından, bunların üretim sürecinde kullanılan girdilerde meydana gelen artışları fiyata yansıtabilecek midir? Örneğin, stoklarında üretimi tamamlanmış yüz adet demir sandalye olan bir üretici, demir ve enerji maliyetlerinde meydana gelen artışı, bu ürünlerin etiket fiyatına da ekleyebilecek midir? Yoksa, ilgili artış bunların üretimi sürecinde meydana gelmediği için, haklı bir gerekçe oluşturmayacak mıdır? Düzenleme maliyet artışı açısından, bu yönde bir açıklamaya yer vermemektedir. Kanaatimizce hükümdeki sınırlamanın geniş yorumu, özellikle de büyük üretim hacmine sahip ya da stoklu çalışan üreticiler açısından, ürün bazında aykırılık tespitini oldukça karmaşık bir hale getirecektir. Ayrıca, girdi maliyetlerinde tek seferde yüksek düzeyde artışların gerçekleşmesi halinde bu yaklaşım, sermayesini korumak isteyen ve ancak fiyat artışı yapmasının önüne geçilen üreticilerin, ürün stoklarını satışa sunmaktan kaçınmalarına da sebebiyet verebilir¹⁵. Buna, yaptırıma uğrama endişesi ile zamsız satılan ürünlerin, rakip üreticiler tarafından satın alınarak piyasadan toplanması ve sonraki tarihlerde, zamlı fiyattan tekrar satılması ihtimali ve bunun piyasa üzerindeki olumsuz etkileri de eklenmelidir. Bu nedenle girdi maliyetlerindeki artışın, henüz satışı gerçekleştirilmeyen ürünlere, bunlara ilişkin üretim süreci maliyet artışı öncesinde tamamlanmış olsa dahi yansıtılabileceği

¹⁴ Bu konuda örnek olarak bkz. Henry T. C. Hu, “Hedging Expectations: ‘Derivative Reality’ and the Law and Finance of the Corporate Objective”, *The Journal of Corporation Law*, 21 (1), 1995, s. 6-13.

¹⁵ Enflasyonun, kişilerin birikimlerini para dışındaki varlıklara yönlendirmelerine sebep olduğu belirtilmektedir. (Paul Beckerman, *The Economics of High Inflation*, 1. Baskı, Palgrave Macmillan, 1992, s. 9-10). Bu durum, özellikle de zam yapma imkânı sınırlanan ve stok sorunu bulunmayan ürünlerin, üreticiler tarafından daha fazla fiyat artışı beklentisi ile stoklanmasına neden olabilir. Stok imkânı veya raf ömrü sınırlı olan ürünler açısından ise, üreticilerin üretim kapasitesini sınırlandırması veya hammaddelerini üretime yönlendirmeleri ile karşılaşılabılır.

kanaatindeyiz. Bununla birlikte, perakende satıcıların girdi maliyet artışı öncesindeki maliyetlerle raflarına/stoklarına koyduğu ürünleri, girdi maliyet artışını gerekçe göstererek fahiş fiyatla satmaları, düzenlemenin amacı ile örtüşmeyecektir. Perakende satış alanında faaliyet gösteren işletmelerin girdi maliyet kalemlerinin üretici işletmelere göre genellikle daha az sayıda olması nedeniyle, girdi maliyet artışı öncesi ve sonrasında raflarda yer bulan ürünlerin tespiti daha kolaydır. Ayrıca anılan işletmelerin, hiçbir maliyet artışı gerekçesi olmaksızın stoklarındaki ürünlerde fahiş fiyat artışı yapmalarının engellenmesi, olası maliyet artışı beklentisine dayalı stokçuluk eğiliminin ve buna dayalı dönemsel arz kısıntısının önüne geçilmesi açısından da yerinde bir tercihtir. Bu nedenle, anılan ihtimal açısından, üretici ve perakende satış alanında faaliyet gösteren işletmeler arasında ayırım yapılması yerinde olacaktır.

Dördüncü olarak, fiyat artışının sadece girdi maliyetlerine dayalı olması ilkesinin yerindeliği sorgulanmalıdır. Kanaatimizce, haklı fiyat artışı gerekçesini yalnızca girdi maliyeti ile sınırlamak, paranın zaman değerini¹⁶ ve üretici veya satıcının bu yöndeki kar beklentisini ihmal etme tehlikesini barındırmaktadır. Örneğin, döviz kurundaki ciddi dalgalanma bir berberin saç kesme maliyetini belki yüzde beş oranında etkileyecek; ancak, yaşamsal ihtiyaçlarını karşılamak için gereksinim duyduğu asgari bütçenin artmasına da sebep olacaktır. Ya da, ürünlerin girdi maliyetine zam gelmemekle birlikte, ürünün raf fiyatı üzerinden hesaplanan orantısal kar, enflasyon nedeniyle değerini yitirmiş ve mevcut haliyle, ilgili üreticinin işletmesini sürdürmesi için yetersiz hale gelmiş olabilecektir. Belirtilen nedenlere dayalı olarak, kanaatimizce “girdi maliyeti” kavramı dar yorumlanmamalıdır. Özellikle emek yoğun çalışan küçük ölçekli esnaf ya da işletmeler açısından, emeğin maliyeti piyasa değişkenlerinden bağımsız değildir. İşletmelerin bu yöndeki faaliyetlerinin aslında bir fırsat maliyetinin bulunduğu¹⁷; düzenlemenin dar yorumunun, orta ve uzun vadede bazı işletmelerin piyasadan çekilmesine ve azalan rekabetle birlikte, daha ciddi fiyat artışlarına sebebiyet verebileceği¹⁸ özellikle vurgulanmalıdır.

Beşinci olarak, ticari uygulamada fiyat artışının sebepleri arasında, maliyet girdilerine yönelik artış beklentisi de bulunmaktadır. Bunlara yönelik zam beklentisi içinde olan veya bu yönde duyuları olan satıcıların, buna dayalı zammı, henüz bu maliyet artışları gerçekleşmeden yaptıkları gözlemlenebilmektedir. Kanaatimizce,

¹⁶ Enflasyon kavramı hakkında örnek olarak bkz. Beckerman, s. 1-8.

¹⁷ Fırsat maliyeti kavramı hakkında bkz. Michael Parkin, “Opportunity Cost: A Reexamination”, *The Journal of Economic Education*, 47 (1), 2016, s. 12 vd.

¹⁸ “... rekabet otoriteleri için birinci en iyi, piyasada suni olarak yaratılmış giriş engellerini ortadan kaldırmak suretiyle yeni girişleri arttırmak ve bunun sonucunda fiyatların piyasa dinamikleri ile rekabetçi seviyelere düşmesini sağlamaktır.”, (Rekabet Kurulu, K. 10-31/466-172 T. 15.04.2010, Lexpera).

anılan düzenleme açısından haklı sebebin oluşması için girdi maliyet artışının gerçekleşeceği beklentisi yeterli değildir. Artışın fiilen gerçekleşmesi gerekmektedir.

Altıncı olarak, gerçekleşen maliyet artışının toplam satış fiyatı içindeki etkisi irdelenmelidir. Belirli ürünler açısından, satış fiyatı, üretim maliyetinin orantısal olarak çok üstünde gerçekleşebilmektedir¹⁹. Üretime konu malın nadirliği, özel bir tüketim alanına hitap etmesi veya üretiminin özel bir uzmanlığı gerektirmesi durumları buna örnek olarak verilebilir. Nadir bir balın üretim maliyeti kilogram başına 40 TL olabilir; ancak, kendisine yönelik müşteri talebi nedeniyle 1000 TL fiyat üzerinden alıcı bulması mümkündür. Bu ürünün üretim maliyeti 60 TL'ye çıktığında, satıcının fiyatı 1500 TL olarak güncellemesi aşırı artış olarak değerlendirilmeli midir? Fiyat Yönetmeliği açısından öncelikle, ürünün temel ihtiyaçlara yönelik olup olmadığı incelenecektir. Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği, m. 3/1-ç) de fahiş fiyat yasağının kapsamı, kamunun beslenme, sağlıklı yaşama ve korunma gibi temel ihtiyaçlarını karşılamak için zorunlu olan mal ve hizmetler şeklinde belirlenmiştir. Bu nedenle, lüks tüketime giren bu ve benzeri ürünlerin düzenleme kapsamına dâhil edilemeyeceği görüşündeyiz. Bu çıkarım, anılan ürünler özelinde, haklı gerekçeye dayanmasa dahi yapılan aşırı fiyat artışlarının aykırılık oluşturmaması sonucunu doğurmaktadır. Bununla birlikte, bazı ürün kalemlerinde piyasa dengesinin üreticilerin ürün başına daha yüksek kar elde etmesini mümkün kıldığı göz ardı edilmemelidir. Karlılık oranı fazla olan bu sektörlerdeki²⁰/markalardaki²¹ fiyat/maliyet oranının yüksekliğinin tek başına, anılan düzenlemenin ihlaline sebebiyet vermeyeceği açıktır. Anılan ürün kalemlerinin tamamının düzenleme kapsamındaki temel tüketim kalemleri ile örtüştüğü bir an

¹⁹ Piyasa ve üretim fiyatları arasındaki ilişkiye, piyasa açısından bir bakış için bkz. Donald G. McFetridge, "Market Structure and Price-Cost Margins: An Analysis of the Canadian Manufacturing Sector", *The Canadian Journal of Economics*, 6 (3), 1973, s. 345-346. Örneğin lüks tüketim markalarında, bir çantanın satış fiyatının üretim maliyetinin 12 ile 20 katı arasında belirlendiği belirtilmektedir, (CBS News, "What would a Luxury Handbag Cost without the Markup", (CBS News, 03 Haziran 2016) <<https://www.cbsnews.com/news/what-would-a-luxury-handbag-cost-without-the-markup/>> Erişim Tarihi: 8 Mayıs 2022.

²⁰ Örneğin, birçok gözlük markasına dair ürünlerin, maliyetinin 10 katı bedelle satıldığı belirtilmektedir, Davis Lazarus, "Column: Why are Glasses So Expensive? The Eyewear Industry Prefers to Keep that Blurry", (Los Angeles Times, 22 Ocak 2019) <<https://www.latimes.com/business/lazarus/la-fi-lazarus-why-are-eyeglasses-so-expensive-20190122-story.html>> Erişim Tarihi 8 Mayıs 2022. Anılan sektördeki yüksek kar marjı hakkında ayrıca bkz. Catherine Tillson/Guillaume Gauville, "Credit Suisse, Eyewear Industry – Sector Review", (Credit Suisse, 17 Mart 2017) <https://research-doc.credit-suisse.com/docView?language=ENG&format=PDF&sourceid=em&document_id=x758839&erialid=%2f4i1VlonkH3mK35HPaU6EQ%3d%3d> Erişim Tarihi 8 Mayıs 2022.

²¹ Bazı müşterilerin, aynı amaca yönelik ürünlerden daha yüksek fiyatlı olanını seçme eğilimi hakkında bkz. F. Livesey/P. Lennon, "Factors Affecting Consumer's Choice between Manufacturer Brands and Retailer Own Labels", *European Journal of Marketing*, 12 (2), 1978, s. 164.

için varsayılsa dahi, düzenlemenin amacının oluşan piyasa koşullarının değiştirilmesi veya engellenmesi olmadığı vurgulanmalıdır. Düzenlemenin saiki, süregelen piyasa dinamikleri içinde oluşan fiyatlarda, istisnai dönemlerde haklı sebebe dayanmayan artışların gerçekleştirilmesinin engellenmesidir. Üretici veya satıcıların süregelen iş planına veya kar oranlarına karışılması değildir. Aksi yöndeki yorum, piyasa içinde gerçekleşen dengeye ve fiyat mekanizmasına doğrudan bir müdahale²² niteliği taşıyacaktır.

D. Düşen Maliyetlere Rağmen Fiyat İndirimi Yapılmamasının “Girdi Maliyet Artışına Dayanmayan Fiyat Artışı” Olarak Kabul Edilip Edilemeyeceği Sorunu

Satıcının markasının müşteriler nezdinde oluşturduğu yüksek kalite algısı, faaliyet konusuna yönelik sektör standartları, üretim ve dağıtımda kullanılan maliyet düşürücü teknikler, üretici veya hammadde satıcıları ile yapılan maliyet azaltıcı anlaşmalar, karlılık oranına etki eden değişkenler arasında sıralanabilir. Bunlarda meydana gelebilecek farklılıklar, satıcının karlılığının zaman içinde artış veya azalış göstermesine neden olabilir.

Düzenleme açısından irdelenmesi gereken husus, girdi maliyet artışına dayandırılan fiyat artışlarının gerçekleştirilmesinden sonra; bu girdi maliyetlerinin tekrar azalış göstermesi, buna rağmen satış fiyatında değişikliğe gidilmemesi ihtimalidir. Girdi maliyetlerinin eski haline dönmesi veya bunlarda meydana gelen artışların dikkate değer oranda azalış göstermesi, düzenlemede aranan haklı gerekçe unsurunu ortadan kaldıracaktır. Bu durumda, belirlenen fiyattaki girdi maliyetine dayandırılmayacak artış aşırı düzeyde ise, düzenlemeye aykırılık taşıyacaktır²³. Kanaatimizce, fiyat artışı kavramı düzenleme açısından geniş yorumlanmalı ve girdi maliyetlerine dayalı olarak gerçekleşen fiyat artışlarında, sonradan meydana gelen maliyet azaltıcı gelişmelerin bu fiyata yansıtılmaması da, fiyat artışı olarak kabul edilmelidir.

Girdi maliyet artışının aslında gerçekleşmemiş olması, haklı sebebi ortadan kaldıracaktır. Düzenleme, müşteriye bu konuda yapılan beyanı yeterli

²² “Piyasa ekonomisinin en temel kuralı, fiyatın herhangi bir müdahale olmaksızın piyasa koşullarına göre serbestçe oluşmasıdır. Nitekim piyasa ekonomilerinde fiyat ve fiyata ilişkin unsurlar, piyasanın doğal işleyişi çerçevesinde serbestçe oluşur. Bu unsurlara yapılacak sun’i bir müdahale aynı zamanda fiyata ve serbest rekabetin işleyişine bir müdahale anlamına gelir. Bu çerçevede arz ve talebin, yani dolaylı olarak fiyatın müdahaleye maruz kalması piyasadaki serbest rekabetin açık bir şekilde ihlali anlamına gelir.”, (Rekabet Kurulu, K. 11-62/1636-573 T. 21.12.2011, Lexpera).

²³ Örneğin, 50 TL’ye ürettiği bir ürünü %40 kar oranı ile 70 TL’ye satan bir kişi, üretim maliyetlerinin 60 TL’ye ulaşması nedeniyle, satış fiyatını 84 TL olarak değiştirmiştir. Girdi maliyetlerinin tekrar 50 TL’ye düşmesine rağmen, satış fiyatını değiştirmeyerek, 84 TL üzerinden satışa devam eden satıcı, kar oranını %68’e çıkarmış olmaktadır.

görmemekte²⁴; maliyet artışının fiili olarak gerçekleşmesini aramaktadır. Fiyat artışının gerçekten de girdi maliyet yükselişine dayandığı veya başka gerekçelerle ihlal meydana getirmediğini ispat yükü satıcının üzerindedir. Bu açıdan, girdi maliyetlerinin yalnızca döviz kurlarında veya emtia fiyatlarında meydana gelen değişimlerle sınırlı tutulamayacağı açıktır. İlgili merciler tarafından yürütülecek aykırılık değerlendirmesinde, girdi maliyetleri bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Döviz veya emtia bedelleri, satıcının fiyat artışını gerçekleştirdiği tarihten itibaren düşmüş olsa da; eğer bu düşüş, satıcının yakıt, işçilik, vergi, elektrik veya doğalgaz gibi girdi maliyetlerine tam olarak yansımamışsa, satıcı ispat yükünü yerine getirirken bu kalemlerdeki yükselişe dayanabilecektir. Bu hususta, piyasada gerçekleşen ortalama maliyetler değil, ilgili işletmenin temin maliyetleri dikkate alınmalıdır. Örneğin, piyasa koşullarının belirsizliğinden kaynaklanan olumsuz etkilerin önüne geçebilme gayesiyle, hammaddeyi belirli bir süre boyunca sabit bir fiyattan almayı taahhüt eden bir üretici, hammadde fiyatları piyasada düşüş gösterse dahi, bu süre zarfında daha yüksek maliyetlerle hammadde temin etmek zorunda kalabilir²⁵. Bu nedenle, anılan sözleşme süresi boyunca üreticinin, yüksek hammadde maliyetinin gerektirdiği fiyattan satış yapmasının düzenlemeye aykırılık oluşturmayacağı kanaatindeyiz.

E. Hüküm Açısından “Temel İhtiyaç” Kavramına Dair Sınırlar

Anayasa’da yer verilen, “*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir*” hükmü ile kişi temel hak ve ihtiyaçları geniş bir şekilde tanımlanmıştır, (m. 17/1)²⁶. Hatta bir Anayasa Mahkemesi kararında, “*yarına güvenle bakabilmek*” dahi temel ihtiyaç olarak kabul edilmektedir²⁷. Bir Yargıtay

²⁴ Bir toptancının müşterilerine, fiyat artışını açıklarken, artışı “elde olmayan sebeplerle”, “piyasa öngörülemezliği dolayısıyla” veya “mevcut koşullar nedeniyle” gerçekleştirdiğini beyan etmesi, bu örtülü beyanlara örnek olarak verilebilir.

²⁵ Döviz kurundan kaynaklı belirsizlikler karşısında işletmeler, gelecek maliyetlerini öngörebilmek açısından bu yöndeki sözleşmelere taraf olabilir. Döviz kur artış öncesi maliyeti 10 TL olan, sonrasında 14 TL’ye çıkan, birkaç hafta içinde 17 TL’ye çıkacağı öngörülen bir hammadde açısından ilgili işletme; tedarikçi ile önümüzdeki üç ay boyunca kullanacağı tüm hammadde için sabit 16 TL üzerinden anlaşmış olabilir. Döviz kurlarının gerilemesi halinde, ilgili hammadde piyasada 13 birime satılmaya başlansa dahi, sözleşme süresi boyunca ilgili işletmenin hammadde maliyetleri 16 TL olarak kalacaktır.

²⁶ İnsan hakları ve temel haklar kavramları hakkında bkz. Mehmet Değirmenci, “Türkiye’de Temel Hak ve Hürriyetlerin Durdurulmasının Anayasal Çerçevesi”, *Erzurum Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, (10), 2020, s. 48-54.

²⁷ “*Kişilerin temel ihtiyaçlarından ve mutluluğun başta gelen şartlarından birisi yarına güvenle bakabilmektir. Hayattan doğan tehlikeleri önlemek ve bunların yarattığı olumsuz sonuçların üstesinden gelmek kişilerin imkanları dahilinde değildir. Çağımızda devletler özellikler sosyal devlet ilkesini benimseyen devletler kişileri toplumsal risklere karşı güvenceye almak ve onların geleceğe güvenle bakmalarını sağlamak görevini üzerine almışlardır.*”, (Anayasa Mahkemesi - GK, E. 2004/9 K. 2008/112 T. 29.5.2008, (Lexpera)).

kararında ise, “*yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım ve kültür gibi harcamaları(n)*” kişinin temel ihtiyaçları arasında yer aldığı belirtilmektedir²⁸.

Temel ihtiyaç kavramına ilişkin anılan farklılıklar dikkate alındığında, Fiyat Yönetmeliği’nde konuya dair işaret edilen sınırların belirlenmesi önem taşımaktadır. Düzenlemede kavram, “*beslenme, sağlıklı yaşama ve korunma gibi*” gereksinimler üzerinden açıklanmıştır. Belirtilen örnekler ilk bakışta belirli olarak görülsede, aslında ne şekilde gerçekleştirileceği konusundaki örnekler arasında dikkate değer ayrımlar barındırmaktadır. Örneğin, pastaneden börek almak da; tadım restoranında (*fine dining*) yemek sipariş etmek de beslenme başlığı altında değerlendirilebilir. Bir hastalığın tedavisine yönelik ilaçları almakla birlikte, yaşlanmayı önleyici serum takviyeleri kullanmak da sağlıklı yaşama kapsamında değerlendirilebilir.

Yönetmelik’te “*olağanüstü hal, afet ve ekonomik dalgalanma dönemleri ile diğer acil durumlar(a)*” yapılan yollama nedeniyle, temel ihtiyaç kavramının dar şekilde yorumlanmasının amaçlandığı görüşünderiz. Bu çıkarım neticesinde, beslenme başlığının ülke mutfağının geneli açısından standart ve ortalama ürünleri kapsadığı; nispeten daha lüks tüketime yönelik organik gıdaları, diyet ürünlerini veya yabancı ülke mutfaklarına özgü gıda ürünlerini kapsam dışında tuttuğunu belirtebiliriz. Aynı yaklaşım, sağlıklı yaşama ve korunma başlıkları açısından da geçerlidir. Aksi yorum, genişleyen temel ihtiyaç kavramıyla birlikte, düzenleme ile yapılan müdahalenin neredeyse tüm ürün ve hizmetleri kapsama ihtimalini barındırmaktadır. Belirtilen çerçevede, temel ihtiyaç sınırları içinde kalmayan ürün veya hizmetlere yönelik fiyat artışlarının, haklı gerekçeye dayanmasa ve fahiş nitelik taşısa da, anılan hükümlere aykırılık taşımayacağı kanaatindeyiz.

F. Haksız ve Aşırı Fiyatlara Uygulanabilecek İdari Para Cezaları

Fiyat Yönetmeliği’ne aykırılık halinde Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu tarafından, 10.000 TL ile 100.000 TL arasında idari para cezası verilmesi mümkündür²⁹. Düzenlemede yer alan “aykırı hareket edenlere” ifadesi nedeniyle, asgari bir ürün veya hizmet kaleminde fahiş fiyatlama gerçekleştiren kişilere, anılan idari para cezasının uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Aykırı hareketin niteliğinden, kaç ürün/hizmet kaleminde gerçekleştiğinden veya bunun sonucunda erişilen cirodan bağımsız olarak belirlenen bu yaptırım kıstası, caydırıcılık açısından yeterli

²⁸ Yargıtay, 3. HD., E. 2011/17579 K. 2012/831, 17.01.2012, (Lexpera).

²⁹ “*Kanunun ek 1 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına aykırı hareket edenlere Kanunun 18 inci maddesinin birinci fıkrasının (1) bendinde öngörülen idari para cezaları Kurul tarafından verilir.*”, (Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği, m. 15/4); “*Ek 1 inci maddesinin birinci fıkrasına aykırı hareket edenlere on bin Türk lirasından yüz bin Türk lirasına kadar; ikinci fıkrasına aykırı hareket edenlere ise yüz bin Türk lirasından iki milyon Türk lirasına kadar.*”, (Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, m. 18/1-1). Anılan rakamlara dair yeniden değerlendirme oranı 2022 yılı için %36.20 olarak uygulanacaktır.

değildir. Bunun nedeni, ihlal aynı anda bu kişi tarafından satışa sunulan çok sayıda ürün veya hizmette gerçekleşse dahi, ihlalde bulunan kişiye ancak tek bir idari para cezasının verilmesini mümkün kılması ve bunu da, ticaret hayatının işleyişine göre oldukça dar ve caydırıcılık açısından yetersiz bir parasal aralık içinde sınırlamasıdır. Özellikle belirli bir cironun üzerine erişebilen perakende satıcılar veya üreticiler açısından, ilgili idari para cezası üst limitinin dahi, fahiş fiyat artışı ile elde edilebilecek toplam kar karşısında cüzi kaldığı vurgulanmalıdır.

İdari para cezası miktarının kararlaştırılmasında, faaliyet gösterilen sektör, işletme türü, fiilin ağırlığı ve aykırılığın boyutu gibi unsurlar dikkate alınacaktır, (Fiyat Yönetmeliği, m. 15/5). Fiilin ağırlığı ve sağlanan menfaat arttıkça, uygulanacak para cezası da doğru orantılı olarak artış göstermelidir. Örneğin, sadece bir üründe düzenlemeye aykırı davranan işletme ile ürünlerinin büyük çoğunluğunda veya tamamında düzenlemeye aykırı davranan işletmeye, birbirine yakın ceza miktarları uygulanmamalıdır. İhlalin gerçekleştirilme süresi de, bu hususta ayrıca dikkate alınmalıdır. Bu unsurların idari para cezası miktarına yansıtılabilmesi için, para cezası alt ve üst limitlerinin daha geniş bir aralıkta belirlenmesi yerinde olacaktır. Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da 2022 yılında yapılan değişiklikle, stokçuluk durumunda uygulanacak idari para cezası aralığının 100.000 TL ile 2.000.000 TL arasında belirlenmesi, anılan yöntemle örnek olarak verilebilir.

II. AŞIRI FİYAT KARŞISINDA HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİ YÖNÜNDE İLERİ SÜRÜLEBİLECEK TALEPLER

A. Haksız Rekabet Teşkil Edip Etmeyeceği Sorunu

Bir kişinin kendi fiyatları hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunması, bir haksız rekabet hali olarak düzenlenmiştir, (TTK m. 55/1-a(2)). Girdi maliyet artışlarından etkilenmeyen bir üreticinin, bunlardan etkilendiği izlenimini oluşturması veya fiyatlarının yükseliş nedenleri hakkında yanlış beyanlarda bulunması da, bu kapsamdadır. Belirtilen çerçevede, yapılan artışın girdi maliyetinden kaynaklandığı algısının oluşturulması Türk Ticaret Kanunu m. 54 uyarınca korunması hedeflenen dürüst rekabeti de ihlal etmektedir. Belirtilen eylem müşterilerin güvenini zedelemesi, yanıltıcı beyanlarla kendisine haksız bir avantaj sağlaması ve piyasaya zarar vermesi nedeniyle, ilgili çevrelerin menfaatine zarar vermektedir.

Buna ek olarak, Türk Ticaret Kanunu'nda "*kanun veya sözleşmeyle, rakiplere de yüklenmiş olan veya bir meslek dalında veya çevrede olağan olan iş şartlarına*" uyulmamasının, haksız rekabet teşkil edeceği belirtilmektedir, (m. 55/1-e)³⁰. Kanun

³⁰ Bkz. Füsun Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 343.

koyucunun amacı dikkate alındığında, anılan hükümde yer verilen “*kanun*” ifadesinin yalnızca teknik anlamda kanunları işaret etmeyi hedeflemediği; genel olarak ilgili mevzuat hükümlerinin tamamını kapsadığı açıktır³¹. Gıda güvenliğinin, asgari üretim standartlarının ve sağlıklı çalışma koşullarının sağlanmasına; çevre kirliliğinin önlenmesine, vergi ve harç ödenmesine, tüketici haklarının korunmasına ilişkin düzenlemeler bunlara örnek olarak verilebilir. Belirtilenler tüketicilerin, çalışanların, devletin, çevrenin ve diğer tüm ilgililerin menfaatlerini korumakla birlikte; muhataplarının üzerine sorumluluk da yüklemektedir. Anılan sorumluluktan kaçınılması, azalan maliyetler veya kolaylaşan üretim süreci gibi nedenlerle muhatabın, yükümlülüklerini ihlal etmeyen rakiplerine göre öne geçmesine ve aynı zamanda da, korunması amaçlanan menfaatlerin ihlal edilmesine sebebiyet verebilecektir. Faaliyet konusuna ilişkin gerekli izinlerin alınmamış olması³² ve faaliyette idarenin öngördüğü sınırlamaların ihlal edilmesi³³, Yargıtay tarafından iş şartlarına aykırılık olarak değerlendirilmiştir³⁴.

Fiyat artış sınırlamasına yönelik getirilen düzenleme, tüm muhataplar nezdinde uyulması gereken ve ilgili mevzuat çerçevesinde düzenlenen bir iş şartı niteliği taşımaktadır. Bunların ihlali, doğrudan TTK m. 55/1-e çerçevesinde haksız rekabet teşkil edecektir. Somut olay açısından Fiyat Yönetmeliği çerçevesinde yapılacak değerlendirmede, artışa konu ürün veya hizmetin, temel ihtiyaçlara yönelik olması ve haklı gerekçeye dayanmayan artışın, olağanüstü nitelik arz eden bir dönemde gerçekleştirilmiş olması aranmalıdır. Kanaatimizce, bu yöndeki değerlendirmenin merkezinde, her bir somut olay açısından yürütülecek teknik inceleme yer alacak; bu yöndeki uzman raporları, idari para cezasına ilişkin kararı önemli ölçüde etkileyecektir. Çalışmanın bir önceki bölümünde üzerinde durulan haksız fiyat artışı eşiği, bunun en belirgin örnekleri arasındadır.

³¹ Aynı yönde bkz. Cahit Suluk/Rauf Karasu/Temel Nal), *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 432; Ahmet Fatih Özkan, “İş Şartlarına Uymama Nedeniyle Haksız Rekabet Hali Olarak Fiyat Tarifelerine Aykırılık”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 10 (37), 2019, s. 140.

³² “...ruhsatsız olarak düğün salonu işletmeciliği veya düğün organizasyonu yapan işletmelerin, ruhsatlı olarak bu işi yapanlara karşı haksız rekabet eyleminde buldukları kabul edilmektedir.”, (Yargıtay 11 HD., E. 2016 / 862, K. 2017 / 3893, 20.06.2017, (HukukTürk)).

³³ “...Edirne Belediyesi'nin 2918 sayılı KTK 10,12, 5393 sayılı Belediye Kanunu 15. maddesi gereği, toplu taşıma sistemlerini kurma ve işletme, güzergah, durak, araç adet, tarife, bilet ücret ve benzeri belirleme yetkisine dayalı olarak aldığı,03.04.2013 tarih 2013/162 sayılı karara aykırı olarak 8'den fazla aracı davacının güzergahında çalıştırmasının alınan maddede düzenlenen haksız rekabet fiiline vücut verdiği”, (Yargıtay 11 HD, E. 2019/2866 K. 2020/2223, 2.3.2020, (Lexpera)).

³⁴ “...kuaförlerin salı günlerinde tatil yapmalarının kararlaştırıldığı, tespit dosyasında davalıların salı günleri çalıştığı belirlendiği...davalıların Esnaf Odasına kayıtlı olmamasının bu durumu değiştirmeyeceği”, (Yargıtay 11 HD. E. 2019/2099 K. 2020/293, 13.1.2020, (Lexpera)).

B. Haksız Rekabet İddiası Çerçevesinde Tazminat Talebine Dair Esaslar

Haksız rekabet sebebiyle ekonomik menfaatleri zarar gören kişiler, kusurun mevcut bulunması halinde maddi zarar ve ziyanlarının tazmin edilmesini talep edebilirler, (TTK m. 56/1). Kusurlu eylem ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağı mevcut bulunmalıdır³⁵. Manevi zararın tazmini için ise, kusur şart kılınmamıştır³⁶. Kusurun ağırlığının tespitinde, fiilin sonuçları itibariyle oluşturduğu güçlü etki³⁷ ve tacirin ihlal oluşturan eylemlerinde basiretli davranma yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi³⁸, eylemlerin “yoğunluğu, süresi, ortaya çıkan sonuçlarının yaygınlığı”³⁹ ile “ tarafların sosyal ve ekonomik durumları”⁴⁰ ayrıca dikkate alınmaktadır. Eylemin davacı üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesinde, somut olayın esasları doğrultusunda, piyasa koşulları, müşteri alışkanlıkları, davacının genel durumu, eylemin piyasa açısından makul nitelik taşıyıp taşımadığı da incelenecektir⁴¹.

³⁵ “somut olayın özelliği itibariyle haksız rekabet teşkil eden hukuka aykırı eylemin davalı tarafın kusuru ve zarar oluşturan fiil arasında illiyet bağının unsurlarının oluştuğu”, (Yargıtay 11. HD., E. 2020/789 K. 2021/391 T. 25.1.2021, (Lexpera)).

³⁶ “manevi tazminat için hukuka aykırılığın varlığı yeterli olup, ayrıca kusurun özel bir kasta veya ağırlığa bağlı olması şart değildir.”, (Yargıtay, 11. HD., E. 2006/12564 K. 2007/14906 T. 26.11.2007, (Lexpera)).

³⁷ “ticaret sicil kayıtlarına göre, davacı şirketin iflas ettiğine veya konkordato talebinde bulunduğu dair bir bildirim bulunmadığı gibi, şirketin tasfiyesine ilişkin bir tescil işleminin de yapılmadığının anlaşıldığı, davalının bu konudaki iddiasını ispatlayıcı belge veya bilgi sunmadığı, ticari hayatta iflas durumunda olmanın ağır sonuçları bulunmakta olup, bu hususta yanaltıcı bilgi verilmesinin kusuru ağırlaştırdığı”, (Yargıtay, 11. HD., E. 2012/4874 K. 2013/4002 T. 5.3.2013, (Lexpera)).

³⁸ “bu konuda tecrübeli bir firma olan davalının basiretli bir tacir gibi hareket etmeyerek yayınladığı bilgilerin detaylı bir şekilde araştırılmasını yapmayarak kusurlu davrandığı”, (Yargıtay, 11. HD., E. 2012/8393 K. 2013/22196 T. 5.12.2013 (Lexpera)); “davalının basiretli bir tacir gibi davranması zorunluluğunun doğal sonucu, ticari yararın zarara uğratılmaması veya böyle bir tehlikeye maruz kalmayı önleyici davranışları da gerektirir. Aksi davranış manevi tazminat istemine de haklılık kazandırır.”, (Yargıtay, 11. HD., E. 2001/44 K. 2001/2072 T. 19.03.2001, (Lexpera)).

³⁹ Yargıtay, 11. HD., E. 2015/9274 K. 2016/4550 T. 25.4.2016, (Lexpera); “Davalının da bir basın kuruluşu oluşu, verdiği haberin doğru ve objektif olmaması halinde, kusurunu özellikle ağırlaştıran bir durumdur.”, (Yargıtay, 4. HD., E. 1976/3518 K. 1977/7947 T. 08.07.1977, (Lexpera)).

⁴⁰ Yargıtay 11. HD., E. 2014/18521 K. 2015/5898 T. 27.4.2015, (Lexpera).

⁴¹ “Piyasaya yeni giren davalının, diğer firmaların müşterilerini kazanmaya çalışması, kendisinin faaliyetini geliştirmesi için gerekli olduğundan, bu durum başlı başına hukuka aykırılık olarak değerlendirilemez. Taşımacılık sektöründe fiyatların online ve ihale yöntemiyle belirlendiği hususu da dikkate alındığında, müşterilerin her zaman alternatif bilgileri araştıracakları açıktır. Taşıyıcının sorumlulukları gözetildiğinde, müşterinin malını en güvenli şekilde ve en ucuza taşımak istemesi, ticari hayata uygun bir davranıştır. Tedarikçi ve müşterilerin salt çalışanların yönlendirmesiyle firma tercihinde bulunmayacağı, sunulan hizmetin kalitesi, fiyat politikası gibi sair ekonomik nedenlerin de tercihte etkili olduğu gerçeği karşısında, asıl

Türk Ticaret Kanunu'nda haksız rekabet iddiasıyla tazminat talebi için, doğrudan kusurun varlığı aranmakta; hafif kusur veya ağır kusur ayırımına gidilmemektedir. Kusuru ispatla davacı yükümlüdür⁴². Bununla birlikte, zarar miktarının tam olarak tespiti mümkün değilse, hakim vakıanın olağan akışını dikkate alarak zararı hakkaniyete göre belirleyecektir, (Borçlar Kanunu, m. 50/2)⁴³. Bu hususta, tarafların ticari defterlerinden yararlanılması mümkündür⁴⁴. Hakim, tarafların üretim kapasitesi gibi teknik hususlardaki iddialarının değerlendirilmesinde bilirkişiye başvuracaktır⁴⁵. Her ne kadar TBK 50/2 hükmü ile bu konuda hakime geniş yetkiler tanınmış olsa da, bu hüküm de bazen zararın belirlenmesine yeterli olmadığından, TTK 56/1 davacıya başka bir imkan daha tanımıştır. Buna göre, davacının talepte bulunması şartıyla hakim, davacı lehine tazminat olarak, haksız rekabet sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına da karar verebilir. Davacı haksız rekabet sonucunda yoksun kaldığı karın tazminini de talep edebilir. Ancak davacı hem yoksun kaldığı karı hem de davalının elde etmesi mümkün görülen kazancın ödenmesini talep edemez. Davacı bunlardan birini seçmek zorundadır⁴⁶.

davada davalıların eylemlerinin haksız rekabet oluşturmadığı anlaşılmasına göre", (İstanbul BAM, 12. HD., E. 2019/47 K. 2021/81 T. 28.1.2021, (Lexpera)).

⁴² Kusur kavramı hakkında bkz. Cevdet Yavuz, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre "Kusursuz Sorumluluk" Halleri ve İlkeleri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14 (4), s. 30-32.

⁴³ "...davalının haksız rekabette bulunduğu doğru olarak tespit edilmiştir. Davacının, bu eylem nedeniyle zarara uğradığı sabittir. Ne var ki, davacı zarar tutarını ispat edememiştir. Bu durum karşısında, BK'nun 42 nci maddesi dikkate alınarak davacı yararına uygun tutarda maddi tazminata karar verilmesi gerekirken...", (Yargıtay, 11. HD., E. 2006/12564 K. 2007/14906 T. 26.11.2007, (Lexpera)); "uğranılan zararın miktarının tam olarak ispat edilemediği hallerde hakime olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleme yetkisi veren Borçlar Kanununun 50/11. maddesi hükmü de haksız rekabete ilişkin tazminat davalarında uygulanır. Dolayısıyla zarar miktarının tam olarak tespit ve ispat edilemediği hallerde TBK m. 50/2'ye uygun karar verilebilir.", (Bakırköy 6. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2014/222, K. 2019/70, T. 22.1.2019, (Lexpera)).

⁴⁴ "...zarar tam olarak tespit edilemese de bilirkişi raporu ile tarafların defter ve belgelerinde yapılan inceleme sonucunda BK 42.maddeye göre belirlenen 140.000,00 TL zararın dosya kapsamına uygun olduğu", (Yargıtay 11. HD., E. 2018/5748 K. 2019/247 T. 14.1.2019, (Lexpera)).

⁴⁵ "Mahkemece davalının 27.07.2017 tarihli dilekçesindeki itirazları ile davacının itirazını karşılar ek rapor alınarak ve sektöre ilişkin üretim ve kapasite oranları araştırılarak sonuca varılması, yapılan araştırma ve dosya kapsamındaki verilerle davacının zararının tam olarak tespitinin mümkün olmaması halinde 818 sayılı BK 42 ve 43. maddeleri gereğince bir değerlendirme yapılarak sonuca gidilmesi gerekirken", (Yargıtay, E. 2017/5420 K. 2019/4810 T. 25.6.2019, (Lexpera)).

⁴⁶ Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 27. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021, s. 354; Suluk/Karasu/Nal, s. 439.

Kast ve ihmali kapsayan bir üst kavram olarak kusur⁴⁷, fahiş ve haksız fiyata yönelik iddialar açısından kendisini, genellikle fiyatları belirleyen kişinin bu yöndeki kastı ile göstermektedir. Türk öğretisinde kusurun değerlendirilmesi açısından hâkim görüş, muhataptan beklenen özenin tespitinde somut olay karşısındaki ortalama birinin davranışlarını esas alan objektifleştirilmiş kusur teorisi⁴⁸. Kusur açısından aranan hukuka aykırı davranış⁴⁹, fahiş ve haksız fiyat açısından, muhatabın anılan düzenlemelere aykırı olarak yaptığı fiyatlamaya meydana getirecektir. Aykırılık taşıyan fiyatlamaya, bu yöndeki kasıt veya ihmal sebebiyet verebilir⁵⁰. İlgilinin haksız fiyatı, maliyet hesaplamalarında yaptığı hata sonucunda uygulaması, ihmale örnektir. Fiyatlamamın haksız veya fahiş niteliğine dair iddialar çerçevesinde, mahkemelerce bilirkişiler vasıtasıyla yaptırılan teknik incelemenin, anılan düzenlemelerde yer verilen kıstaslar açısından olaya dair somut ve sayısal veriler ortaya koyması nedeniyle, bu yöndeki kusur ispatına da katkı sağlayacağı savunulabilir.

Davacı haksız rekabet nedeniyle doğan zararını, öğrendiği tarihten itibaren bir yıl, her hâlükârda üç yıl içinde talep edebilecektir, (TTK m. 60/1). Tazmin bedeli, “fiyatın fahiş niteliği nedeniyle ödenmiş olan bedel” ile “fiyatta bu aykırılık olmasaydı, oluşması muhtemel olan bedel” arasındaki farka göre hesaplanabilir. Davacının bu fiyatlamaya ile arasında illiyet bağı bulunan başka bir zararı varsa, bu da talep edilebilir. Bunların yerine hâkim, anılan eylem nedeniyle satıcının elde etmesini olası gördüğü menfaatin karşılığına da hükmedebilir, (TTK m. 56/1)⁵¹. Müşterilerin düzenli olarak alışveriş yaptığı market ve benzeri işyerlerine karşı, anılan talebin, zamanaşımı sınırları içinde kalan ve aykırılık taşıdığı tespit edilen tüm ürün kalemlerini kapsar şekilde ileri sürülmesi de mümkündür. Belirli bir zaman diliminde satın alınan ürünlerin kaydına, müşteri fişleri; kredi kartı ile satın alınan ürünler açısından ise, bu harcamalara karşılık satıcıda tutulan ticari kayıtlar üzerinden erişilebilir. Ayrıca indirim ve benzeri amaçlarla, müşterilerin bir market müşteri sadakat programına kayıtlı olması ve harcamaları alışverişlerinde bu

⁴⁷ Mustafa Ünlütepe, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 153.

⁴⁸ Bu konuda bkz. Günhan Gönül Koşar, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 78-79; Nilgün Başalp, *Sorumsuzluk Anlaşmaları*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2011, s. 217-219.

⁴⁹ Ünlütepe, s. 153.

⁵⁰ Ünlütepe, s. 154-155.

⁵¹ “hakim, haksız rekabet neticesinde davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına dahi hükmedebilir.”, (Yargıtay 11. HD., E. 2018/1000 K. 2019/3043 T. 16.4.2019, (Lexpera)); “böyle bir zararın ve özellikle miktarının ispatındaki güçlüğü göz önünde tutan kanun koyucu eylemin mali bakımdan müeyyidesiz kalmaması için hakime maddi tazminat olarak davalının haksız rekabet sonucu elde etmesi mümkün bulunan menfaatin karşılığına hükmetmek yetkisini dahi vermiştir.”, (Yargıtay, 11. HD., E. 2006/9922 K. 2008/1134 T. 5.2.2008, (Lexpera)).

program kodu ile gerçekleştirmesi halinde, satın alınan ürün listesine, satıcının bu kayıtları üzerinden de ulaşılabilir.

III. AŞIRI FİYAT KARŞISINDA REKABET HUKUKU MEVZUATINA AYKIRILIK GEREKÇESİYLE İLERİ SÜRÜLEBİLECEK TALEPLER

A. Rekabet Hukuku Açısından Aykırılık Teşkil Edip Etmeyeceği Sorunu

Aşırı fiyat kavramı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, Kanun'un hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin 6. maddesi çerçevesinde⁵² Rekabet Kurulu gündemine taşınan ihlal iddialarında konuya ilişkin değerlendirmelerin yapılarak karar verildiği görülmektedir. Rekabet hukuku açısından, ilkenin amacının muhatapların tüm aşırı fiyatlarının değil; ancak hâkim durumun kötüye kullanılması benzeri rekabet ihlallerine neden olan eylemlerin kısıtlanması olduğu açıktır⁵³. Bu yöndeki aşırı fiyatlamaların, sömürücü nitelikleriyle, tüketici refahında kayba neden olduğu belirtilmektedir⁵⁴. Aşırı fiyatlara rekabet hukuku vasıtasıyla müdahale eğilimi, hukuk sistemleri arasında farklılık göstermektedir⁵⁵. Öğretide, yüksek fiyatların piyasaya yeni girişlere sebep olacağı ve piyasanın kendi kendini düzeltebileceğini⁵⁶ ve maliyete dayalı klasik fiyat analizinin, teknoloji piyasasındaki maliyetleri irdelemek açısından yetersiz olduğunu⁵⁷ savunan görüşler de bulunmaktadır.

Etiket fiyatı ile ürün veya hizmetin sunumuna ilişkin ekonomik değer arasında makul bir orantı bulunmaması durumunda fiyatın aşırı olduğu; fiyat haksızlığının tespitinin ise, rakip ürünlerle mukayese edilerek veya doğrudan bu

⁵² “Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır.”, (m. 6/1).

⁵³ Avrupa Birliği rekabet hukuku açısından aşırı fiyatlama kavramına genel bir bakış için bkz. Mark Furse, “Excessive Prices, Unfair Prices and Economic Value: The Law of Excessive Pricing Under Article 82 EC and the Chapter II Prohibition”, *European Competition Journal*, 4 (1), 2008, s. 61 vd. Türk hukukunun konu açısından değerlendirilmesine yönelik bir çalışma için bkz. Reyhan Turgut, Hakim Durumun Fahiş Fiyat Yoluyla Kötüye Kullanılması, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015, s. 40-74.

⁵⁴ Rekabet Kurulu Kararı, Karar Sayısı: 16-22/395-183, Karar Tarihi: 29.06.2016, par. 40.

⁵⁵ Çiğdem Ünal, *Aşırı Fiyatlama Kavramı ve Aşırı Fiyatlama Davranışının Rekabet Hukukundaki Yeri*, Rekabet Kurumu – Uzmanlık Tezleri Serisi No: 103, 2009, s. 25-26.

⁵⁶ Bu konuda örnek olarak bkz. Ariel Ezrahi/David Gilo, “Excessive Pricing, Entry, Assessment and Investment: Lessons from the Mittal Litigation”, *Antitrust Law Journal*, 76 (3), 2010, s. 878-879.

⁵⁷ Şahin Ardiyok/Evren Sesli/Ramiz Arslan, “İnovasyonun Önünde Aşırı Fiyat Engeli: Kar Beklenmeksizin Teknolojik Gelişim Mümkün mü?”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 14 (156), 2019, s. 1616.

fiyatın üzerinde değerlendirme yürütülerek gerçekleştirilebileceği belirtilmektedir⁵⁸. Fiyatın aşırı olma vasfının tespitinde, ürünün satış bedeli ile satıcıya olan toplam maliyeti arasındaki fark dikkate alınabilir⁵⁹. Bununla birlikte, anılan farkın gerekçeleri arasında, üretim öncesinde araştırma ve geliştirme faaliyetleri için yapılan harcamalar veya ürüne yönelik tüketici ilgisinin korunması için kısa vadelerde yapılması gereken değişikliklerin gerektirdiği bütçe bulunabilir⁶⁰. Rekabet Kurulu kararlarında, fiyatın fahiş niteliğinin tespitine ilişkin, benimsenen standart bir asgari eşik oranı tespit edilememektedir⁶¹. Fahiş fiyat iddiasının incelendiği Kurul kararlarında, “pazara giriş engelinin bulunmamasının”⁶², “müşterilerin ilgili ürünü başka bir tedarikçiden temin etmelerinin mümkün olmasının”⁶³, “fiyatın mevzuatla belirlenen azami sınırların altında bulunmasının”⁶⁴ ve “satıcının hâkim durumda olduğunun ispatlanamamasının”⁶⁵, ihlal iddiasının kabulünün önüne geçtiği görülmektedir.

Konuya rekabet ve haksız rekabet hukuku ilişkisi açısından yaklaşılsa, haksız rekabete ilişkin aykırılık tespitinin, doğrudan rekabet hukuku açısından da aykırılık sonucu doğurmayacağı özellikle vurgulanmalıdır. Fiyat yüksekliğine dayalı aykırılık iddiaları açısından, her iki düzenleme yönünden değerlendirme ayrı ayrı yürütülmelidir. Haksız rekabet hukuku yönünden satıcı ve fiyat ilişkisi üzerinden yürütülen inceleme; rekabet hukuku yönünden, ayrıca hâkim durumun kötüye kullanılmasının tespitini de gerektirmektedir. Bununla birlikte, somut olayda haksız

⁵⁸ United Brands v Commission of the European Communities, Dosya 27/76, 1978, (Bu karara ilişkin değerlendirmeler hakkında bkz. Claudio Calcagno/Antoine Chapsal/Joshua White, “Economics of Excessive Pricing: An Application to the Pharmaceutical Industry”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 10 (3), 2019).

⁵⁹ Halil Çeçen, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Fiyat Uygulamaları ile Kötüye Kullanılması, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s. 63.

⁶⁰ Bu konuda bkz. Gülgün Anık, “AT Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (65), 2006, s. 190.

⁶¹ Ardıyok/Sesli/Arslan, s. 1610-1611.

⁶² Rekabet Kurulu, K. 09-04/93-33 T. 04.02.2009.

⁶³ “Şikâyet konusu teşebbüsler Ambarlı Liman Tesislerindeki büfe ve restorandır. Her ne kadar Liman içerisinde hazır gıda üreten başka bir restoranın bulunmadığı belirtilse de, şikâyetçiden Liman çevresindeki restoranlardan sipariş vermenin önünde bir engel olmadığı öğrenilmiştir. Restoran işletmeciliği gibi giriş engellerinin oldukça düşük olduğu, yüksek sermaye gereksiniminin olmadığı ve çok sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği bir sektörde bir restoran ya da büfenin hakim durumda olduğu söylenemeyecektir.” (Rekabet Kurulu, K. 10-65/1362-504 T. 14.10.2010).

⁶⁴ Rekabet Kurulu, K. 13-21/289-139 T. 11.04.2013.

⁶⁵ Rekabet Kurulu, K. 11-09/168-57 T. 16.02.2011.

rekabet hükümlerine aykırılığın tespiti, rekabet hukuku hükümlerine aykırılığın tespitine ve buna dayalı yaptırım uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir⁶⁶.

B. Üç Kat Tazminat Talebi

Tarafların anlaşması, kararı veya ağır ihmali nedeniyle meydana gelen zarar karşısında, zarar görenler, uğradıkları maddi zararın veya ihlali gerçekleştirenlerin elde ettiği ya da etmesi muhtemel karın üç katı oranında tazminat ödenmesini talep edebilirler, (RKHK, m. 58/2).

Doktrinde savunulan bir görüş⁶⁷, üç katı oranında tazminat ödenmesini talep etme yetkisini “üç kata kadar” şeklinde yorumlamaktadır. Ancak bu yorum Kanun’un lafzı ile örtüşmemektedir. Zira üç kat tazminat talebi, zarar görenler açısından bir seçimlik hak niteliği taşımaktadır⁶⁸. Zararın üç katına karar verilmesine imkân tanınmasında, hukuk sisteminin bu yöndeki ihlalleri caydırma⁶⁹, ihlalde bulunanları yaptırıma tabi tutma ve zarar görenin kayıplarını telafi etme amacı öne çıkmaktadır⁷⁰. Hâkim durumun kötüye kullanılması halinde de, zarar görenin bu yönde talepte bulunabileceği; hükümdeki “üç katı oranında tazminata” ifadesi nedeniyle, hâkimin takdir hakkının bu talebi kabul edip etmemekle sınırlı olduğu; üç katın altındaki orantısız tazminat belirleme konusunda kendisine bir yetki tanınmadığı kabul edilmelidir⁷¹.

Anılan taleple dava açılması için Yargıtay tarafından, Rekabet Kurulu kararının kesinleşmesi işin esasına girilmesine dair bir ön şart olarak kabul

⁶⁶ Haksız rekabet ve rekabet hukuku açısından konunun değerlendirilmesi hakkında bkz. Hamdi Pınar, “Rekabet Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi”, *Rekabet Dergisi*, 15 (2), 2014, s. 72-73.

⁶⁷ Bu yöndeki görüşler hakkında bkz. Buğra Kesici, *Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 304-307; Kerem Cem Sanlı/Buğra Kesici/Cihan Doğan, “Güncel Yargı Tatbikatı Işığında Rekabet Kurulu’nun 12 Banka Kararı Üzerine Açılan Tazminat Davaları Bağlamında Ampirik Bir İnceleme”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 34 (4), 2018, s. 186.

⁶⁸ Metin Topçuoğlu, “Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009), 2009, s. 8, 21-24.

⁶⁹ Caydırıcılık ve tazminat ilişkisi hakkında bkz. Kerem Cem Sanlı, “Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Haksız Fiil Sorumluluğuna Ekonomik Bir Bakış”, *Rekabet Kurumu – Perşembe Konferansları*, 2008, s. 13-14.

⁷⁰ Büşra Cömert Akbay, “Türk Rekabet Hukukunda Özel Hukuk Cezası”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 4 (2), 2018, s. 152-154.

⁷¹ Konuya ilişkin öğretilerdeki tartışmalar için bkz. Ali Kaya, *Rekabet Hukukunda Ayrımcılık Suretiyle Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 365-368. Aksi yönde bkz. Kesici, s. 304-307; Sanlı/Kesici/Doğan, s. 186.

edilmemekte; bu durumun bekletici mesele yapılması gerektiği belirtilmektedir⁷². Kurul kararı, tazminat talep gerekçesini oluşturan eylemin hukuka aykırı niteliği açısından “*kuvvetli bir takdiri delil*” vasfındadır⁷³. Buna ilişkin bir davada, mahkemece davacının üç kat tazminat talebi, yalnızca uğranılan zarar miktarınca tazminata karar verilmesinin de caydırıcılık sağlamaya yeterli olduğu gerekçesiyle reddedilmiş ve karar Yargıtay tarafından onanmıştır⁷⁴. Kararda, davalının eyleminin ağır ihlal niteliğinde olduğu kabul edilmesine rağmen; karar yılı (2018) itibariyle, uğranılan zararın yaklaşık beş milyon lira bedelinde olmasının, zaten anılan caydırıcılığı sağlayacağı belirtilmiştir. Karar, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun ile hâkime tanınan takdir hakkında, Yargıtay’ın, “zarar bedelinin caydırıcılık sağlaması” eşliğini kabul ettiğine işaret etmektedir. Somut olayın esaslarına göre değişmekle birlikte, kanaatimizce, yalnızca uğranılan zararın hâkimin kişisel kanaati yönünden rakamsal büyüklüğü, caydırıcılık sağlamak için yeterli görülmemelidir. Bu hususta, anılan rakamın dava taraflarının mali yapısı açısından etkileri ve somut olaydaki ihlalin, bu rakamdan bağımsız olarak, üç kat tazminat ile sağlanması amaçlanan caydırıcılığı gerektirip gerektirmediği ayrıca değerlendirilmelidir.

Aşırı fiyat nedeniyle, davacının üç kat tazminat talebinde bulunabilmesi bu yöndeki genel esaslara tabidir. Davacının rekabet hukuku ilkelerine Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun m. 58/2 uyarınca aykırılık taşıyan eylem neticesindeki zararını ispat etmesi, üç kat tazminat talebini ileri sürmesi ve hâkimin bu yönde takdirde bulunması gerekir. Özellikle tüketicilerin perakende zincirlerine yönelik istemleri dikkate alındığında, davacı nezdinde oluşan zararın genellikle düşük rakamlara karşılık geleceği öngörülebilir. Bu durum karşısında taleplerin, en azından Yargıtay’ın “zarar bedelinin caydırıcılık sağlaması” eşliğine takılmasının önüne geçileceği öngörülmektedir. İhlali meydana getiren eylemlerin dışarıdan algılanmasını güçleştirecek biçimde kurgulanması ve toplumun geneli üzerindeki

⁷² “Mahkemece, davanın Rekabet Kurulu Kararı kesinleşmeden, zamansız açıldığı gerekçesiyle, dava şartı yokluğundan reddine karar verilmiştir. Oysa, Rekabet Kurulu Kararı'nın kesinleşmesinin tazminat davasının açılması için ön şart olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Davacı, işbu dava açılmadan önce 23.11.2010 tarihinde Rekabet Kurulu'na başvurduğuna göre Rekabet Kurulu'nun davalının hakim durumu kötüye kullandığına dair başvuru ile ilgili yapacağı işlem sonucunun işbu dava için bekletici mesele yapılması gerekir. Bu itibarla, mahkemece işin esasına girilerek, Rekabet Kurulu Kararı'na konu itirazın sonucu beklenerek, neticesine göre bir karar verilmesi gerekirken, yanlılgılı değerlendirmelerle yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.”, (Yargıtay, 11. HD., E. 2015/5134 K. 2016/2543 T. 8.3.2016, (Lexpera)).

⁷³ Sanlı/Kesici/Doğan, s. 193.

⁷⁴ “talep edilen 4.984.755.- TL tutarındaki tazminatın kabul edilebilir bulunduğu, davalının eylemi ağır bir ihlal olarak değerlendirilmişse de tazminat tutarının zararı karşılamaya yettiği, miktar itibariyle caydırıcılık niteliğinin de bulunduğu, 3 kat tazminata gerek görülmediği”, (Yargıtay, 11. HD., E. 2018/4875 K. 2020/2454 T. 9.3.2020, (Lexpera)).

etkileri, üç kat tazminat talebinin hâkim tarafından değerlendirilmesinde ayrıca dikkate alınabilecektir⁷⁵.

Uygun düştüğü ölçüde, aynı eylemin aldaticılık veya iş şartlarına aykırılık nedeniyle hem haksız rekabet teşkil etmesi ve hem de hâkim durumun kötüye kullanılması nedeniyle, rekabet hukuku düzenlemelerine aykırılık taşıması mümkün olabilir. Bu tespitlerin, farklı zaman dilimlerinde gerçekleşmesi de olasıdır. Belirtilen halde, önceden haksız rekabet iddiasını kanıtlayarak zararını tazmin eden davacı, daha sonradan durumun rekabet hukuku ilkelerine de aykırılık taşıdığını öğrendiğinde, ayrıca başka bir dava açarak buna dayalı tazmin talebinde de bulunabilecek midir? Kanaatimizce, tazmin talebi için, rekabet hukukuna aykırılığı tespit edilen eylem neticesinde, davacının önceden haksız rekabet dolayısıyla tazmin edilen zararını aşan başka zarar kalemlerinin tespit edilmesi aranmalıdır.

2021 yılının son aylarında konuya ilişkin öne çıkan gelişme, bazı zincir marketlere yönelik rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve uyumlu eylem içinde oldukları gerekçesiyle Rekabet Kurulu tarafından uygulanan idari para cezalarıdır⁷⁶. Anılan karara ilişkin yapılan açıklamada aşırı fiyatlamaya dair bir beyanda bulunulmamıştır. Bununla birlikte, zincir marketlerin rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve uyumlu eylemleri nedeniyle zincir marketlerdeki fiyatların, piyasa koşullarına göre aslında olması gerekenden yüksek olduğu iddiasında bulunan davacıların, ispat edilmesi şartıyla bundan kaynaklanan zararları açısından da üç kat tazminat talebinde bulunabilecekleri açıktır.

SONUÇ

Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ve Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği ile piyasa fiyat oluşumuna, fahiş fiyatların önüne geçilmesi amacıyla müdahale edilmektedir. Düzenleme, istisnai dönemler ve temel ihtiyaç kalemleri ile sınırlı olarak, girdi artışına dayanmayan aşırı fiyat artışlarını kapsamaktadır. Sınırlamanın değerlendirilmesinde, “temel ihtiyaç” kavramının dar yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz. Bu çerçevede, bir işletmenin üretim sürecini etkileyen tüm değişkenler “girdi maliyeti” olarak kabul edilebilir. Bu hükmün, üretimi gerçekleştiren tacirlere, kamuya en uygun maliyetle ürün sunma veya üretim sürecini maliyet artışlarından en az etkilenecek şekilde planlama yükümlülüğü getirmediği özellikle vurgulanmalıdır. Fiyatın aşırılığının tespitinde, objektif bir kıstasla piyasa ortalaması değil; sübjektif olarak, o fiyatı belirleyen üreticinin/satıcının maliyetleri esas alınmalıdır.

⁷⁵ Kesici, s. 315-317; Sanlı/Kesici/Doğan, s. 189.

⁷⁶ Rekabet Kurumu'nun 28.10.2021 tarihli duyurusu
<<https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Duyurular/nihai-karar-aciklamalari/tefhim-duyurulari>>
Erişim Tarihi 08 Mayıs 2022.

Düzenleme, girdi maliyetlerindeki artışın, maliyetlerin artmasından önce satın alınan ancak henüz satışı gerçekleştirilmeyen ürünlere yansıtılıp yansıtılamayacağı hususunda açıklık taşımamaktadır. Kanaatimizce, bu konuda üreticiler ile perakende satıcılar arasında bir ayırım yapılmalıdır. Üreticilerin bir ürünü girdi maliyetlerinin artmasından önce mi yoksa sonra mı imal ettiğini ispat etmek güç olduğu gibi, bu süreçte hangi hammaddelerin ve ara malların kullanıldığının tespiti de zorluk taşımaktadır. Bu nedenle, üreticilerin girdi maliyetlerindeki artışı, artıştan önce üretim süreci tamamlanmış ancak henüz satışı gerçekleştirilmeyen ürünlere de yansıtılmaları düzenlemeye aykırılık oluşturmamalıdır. Buna karşılık, perakende satıcıların girdi maliyet artışından önce aldıkları temel tüketime ilişkin malları, sonradan fahiş fiyatla satmasının ilgili düzenlemeye aykırılık oluşturduğunun kabulü gerekir.

Kanaatimizce düzenleme, aykırılık taşıyan her bir ürün veya hizmet kalemi için ayrı ayrı idari para cezası uygulanmasına olanak tanımamaktadır. Bu durum, idari para cezasının, aynı anda çok sayıda ürünü fahiş fiyatla satışa sunan kişiler üzerindeki caydırıcılığını azaltmaktadır. İdari para cezasının belirlenmesinde, ilgili fiilin ağırlığı ve elde edilen menfaatin miktarı esas alınmalıdır. Fiilin ağırlığı ve sağlanan menfaat arttıkça, uygulanacak para cezası da doğru orantılı olarak artış göstermelidir. İlgili idari para cezası üst limitinin, piyasa koşulları açısından önleyicilik sağlamakta yetersiz kaldığı ve hükmün uygulamada etkin bir şekilde tatbikinin temini için, idari para cezası üst limitinin yükseltilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Düzenlemeye aykırı fiyat belirlenmesinden dolayı zarara uğrayan kişiler, aldatıcı beyanlar ve/veya iş şartlarına uyulmaması nedeniyle haksız rekabetin meydana geldiğini ileri sürerek, tazmin talebinde bulunabilirler. Haksız rekabet açısından aykırılık, satıcının aldatıcı beyanlarına veya iş şartlarına aykırı davranışlarına da dayandırılabilir. Ayrıca, aşırı fiyatlamanın hâkim durumun kötüye kullanılmasından kaynaklandığı iddiasında bulunanlar, üç kat tazminat talep edebilirler. Rekabet hukuku yönünden ihlalin tespiti için, bu fiyatlamanın rekabet hukuku hükümlerine aykırılığının ayrıca ispatlanması gereklidir. Bir aykırılığın, somut olayda uygun düştüğü ölçüde, hem haksız rekabet oluşturması, hem de rekabet hukuku hükümlerini ihlal etmesi mümkündür. Haksız rekabet oluşturan bir eylem nedeniyle, bu kapsamda doğan zararı tazmin edilen bir kişi, ayrıca rekabet hukuku hükümlerinin ihlali gerekçesiyle de tazmin talep edebilir. Bu talebin kabulü için, rekabet hukuku hükümlerine aykırılık nedeniyle meydana gelen zararın, haksız rekabet gerekçesiyle tazmin edilen zararı aşması veya onunla örtüşmeyen kalemlere ilişkin olması aranmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akalın K H, “Orta Çağ İktisat Zihniyetinde Adil Fiyat Kuramı”, *Çukurova Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 11 (2), 2007, s. 25-48.
- Anık G, “AT Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (65), 2006, s. 189-199.
- Ardıyok Ş /Sesli E /Arslan R, “İnovasyonun Önünde Aşırı Fiyat Engeli: Kar Beklenmeksizin Teknolojik Gelişim Mümkün mü?”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 14 (156), 2019, s. 1606-1617.
- Arkan S, *Ticari İşletme Hukuku*, 27. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021.
- Başalp N, *Sorumluluk Anlaşmaları*, On İki Levha Yayınları, 2011.
- Beckerman P, *The Economics of High Inflation*, Palgrave Macmillan, 1992.
- Bingöl M E, *Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Yükümlülüğü: Özellikle Tacirin Ücret ve Cezai Şartın İndirilmesini İsteyememesi*, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Brekke K /Grasdal A /Holmas T, “Regulation and Pricing of Pharmaceuticals: Reference Pricing or Price Cap Regulation”, *European Economic Review*, 53, 2009, s. 170-185.
- Calcagno C /Chapsal A / White J, “Economics of Excessive Pricing: An Application to the Pharmaceutical Industry”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 10 (3), 2019, s. 166-171.
- CBS News, “What would a Luxury Handbag Cost without the Markup”, (CBS News, 03 Haziran 2016) <<https://www.cbsnews.com/news/what-would-a-luxury-handbag-cost-without-the-markup/>> Erişim Tarihi: 8 Mayıs 2022.
- Cömert Akbay B, “Türk Rekabet Hukukunda Özel Hukuk Cezası”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 4 (2), 2018, s. 149-174.
- Çeçen H, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Fiyat Uygulamaları ile Kötüye Kullanılması, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.
- Değirmenci M, “Türkiye’de Temel Hak ve Hürriyetlerin Durdurulmasının Anayasal Çerçevesi”, *Erzurum Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, (10), 2020, s. 45-72.
- Ezrachi A /Gilo D, “Excessive Pricing, Entry, Assessment and Investment: Lessons from the Mittal Litigation”, *Antitrust Law Journal*, 76 (3), 2010, s. 873-897.

- Faragher R /Heiman F, “Price Stabilization During a Period of Cold War”, *California Law Review*, 41 (1), 1953, s. 93-105.
- Furse M, “Excessive Prices, Unfair Prices and Economic Value: The Law of Excessive Pricing Under Article 82 EC and the Chapter II Prohibition”, *European Competition Journal*, 4 (1), 2008, s. 59-83.
- Gönül Koşar G, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi*, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Hu H T C, “Hedging Expectations: ‘Derivative Reality’ and the Law and Finance of the Corporate Objective”, *The Journal of Corporation Law*, 21 (1), 1995, s. 3-52.
- Kaya A, *Rekabet Hukukunda Ayrımcılık Suretiyle Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Kesici B, *Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu*, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Lazarus D, “Column: Why are Glasses So Expensive? The Eyewear Industry Prefers to Keep that Blurry”, (Los Angeles Times, 22 Ocak 2019) <<https://www.latimes.com/business/lazarus/la-fi-lazarus-why-are-eyeglasses-so-expensive-20190122-story.html>> Erişim Tarihi 8 Mayıs 2022.
- Letzler A, “The General Ceiling Price Regulation – Problems of Coverage and Exclusion”, *Law and Contemporary Problems*, 19 (4), 1954, s. 186-521.
- Livesey F /Lennon P, “Factors Affecting Consumer’s Choice between Manufacturer Brands and Retailer Own Labels”, *European Journal of Marketing*, 12 (2), 1978, s. 158-170.
- McFetridge D G, “Market Structure and Price-Cost Margins: An Analysis of the Canadian Manufacturing Sector”, *The Canadian Journal of Economics*, 6 (3), 1973, s. 344-355.
- Nomer Ertan F, *Haksız Rekabet Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Özkan A F, “İş Şartlarına Uymama Nedeniyle Haksız Rekabet Hali Olarak Fiyat Tarifelerine Aykırılık”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 10 (37), 2019, s. 133-180.
- Parkin M, “Opportunity Cost: A Reexamination”, *The Journal of Economic Education*, 47 (1), 2016, s. 12-22.
- Pınar H, “Rekabet Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi”, *Rekabet Dergisi*, 15 (2), 2014, s. 59-87.

- Sanlı K C /Kesici B /Doğan C, “Güncel Yargı Tatbikatı Işığında Rekabet Kurulu’nun 12 Banka Kararı Üzerine Açılan Tazminat Davaları Bağlamında Ampirik Bir İnceleme”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 34 (4), 2018, s. 123-200.
- Sanlı K C, “Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Haksız Fiil Sorumluluğuna Ekonomik Bir Bakış”, *Rekabet Kurumu –Perşembe Konferansları*, 2008.
- Suluk C /Karasu R /Nal T, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021
- Tabakoğlu A, “Osmanlı Ekonomisinde Fiyat Denetimi”, *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası*, 43 (1-4), 1987, s. 111-150.
- Tillson C /Gauville G, “Credit Suisse, Eyewear Industry – Sector Review”, (Credit Suisse, 17 Mart 2017) <https://research-doc.credit-suisse.com/docView?language=ENG&format=PDF&sourceid=em&document_id=x758839&serialid=%2f4i1VlonKH3mK35HPaU6EQ%3d%3d> Erişim Tarihi 8 Mayıs 2022.
- Topçuoğlu M, “Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009), 2009, s. 5-59.
- Turgut R, Hakim Durumun Fahiş Fiyat Yoluyla Kötüye Kullanılması, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015.
- Ünal Ç, *Aşırı Fiyatlama Kavramı ve Aşırı Fiyatlama Davranışının Rekabet Hukukundaki Yeri*, Rekabet Kurumu – Uzmanlık Tezleri Serisi No: 103, 2009.
- Ünlütepe M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Yavuz C, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na Göre “Kusursuz Sorumluluk” Halleri ve İlkeleri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14 (4), s. 29-61.

TÜRK BORÇLAR KANUNUNA GÖRE KEFALETİN SONA ERMESİ

Cemal OĞUZ*

ÖZET

Bu çalışmada 2012 yılında yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu'nun kefalet sözleşmesinin sona ermesine ilişkin öngördüğü yeni hükümler incelenmeye çalışılmıştır. Kefilin uzunca bir süre yükümlülük altında tutulmasının yaratacağı sakıncaları ortadan kaldırmak amacıyla kanun koyucu, belirsiz bir süre için girişilmiş kefaletlerin öngörülen sürenin geçmesiyle ortadan kalkacağını düzenlemiştir. Makalemizin konusunu, kanunda kefalet sözleşmesinin öngörülen bu ve bunun dışındaki diğer sona erme sebepleri oluşturmaktadır.

Kefalet fer'i niteliği itibarıyla kural olarak temin ettiği asıl borcun sona ermesiyle birlikte ortadan kalkar. Bunun yanı sıra kefalet sözleşmesi asıl borçtan bağımsız olarak kendisinden doğan sebeplerle de sona erebilir. Asıl borca bağlı sona erme sebepleri, TBK m. 598/I'de düzenlenmişken; bağımsız sona erme sebepleri TBK m. 598/II ilâ TBK m. 598/V arasında düzenlenmiştir. Bu bağımsız sona erme sebepleri arasında kanunda yeni bir hüküm olarak yer alan bir gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefaletin, buna ilişkin sözleşmenin kurulmasından başlayarak on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkacağına ilişkin düzenleme önem taşır.

Kefalet, ayrı bir sözleşme olarak Kanun'un genel hükümlerine göre de sona erebilir. Kefaletin kendisinden kaynaklanan sona erme sebepleri ise TBK m. 598 ilâ TBK m. 602 arasında düzenlemiştir. Gelecekte doğacak bir borca kefalet bakımından da durum, kanunun ilgili hükmü çerçevesinde değerlendirilmekte ve kefile tanınan kefaletten dönme hakkı makalede ayrıca incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: *Kefaletin Sona Ermesi, Süreli Kefalet, Belirsiz Süreli Kefalet, Kefaletten Dönme, Kefilin Sorumluluğu*

* **Prof. Dr.**, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı/ANKARA,
E-posta: oguzc@cankaya.edu.tr,

ORCID: 0000-0001-7395-7207

DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1129505

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 11/06/2022

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 25/07/2022

TERMINATION OF SURETY ACCORDING TO THE TURKISH CODE OF OBLIGATION

ABSTRACT

In this study, it has been tried to examine the new provisions of the Turkish Code of Obligations, which came into force in 2012, regarding the termination of the contract of surety. In order to eliminate the inconveniences caused by keeping the surety under his/her obligation for a long time, the legislator has regulated that the indefinite-term sureties are released after the given period. The subject of our article is this and other reasons for the termination of the contract of surety regulated in the law.

Due to its secondary nature, surety is released as a rule when the principal obligation it secures is extinguished. In addition, the contract of surety may also terminate for reasons arising from itself, independent of the principal obligation. While the principal obligation-dependent termination reasons are regulated in art. 598/I of TCO; the independent grounds for termination are regulated under art. 598/II of TCO to art. 598/V of TCO. Among these independent termination grounds, the regulation, which is included as a new provision in the TCO, that any surety given by a natural person is extinguished once ten years have elapsed from the date on which the contract was entered into, is important.

Since the surety is a separate contract, it can also be terminated according to the general provisions of the law. The reasons for the termination of the surety itself are regulated under art. 598 of TCO to art. 602 of TCO. In terms of surety for a future obligation, the situation is evaluated within the framework of the relevant provision of the law and the right to revocation of the surety granted to the surety is also examined in this study.

Keywords: *Termination of Surety, Fixed-term Surety, Open-ended Surety, Revocation of Surety, Responsibility of Surety.*

GİRİŞ

Alacaklı için kefalet, alacağının teminatını oluşturur. Kişisel teminat sağlama amacına yönelik olması sebebiyle kefilin borcu asıl borca bağımlıdır. Kefalet geçerli bir borcun varlığı durumunda doğabilir; varlığını sürdürebilir.¹ Kefalet asıl borca bağlı fer'i nitelikte bir yan hak olduğundan,² asıl borcun doğduktan sonra herhangi bir sebeple ortadan kalktığı her durumda kefalet de kanun gereği alacaklının tatmin edilmiş olmasından bağımsız olarak kendiliğinden ortadan kalkar.³

Kefalet sözleşmesinin tek sona erme sebebi asıl borcun ortadan kalkması değildir. Kanun koyucu, Türk Borçlar Kanunu'nun 598 ilâ 602. maddeleri arasında kefalet sözleşmesinin asıl borçtan bağımsız olarak sona erme sebeplerini özel olarak düzenlenmiştir. "Sona Erme" başlığı altında öncelikle kefaletin kanun gereğince sona ermesi hâlleri düzenlenmiş; bunu takiben de süreli ve süreli olmayan kefaletlerle çalışanlara kefaletin asıl borçtan bağımsız olarak diğer bir ifadeyle kendiliğinden sona ermesi düzenleme altına alınmıştır. Bu anlamda, kefalet, asıl borcun sona ermesi sebebiyle veya asıl borçtan bağımsız olarak kefaletin kendisinden doğan sebeplerle sona erebilir. Bağımlı sona erme sebepleri TBK m. 598/I'de düzenlenmişken; bağımsız sona erme sebepleri TBK m. 598/II ilâ TBK m. 598/V arasında düzenlenmiştir.

Kefaleti ortadan kaldıran sebepler, asıl borcun sona ermesi veya Türk Borçlar Kanunu'nun 598 ilâ 602. maddeleri arasındaki sona erme sebepleriyle de sınırlı değildir. Kefalet, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine göre de sona erebilir.⁴ Zira her ne kadar kefalet fer'i nitelikte olsa da ayrı bir sözleşmedir ve sözleşmeyi sona erdiren kanunda öngörülen sebeplerden birinin gerçekleşmesi hâlinde kefalet de ortadan kalkar. Diğer taraftan TMK m. 619 ve devamında mirasın resmi deftere göre kabulü hâlinde kefaletin sona ermesi bakımından özel bir düzenleme öngörülmüştür.

Kefaletin, asıl borcun sona ermesinin bir sonucu olarak veya Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine göre sona ermesi, kefaletin ayrı bir sözleşme olmasından ve kefaletin niteliği itibarıyla fer'iliğinden kaynaklanır. Buna karşılık kanun koyucunun kefaletin sözü edilen durumlardan bağımsız olarak başka sebeplerle sona ermesine yönelik hükümler öngörmesinin temelinde kefilin koruma

¹ Halûk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt II, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, 1989, s. 695.

² Christoph M. Pestalozzi, in *BSK - Basler Kommentar, Obligationenrecht I: Art. 1–529 OR*, 6. Auflage, 2015, Art. 509, N. 2.

³ Markus Vischer, in *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft*, Art. 319-529 OR, 3. Auflage, 2016, Art. 509, N. 2; Pestalozzi, BSK, Art. 509, N. 2.

⁴ Vischer, CHK, Art. 509 OR, N. 1.

düşüncesi yatar. Zira kefil, asıl borçlu değildir. Borçlusu olmadığı bir borç için teminat sağlayan kefilin öngörülemez bir süre için sorumluluğuna başvurulması riskiyle karşı karşıya bırakılması kabul edilemez. Bu nedenle kanun koyucu gerçek kişi kefillerin çok uzun bir süre boyunca bir baskının veya diğer bir ifadeyle bir yükün altında tutulmasına göz yummamıştır. Kefalet sözleşmesinin düzenlenmesi bakımından sıkı şekil şartları öngörerek kefil düşünceli davranmaya yönelen kanun koyucu, kefil bir kere yükümlülük altına girdikten sonra da onu korumasız bırakmamış; özellikle kefalet sözleşmesine süre yönünden bir sınır getirerek belirli şartlar altında kefil korumayı amaçlamıştır.

I. KEFALETİ SONA ERDİREN SEBEPLER

A. Genel Olarak

Kefalet fer'i niteliğine bağlı olarak garanti ettiği asıl borcun herhangi bir sebeple sona ermesiyle doğrudan ortadan kalkar (TBK m. 598/I).⁵ Bu tür sona erme, başlı başına özel önem arz etmez. Zira fer'i nitelikteki her borç gibi kendisinin bağlı olduğu alacak hakkının herhangi bir sebeple ortadan kalkmasıyla birlikte, kefalet de hükmünü kaybeder. Bununla birlikte bu konu Türk Borçlar Kanunu'nun 598. maddesinin birinci fıkrasında açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla kefaleti sona erdiren iki temel sebepten ilki asıl borcun sona ermesidir.

Kefaleti sona erdiren temel sebeplerden ikincisi, kefaletin kefalet sözleşmesine özgü sebeplerle ortadan kalkmasıdır. Bu kapsamda, kefalet sözleşmesi, her ne kadar fer'i nitelikte olsa da nihayet alacaklıyla kefil arasında yapılan bir borç sözleşmesidir. Dolayısıyla kefilin yükümlülüğü asıl borçlunun yükümlülüğünden farklıdır. Buna uygun olarak kefalet de her borç gibi asıl borç ifa edilmese bile kanunda borcun sona ermesine ilişkin öngörülen genel hükümler çerçevesinde asıl borçtan bağımsız olarak sona erebilir. Bu durum, kefaletin kefalet sözleşmesine özgü sebeplerle ortadan kalkması kapsamında değerlendirilebilir.

Kefaletin kefalet sözleşmesine özgü sebeplerle ortadan kalkması bakımından ayrıca TBK m. 598/III'te kefaletin süresine ilişkin olarak belirli bir üst sınır öngörülmüş; TBK m. 599'da gelecekte doğacak borca kefalet bakımından özel bir dönme hükmüne yer verilmiş; TBK'nun m. 600 ve 601. maddelerinde de süreli ve süreli olmayan kefaletin sona ermesine ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. TBK m. 602'de ise çalışanlara kefalette, bu tür kefalete özgü bir fesih sebebine yer verilmiştir.

⁵ Silvio Giovanoli/Marc Schaetzle, *in BK - Berner Kommentar: Bd. 6 Obligationenrecht, 2. Abteilung Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 7. Teilband: Die Bürgschaft, Spiel und Wette Art. 492-515 OR, Der Leibrentenvertrag und die Verpfändung Art. 516-529 OR*, 1978, Art. 509 OR, N. 3; Aydın Zevkliler/Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 712.

Özetle, kanun koyucunun kefalet sözleşmesinin fer'i niteliğine rağmen kefilin karşılık elde etmeksizin borç altına girmesini göz önünde bulundurarak kefaletle özgü birçok sona erme sebebine kanunda yer verdiği görülmektedir.

B. Kefaletin Asıl Borcun Sona Ermesi Sebebiyle Ortadan Kalkması

1. Asıl Borcun İfayla Sona Ermesinin Kefalet Etkisi

Asıl borcun sözleşmede kararlaştırıldığı gibi ifa edilmesiyle borçlu borcundan kurtulur. Borçlunun borcunun sona ermesinin bir sonucu olarak borcun fer'isi niteliğindeki kefalet de doğrudan doğruya ortadan kalkar.⁶ Ancak borçlu yerine üçüncü bir kişi ifada bulunursa borcu ifa eden üçüncü kişi ifası ölçüsünde alacaklının haklarına halef olur (TBK m. 127/I). Böyle bir durumda borcun borçlu tarafından ifa edilmesinden farklı olarak kefalet sona ermez.⁷

Banka kredi açma sözleşmesi bakımından ise durum farklıdır. Bu tür kredilerde banka, müşterisine belirli limit dâhilinde dilediği zamanlarda dilediği miktarda kredi kullanma imkânı sağlamakta; krediyi kullanan müşteri de bu limit dâhilinde yaptığı ödemeler kadar yeniden kredi kullanabilme imkânına sahip olabilmektedir. Bu nedenle de borçlu, kullandığı kredinin bir kısmını veya tamamını ödemiş olsa bile bankayla arasındaki kredi ilişkisi devam etmekte dolayısıyla onun fer'isi olan kefalet de sona ermemektedir.

Asıl borçlunun karşı alacağı ile borcunu takas etmesi veya ifa yerine geçen edimle⁸ ödemede bulunması halinde asıl borç ve ona bağlı olan kefalet sona erer. Takas⁹, TBK m. 139 ve devamında, ifa dışında borcu sona erdiren sebeplerden biri olarak düzenlenmiştir. Bu maddedeki tanıma göre, iki kişi karşılıklı olarak bir miktar para veya özdeş diğer edimleri birbirine borçlu oldukları takdirde, her iki borç muaccel ise, her biri alacağını borcuyla takas edebilir. Kanun'un öngördüğü bu koşulların varlığında takasın ileri sürülmesi, borcu ve buna bağlı olarak da kefaleti takas edilen miktar nispetinde sona erdirir.¹⁰

⁶ Theo Guhl/Alfred Koller/Jean Nicolas Druey: *Das schweizerische Obligationenrecht: mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts*, 8. Auflage, 1991, s. 570.

⁷ Tandoğan, s. 791.

⁸ İfa yerine geçen edim, ifanın bir alt türü olarak, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş bir ifa ikamesidir. Taraflar, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, sözleşmenin kurulmasından sonra borcun ifasından önce, borçlanılan edimden başka bir edimin yerine getirilmesini ifa olarak kabul edebilirler. İfa yerine geçen edimde borç, ikâme edimin ifasıyla değer farkı önem arz etmeksizin sona erer. Bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. Bası, Yetkin Yayınları, 2021, s. 1042.

⁹ Takas hakkında bkz. Fahrettin Aral, *Türk Borçlar Hukukunda Takas*, 2. Bası, Yetkin Yayınları, 2010, s. 1 vd.

¹⁰ Tandoğan, s. 795.

Alacaklının kabulü hâlinde sözleşmede kararlaştırıldan farklı bir edimin ifa edilmesi yoluyla alacaklının tatmin edilmesi hâlinde de (ifa yerini tutan edim) asıl borç ve buna bağlı olarak kefalet sona erer.¹¹

Taşınmaz rehni ile birlikte kefalet içeren ve tapu siciline tescil edilmiş bulunan ipotekli borç senedinin terkin edilmesi kefaletin sona ermesi sonucunu doğurur.¹² İpotekli borç senedinin terkin edilmesi, buna ilişkin alacağa konu edilen kefaletin de sona ermesine yol açması kefaletin fer'iliği ilkesinin bir sonucudur.¹³ Hatta bu ipotekli borç senedi yerine yeni bir borç senedi çıkarılmış olsa bile TMK m. 910/I uyarınca ipotekli borç senedinin veya irat senedinin düzenlenmesiyle birlikte dayanağı olan borç ilişkisi yenileme yoluyla sona erecektir.¹⁴

Asıl borcun kısmen ifa edilmesi hâlinde kefilin sorumluluktan kurtulması da yapılan ödeme miktarınca ve bu çerçevede kısmen gerçekleşir.¹⁵

2. Asıl Borcun İfa Dışındaki Sebeplerle Sona Ermesinin Kefalet Etkisi

Asıl borcun konusunu oluşturan edimin sözleşmenin yapılmasından sonra¹⁶ borçlunun kusuru olmaksızın imkânsızlaşması hâlinde borçlu borcundan kurtulur (TBK m. 136). Buna bağlı olarak asıl borçla birlikte kefalet de ortadan kalkar. Borçlu, asıl borcun ifasının imkânsızlaşmasına kendi kusuruyla sebep olmuşsa asıl borç sona ermez ve kefil de borcundan kurtulamaz. Bunun yanı sıra borcun ifasının imkânsızlaşmasına kefil kusuruyla sebebiyet vermişse kefilin yükümlülüğü yine ortadan kalkmaz.¹⁷ Zira aksinin kabulü, kefilin sorumluluktan kurtulmak amacıyla asıl borcun ifasını kusuruyla imkânsızlaştırması tehlikesine yol açardı ki bu durum alacaklı bakımından adil olmayan bir sonuç doğururdu. Bu ihtimâlde de alacaklıya hakkın kötüye kullanılmasına yönelik bir itirazda bulunma hakkı verilmesi gerekirdi.¹⁸

Borçlunun yurtdışında ikamet etmesi hâlinde, onun borcu ifa yükümlülüğünü sınırlayan veya ortadan kaldıran duruma ve dolayısıyla imkânsızlığa, yabancı

¹¹ Giovanoli, BK, Art. 509 OR, N. 5.

¹² Frédéric Krauskopf, *in Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020)*, 10. Auflage, 2021, Art. 509, N. 3; Pestalozzi, BSK, Art. 509, N. 5.

¹³ Giovanoli, BK, Art. 509 OR, N. 5.

¹⁴ Giovanoli, BK, Art. 509 OR, N. 5.

¹⁵ Burak Özen, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 565; Pestalozzi, BSK, Art. 509, N. 3.

¹⁶ Başlangıçtaki imkânsızlık durumunda ise kefalet sözleşmesi hiç meydana gelmemiştir (TBK m. 27).

¹⁷ Giovanoli, BK, Art. 509 OR, N. 7; Pestalozzi, BSK, Art. 509, N. 5.

¹⁸ Giovanoli, BK, Art. 509 OR, N. 7.

makamların kararları neden olmuşsa, bu sonuçtan kural olarak kefil de faydalanır. Böyle bir hâlin varlığında kefile başvurulursa kefil itirazda bulunabilir.¹⁹ Zira TBK m. 590/IV uyarınca yerleşim yeri yabancı bir ülkede olan borçlunun borcunu ödemesi, döviz işlemleri veya havale ile ilgili yasaklar gibi sebeplerle, o yabancı ülkenin yasal düzenlemeleri gereği imkânsız hâle gelmiş veya sınırlandırılmışsa, yerleşim yeri Türkiye’de olan kefil, takibe bu sebeple itiraz edebilir.

Türk Borçlar Kanunu m.198/II hükmü gereği borcun dış üstlenmesi sözleşmesiyle asıl borçlunun yerine yeni borçlunun geçmesi hâlinde borca kefil olan kişinin sorumluluğunun devamı borcun üstlenilmesine onun yazılı olarak rıza göstermesine bağlıdır. Kefalet için öngörülen bu yazılı şekle uygun olarak (TBK m. 198/II) rızasını beyan etmedikçe, kefil, borcun üstlenilmesi hâlinde kefalet borcundan kurtulur.²⁰ Kanun koyucu bu hükümlerle, borcu üstlenen kişinin ödeme gücünün bulunmaması tehlikesine karşı kefilin korumuş ve kefilin sorumluluğunun onun rızası dışında genişlemesini önlemiştir. Sonuçta kefalet borçlunun ödeme gücüne duyulan güvene dayanılarak girilen bir borç ilişkisidir.

Mirasçılar mirası reddetmiş olsalar bile mirasbırakanın borcuna kefil olan kişinin sorumluluğu devam eder.²¹ Aynı şekilde mirasın resmi deftere göre kabulünde “asıl borçlunun mirasçıları”, asıl borçlunun borçlarından sorumlu tutulmaktan kurtulsalar da kefil yine sorumlu olur.²² Diğer bir ifadeyle mirasın resmi deftere göre kabulünde asıl borçlunun mirası nedeniyle yasal mirasçıların sorumlulukları ortadan kalkmışsa bu, kefil yararına bir sonuç doğurmaz.

Asıl borçlunun ölümü hâlinde, resmi defter tutuluyorsa ve buna karşılık alacaklılar alacaklarını süresi içinde yazdırmamışsa, alacaklılara karşı mirasçı, kendi kişisel mallarıyla sorumlu olmadığı gibi; terekeden kendisine geçen mallarla da sorumlu tutulamaz (TMK m. 629/I). Bu durumda, kefil de borcundan kurtulur.²³ Buna karşılık, alacaklının kusuru olmadan deftere yazdıramadığı veya bildirdiği hâde deftere yazılmamış alacakları için mirasçı, zenginleşmesi ölçüsünde sorumlu olacağından (TBK m. 629/II), kefilin de borcu için aynı miktar ve nispette sorumlu olması gerekir.²⁴

¹⁹ Giovanoli, BK, Art. 509 OR, N. 7.

²⁰ Giovanoli, BK, Art. 509 OR, N. 8.

²¹ Tandoğan, s. 797-798.

²² Pestalozzi, BSK, Art. 509, N. 3. Krş. Tandoğan, s. 798.

²³ Vischer, CHK, Art. 509 OR, N. 4; Giovanoli, BK, Art. 509 OR, N. 9; Pestalozzi, BSK, Art. 509, N. 6; Tandoğan, s. 798; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt:2, 3*. Bası, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 430; Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Bası, Beta Yayınevi, 2014, s. 1474.

²⁴ Yavuz/Acar/Özen, s. 1474.

Kefilden kaynaklanmayan, ancak alacaklının davranışından kaynaklanan nedenlerle örneğin, alacaklının dikkatsiz davranışı, hukuki bilgisizliği ve benzeri nedenlerle alacağın sona ermesi hâlinde, kefil borcundan kurtulur. Böyle bir durumda kefilin borçtan kurtulduğunu ileri sürmesi, hakkın kötüye kullanılması (TMK m. 2/II) oluşturmaz.²⁵

Asıl borcun kanundan doğan özel sona erme sebepleri kefaleti de sona erdirir. Bu kapsamda, geciktirici şarta bağlı borç ilişkisinde geciktirici şartın gerçekleşmemesi veya bozucu şarta bağlı borç ilişkilerinde bozucu şartın gerçekleşmesi, fesih, iptal, dönme gibi sebeplerle borç ilişkisinin sona ermesi kefaletin de ortadan kalkması sonucunu doğurur.²⁶

Asıl borç yeniden canlanırsa²⁷ (borç tekrar sağlık kazanırsa) fer'ilik ilkesi gereği asıl borcun sona ermesiyle ortadan kalkan kefalet de yeniden canlanır.²⁸ Bu bağlamda borcun sona erme sebebinin ortadan kalkması nedeniyle asıl borçla birlikte kefalet de canlanır. Örneğin, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin hükümsüz hâle gelmesi üzerine eski borç bütün bağlı borçlarıyla birlikte, bu kapsamda kefaletle birlikte, varlığını sürdürür (TBK m. 200/I). Ayrıca asıl borçlunun alacaklının temerrüde düşmesi üzerine borcundan tevdi yoluyla geçici olarak kurtulmasından sonra tevdi edilen eşyayı geri alması hâlinde, alacakla birlikte yan hak niteliğinde olan kefalet de yeniden canlanır (TBK m. 109/II).²⁹

3. Asıl Borcun Sona Ermesine Bağlı Olarak Kefaletin Sona Ermesine İlişkin Kanundaki Özel Hükümler

Türk Borçlar Kanunu m. 134/II uyarınca, cari hesabın kesilmiş ve hesap sonucunun diğer tarafça kabul edilmiş olması durumunda³⁰, borç yenilenmiş olur. Münferit kalemlerden oluşan özel teminatlar, aksi kararlaştırılmadıkça ortadan

²⁵ Frédéric Krauskopf/Jonas Stuber, *in OFK - Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht*, 3. Auflage, 2016, Art. 509 OR, N. 2; Krauskopf, *Präjudizienbuch*, Art. 509 OR, N. 2; Giovanoli, BK, Art. 509 OR, N. 10.

²⁶ Pestalozzi, BSK, Art. 509, N. 7.

²⁷ Özellikle alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesinde borcun canlanması (yeniden doğması) hakkında bkz. Eren, *Borçlar Genel*, s. 1438.

²⁸ Vischer, CHK, Art. 509 OR, N. 5; Krauskopf, *Präjudizienbuch*, Art. 509 OR, N. 2; Özen, *Kefalet Sözleşmesi*, s. 567.

²⁹ Aziz Erman Bayram, *Alacaklının Temerrüdü ve Hukuki Sonuçları*, Yetkin Yayınevi, 2022, s. 503; Pestalozzi, BSK, Art. 509, N. 4.

³⁰ Cari hesaba kefalet hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hasan Ayrancı, “Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet”, *GÜHFD*, IX (1-2.), 2005, s. 107-126.

kalkmaz. O hâlde kefalet de ortadan kalkmaz.³¹ Yeni bir kefalet senedinin düzenlenmesi, tarafların açık yenileme iradeleri olmadıkça yenileme sayılmaz (TBK m. 133/II). Keza yeniden düzenlenen kefalet senedinde kısmen başka kefillerin öngörülmesi de durumu değiştirmez. Fakat tarafların açıkça yenileme iradeleri varsa, kefalet sona erer.³²

Asıl borçlu sıfatıyla sorumluluk ile kefil sıfatıyla sorumluluk aynı kişide birleşirse alacaklı lehine kefaletten doğan yararlar korunur (TBK m. 598/II).³³ Zira asıl borçlunun sorumluluğu ile kefilin sorumluluğu farklı hukuki sebeplere dayanmaktadır. Örneğin, kefile kefalette borçlu sıfatıyla kefil sıfatının aynı kişide birleşmesi hâlinde, alacaklı, kefile kefil olana başvurma hakkını kaybetmez.³⁴ Buna karşılık, TBK m. 135/I uyarınca alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesi borcu sona erdirir. Bu durumda kefalet de sona erer.³⁵

Asıl borçlunun iflası, asıl borcun ve onu temin eden kefalet borcunun ortadan kalkmasına sebep olmaz. Zira kefil, borçlunun malvarlığının yetersizliğinden sorumludur.³⁶ Aynı şekilde asıl borçlunun kişiliğinin sona ermesi hâlinde de borç sona ermez. Örneğin borçlunun tüzel kişi olması durumunda, tüzel kişiliğin sona ermesi kefaleti sona erdirmez. Gerçek kişi borçlunun mirasçılarının miras hukuku ilkelerine göre murisin yükümlülüklerinden sınırlı sorumlu tutuldukları hâllerde de (mirasın deftere göre kabulünde) kefilin sorumluluğunda bir değişiklik olmaz.³⁷

Mahkeme içi konkordato sözleşmesi bakımından, TBK m. 131/III'te saklı tutulduğu belirtilen özel hüküm uygulama alanı bulur. Zira TBK m. 131/III gereğince, taşınmaz rehnine, kıymetli evraka ve konkordatoya ilişkin özel hükümler saklıdır.³⁸ Kefaletin asıl borçlunun ifa yetersizliğinin teminatı olması mahkeme içi konkordato bakımından da geçerlidir.³⁹ İcra ve İflas Kanunu m. 303 uyarınca konkordatoya muvafakat etmeyen alacaklı “borçtan birlikte sorumlu olanlara” karşı bütün haklarını muhafaza eder. Konkordatoya muvafakat eden alacaklı da, borçtan birlikte sorumlu olan kişilere yapacakları ödeme mukabilinde kendi haklarının devrini teklif etmek ve onlara toplantıların günü ile yerini en az on gün önce haber

³¹ Pestalozzi, BSK, Art. 509, N. 3; Eren, Borçlar Genel, s. 1266; Fahrettin Aral / Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, 13. Bası, Yetkin Yayınları, 2020, s. 517.

³² Giovanoli, BK, Art. 509 OR, N. 11.

³³ Krauskopf, OFK, Art. 509 OR, N. 5; Pestalozzi, BSK, Art. 509, N. 10.

³⁴ Tandoğan, s. 793.

³⁵ Krauskopf, OFK, Art. 509 OR, N. 5; Pestalozzi, BSK, Art. 509, N. 7.

³⁶ Pestalozzi, BSK, Art. 509, N. 3.

³⁷ Giovanoli, BK, Art. 509 OR, N. 13.

³⁸ Krauskopf, OFK, Art. 509 OR, N. 3; Giovanoli, BK, Art. 509 OR, N. 13.

³⁹ Pestalozzi, BSK, Art. 509, N. 3.

vermek şartıyla bu hükümden yararlanır. Bu kapsamda alacaklı, kefile başvurabilir. Mahkeme dışı (iradi) konkordatoda ise durum mahkeme içi konkordatodan farklıdır. Zira iradi konkordato uygulamasında konkordato sözleşmesinde diğer kefaletler de büyük ölçüde sözleşmeye dâhil edilir. Bununla birlikte, iradi olarak yapılan mahkeme dışı konkordato sözleşmesinde indirilen miktar ölçüsünde kefil, borcundan kurtulur.⁴⁰

Borç ödemedi aciz belgesi verilmesi (İİK m. 143/IV) hâlinde asıl borca faiz işlememesi sadece asıl borçlu için geçerli olup kefilin faiz talep edilebilir.⁴¹ Aynı şekilde konkordatoda tasdik edilen konkordato projesi, aksine hüküm içermediği takdirde kesin mühlet tarihinden itibaren rehinle temin edilmemiş her türlü alacağa faiz işlemesi durur (İİK m. 294/III). Buna karşılık bu hâlde de kefilin faiz talep edilebilir.⁴²

C. Kefaletin Kefalet Sözleşmesine Özgü Sebeplerle Ortadan Kalkması

1. Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerine Göre

Kefaletin asıl borca bağlı olarak sona ermesi hâllerinden farklı olarak kefalet, asıl borcun mevcudiyetine bakılmaksızın kendiliğinden de bütün borç ilişkileri bakımından geçerli olan hükümlere (TBK m. 131 vd) göre sona erebilir. Zira fer'i nitelikte olan kefaletin varlığı asıl borcun varlığına bağlıdır; buna karşılık bunun tersi geçerli değildir.⁴³ Dolayısıyla kefalet asıl borcun sona ermesinden bağımsız olarak da kendine özgü sebeplerle sona erebilir. Bu kapsamda kefalet asıl borçtan bağımsız olarak yani fer'i bir borç olmasından ayrı olarak kefilin ibra edilmesi⁴⁴, kefalet borcunun yenilenmesi⁴⁵ ve benzeri nedenlerle sona erebilir.⁴⁶

Borcu ödemek zorunda kalan kefil sonuçta, "asıl borçlunun borcunu" ifa etmez; alacaklıya karşı kefaletten doğan borcunu "ödeme" yoluyla ifa eder. Bu durum kefilin sorumluluğunun ortadan kalkması sonucunu doğurur. Hâl böyle olunca geçersiz kefalete dayanılarak yapılan ödemenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine (TBK m. 77 vd.) göre geri istenebilmesi mümkündür.⁴⁷

⁴⁰ Pestalozzi, BSK, Art. 509, N. 5.

⁴¹ Krauskopf, OFK, Art. 509 OR, N. 3.

⁴² Giovanoli, BK, Art. 509 OR, N. 14.

⁴³ Pestalozzi, BSK, Art. 509, N. 8.; Seza Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku*, 2013, s. 291.

⁴⁴ Krauskopf, Präjudizienbuch, Art. 509 OR, N. 2; Pestalozzi, BSK, Art. 509, N. 5.

⁴⁵ BGE 64 II 284/287 ff. E. b, d.

⁴⁶ Guhl/Koller/Druey, s. 571; Giovanoli, BK, Art. 509 OR, N. 15; Pestalozzi, BSK, Art. 509, N. 8.

⁴⁷ Giovanoli, BK, Art. 509 OR, N. 15a.

Yukarıda da ifade edildiği üzere kefil ve borçlu sıfatının aynı kişide birleşmesi hâlinde, alacaklı lehine kefaletten doğan yararlar varsa bunlar korunur (TBK m. 598/II). Bu bağlamda, TBK m. 582/II gereğince yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu olmadığı bir borç için kişisel güvence veren kişi, yükümlülük altına girdiği sırada, sözleşmeyi sakatlayan eksikliği biliyorsa, kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre sorumlu olur. Aynı kural, borçlu yönünden zamanaşımına uğramış bir borca kefil olan kişi hakkında da uygulanır (TBK m. 582/II-2). İşte asıl borçlunun yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle sorumlu olmadığı bir borç için verilmiş kefalette kefilin bundan haberdar olması ve sonradan kefil ve borçlu sıfatının aynı kişide birleşmesi hâlinde, kefalet sözleşmesinin geçerli olması koşuluyla, alacaklı kefaletten doğan haklarını o kişiye karşı ileri sürebilir. Aynı şekilde zamanaşımına uğramış olan bir borç için verilen kefalette kefil yükümlülük altına girdiği sırada bu durumu biliyorsa, kefil ve borçlu sıfatının aynı kişide birleşmesi hâlinde alacaklı kefaletten doğan haklarını o kişiye karşı ileri sürebilir.

Konuya ilişkin bir diğer örnek de taşınmaz rehni bakımından mevcuttur. Taşınmaz rehininde (TBK m. 135/III) kefilin aynı zamanda alacaklı lehine kendi taşınmazı üzerinde bir de ipotek tesis etmiş olması hâlinde, sonradan borçlu ve kefil sıfatının aynı kişide birleşmesi üzerine kefalet sona erse bile alacaklı lehine verilmiş olan rehin hakkı varlığını devam ettirir. Aynı şekilde kefilin asıl borçlunun mirasçısı olması hâlinde, asıl borçlunun ölmesi üzerine kefil ve borçlu sıfatları aynı kişide birleşir. Bu durumda kefil aynı zamanda tereke borçlusuna hâline geleceğinden TMK m. 619 ve devamı hükümlerine göre terekenin resmî defterinin tutulmasını isteyebilir. Mirasın tutulan deftere göre kabul edilmesinin sonucu ise mirasçıların sadece defterde yazılan borçlarla sorumlu olmalarıdır. Ancak alacaklı önceki kefil sıfatını taşıyan mirasçıya karşı TBK m. 598/II uyarınca kefaletten doğan özel yararlarını ileri sürebileceğinden söz konusu borç için kefil olduğu borcun tamamı için borçtan sorumlu olmaya devam eder.

Kefalet borcunun asıl borçtan ayrı bir borç olması nedeniyle bu borçlardan her biri kanunda kendileri bakımından öngörülen zamanaşımı sürelerine tâbidirler.⁴⁸ Asıl borçlu hakkında borç ödemediği aciz belgesi düzenlenmesi hâlinde asıl borç, belgenin düzenlenmesinden itibaren yirmi yıl boyunca zamanaşımına uğramaz (İİK m. 143/VI). Konkordatoda kesin mühlet verilmesi hâlinde asıl borçluya karşı zamanaşımı işlemez (İİK m. 294/I). Buna karşılık sözü edilen her iki durumda da kefalet borcu bakımından TBK m. 146'da öngörülen on yıllık zamanaşımı süresi geçerli olmaya devam eder. Ancak asıl borçluya karşı kesilen zamanaşımı süresi,

⁴⁸ Gizem Özkan Şahin, “Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 25 (2), 2019, s. 1306; Giovanoli, BK, Art. 509 OR, N. 20.

kefil için de kesilmiş sayılır (TBK m. 155/II).⁴⁹ Zamanaşımına uğramayan bir borç için kefil olursa dahi (TMK m. 864), kefalet kendi zamanaşımına uğrar.⁵⁰

2. Kefilin Mirasçılarının Mirası Resmi Deftere Göre Kabulü Hâlinde

Kefilin ölmesi kefaleti sona erdirmez. Miras hukukunda geçerli olan külli halefiyet ilkesi gereğince mirasçılar mirasbırakanın kefaletten doğan borçlarından sorumlu olurlar.⁵¹ Buna karşılık, terekenin resmi deftere göre kabulü hâlinde TMK m. 630 uyarınca mirasbırakanın kefaletten doğan borçları defterde ayrı bir yere yazılır ve mirasçılar, mirası kayıtsız ve şartsız kabul etmiş olsalar bile, bu borçlardan terekenin iflâs hükümlerine göre tasfiyesi hâlinde kefalet sebebiyle alacaklı olanlara ne düşecek idiyse ancak o miktarla sorumlu olurlar. Terekenin iflâs hükümlerine göre tasfiyesi sonucunda alacaklılar alacaklarının tamamına kavuşmamış olsa bile “kefilin mirasçılarının” kefaletten doğan sorumluluğu sona erer.⁵² Burada kanundan doğan bir sorumluluk sınırlaması söz konusudur. Bu sınırlama, birlikte kefalette birlikte kefillerin devam eden sorumluluğu bakımından önem taşır.⁵³ Zira TBK m. 587/IV gereğince birbirlerinden bağımsız olarak aynı borç için kefil olanlardan her biri, kefalet borcunun tamamından sorumlu olur. Ancak borcu ödeyen kefil, aksine anlaşma olmadıkça, diğerlerine toplam kefalet miktarındaki payı oranında rücu edebilir.⁵⁴ Eğer adi birlikte kefalet söz konusuysa her bir kefil sadece kendisine düşen miktarla sorumludur. Buna karşılık, her bir kefilin borcun tamamından sorumlu olduğu müteselsil birlikte kefalet söz konusuysa borcu ortadan kalkan kefile düşen miktar, toplam borçtan çıkarılır; kalan miktardan diğer kefiller müteselsilen sorumlu olmaya devam eder.⁵⁵ Borcu ödeyen birlikte kefil; ölmüş olan diğer birlikte kefilin mirasçılarına karşı sahip olduğu rücu hakkı şayet onlar mirası tutulan resmi deftere göre kabul etmişlerse terekenin resmi tasfiyesinde alacaklılara düşecek miktarla sınırlı kalacaktır. Başka bir deyişle ödemede bulunan birlikte kefil, diğer kefilin mirasçılarına ödediği miktarın yarısı için rücu etme hakkını kaybetme ihtimaliyle karşı karşıyadır.

Bu türden bir sorumluluk sınırlaması yoksa murisin kefaletten doğan yükümlülükleri mirasçılara geçer (TMK m. 599/I-II). TMK m. 599 uyarınca, mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanırlar. Kanunda öngörülen ayırık durumlar saklı kalmak üzere mirasçılar,

⁴⁹ Pestalozzi, BSK, Art. 509, N. 8.

⁵⁰ Krauskopf, Präjudizienbuch, Art. 509 OR, N. 1; Pestalozzi, BSK, Art. 509, N. 8.

⁵¹ Pestalozzi, BSK, Art. 509, N. 9.

⁵² Krauskopf, OFK, Art. 509, N. 1; Pestalozzi, BSK, Art. 509, N. 9.

⁵³ Giovanoli, BK, Art. 509 OR, N. 17.

⁵⁴ Krauskopf, OFK, Art. 509 OR, N. 7.

⁵⁵ Krauskopf, OFK, Art. 509 OR, N. 7.

mirasbırakanın aynı haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazanırlar ve mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olurlar.

3. Sürenin Sona Ermesi Nedeniyle Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi

a. Genel olarak

Kefaletin kendine özgü sona erme sebepleri, TBK m. 598'in üçüncü ve dördüncü fıkralarında düzenlenmiştir. Ayrıca, TBK m. 599, m. 600 ve 601 hükümlerinde de buna ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu m. 598/III gereğince, bir gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefalet, buna ilişkin sözleşmenin kurulmasından başlayarak on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkar. Türk Borçlar Kanunu m. 598/IV uyarınca kefalet, on yıldan fazla bir süre için verilmiş olsa bile, uzatılmış veya yeni bir kefalet verilmiş olmadıkça kefil, ancak on yıllık süre doluncaya kadar takip edilebilir.

Türk Borçlar Kanunu m. 598'in üçüncü ve dördüncü fıkralarında düzenlenen kefaletin kanundan dolayı sona erme hâlleri, İsviçre Borçlar Kanunu'na 1941 yılında gerçekleştirilen kanun değişikliği (revizyon) sırasında eklenmiştir. Türk hukukunda 2012'de yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu'na kadar yürürlükte olan mülga Borçlar Kanunu'nda kefalet sözleşmesinin süreye bağlı olarak sona ermesi konusunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Mülga Borçlar Kanunu'nun 492. maddesinde sadece, asıl borcun sona ermesi hâlinde kefilin de borcundan kurtulacağı düzenlenmişti.

Türk Borçlar Kanunu m. 598'in kenar başlığında sona erme ve kanun gereğince ifadelerine yer verilmiştir. TBK m. 598/III'e göre, "bir gerçek kişi" tarafından verilmiş olan her türlü kefalet, buna ilişkin sözleşmenin kurulmasından başlayarak on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkar. Bu hüküm, sadece gerçek kişiler tarafından verilmiş olan kefaletlere ilişkindir; tüzel kişi kefiller ve bu kapsamda şirketler bu hükümden yararlanamaz.⁵⁶ Buna karşılık İsvBK m. 509/III'te kanton idaresi, kamusal kurumlar, gümrük idaresi lehine verilen kefaletler bakımından özel bir istisna öngörülmüş ve bunlar lehine gerçek kişiler de dahil olmak üzere verilen kefaletlerin 20 yılın geçmesiyle ortadan kalkmayacağı belirtilmiştir.⁵⁷ Benzer şekilde tekrar eden (periyodik) edimler için verilen kefaletler de istisna tutulmuştur.⁵⁸ TBK bakımından durum farklıdır. Kanun koyucu bazı sözleşmeler için verilen kefaletler bakımından herhangi bir istisna hükmüne yer

⁵⁶ Vischer, CHK, Art. 509 OR, N. 7; Pestalozzi, BSK, Art. 509, N. 12.

⁵⁷ Giovanoli, BK, Art. 509 OR, N. 20.

⁵⁸ Giovanoli, BK, Art. 509 OR, N. 21.

vermediği için gerçek kişilerin verdikleri her türden kefalet on yılın geçmesiyle sona erer.

b. Hükümün amacı

Gerçek kişilerin verdiği kefaletlerin belirli bir zaman sonra ortadan kalkmasını öngören bu hükümün amacı, kefalet veren gerçek kişiyi bu türden bir yükümlülük için öngörülemez bir süre ağır bir yükün altına sokmamaktır. Bu husus iki açıdan önem taşır: Bunlardan birincisi kefilin korunması; ikincisi bu durumun kefaletle yabancı olması veya başka bir deyişle kefaletle bağdaşmamasıdır. Kefaletin belirli bir süreyle sınırlı olmasını öngören bu hüküm, her şeyden önce kefalet sözleşmesinin çok uzun bir süre için kurulmasını engellemeye yöneliktir. İşte kanun koyucu TBK m. 598/III-IV’te uzun süre feshedilemeyen kefaletlere karşı bir düzenleme öngörmüştür.⁵⁹

c. Hükümün anlamı ve uygulanması

Türk Borçlar Kanunu m. 598/III’te “gerçek kişilerin” her türlü kefaletinin sadece belirli bir zaman geçmesiyle ortadan kalkacağı ifade edilmiştir.⁶⁰ Bunun anlamı şudur: Kanunda öngörülen sürenin geçmesiyle birlikte, kefalet ortadan kalkar; kefalet daha uzun bir süre için kararlaştırılmış olsa bile bu sürenin dolmasından sonra hiçbir hüküm ifade etmez. On yıllık süreyi aşan bir süre için kefalet verilmiş olsa bile süreyi aşan kısmın hiçbir hükmü yoktur.⁶¹ On yıllık süreyi aşan süre için öngörülen kefalette on yıllık süreyi aşan kısım eksik borç niteliğinde olmayıp hükümsüzdür.⁶² Hâkim bunu re’sen dikkate alır.⁶³ Kefaletin süresi en çok on yıldır. Bu süre kefaletin verildiği andan itibaren işlemeye başlar. O hâlde kefil olma beyanının alacaklı tarafından kabul edilmesiyle birlikte yani sözleşmenin kurulması anından itibaren on yıllık süre işlemeye başlar. Bu süre, kefaletle ilişkin metnin kefil tarafından imzalanmasıyla değil; alacaklının kabulüyle diğer bir ifadeyle alacaklının sözleşmeyi imzalamasıyla işlemeye başlar.⁶⁴ Ayrıca kanun nedeniyle ortadan kalkma, gerçek kişilerin verdiği tür her kefalet için geçerlidir. Dolayısıyla bu hüküm, gerçek kişilerin verdiği kefaletin konusuna, gelecekteki borç

⁵⁹ Serkan Ayan, *Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, 2013, s.530

⁶⁰ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Turhan Kitabevi, 2019, s. 686.

⁶¹ Burak Özen, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefilin Sorumluluğunun Kefalet Sözleşmesine Özgü Sebeplerle Sona Ermesi”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10 (2), 2011, s. 55.

⁶² Pestalozzi, BSK, Art. 509, N. 12.

⁶³ Vischer, CHK, Art. 509 OR, N. 8; Krauskopf, Präjudizienbuch, Art. 509 OR, N. 3; Pestalozzi, BSK, Art. 509, N. 12; Zevkliler/Gökyayla, s. 713.

⁶⁴ Nil Karabağ Bulut, “Die Zeitliche Befristung der Bürgschaft natürlicher Personen”, *Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul*, 48 (65), 2016, s. 127; Giovanoli, BK, Art. 509, OR, N. 23; Pestalozzi, BSK, Art. 509, N. 12.

için kefil olunmasına bakılmaksızın uygulanır. Bununla birlikte yeni Kanun'un, kefilin belirli sürenin dolmasıyla kefaletten kurtulacağına ilişkin temel ilkesi, borçlar hukukunda sözleşme serbestisini önemli ölçüde sınırlamaktadır. Zira bu, mevcut sözleşmelere getirilen önemli bir müdahaledir.⁶⁵ Bu hüküm taraf iradelerini dikkate almamaktadır. Bununla birlikte, gerçek kişiler tarafından on yılı aşkın süre için verilen kefaletler, en başından itibaren hükümsüz değildir; ancak on yıldan sonra hükümlerini kaybederler.⁶⁶

Kefalet kanunda öngörülen sürenin dolmasıyla kendiliğinden sona erdiğinden kefilin alacaklıya veya asıl borçluya bu yönde bir bildirimde bulunmasına veya mahkemenen bu yönde bir karar almasına gerek yoktur.⁶⁷

Kefalet sözleşmesinin TBK m. 598/III'e göre on yıllık sürenin dolmasıyla kendiliğinden sona ermesi geçmişe değil geleceğe etkili (*ex nunc*) hüküm ve sonuç doğurur. Dolayısıyla kefil sona erme tarihine kadar alacaklıya kısmi ödemelerde bulunmuşsa bunların kendisine geri verilmesini isteyemez. Buna karşılık, alacaklı kefile karşı takibe başlamışsa söz konusu takibe devam edebilir.⁶⁸

d. Sürenin uzatılması veya kefaletin yenilenmesi

Kanun koyucu gerçek kişi tarafından verilen ve on yıllık sürenin geçmesiyle birlikte ortadan kalkacak olan kefaletin uzatılmasını mümkün kılmış ve hatta kolaylaştırmıştır. Bu uzatma, TBK m. 598/V uyarınca kefilin "kefalet sözleşmesinin şekline uygun" yazılı açıklamasıyla gerçekleştirilebilir.⁶⁹ Fakat bu uzatma en fazla sonraki on yıl için yapılabilir. Ayrıca uzatma, sadece bir defalığına on yıl için yapılabilir.⁷⁰ Bu türden bir uzatma beyanı kefaletin sona ermesinden bir yıl önce geçerli olarak verilebilir.⁷¹ Kefaletin sona ermesine bir yıldan fazla süre varsa kefalet uzatılamaz.⁷² O hâlde kefalet altına girilmesinin üstünden dokuz yıl geçmesinden sonra yeniden kefalet altında girilebilir. Böylece kefaletin önceden yapılan bir anlaşmayla uzatılması engellenmiş ve bu on yıllık sürenin sadece görünüşte kalmasının önüne geçilmiştir. O hâlde uzatma, kefalet altına girilmesinden itibaren en erken dokuzuncu yıl dolmasından sonra ve en geç onuncu yıl henüz

⁶⁵ Giovanoli, BK, Art. 509 OR, N. 24.

⁶⁶ Pestalozzi, BSK, Art. 509, N. 12.

⁶⁷ Özen, Sona Erme, s. 56.

⁶⁸ Gümüş, s. 434; Krauskopf, OFK, Art. 509 OR, N. 6.

⁶⁹ Vischer, CHK, Art. 509 OR, N. 12.

⁷⁰ Giovanoli, BK, Art. 509 OR, N. 25; Pestalozzi, BSK, Art. 509, N. 15.

⁷¹ Cansu Kaya Kızıllırmak, *Kefalet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona Erme Halleri*, Oniki Levha Yayınları, 2019, s. 112.

⁷² Vischer, CHK, Art. 509 OR, N. 10.

dolmadan önce yapılabilir. Bu yolla kefalet altına girilmesinde diğer eşin rızası, kural olarak aranmaz.⁷³ Zira TBK m. 584/II uyarınca, kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin yazılı rızasının alınması gerekmez.⁷⁴

On senenin dolmasından sonra gerçek kişilerin salt bir yazılı beyanla artık kefaleti uzatmaları söz konusu olamaz; zira on senenin sona ermesiyle kefalet sona ermiştir. O zaman artık kefaletin uzatılmasından değil; yeni bir kefalet sözleşmesinin yapılmasından söz edilebilir. Bu da TBK m. 583 hükmünde öngörülen koşullara uyulmasıyla mümkün olur.⁷⁵

Gerçek kişiler bakımından dokuz yıldır mevcut olan kefaletin onuncu yıl devam ederken sonraki gelecek on yıl için uzatılması, kefalet sözleşmesinin şekline uygun yazılı beyanla gerçekleştirilebilir. On yıllık bir uzatmadan sonra, kefalet sözleşmesinin devam edebilmesi için TBK m. 583 hükmünde aranan koşulların yerine getirilmesi gerekir.⁷⁶ Bu bağlamda kefalet sözleşmesinin ikinci bir on yıl için uzatılması, salt bir yazılı beyanda bulunmak suretiyle gerçekleştirilemez.

Kefalet sözleşmesinin her zaman için yeni bir anlaşmayla devam ettirilmesine izin verilmesinin sebebi, sözleşme serbestisi ilkesine dayanır (TBK m. 26). Buna karşılık, Türk Borçlar Kanunu m. 598'in üçüncü ve dördüncü fıkralarında yer alan düzenleme sözleşme serbestisine kanun koyucu tarafından getirilmiş bir istisna teşkil ederler. TBK m. 582/III gereğince kanundan aksi anlaşılmadıkça kefil, bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez. Burada kefil, kefalet sözleşmesini "sonradan" uzattığından, TBK m. 582/III hükmüne aykırı bir durum yoktur. Kefilin aynı içerikle yeni bir kefalet altına girilebileceği hususu, fıkra dörtte saklı tutulan "yeni bir kefalet verilmiş olmadıkça" ifadesinden de çıkarılabilir. TBK m. 583 ve devamındaki şekil şartlarına uygun olarak aynı içerikte akdedilecek olan yeni bir kefalet sözleşmesi, dokuz yıl sonra bir yıl boyunca kefilin adi yazılı beyanıyla yapılandaki gibi, en çok gelecek on yıl için yapılabilir.⁷⁷

Türk Borçlar Kanunu m. 598/IV hükmünün yanılığa sevk eden lafzına karşın kefil, kefaleti tek taraflı uzatmaya yetkili değildir. Gerçekten de burada kefilin koruyan bir normun bulunması nedeniyle kanundan dolayı sona erme söz konusu

⁷³ Krauskopf, OFK, Art. 509 OR, N. 9; Pestalozzi, BSK, Art. 509, N. 16.

⁷⁴ Giovanoli, BK, Art. 509 OR, N. 25a.

⁷⁵ Pestalozzi, BSK, Art. 509, N. 16.

⁷⁶ Vischer, CHK, Art. 509 OR, N. 12.

⁷⁷ Giovanoli, BK, Art. 509 OR, N. 28.

olsa bile kefil tek taraflı beyanıyla kefaleti uzatamaz. TBK m. 598'in beşinci fıkrasında yer alan "kefilin kefalet sözleşmesinin şekline uygun yazılı açıklamasıyla" azamî on yıllık yeni bir dönem için uzatılabilir ifadesi, yanlış anlaşılmaya müsaittir. Burada kefilin tek taraflı beyanı, kefalet sözleşmesinin uzatılabilmesi bakımından yeterli olmayıp alacaklının bu beyanı kabul etmesi zorunludur. Çünkü bir hukuki işlemin devamının kararlaştırılması, o hukuki işlemin sona ereceği kanun koyucu tarafından hüküm altına alınmışsa, tek tarafın iradesine bırakılamaz.⁷⁸

Kefalet sözleşmesinin uzatılmasına ilişkin beyan, bir irade açıklaması olarak irade beyanlarına ilişkin genel hükümlere tâbidir (TBK m. 1 vd.). Dolayısıyla özellikle irade beyanlarının iptali bakımından geçerli olan yanılma veya aldatmaya ilişkin hükümler, uzatma beyanı bakımından da uygulama alanı bulur. Uzatma beyanı kefalet verilmesine ilişkin beyandaki gibi varması gerekli olan ve muhataba yöneltile bir irade beyanıdır.⁷⁹

Birlikte kefalette kefaletin birden fazla kefil tarafından uzatılması hâlinde mevcut kefillerin bir kısmının yerine yeni kefillerin ikame edilmesi durumunda yeni kefiller açısından TBK m. 583'ün öngördüğü kefaletle ilişkin şekil şartlarına uyulması gerekir. Buna karşılık, her hâlükârda sorumluluğu devam eden birlikte kefiller bakımından TBK m. 583'teki şekil şartlarına uyulmasına gerek yoktur.⁸⁰

e. Birlikte kefiller yönünden önemi

On senenin dolmasıyla kefaletin gerçek kişiler bakımından sona ereceğine ilişkin TBK m. 598/III'ün öngördüğü temel ilkenin, birlikte kefillere olan etkisi tartışılmalıdır. Türk Borçlar Kanunu m. 598'in üçüncü ve dördüncü fıkralarında düzenlenen uzatma veya yenileme konusunda birlikte kefalet yönünden şöyle bir ihtimal gerçekleşebilir. Alacaklı ve birlikte kefiller, uzatma veya yenileme konusunda anlaşmış olabilir; fakat birden fazla kefilin uzatmaya veya yenilemeye ilişkin beyanı sadece "bir kısım öngörülen kefil" bakımından; dolayısıyla eksik olarak gerçekleştirilmiş olabilir. Yani tüm birlikte kefiller yönünden uzatma veya yenileme gerçekleşmemiş olabilir. TBK m. 587/III uyarınca, alacaklı, kefilin aynı alacak için başka kişilerin de kefil olduğunu veya olacağını varsayarak kefalet ettiğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, bu varsayımın sonradan gerçekleşmemesi veya kefillerden birinin alacaklı tarafından kefalet borcundan kurtarılması ya da kefaletinin hükümsüz olduğuna karar verilmesi durumunda kefil, kefalet borcundan kurtulur. Dolayısıyla uzatma veya yenileme beyanında bulunan birlikte kefiller aynı alacak için diğer kefillerinde de kefil olduğunu veya olacağını varsayarak kefalet

⁷⁸ Giovanoli, BK, Art. 509 OR, N. 29.

⁷⁹ Giovanoli, BK, Art. 509 OR, N. 30.

⁸⁰ Giovanoli, BK, Art. 509 OR, N. 31.

ediyorsa ve alacaklı da bunu biliyorsa yahut bilmesi gerekiyorsa bu varsayımın sonradan gerçekleşmemesi veya kefillerden birinin alacaklı tarafından kefalet borcundan kurtarılması ya da kefaletin hükümsüz olduğuna karar verilmesi durumunda kefil, kefalet borcundan kurtulur.⁸¹

Birlikte kefalette, birlikte kefillerden biri veya birkaçı on senelik sürenin dolması sonucu yükümlülüklerinden kurtulabilir. Bazı kefiller asıl borç için diğer kefillerden daha sonra kefil olmuşlarsa durum böyledir. Bu çerçevede zaman itibarıyla daha önce kefil olanlar bakımından süre dolmuş ve fakat daha sonra kefil olmuş olanlar için süre dolmamış olabilir. Bu durumda acaba kalanların sorumluluğu devam eder mi sorusu ortaya çıkar. Kefalette kalan adi kefiller herhâlde önceki kefillerin kefaletlerinin sona ermesi sonucunda artık “kefile kefil” sıfatıyla, ayrılan kefillerin paylarına düşen miktardan sorumlu olmazlar. TBK m. 587/I uyarınca, birden çok kişi, aynı borca birlikte kefil oldukları takdirde, her biri kendi payı için adi kefil gibi, diğerlerinin payı için de kefile kefil gibi sorumlu olur.

Türk Borçlar Kanunu m. 587/III uyarınca, alacaklı, kefilin aynı alacak için başka kişilerin de kefil olduğunu veya olacağını varsayarak kefalet ettiğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, kefillerden birinin alacaklı tarafından kefalet borcundan kurtarılması üzerine diğer birlikte kefil de kefalet borcundan kurtulur. Bir başka anlatımla kefil, aynı alacak için başka kişilerin de kefil olduğunu veya olacağını varsayarak kefalet ediyor ve alacaklı da bunu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa; kefillerden birinin alacaklı tarafından kefalet borcundan kurtarılması durumunda diğer birlikte kefiller, kefalet borcundan kurtulur. Kanun nedeniyle gerçekleşen bu sona erme ile TBK m. 598’de düzenlenen sürenin dolması nedeniyle sona erme aynı durumlar değildir. Birlikte kefil, alacaklı tarafından TBK m. 587/III hükmüne göre sonradan borcundan kurtarılmış olsa da bu husus geçerlidir. TBK m. 587/III’te düzenlenen kefillerden birinin alacaklı tarafından sonradan borcundan kurtarılmasının koşulları gerçekleşmiş olsa bile her durumda geriye kalan birlikte kefillerin borcundan tamamen kurtulması uygun olmaz. Aksine geriye kalan birlikte kefillerin, ayrılanın payı oranında sorumluluklarının azalması adil bir çözüm olarak görünmektedir. Buna karşılık, kalan birlikte kefillerin borcundan tamamen kurtulması, en çok alacaklı tarafından sözleşmenin kusurlu olarak ihlâl edilmesi hâlinde kabul edilebilir görünmektedir.⁸²

f. Kefaletin sürenin sona ermesi nedeniyle ortadan kalkmasından önce kefile başvurulması

Türk Borçlar Kanunu m. 598/IV hükmünde öngörüldüğü üzere, kefalet daha uzun bir süre için kararlaştırılmış olsa bile, kanun gereği on yıllık sürenin dolmasıyla

⁸¹ Giovanoli, BK, Art. 509 OR, N. 31b.

⁸² Giovanoli, BK, Art. 509 OR, N. 31b.

ortadan kalkacağı için, kefile en son on yıllık sürenin son senesi içinde başvurulabilir. TBK m. 598/IV hükmü her tür süreli olmayan kefalet sözleşmesi bakımından uygulama alanı bulur. Buna karşılık, kefalet belirli bir süre için yapılmışsa bu hâlde “süreli kefalet” söz konusu olur. Öte yandan TBK m. 600 uyarınca, süreli kefalette kefil, sürenin sonunda borcundan kurtulur. Örneğin beş yıl için kararlaştırılmış kefalet bu beş yıllık sürenin dolmasıyla birlikte hükmünü kaybeder.

Türk Borçlar Kanunu m. 598/IV hükmü, ayrıca, aynı şekilde kanunda öngörülen on seneden daha uzun süre için girilmiş olan kefaletler bakımından da uygulama alanı bulur. TBK m. 598/IV gereğince bu tür kefaletler, öncesinde herhangi bir uzatma veya yeni bir kefalet sözleşmesi yapılması yoluyla bir ikame gerçekleşmediği sürece, en son onuncu yılın içerisinde ileri sürülebilir. Kefaletin ileri sürülmesinden ne anlaşılacağı konusunda kanunda herhangi bir açıklama yapılmamıştır.⁸³ Kanımızca sürenin sona ermesinden önce, alacaklının kefilini takip etmesi (TBK m. 598/IV anlamında) yeterlidir.

Kefaletin kanun gereği sona ermesi, alacaklı bakımından doğal olarak çeşitli zorluklar ve rahatsızlıklar yaratır. Bu nedenle alacaklı ihtiyatlı olmalıdır; aksi hâlde kendisi bunun sonuçlarına katlanmak zorunda kalır.⁸⁴

4. Süreli Kefalette Kefaletin İleri Sürülmemesi Nedeniyle Sona Ermesi (TBK m. 600)

Belirli bir zaman periyodu için sorumluluk altına girilen veya süre bakımından sınırlandırılmış olan kefalette, tarafların iradesi kefilin belirli bir süre boyunca sorumlu olacağı konusunda uyuşmuştur. Türk Borçlar Kanunu m. 600 hükmü uyarınca, süreli kefalette kefil, sürenin sonunda borcundan kurtulur.⁸⁵ Bu hükmün uygulama alanı bulabilmesi için asıl borcun bir zamanla sınırlandırılmış olmasının veya halihazırda muaccel olup olmadığının bir önemi yoktur.⁸⁶ Kefaletin süre bakımından sınırlanmış olup olmadığı ise yorum meselesidir.⁸⁷ Kefaletin süreli olup olmadığının belirlenmesinde kefalet senedi ve somut olayın koşulları önemli rol oynar.⁸⁸

⁸³ Giovanoli, BK, Art. 509 OR, N. 32.

⁸⁴ Giovanoli, BK, Art. 509 OR, N. 39.

⁸⁵ Guhl/Koller/Druey, s. 571.

⁸⁶ Pestalozzi, BSK, Art. 510, N. 10.

⁸⁷ Pestalozzi, BSK, Art. 510, N. 11; Gümüş, s. 437.

⁸⁸ Pestalozzi, BSK, Art. 510, N. 11.

Asıl borcun süreli olması kefalet sözleşmesinin de süreli olduğu anlamına gelmez.⁸⁹ Bu kapsamda kefalet belirli bir zaman dilimi içerisindeki bir yükümlülük için verilmişse (hizmet kefaletinde⁹⁰) kefalet verilmiş olan asıl borç zamansal bakımdan sınırlandırılmış olsa da kefalet zamansal olarak sınırlandırılmamış olabilir.

Kefaletin süresi bakımından sınırlanması diğer bir deyişle belirli süre için yapılması sadece asıl borcun belirli bir zaman içinde muaccel olmasından ortaya çıkmaz. Ödeme kayıtları kefaletin süre bakımından sınırlanmasını içerir mi sorusunda genel bir şey söylemez; her bir durumun münferit şartlarına göre karar vermek gerekir.

5. Belirsiz Süreli Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi (TBK m. 601)

a. Muaccel borçlarda

Türk Borçlar Kanunu m. 601/I hükmüne göre, süreli olmayan kefalette kefil, asıl borç muaccel olunca, adi kefalette her zaman ve müteselsil kefalette ise, kanunun öngördüğü hâllerde, alacaklıdan, bir ay içinde borçluya karşı dava ve takip haklarını kullanmasını, varsa rehni paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesini ve ara vermeden takibe devam etmesini isteyebilir. TBK m. 601/I hükmü aslında, TBK m. 585/I'de düzenlenen adi kefalette asıl borçluya gidilmeden önce kefile başvurulması hâlinde kefilin borçluya başvurulmadıkça kendisinin takip edilemeyeceğine ilişkin def'i hakkının tekrarından ibarettir. Buna ek olarak, TBK m 601/I hükmü müteselsil kefalet bakımından da önem arz etmektedir. Zira TBK m. 601/I hükmünde müteselsil kefalette kefilin ancak kanunun öngördüğü hâllerde alacaklıdan bir ay içinde borçluya karşı dava ve takip haklarını kullanmasını isteyebileceği düzenlenmiştir. Kanunun öngördüğü hâller ise TBK m. 586/II hükmünün birinci cümlesinde gösterilmiştir.⁹¹ Buna göre alacak teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvenceye alınmışsa, rehni paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulamaz. Dolayısıyla müteselsil kefalette kendisine doğrudan başvuru müteselsil kefil, ancak asıl borç teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehniyle güvenceye alınmışsa alacaklıdan bir ay içinde borçluya karşı dava ve takip haklarını kullanmasını isteyebilecektir.⁹²

⁸⁹ Gümüş, s. 437.

⁹⁰ TBK m. 602 hükmünde düzenlenmiş olan hizmet kefaleti (çalışanlara kefalet), çalışanın işi gördüğü sırada işverene veya işletmeye vereceği zararlara ilişkin olarak üçüncü kişilerin işi lehine verdiği kefaleti ifade eder. Söz konusu hükme göre, çalışanlara süreli olmayan kefalette kefil, her üç yılda bir, ertesi yılın sonunda geçerli olmak üzere sözleşmeyi feshettiğini bildirebilir. Konuya ilişkin bilgi için bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 9. Bası, Yetkin Yayınları, 2021, s. 810; Yavuz/Acar/Özen, s. 836-837.

⁹¹ Özkan Şahin, s. 1316.

⁹² Gümüş, s. 443.

Alacaklının kefilin bildiriminden sonra asıl borçluya karşı sadece borcunu ifa etmesi için bir bildirimde bulunması yeterli değildir. Zira TBK m. 601 hükmünde açıkça alacaklının borçluya karşı dava ve takip haklarını kullanmasından, varsa rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesi ve ara vermeden takibe devam etmesinden söz edilmiştir.

İsviçre hukukunda TBK m. 601'in karşılığı olan İsvBK m. 511'in, sadece muaccel olmuş ve talep edilebilir alacaklar için kefile haklar sağlamakla kalmayıp aynı zamanda sürekli borç ilişkisinden doğan bütün borçlara süresiz kefil olunması hâlinde de uygulanıp uygulanmayacağı hususu tartışmalıdır.⁹³ Örneğin, süreyle sınırlanmamış olan kira sözleşmesinde, kiracının kira bedeli ödeme borcu için veya kredi açma sözleşmesinden doğan yükümlülükler için verilen kefaletlerde müteselsil kefilin İsvBK m. 511 hükmüne başvurabileceği öğretide savunulmaktadır. Bu bağlamda Giovanoli'ye göre⁹⁴ TBK m. 601 hükmünü karşılayan İsvBK m. 511 hükmünde tanınan haklar, somut olayda kefaletle temin edilen sürekli borç ilişkisinin hukuki niteliğine aykırı düşüyorsa kullanılamaz.

Konuya ilişkin olarak ayrıca belirtilmelidir ki, Türk Borçlar Kanunu m. 601/I' de düzenlenen bir aylık süre hak düşürücü süredir.

b. Alacaklının bildiriyle muaccel hâle gelecek olan borçlarda

Türk Borçlar Kanunu m. 601/II'ye göre, süreli olmayan kefalette borç, alacaklının borçluya yapacağı bildirim sonucunda muaccel olacaksa kefil, kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihten bir yıl sonra alacaklıdan, bu bildiri yapmasını ve borç bu suretle muaccel olunca, TBK m. 601/I uyarınca takip ve dava haklarını kullanmasını isteyebilir.

Kefil tarafından alacaklıya TBK m. 601/II uyarınca bir istemde bulunması üzerine alacaklının asıl borçluya karşı hemen muacceliyet bildiriminde bulunması ve borç bu suretle muaccel olunca alacaklının TBK m. 601/I uyarınca bir ay içinde asıl borçluya karşı dava ve takip haklarını kullanması veya varsa rehnin paraya çevrilmesi yoluna başvurması ve ara vermeden bu takibe devam etmesi gerekir. Görüldüğü üzere burada kefil tek bir bildirimle hem muacceliyeti alacaklının bildirimine bağlı olan borcun alacaklı tarafından muaccel hâle getirilmesini sağlamakta hem de borcun muaccel hâle gelmesinden sonra alacaklının bir ay içinde asıl borçluya karşı hukuki yollara başvurmaması veya rehni paraya çevirmemesi durumunda kefalet borcundan kurtulması imkânını yaratmaktadır.

Belirsiz süreli kefalette muaccel olmamış borçlarda alacağın muacceliyetinin alacaklının bildirimine bağlı olduğu durumlarda, müteselsil kefilin TBK m. 601/II

⁹³ Bu tartışmalar için bkz. Giovanoli, BK, Art. 511 OR, N. 2.

⁹⁴ Giovanoli, BK, Art. 511 OR, N. 2.

hükmünden yararlanabilmesi için asıl borcun teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehniyle güvenceye alınmış olması gerekir. Zira TBK m. 601/II'de kefilin TBK m. 601/I hükmü uyarınca takip ve dava haklarını kullanmasını istemesinden söz edilmiştir.

Müteselsil kefil TBK m. 601/II uyarınca, TBK m. 601/I hükmüne göre alacaklının asıl borçluya karşı takip ve dava haklarını kullanmasını istemelidir. Buna karşılık, müteselsil kefilin asıl borçlu yerine kendisine karşı takip veya dava yoluna başvurulmasını istemesi Kanun'un bu düzenlemesine aykırı olur.

c. Kefilin borcundan kurtulması

Belirsiz süreli kefalette, süreli kefaletten farklı olarak kefalet sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesi söz konusu değildir. Zira süreli kefalette sürenin dolmasıyla kefil borcundan kanun gereği kendiliğinden kurtulurken belirsiz süreli kefalette belirli bir süre için kefalet verilmediğinden sürenin dolmasından ve sürenin dolması nedeniyle kefilin borcundan kurtulmasından söz edilemez. Kefilin TBK m. 601 kapsamında borcundan kurtulabilmesi için TBK m. 601'i alacaklıya karşı ileri sürmesi ve alacaklının kefilin istemini yerine getirmemesi gerekir. Kefil tarafından alacaklıya karşı yöneltilecek olan talep tek taraflı ve karşı tarafa ulaşması gereken irade beyanı niteliğindedir. Söz konusu beyan herhangi bir geçerlilik şekline bağlı değildir.⁹⁵ Kefil tarafından yöneltilen beyanın içeriğinde TBK m. 601'in lafzına bire bir uygun olması zorunlu değildir. Ancak yine de söz konusu bildirim, yeteri ölçüde kefilin alacaklıdan TBK m. 601'e göre harekete geçmesi yönündeki iradesini yansıtabilecek biçimde kaleme alınmış olması gerekir. Diğer bir ifadeyle söz konusu beyan özü itibarıyla alacaklının hukuken TBK m. 601'e göre hareket etmesini sağlayacak yeterlilikte ve nitelikte olmalıdır.

Muaccel borçlarda kefil tarafından alacaklıya karşı yöneltilecek olan bildirim en erken borcun muaccel olmasından uygun bir süre içerisinde yapılması gerekir. Söz konusu bildirim asıl borcun muaccel olmasından sonra her zaman yapılabilir.

Türk Borçlar Kanunu m. 601/III uyarınca alacaklı, kefilin yukarıda sözü edilen istemlerini yerine getirmezse, kefil borcundan kurtulur. Gerçekten de kefilin istemi üzerine alacaklı borçluya karşı bir ay içerisinde dava açmaz veya takipte bulunmazsa yahut başlattığı hukuki yola "önemli ölçüde"⁹⁶ ara verirse, kefil borcundan kurtulur.⁹⁷ Asıl borç bu kefalet yönünden güvencesiz kalır.⁹⁸ Söz konusu

⁹⁵ Özen, Sona Erme, s. 63.

⁹⁶ BGE 64 II 191.

⁹⁷ Guhl/Koller/Druey, s. 572; Krauskopf, Präjudizienbuch, Art. 509 OR, N. 3; Özen, Sona Erme, s. 62.

bir aylık süre, bildirim kefil tarafından borç henüz muaccel olmadan kısa bir süre önce yapılmış olsa bile, borcun muaccel olduğu tarihten itibaren işlemeye başlar. Buna karşılık, kefil tarafından yapılan bildirim borcun muaccel olmasından sonra gerçekleştirilmişse, bir aylık süre söz konusu bildirim alacaklıya ulaşması anından itibaren işlemeye başlar.

Muaccel olmamış borçlara verilen süreli olmayan kefalette kefilin TBK m. 601/II hükmü uyarınca kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihten itibaren bir yıl sonra alacaklıdan bu bildirim yapmasını istemesine rağmen alacaklı derhâl söz konusu muacceliyet bildiriminde bulunmamışsa, kefil kendiliğinden borcundan kurtulur.⁹⁹ Burada artık kefilin alacaklının bir ay içinde borçluya karşı hukuki yollara başvurmasını veya varsa rehni paraya çevirmesini beklemesine gerek yoktur.

Kefilin alacaklıya bildirimde bulunması üzerine alacaklının “borçluya karşı” sadece borcu ifa etmesi yönünde bildirimde bulunması; buna karşılık dava veya takip yoluna girişmemesi, rehni paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmemesi veya takibe geçtikten sonra takibe önemli ölçüde ara vermesi durumunda, kefil TBK m. 601/III uyarınca borcundan kurtulur; diğer bir ifadeyle kefalet sözleşmesi sona erer.

Türk Borçlar Kanunu’nun emredici olmayan nitelikteki 602. maddesi¹⁰⁰ uyarınca ise çalışanlara süreli olmayan veya diğer bir ifadeyle belirsiz süreli¹⁰¹ kefalette kefil, her üç yılda bir, ertesi yılın sonunda geçerli olmak üzere sözleşmeyi feshettiğini bildirebilir.

6. Alacaklının Yükümlülüklerini Yerine Getirmemesi veya Mevcut Belgeleri ya da Sorumlu Olduğu Diğer Güvenceleri Elinden Çıkarması

Türk Borçlar Kanunu’nun 592. maddesinin dördüncü fıkrasında kefilin borcundan kurtulmasının özel bir hâli düzenlenmiştir. TBK m. 592/IV uyarınca alacaklı, “haklı bir sebep olmaksızın” yükümlülüklerini yerine getirmez, “ağır kusuruyla” mevcut belgeleri veya rehinleri ya da sorumlu olduğu diğer güvenceleri elinden çıkarırsa, kefil borcundan kurtulur. Bu durumda kefil, ödediğinin geri verilmesini ve varsa ek zararının giderilmesini isteyebilir.

II. KEFALETTEN DÖNME

A. Genel Olarak

Kefalet sözleşmesinde alacaklı kefile lehine bir karşı edim borcu altına girmiş olmasına rağmen söz konusu karşı edimi yerine getirmeyerek borçlunun

⁹⁸ Kılıçoğlu, s. 689.

⁹⁹ Özen, Sona Erme, s. 67.

¹⁰⁰ Pestalozzi, BSK, Art. 512, N. 9.

¹⁰¹ Pestalozzi, BSK, Art. 512, N. 8.

temerrüdüne düşmesi hâlinde, kefil TBK m. 125/II uyarınca kefalet sözleşmesinden dönmek suretiyle borcunu sona erdirebilir.¹⁰²

Türk Borçlar Kanunu m. 98 uyarınca karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, taraflardan birinin borcunu ifade güçsüzlüğe düşmesi ve özellikle iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse bu taraf, karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir. Hakkı tehlikeye düşen taraf, ayrıca uygun bir sürede istediği güvence verilmezse sözleşmeden dönebilir. Bu kapsamda karşılıklı borç yükleyen bir kefalet sözleşmesinde kefil de TBK m. 98 uyarınca sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.¹⁰³

Türk Borçlar Kanunu m. 390/I uyarınca, ödünç alan, ödünç sözleşmesinin kurulmasından sonra ödeme güçsüzlüğüne düşerse ödünç veren, ödünç konusunun tesliminden kaçınabilir. Ödünç veren, ödünç alanın sözleşmenin kurulmasından önce ödeme güçsüzlüğüne düşmüş olduğunu daha sonra öğrenmişse, aynı hakka sahiptir (TBK 390/II).

Kefil, ödünç veren olmamakla birlikte kefalet altına girmekle alacaklı için kredinin sağlanması bakımından kolaylık sağlar. Alacaklı, asıl borç sözleşmesine özellikle kredi ilişkisine sıkça herhangi bir kefalet verilmedikçe girmemektedir. Bu sebeple kefile de, alacaklıya (ödünç verene) tanınan imkânlarla benzer imkânların tanınması hakkaniyete uygundur.¹⁰⁴ İşte kanun koyucu TBK m. 599 hükmünde kefalet sözleşmesinde kefile kefaletten dönmek suretiyle kefaleti sona erdirebilme imkânı tanımıştır. TBK m. 599/I hükmü uyarınca, gelecekte doğacak bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önceki malî durumu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuşsa “veya” malî durumunun, kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğu ortaya çıkmışsa, kefil alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak, borç doğmadığı sürece her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir.

B. Kefaletten Dönmenin Koşulları

1. Gelecekte Doğacak Olan Bir Alacak İçin Kefalet Verilmesi

Kefaletten dönme ancak gelecekte doğacak olan bir alacak¹⁰⁵ için kefalet verilmesi hâlinde mümkündür. Bütün sözleşmeye kefil olunması hâlinde örneğin,

¹⁰² Pestalozzi, BSK, Art. 510, N. 2.

¹⁰³ Pestalozzi, BSK, Art. 510, N. 3.

¹⁰⁴ Giovanoli, BK, Art. 510 OR, N. 1.

¹⁰⁵ “Gelecekteki alacak” kavramı, borç ilişkisi mevcut olmamakla birlikte beklenen veya umulan alacak haklarını kapsadığı gibi, geciktirici koşula bağlı alacak haklarını da kapsayan henüz doğmamış alacağı ifade etmek üzere kullanılan bir kavramdır. Bu kavram hakkında bkz.

kira sözleşmesinden doğan kiralarda, bütün bir cari hesap sözleşmesinde vs. kefaletten dönme söz konusu olmaz. Her türlü hukuki ilişkiden ortaya çıkan taleplerle ilgili olarak dönme hakkına izin verilmesi yapılmış olan sözleşmelere yan haklarıyla birlikte kuvvetli bir biçimde müdahale anlamına gelir.¹⁰⁶

Gelecekte doğacak olan bir alacak için kefalet verilmesi hâlinde kefaletten dönmeye imkân veren TBK m. 599/I hükmü sadece süreli kefalet yönünden değil aynı zamanda belirsiz süreli kefalet bakımından da uygulama alanı bulur.¹⁰⁷

2. Asıl Borçlunun Ekonomik Durumunun Önemli Ölçüde Kötüleşmesi

Kefaletten dönme hakkının kullanılabilmesi için, kefalet sözleşmesinin imzalanmasından sonra asıl borçlunun ekonomik durumu önemli ölçüde kötüleşmiş olmalıdır.¹⁰⁸ Bu türden esaslı bir kötüleşme TBK m. 98 (İsvBK m. 83) ve TBK m. 390 (İsvBK m. 316) hükümlerinde anılan ödeme güçsüzlüğü; özellikle borçlunun iflâsı, ödemelerini tatil etmesi, yapılan icra takiplerinin sonuçsuz kalması, esaslı kötüleşmeye örnektir. Zira kefil asıl borçlunun ödeme gücünü garanti eder. Bu anlamda da kendisine kefaletin imzalanmasından sonra ancak borcun doğmasından önce ortaya çıkan ödeme güçlüğü söz konusu olması hâlinde dönme hakkının tanınması hakkaniyete uygundur. Ama akitten dönmek için kanun sadece ödeme güçlüğünü aramamakta; aksine malvarlığı durumundaki her türlü kötüleşmeyi, bu kötüleşmenin kefaletin imzalanmasından sonra ortaya çıkması şartıyla kabul etmektedir. Maddenin amacı asıl borçlunun mali durumunun kötüleşmesi hâlinde kefilin kendi ekonomik durumunun da kötüleşmesi tehlikesinin önüne geçmektir. Burada *clausula rebus sic stantibus* olarak adlandırılan ilkenin özel bir uygulama alanı söz konusudur. Diğer hâllerden (TBK m. 598/III'ten) farklı olarak kanun koyucu fıkra birde kefalet sözleşmesinin imzalandığı ana göre hareket etmiştir.¹⁰⁹

3. Asıl Borçlunun Malî Durumunun Kefalet Sırasında Kefilin İyiniyetle Varsaydığından Çok Daha Kötü Olduğu Ortaya Çıkması

Borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumunun, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmasına alternatif olarak, borçlunun mali durumunun, kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğunun ortaya çıkması, diğer koşullar da varsa kefile sözleşmeden

Fahrettin Aral, "Topyekün Temlik", *AÜHFD*, 42, 1992, s. 93-140, s. 94 vd.; Hatice Tolunay Ozanemre Yayla, *Alacağın Devri İşleminin Geçerliliği ve Sebeple Olan İlişkisi (İlliliği)*, Turhan Kitabevi Yayınları, 2019, s. 133..

¹⁰⁶ Giovanoli, BK, Art. 510 OR, N. 2.

¹⁰⁷ Giovanoli, BK, Art. 510 OR, N. 9; Pestalozzi, BSK, Art. 510, N. 3.

¹⁰⁸ Onur Şahin, "Kefalet ve Bağımsız Garanti Sözleşmelerinin Sona Erme Halleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 126, 2016, s. 323.

¹⁰⁹ Giovanoli, BK, Art. 510 OR, N. 3.

dönme hakkı verir.¹¹⁰ Bu durumda asıl borçlunun elverişsiz malî durumu kefaletin imzalandığı sırada mevcuttur; ama kefilin bundan haberi yoktur. Kefil borçlunun malî durumunun iyi olduğunu varsaymaktadır; ama durum öyle değildir. Böylece kefil bakımından, kefaletten dönme hakkı ortaya çıkmaktadır. Kefil, borçlunun malî durumunun iyi olduğunu iyiniyetle varsaymalı; yani kefalet senedinin imzalandığı sırada iyiniyetli olmalıdır.¹¹¹ Burada temel hatası olarak bilinen hatanın özel bir görünümü mevcut olmakta ve kefil belirli bir maddi durum hakkında yanılığa düşmektedir ki bu ticari hayatın dürüstlük kuralına göre sözleşmenin zorunlu temeli olarak görülmeye müsaittir. TBK m. 32 gereğince, saikte yanılma, esaslı yanılma sayılmaz. Yanılanın, yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması ve bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması hâlinde yanılma esaslı sayılır. Ancak hukuki sonuçları bakımından TBK m. 32’de tek taraflı bağlamazlık varken burada dönme söz konusudur.¹¹²

Borçlunun malî durumunun önemli ölçüde kötüleşip kötüleşmediğinin takdiri hâkime aittir. Asıl borçlunun mali durumunun kötüleşmesine hangi sebebe dayandığının bir önemi yoktur. Kötüleşmeye borçlunun kusuruyla sebebiyet vermiş olması zorunlu değildir. Asıl borçlunun ödeme güçlüğüne düşmesi, iflâsı, yapılan icra takiplerinin sonuçsuz kalması gibi nedenler borçlunun malî durumunun kötüleştiğini gösterir. Diğer yandan kefil, borçlunun malî durumunun böyle kötüleşeceğini bilseydi onun borcu için kefalet sorumluluğu altına girmezdi denilebilen her durumda borçlunun malî durumunun kötüleştiğinden söz edilir.¹¹³

4. Gelecekteki Alacağın Henüz Doğmamış Olması

Kefilin sözleşmeden dönebilmesi için alacak henüz doğmamış olmalıdır.¹¹⁴ Bu şekilde, kefil tarafından dönme hakkının ileri sürüldüğü anda alacağın henüz doğmamış olması gerekir. Zira alacaklı hâlihazırda yerine getirdiği edimler bakımından hak kaybına uğramamalıdır.¹¹⁵ Bu nedenle örneğin, ödünç akdinde paranın borçluya verilmesi hâlinde dönme hakkı ortadan kalkar.

İş akdinde işçinin vereceği zararlara karşı kefil olunması farklı bir özelliğe sahiptir. Bu kefalette asıl borcun mutaden ortaya çıkması beklenmez (çünkü işe başlamalı ki sorumluluk olsun). Bu nedenle işçinin çalışmaya başlamasından önceki

¹¹⁰ Gümüş, s. 452.

¹¹¹ Giovanoli, BK, Art. 510 OR, N. 3.

¹¹² Giovanoli, BK, Art. 510 OR, N. 4.

¹¹³ Pestalozzi, BSK, Art. 510, N. 6.

¹¹⁴ Gümüş, s. 452. Doğmamış alacak hakkında bkz. yukarıda dpn. 105.

¹¹⁵ Pestalozzi, BSK, Art. 510, N. 4.

bir anda dönmek mümkündür. Zira alacaklı bu kefalet yoluyla iş ilişkisinden kendisi için hâsil olacak zararları teminat altına almaktadır.¹¹⁶

5. Yazılı Beyanda Bulunulması

Sözleşmeden dönme alacaklıya yönetilen yazılı bir beyanla kullanılır. Bu beyan bozucu yenilik doğuran bir hak niteliğinde karşı tarafa varması gereken bir beyandır.¹¹⁷ Bu nedenle alacaklının hâkimiyet sahasına girdiği anda hükümlerini doğurur. Kanun'da söz konusu dönme hakkının kullanılması için bir hak düşürücü süre öngörülmemiştir.¹¹⁸ Ayrıca, dönmeye ilişkin beyanın ne zaman yapıldığı da önem taşınmaz.¹¹⁹

C. Kefaletten Dönmenin Sonuçları

Kefilin kefaletten dönmesi üzerine kefalet sözleşmesi geçmişe etkili olarak (*ex tunc*) ortadan kalkar.¹²⁰ Kefaletle güvenceye alınan alacak sonradan doğsa bile kefil öncesinde kefalet sözleşmesinden döndüğü için alacaklı kefalet güvencesinden yararlanamaz.

Türk Borçlar Kanunu m. 599/II gereğince kefil, alacaklının kefaletle güvenmesi sebebiyle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür. Bu zararlar, alacaklının kefalet sözleşmesinin varlığına duyduğu güvenin boşa çıkmasından doğan zararlardır. Sorumluluğun sebebini dürüstlük ilkesinden çıkarılan güven ilkesi oluşturur. Bu halde karşılanacak zarar, alacaklının uğradığı menfi zararlardır.¹²¹ Giderilecek zararlar da kefalet sözleşmesinden dönülmemiş olunsaydı alacaklının uğramayacağı zararlardır.¹²² Örneğin, noter masrafları, seyahat masrafları, varsa vekile ödenen paralar vs. gibi.

SONUÇ

Kefalet bir alacağa kişisel teminat sağlama amacına yöneliktir ve teminat altına aldığı alacak hakkının fer'i niteliğindedir. Bu nedenle kefilin yükümlülüğünün doğabilmesi için asıl borcun geçerli olması gerektiği gibi, kefaletin varlığını sürdürebilmesi de asıl borcun varlığını sürdürmesine bağlıdır. Asıl borç doğduktan sonra, herhangi bir sebeple ortadan kalkarsa kefalet de kanun gereği alacaklının alacağına kavuşmuş olmasından bağımsız olarak kendiliğinden ortadan kalkar.

¹¹⁶ Giovanoli, BK, Art. 510 OR, N. 6.

¹¹⁷ Pestalozzi, BSK, Art. 510, N. 4.

¹¹⁸ Giovanoli, BK, Art. 510 OR, N. 7; Gümüş, s. 453.

¹¹⁹ Pestalozzi, BSK, Art. 510, N. 5.

¹²⁰ Pestalozzi, BSK, Art. 510, N. 7; Kılıçoğlu, s. 688.

¹²¹ Özen, Sona Erme, s.72 ; Zevkliler/Gökyayla, s. 715; Gümüş, s. 454.

¹²² Giovanoli, BK, Art. 510 OR, N. 8; Pestalozzi, BSK, Art. 510, N. 7.

Buna, kefaletin bağımlı sona erme sebebi denir. Bu husus, TBK m. 598/I hükmünde açıkça düzenlenmiştir.

Kefalet, asıl borcun sona ermesinden bağımsız olarak kefaletin kendisinden kaynaklanan sebeplerle de sona erebilir. Bu türden sebeplere bağımsız sona erme sebepleri denilir. Kefaletin bağımsız sona erme sebepleri TBK m. 598/II ilâ TBK m. 598/V arasında hükme bağlanmıştır.

Kefalet, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine göre de sona erebilir. Zira kefalet fer'i nitelikte olsa da ayrı bir sözleşmedir ve sözleşmeyi sona erdiren Kanun'da öngörülen sebeplerden birinin gerçekleşmesi hâlinde kefalet de ortadan kalkar.

Kefaletin kefalet sözleşmesine özgü sebeplerle ortadan kalkması bakımından ayrıca TBK m. 598/III'te kefaletin süresine ilişkin olarak belirli bir üst sınır öngörülmüş; TBK m. 599'da gelecekte doğacak borca kefalet bakımından özel bir dönme hükmüne yer verilmiş; TBK'nun m. 600 ve 601. maddelerinde de süreli ve süreli olmayan kefaletin sona ermesine ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. TBK m. 602'de ise çalışanlara kefalette, bu tür kefalete özgü bir fesih sebebine yer verilmiştir.

Kefaletin asıl borcun sona ermesine bağlı olarak ortadan kalkması için asıl borcun sona erme sebebi önem taşımamaktadır. Bu bağlamda kefilin sorumluluğu, asıl borcun sözleşmede kararlaştırıldığı gibi ödenmesiyle ortadan kalkacağı gibi asıl borcun konusunu oluşturan edimin sözleşmenin yapılmasından sonra borçlunun kusuru olmaksızın imkânsızlaşması hâlinde de ortadan kalkar.

Asıl borcun sona ermesine bağlı olarak kefaletin sona ermesine ilişkin olarak çeşitli özel durumlar ortaya çıkabilir. Bu kapsamda cari hesap sözleşmesinde borcun yenilenmiş sayılmasına rağmen kefaletin kural olarak ortadan kalkmaması; yeni kefalet senedinin düzenlenmesi durumunda açıkça yenileme iradesi olmadıkça kefaletin kural olarak ortadan kalkmaması; asıl borçlunun iflasının asıl borcun ve onu temin eden kefalet borcunun ortadan kalkmasına sebep olmaması; yine borç ödemedi aciz belgesi verilmesi hâlinde asıl borca faiz işlememesi sadece asıl borçlu için geçerli olup kefilin faiz talep edilebilmesi gibi hususlar önem taşır.

Kefalet, kefilin ibra edilmesi, kefalet borcunun yenilenmesi gibi kefalet sözleşmesinin kendisini sona erdiren nedenlerle de asıl borçtan bağımsız olarak sona erebilir. Buna karşılık, kefilin ölmesi kefaleti sona erdirmez. Diğer yandan, terekenin resmi deftere göre kabulü hâlinde TMK m. 630 hükmünün açık ifadesi uyarınca mirasbırakanın kefaletten doğan borçları defterde ayrı bir yere yazılır ve mirasçılar, mirası kayıtsız ve şartsız kabul etmiş olsalar bile, bu borçlardan terekenin iflâs hükümlerine göre tasfiyesi hâlinde kefalet sebebiyle alacaklı olanlara ne düşecek idiye ancak o miktarla sorumlu olurlar.

Türk Borçlar Kanunu m. 598/III gereğince, bir “gerçek kişi” tarafından verilmiş olan her türlü kefalet, buna ilişkin sözleşmenin kurulmasından başlayarak on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkar. Türk Borçlar Kanunu m. 598/IV uyarınca kefalet, on yıldan fazla bir süre için verilmiş olsa bile, uzatılmış veya yeni bir kefalet verilmiş olmadıkça kefil, ancak on yıllık süre doluncaya kadar takip edilebilir. Gerçek kişilerin verdiği kefaletlerin belirli bir zaman sonra ortadan kalkmasını öngören bu hükmün amacı, kefalet veren gerçek kişiyi, bu türden bir yükümlülük için öngörülemez bir süre boyunca ağır bir yükün altına sokmamaktır.

Kanun’da öngörülen sürenin geçmesiyle birlikte, kefalet ortadan kalkar; kefalet daha uzun bir süre için kararlaştırılmış olsa bile bu sürenin dolmasından sonra hiçbir hüküm ifade etmez. On yıllık süreyi aşan bir süre için kefalet verilmiş olsa bile süreyi aşan kısmın hiçbir hükmü yoktur. Hâkim bunu taraflarca ileri sürülmemiş olsa bile dikkate alır. Bu süre kefaletin verildiği andan itibaren işlemeye başlar.

Gerçek kişi tarafından verilen ve on yıllık sürenin geçmesiyle birlikte ortadan kalkacak olan kefaletin uzatılmasını mümkündür. Bu uzatma, TBK m. 598/V uyarınca kefilin “kefalet sözleşmesinin şekline uygun” yazılı açıklamasıyla gerçekleştirilebilir. Fakat bu uzatma en fazla sonraki on yıl için yapılabilir. Ayrıca uzatma, sadece bir defalığına on yıl için yapılabilir. Bu türden bir uzatma beyanı kefaletin sona ermesinden bir yıl önce geçerli olarak verilebilir. Kefaletin sona ermesine bir yıldan fazla süre varsa, kefalet uzatılamaz. Bu yolla kefalet altına girilmesinde diğer eşin rızası, kural olarak aranmaz.

Türk Borçlar Kanunu m. 600 uyarınca, süreli kefalette kefil, sürenin sonunda borcundan kurtulur; burada asıl borcun bir zamanla sınırlandırılmış olmasının önemi yoktur.

Türk Borçlar Kanunu m. 601/I’e göre, süreli olmayan kefalette kefil, asıl borç muaccel olunca, adi kefalette her zaman ve müteselsil kefalette ise, kanunun öngördüğü hâllerde, alacaklıdan, “bir ay içinde” borçluya karşı dava ve takip haklarını kullanmasını, varsa rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesini ve ara vermeden takibe devam etmesini isteyebilir. Türk Borçlar Kanunu m. 601/II’ye göre, süreli olmayan kefalette borç, alacaklının borçluya yapacağı bildirim sonucunda muaccel olacaksa kefil, kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihten bir yıl sonra alacaklıdan, bu bildirim yapmasını ve borç bu suretle muaccel olunca, TBK m. 601/I uyarınca takip ve dava haklarını kullanmasını isteyebilir.

Kefilin TBK m. 601 kapsamında borcundan kurtulabilmesi için TBK m. 601’i alacaklıya karşı ileri sürmesi ve alacaklının kefilin istemini yerine getirmemesi gerekir.

Kanun koyucu TBK m. 599'da kefalet sözleşmesinde kefile kefaletten dönmek suretiyle kefaleti sona erdirebilme imkânı tanımıştır. TBK m. 599/I uyarınca, gelecekte doğacak bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuşsa “veya” malî durumunun, kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğu ortaya çıkmışsa, kefil alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak, borç doğmadığı sürece her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir. Kefilin kefaletten dönmesi üzerine kefalet sözleşmesi geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Kefaletle güvenceye alınan alacak sonradan doğsa bile kefil öncesinde kefalet sözleşmesinden döndüğünden, kefalet güvencesinden yararlanamaz.

KAYNAKÇA

- Aral F, “Topyekün Temlik”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 42, 1992, s. 93-140.
- Aral F, *Türk Borçlar Hukukunda Takas*, 2. Bası, Yetkin Yayınları, 2010.
- Aral F / Ayrancı F, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, 13. Bası, Yetkin Yayınları, 2020.
- Ayan S, *Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, 2013.
- Ayrancı H, “Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet”, *GÜHFD*, IX (1-2), 2005, s. 107-126.
- Bayram A E, *Alacaklının Temerrüdü ve Hukuki Sonuçları*, Yetkin Yayınevi, 2022.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. Bası, Yetkin Yayınları, 2021.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 9. Bası, Yetkin Yayınları, 2021.
- Giovanoli S / Schaetzle M, in *BK - Berner Kommentar: Bd. 6 Obligationenrecht, 2. Abteilung Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 7. Teilband: Die Bürgschaft, Spiel und Wette Art. 492-515 OR, Der Leibrentenvertrag und die Verpfändung Art. 516-529 OR*, 1978.
- Guhl T / Koller A / Druey J N, *Das schweizerische Obligationenrecht: mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts*, 8. Auflage, 1991.
- Gümüş M A, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt:2*, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Karabağ Bulut N, “Die Zeitliche Befristung der Bürgschaft natürlicher Personen”, *Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul*, 48 (65), 2016, s. 111-131.
- Kaya Kızılırmak C, *Kefalet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona Erme Halleri*, Oniki Levha Yayınları, 2019.
- Kılıçoğlu A M, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Turhan Kitabevi, 2019.
- Krauskopf F/Stuber J, in *OFK - Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht*, 3. Auflage, 2016.
- Krauskopf F, in *Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020)*, 10. Auflage, 2021.
- Ozanemre Yayla H T, *Alacağın Devri İşleminin Geçerliliği ve Sebeple Olan İlişkisi (İlliliği)*, Turhan Kitabevi Yayınları, 2019
- Özen B, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefilin Sorumluluğunun Kefalet Sözleşmesine Özgü Sebeplerle Sona Ermesi”, *İstanbul Kültür*
- Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXVI. Y. 2022 Sa. 3 59

- Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10 (2), 2011, s. 53-77. (Anılış: Sona Erme)
- Özen B, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, 2017. (Anılış: Kefalet)
- Özkan Şahin G, “Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 25 (2), 2019, s. 1288-1336.
- Pestalozzi C M, *in BSK - Basler Kommentar, Obligationenrecht I: Art. 1–529 OR*, 6. Auflage, 2015.
- Reisoğlu S, *Türk Kefalet Hukuku*, 2013.
- Şahin O, “Kefalet ve Bağımsız Garanti Sözleşmelerinin Sona Erme Halleri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 126, 2016, s. 311-338.
- Tandoğan H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II*, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, 1989.
- Vischer M, *in CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Art. 319-529 OR*, 3. Auflage, 2016.
- Yavuz C/Acar F/Özen B, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Bası, Beta Yayınevi, 2014.
- Zevkliler A/Gökyayla K E, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, 2014.

**AYRILMA AKÇESİNİN HESAPLANMASI BAKIMINDAN ANONİM
ŞİRKETİN FESHİ DAVASI İLE SORUMLULUK DAVASI ARASINDAKİ
İLİŞKİNİN MADDİ HUKUK VE USUL HUKUKU YÖNÜYLE
DEĞERLENDİRİLMESİ**

İrfan AKIN*
Anıl KÖROĞLU**

ÖZET

Türk Ticaret Kanunu'nun 531'inci maddesiyle azınlık pay sahiplerine sunulan fırsat, hukuken çözülmesi gereken birçok sorunu da beraberinde getirmektedir. Kanun hükmü uyarınca ayrılma akçesinin hesaplanmasında payların karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değeri esas alınmalıdır. Dava tarihindeki şirket değerinin hesaplanarak, yargılama süresi içerisinde şirket yönetim kurulunun kusurlu davranışları sonucu malvarlığında meydana gelen azalmaların ayrılma akçesinin hesaplanmasında dikkate alınmasına dair bir düzenleme Kanunda yer almamaktadır. Fesih davası kapsamında, pay sahibinin haklarının korunması bakımından ortaya çıkan bu boşluk, açılacak yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu davası ile giderilebilmektedir. Yönetim kurulu üyeleri aleyhine tazminata hükmedilmesi durumunda, şirkete ödenecek tazminat tutarından, fesih davası açan pay sahibi de payı oranında dolaylı olarak yararlanabilmektedir. Söz konusu tazminat, çıkarılma kararı verilmesinde ise ayrılma akçesinin hesabında şirket malvarlığı kalemi olarak dikkate alınmaktadır.

Anonim şirket azınlık pay sahipleri tarafından açılan fesih ve sorumluluk davalarının farklı vakıaları dava konusu yapmalarına karşın, davaların sonuçlarının birbirlerini doğrudan etkileyebilecek olması sebebiyle bu iki davanın maddi hukuk ve usûl hukuku hükümleri bakımından değerlendirilmesinde büyük fayda bulunmaktadır.

* **Doç. Dr.**, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı / İstanbul, **e-posta:** akin@tau.edu.tr,

ORCID: 0000-0002-7478-1458.

** **Dr. Öğr. Üyesi**, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı / İstanbul, **e-posta:** koroglu@tau.edu.tr,

ORCID: 0000-0003-2359-385X

DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1079986

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 03/03/2022

Yayımlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 21/07/2022

Anahtar Kelimeler: *Anonim Şirketin Feshi Davası, Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu Davası, Ayrılma Akçesinin Hesaplanması, Şirket Malvarlığı, Tazminat.*

IN CALCULATION OF THE FINANCIAL SETTLEMENT, EVALUATION OF THE RELATIONSHIP BETWEEN THE ACTION FOR TERMINATION OF THE JOINT STOCK COMPANY AND THE CASE OF LIABILITY

ABSTRACT

The opportunity offered to minority shareholders by TTK m.531 also brings with it many problems that need to be resolved legally. Pursuant to the provision of the law, the actual value of the shares closest to the date of decision should be taken as a basis in the calculation of the financial settlement. There is no regulation in the Law that calculates the value of the company on the date of the lawsuit and takes into account the decrease in the assets of the company's board of directors as a result of the faulty behavior of the company's board of directors in the calculation of the financial settlement. Within the scope of the termination lawsuit, this gap in terms of protecting the rights of the shareholders can be filled with the liability lawsuit of the members of the board of directors to be opened. In the event that compensation is awarded against the members of the board of directors, the shareholder who has filed a termination lawsuit can also indirectly benefit from the compensation amount to be paid to the company at the rate of his share. The compensation is taken into account as an item of company assets in the calculation of the financial settlement when the decision to withdraw is made.

Although the termination and liability lawsuits filed by the minority shareholders of the joint stock company make different cases the subject of judgment, it is of great benefit to evaluate these two lawsuits in terms of substantive law and procedural law, since the results of the lawsuits directly affect each other.

Keywords: *The Termination Lawsuit Of The Joint Stock Company, The Liability Lawsuit of The Company's Board of Directors, The Calculation of The Financial Settlement, The Assets of The Company, The Compensation.*

GİRİŞ

Sermaye şirketi olarak tasarlanan ve kişilerin sübjektif şartlarından bağımsız, oluşturulan kurumsal yapı ile faaliyetlerini sürdürmesi öngörülen anonim şirketler, ortaklar arasında yaşanan bazı anlaşmazlıklara kendi iç mekanizmaları ile çözüm üretmekte zorlanmaktadır. Bu uyuşmazlıkların çözümü için başvurulmuş mahkemeler, şirketin malî ve idarî yapısına ilişkin tespitlerde bulunarak, şirket işleyişinin hukuka uygun şekilde gerçekleşip gerçekleşmediği ve buna bağlı olarak şirketin feshi veya diğer çözümlere ilişkin şartların oluşup oluşmadığına karar vererek bir nevi katalizör görevi ifa etmektedir.

Ülkemizin sosyolojik yapısı ve kurumsallaşma konusundaki sıkıntılar dikkate alındığında, şirket içerisinde çaresiz kalan azınlık pay sahiplerine 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 531 hükmü ile bir çözüm (çıkış) fırsatı sunulması son derece olumlu olmuştur. Ancak bu imkânın anonim şirketlerin karmaşık yapısı sebebiyle ortaya çıkardığı birtakım sorunlar bulunmaktadır. Azınlık pay sahiplerinin açtığı davalar ve şirketin dava açan bu pay sahiplerine karşı aldığı tavır, birbiri ile etkileşim halinde bulunan ve hukuken çözülmesi gereken birçok sorunu da beraberinde getirmektedir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 531'inci maddesi kapsamında açılan davalarda, haklı sebebin varlığının tespiti halinde, fesih kararı veya (uygulamada görüldüğü kadarıyla) daha sık olarak davacı pay sahibinin şirketten çıkarılması kararı verilebilmektedir. Türk Ticaret Kanunu'nun 531'inci maddesi uyarınca çıkarma kararı verilecekse, payların karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değeri esas alınmalıdır. Dava devam ederken şirket yöneticilerinin karar ve davranışlarından kaynaklanan, şirketin malî yapısında davacı pay sahibi aleyhine, onun payının değerini azaltıcı nitelikteki gelişmeler fesih davasında dikkate alınmaz. Bu nitelikte vakıalar ancak yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin açılan sorumluluk davasında ele alınıp karara bağlanabilir. Yönetim kurulu üyeleri aleyhine tazminata hükmedilmesi durumunda, şirkete ödenecek tazminat tutarından, fesih davası açan pay sahibi de payı oranında dolaylı olarak yararlanabilmektedir. Söz konusu tazminat, çıkarılma kararı verilmesinde ise ayrılma akçesinin hesabında şirket malvarlığı kalemi olarak dikkate alınmaktadır.

Anonim şirket azınlık pay sahipleri tarafından açılan fesih davası ile şirket yöneticilerine karşı açılan sorumluluk davalarının konusu birbirinden farklı olsa da her iki dava sonuçları itibariyle birbiriyle etkileşim hâlinindedir. Dolayısıyla fesih davasından sonra açılan sorumluluk davasının fesih davasına etkilerinin maddî hukuk ve usûl hukuku bakımından ele alınması gerekliliği vardır.

I. AYRILMA AKÇESİNİN HESAPLANMASI (TTK M. 531) İLE SORUMLULUK DAVASI İLİŞKİSİNİN MADDİ HUKUK BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Türk Ticaret Kanunu'nun 531'inci maddesi şu şekildedir: “*Haklı sebeplerin varlığında, sermayenin en az onda birini ve halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden payların sahipleri, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden şirketin feshine karar verilmesini isteyebilirler. Mahkeme, fesih yerine, davacı pay sahiplerine, paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilir.*”

Haklı sebep kavramı Kanun metninde ve gerekçesinde tanımlanmamış olup bu kavramın içeriği yargı kararları ve öğretiyeye bırakılmıştır. Madde gerekçesinde, İsviçre hukukunda haklı sebep olarak sayılan bazı durumlar üzerinde durulmuştur. Bu kapsamda genel kurulun birçok kez kanuna aykırı bir şekilde toplantıya çağrılmış olması, azlık hakları ile bireysel hakların devamlı ihlalî, özellikle bilgi alma ve inceleme haklarının engellenmesi, şirketin sürekli zarar etmesi, dağıtılan kâr payının düzenli azalması, haklı sebep sayılmışken; varsayımlar ve olumsuz beklentiler haklı sebep sayılmamıştır¹.

Madde metni ve gerekçesinde de açıkça ifade edildiği gibi, şirketin feshini haklı kılan sebeplerin tespit edilmesine rağmen mahkeme, ekonomik ve rasyonel gerekçelerle şirketi feshetmek yerine, fesih talebinde bulunan pay sahiplerinin paylarının gerçek değerinin ödenmesine ve kendilerinin şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilir. Davacıya paranın kimin tarafından ve nasıl ödeneceği, bu payları geçici olarak şirketin iktisap edip edemeyeceği düzenlenmemiş; bu konular yargı kararlarına ve öğretideki görüşlere bırakılmıştır.

Duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verme konusunda, İsviçre öğretisinde, mahkemenin kâr dağıtma zorunluğunu karara bağlayabileceği, yeni pay sahibinin şirkete alınmasını uygun bulabileceği, hatta şirketi sağlığa kavuşturabilecek kısmî tasfiyeye de hükmedebileceği madde gerekçesinde ifade edilmektedir.

Madde gerekçesinde mehz İsviçre öğretisinin haklı sebebin tespiti ve alternatif çözüm konularındaki tecrübelerine atıf yapılmakla birlikte, ayrılma akçesinin hesaplanması konusunda bir değerlendirme yer almamaktadır. Mehz İsviçre OG m. 736/IV, ayrılma akçesinin hesaplama zamanına ilişkin bir hüküm içermemektedir. Maddede sadece fesih kararı yerine, taraflar için uygun başka bir çözüme karar verilebileceği düzenlenmiştir. İsviçre hukukunda ayrılma akçesinin hesaplama zamanına ve şekline ilişkin bir düzenleme yapılmayarak, bu konuda öğreti ve uygulamaya geniş bir hareket alanı bırakıldığı görülmektedir². Şirket

¹ Bkz. TTK m. 531 madde gerekçesi.

² İsviçre'deki öğretiyeye ve yargı kararları incelendiğinde şirket değerlemelerinde tek bir yöntem kullanılmadığı görülmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi, kural olarak 'anlaşılabilir, makul ve kabul edilebilir; benzer durumlarda sıklıkla kullanılan, daha iyi veya en azından diğer metotlarla eşdeğer ve somut olayın özelliklerini dikkate alan her türlü değerlendirme yöntemini' geçerli olarak kabul etmektedir, (BGer vom 18.9.2013, 2C_309/2013, 2C_310/2013.). Kapsamlı açıklama için bkz. İrfan Akın, "Şirket Değerleme Yöntemlerinin Sermaye Şirketlerinde Çıkma, Çıkarılma ve Fesih Davalarına Etkisi", Tekin MEMİŞ, Bahar ŞİMŞEK, Özge Selin ŞENER (Ed.), *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Sempozyumu II ve Makaleler- Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı Merhum Mehmet Kılıç'a Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 83-102.

değerlemesi gibi, birçok farklı disiplinden tespit ve değerlendirmenin gerektiği karmaşık bir konunun kanun maddesi ile düzenlenmemesi anlaşılabilir bir tutumdur. İsviçre'deki mahkemelerin iş yükü, hâkimlerin alanlarındaki uzun yıllara dayalı tecrübeleri ve genel yargılama iklimi dikkate alındığında, bağlayıcı bir düzenleme yapılmayarak, mahkemelere ayrılma akçesinin hesaplanması konusunda geniş bir takdir alanının tanınması, somut olay adaleti sağlanması bakımından isabetlidir.

Türk Ticaret Kanunu'nu tasarısının 531'inci maddesinin ilk halinde ayrılma akçesinin hesaplanması tarihine ilişkin bir ifade bulunmadığı için madde gerekçesinde de bu konuda bir açıklama yer almamaktadır. Adalet Komisyonu Değişikliği kapsamında Alt Komisyonca yapılan açıklamada, "*Tasarının 531. maddesine, satın alınacak payların fiyatlarının belirlenmesinde, mahkemenin karar tarihine en yakın tarihteki değerinin esas alınmasını öngören bir ekleme yapılmıştır*" cümlesi bulunmaktadır. Ayrılma akçesinin hesaplama zamanına ilişkin Kanun Tasarısına sonradan eklenen bu hüküm, ayrılma akçesinin sağlıklı şekilde hesaplanabilmesi bakımından maddi ve usûl hukuku anlamında birçok sorunu da beraberinde getirmektedir.

B. Ayrılma Akçesinin Hesaplanma Zamanı

Türk Ticaret Kanunu'nun 531'inci maddesi ile getirilen düzenlemede ayrılma akçesinin hangi tarih esas alınarak hesaplanması gerektiği tespit edilmiştir. Hesaplama dava tarihinin değil de karar tarihinin esas alınması ile şirket malvarlığında dava süresince ortaya çıkan değişikliklerin dikkate alınması mümkün olmaktadır. Bu şekilde mahkeme kararı ile gerçekleşen satış işleminde, serbest piyasa şartları ile uyumlu olarak işlemin yapıldığı tarihe en yakın tarihteki pay değeri esas alınmaktadır.

Farklı etkenlerin devreye girmediği, olağan piyasa şartlarında çıkarılma kararına en yakın tarihte değerlemenin yapılması, tarafların menfaatlerinin gözetildiği adil bir çözüm olarak kabul edilebilir³. Ancak gerçekleşen satış işleminin tarafları arasındaki anlaşmazlıklar, sadece piyasa koşulları gözetilerek yapılan bu düzenlemeyi yetersiz bırakmaktadır. Mevcut düzenleme, yargılama süreci içerisinde davalı şirket yönetiminin davacı pay sahibinin pay değerini azaltmaya yönelik davranışlarının engellenmesini veya sonuçsuz kalmasını sağlayacak bir hüküm içermemektedir⁴.

³ Ayrılma akçesinin hesaplama zamanına ilişkin bu düzenleme öğretide eleştirilmiştir. Bu yönde bkz. Abuzer Kendigelen, *Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 435.

⁴ Ayoğlu, düzenlemede örtülü boşluk bulunduğunu, bu boşluğun TMK m. 1/II hükmü çerçevesinde hâkim tarafından doldurulması gerektiğini, şirket malvarlığının çoğunluk tarafından azaltılması durumunda TMK m. 1/II uyarınca davacı azınlığa ait payların değerinin davanın açıldığı tarihte mevcut malvarlığı esas alınarak hesaplanması gerektiğini ifade

C. Sorumluluk Davası Açılması Gerekliliği ile Sorumluluk Davasının Ayrılma Akçesi Hesaplanmasına Etkisi

Fesih davasının açıldığı tarihten önce başlayan anlaşmazlıklar, dava ile daha karmaşık ve daha zor çözülebilir hale gelmektedir. Davacı pay sahibinin ayrılma akçesinin, şirketin dava tarihindeki durumuna göre hesaplanması halinde dava süresince şirket malvarlığında ortaya çıkan değişiklikler yargılamayı etkilemeyecektir. Bu durum yargılama sürecinde şirket malvarlığında meydana gelen değişikliklerin, özellikle azalmaların TTK m. 531 uyarınca yapılan yargılama kapsamında değerlendirilmesi imkânını ortadan kaldırmaktadır.

Fesih davasına ilişkin yargılamanın devam ettiği süre zarfında, davacı pay sahibinin pay değerini azaltmaya yönelik karar ve faaliyetlerin engellenmesi, mevcut düzenleme gereği ancak usûl hukuku hükümleri uyarınca alınacak geçici hukukî koruma kararları ile mümkün olmaktadır.

Şirket yönetimini elinde bulunduran çoğunluk pay sahiplerinin fesih davası sürecinde şirket malvarlığını azaltmaya yönelik kusurlu davranışlarının usul hukuku çerçevesinde tedbir alınmasını gerektirmeyen bir davranış olması durumunda, sorumluluk davası açılmamış olması sebebiyle gerçekleşen bu işlemlere karşı mahkemenin kendiliğinden bir karar alması söz konusu olmamaktadır. Diğer yandan şirketi zarara uğratan bu işlemler Türk Ticaret Kanunu'nun 531'inci maddesi uyarınca ayrılma akçesi hesabında da dikkate alınmamaktadır.

Dava tarihindeki şirket değerinin hesaplanarak, yargılama süresi içerisinde şirket yönetim kurulunun kusurlu davranışları sonucu malvarlığında meydana gelen azalmaların, ayrılma akçesinin hesaplanmasında dikkate alınmasına dair bir düzenleme Kanunda yer almamaktadır⁵. Fesih davası kapsamında, pay sahibinin

etmektedir. Bkz. Tolga Ayoğlu, "Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshine İlişkin Davalarda Dava İkame Edildikten Sonra Şirket Bünyesinde Ortaya Çıkan Bazı Önemli Gelişmelerin Dava Sürecine Etkileri", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017/1, s. 144 vd.

⁵ Aker, Türk Ticaret Kanunu'nun 636'ncı maddesinin dördüncü fıkrasında limited şirketler bakımından getirilen "*fesih davası açıldığında mahkeme taraflardan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alabilir*" hükmüne benzer bir hükmün TTK m. 531'de yer almadığını, bu sebeple TTK m. 530/II uyarınca "*dava açıldığında mahkeme, taraflardan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alabilir*" hükmünün m. 531'e göre açılan davalarda da kıyasen uygulanabileceğini, aksi halde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun geçici hukukî koruma tedbirlerine ilişkin genel hükümlerine göre hareket edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Halit Aker, "Limited Şirketlerde Ortaklık Sifatının Sona Ermesi ve Özellikle Haklı Sebep Fesih Davasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, XXXII (1), 2016, s.132. Bu konuda doktrindeki bir diğer öneri de Nuri Erdem'den gelmektedir. Erdem, ayrılma bilançosunun dava tarihinde hazırlatılarak buna göre bir gerçek değer tespitinin yargılamanın son aşamasında yapılabileceğini ve/veya ihtiyati tedbirler aracılığıyla şirket malvarlığının korunabileceğini ifade etmektedir. Bkz. Nuri Erdem, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 303.

haklarının korunması bakımından ortaya çıkan bu boşluk, açılacak yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu davası ile giderilebilmektedir.

Fesih davası yargılamasında öncelikle haklı sebebin varlığı tespit edilmelidir. Bu amaçla davacının haklı sebep iddiasına gerekçe yaptığı vakıalar değerlendirilmektedir. Şirket içerisinde yaşanan olumsuzluklar ve hukuka aykırı işlemler haklı sebep perspektifinden ele alınmakta, bu işlemlerden dolayı meydana gelen zararın sorumlusuna ve miktarına ilişkin ayrıntılı bir tespit yapılmamaktadır. Davalı şirketin zarara uğradığı ve bu zararın sorumlusu tespit edilse dahi, söz konusu zarar miktarı ayrılma akçesinin hesaplanmasında dikkate alınmamaktadır.

Tespit edilen zarar kalemlerinin tazmini, sorumluluk davası ile mümkün olmaktadır. Davalı şirketin uğradığı zararın bu şekilde tazmin edilmesi, ayrılma akçesi hesaplamasını da doğrudan etkilemektedir. Sorumluluk davası açılmaması durumunda şirkete zarar veren, şirket malvarlığını azaltan bu işlemler sadece haklı sebep oluşturması itibariyle değerlendirilmektedir. Ayrılma akçesinin hesaplanmasında malvarlığını arttıran bir gelir kalemi olarak dikkate alınmamaktadır.

II. FESİH DAVASI İLE SORUMLULUK DAVASI ARASINDAKİ İLİŞKİNİN MEDENÎ USÛL HUKUKU BAKIMINDAN İNCELENMESİ

A. Genel Olarak

Fesih davası görülürken, şirket yöneticilerinin şirketi zarara uğrattığı durumlarda söz konusu zararın fesih davasında hüküm altına alınmayacağı, bu konuda sorumluluk davasının açılması gerektiği yukarıda belirtilmişti. Açılacak olan sorumluluk davasının sonucu, Türk Ticaret Kanunu'nun 531'inci maddesi uyarınca belirlenecek olan ayrılma akçesinin hesaplanması açısından önem kazanır. Dolayısıyla her iki davanın ayrıca usûl hukuku yönüyle incelenmesi ve bu kapsamda ayrılma akçesinin karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerinin hesaplanabilmesi için yararlanılabilecek usûlî imkânların neler olduğunu tespit etmek gerekir. Fesih davası ile sorumluluk davasının birlikte görülmesi veya en azından sorumluluk davasında çıkacak sonucun fesih davasında dikkate alınabilmesi ayrılma akçesinin doğru bir şekilde belirlenmesi için gereklidir. Bu kapsamda özellikle davaların birleştirilmesi ve bekletici mesele kurumlarının her iki dava özelinde incelenmesi isabetli olur.

B. Fesih Davası ile Sorumluluk Davası Arasındaki İlişkinin Davaların Birleştirilmesi Kurumu (HMK m. 166) Bakımından Değerlendirilmesi

Anonim şirketin feshi davası, anonim şirkete karşı açılır⁶. Sorumluluk davası ise anonim şirkete değil; kural olarak şirketin yöneticilerine karşı açılır. Her iki davanın tarafları farklı olduğundan⁷ bu davaların objektif dava yığılması (HMK m. 110) şeklinde açılması mümkün değildir⁸. Bununla birlikte, bu iki davanın birlikte görülmesi davaların birleştirilmesi yoluyla mümkün olabilir.

Anonim şirketin feshi davası ile sorumluluk davalarının birleştirilebilmesi için Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 166'ncı maddesindeki şartların

⁶ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Emel Hanağası, "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasının Medenî Usûl Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 32 (1), 2016 s. 222 vd.

⁷ Her iki davanın konusu da farklıdır. Fesih davası ile şirketin feshi talep edilirken; sorumluluk davasında kural olarak şirket yöneticileri aleyhine tazminat hükmü kurulması istenir. Aynı dava dilekçesiyle birden fazla asli talebin farklı davalılardan istenmesinin mümkün olmadığı hakkında genel olarak bkz. Uğur Bulut, *Medeni Usul Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi)*, 1. Bası, Adalet Yayınevi, 2017, s. 315.

⁸ Bununla birlikte, objektif dava yığılması için Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 110'uncu maddesinde aranan diğer şartların her iki dava için mevcut olduğu söylenebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 110'uncu maddesinin birinci fıkrasında aranan ilk şart, taleplerin tümü bakımından ortak yetkili bir mahkemenin bulunmasıdır. "Ortak yetkili mahkeme" ifadesiyle hem görevli mahkeme (HMK m. 1 vd.) hem de yetkili mahkeme (HMK m. 5 vd.) kastedilmiştir (Bkz. Hakan Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, C. II, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 1095 vd.; bu konuda ayrıntılı olarak bkz. Bulut, s. 189 vd.). Bu şart her iki dava için mevcuttur. Zira hem anonim şirketin feshi davası (TTK m. 531) hem de sorumluluk davası için asliye ticaret mahkemesi görevlidir (TTK m. 561/I). Yine anonim şirketin feshi davasında şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi yetkilidir (TTK m. 531/I). Sorumluluk davası için yetkili mahkeme yine şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesidir. (TTK m. 561/I). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 110'uncu maddesinin birinci fıkrasında aranan diğer şart ise dava edilen taleplerin tamamının aynı yargı çeşidi içinde yer almasıdır. Maddede düzenlenen "yargı çeşidi" ifadesinden, söz konusu davalarda uygulanacak olan yargılama usûlü anlaşılır (Pekcanitez, s. 1095; Bulut, s. 238 vd.). Türk Ticaret Kanunu'nun 1521'inci maddesine göre, ticaret şirketlerinde, ortakların veya pay sahiplerinin şirketle veya birbirleriyle şirket ortaklığından veya pay sahipliğinden kaynaklanan davalarda veya şirketin yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri, müdürleri, tasfiye memurları, ya da denetçilerine karşı açılacak davalarda basit yargılama usûlü (HMK m. 316 vd.) uygulanır. Bu hüküm gereği, fesih davası ile sorumluluk davalarında basit yargılama usûlü geçerlidir (Fesih davasında basit yargılama usûlünün geçerli olduğu hakkında ayrıca bkz. Bulut, s. 236; sorumluluk davasında basit yargılama usûlünün uygulandığı hakkında ayrıca bkz. Ersin Çamoğlu, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 170). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 110'uncu maddesindeki diğer şartları taşınmasına rağmen, davalıları aynı olmayan birden fazla davanın açılması hâlinde mahkemece davaların ayrılmasına (HMK m. 167) karar verilmelidir (Bulut, s. 315.) İhtiyarî dava arkadaşlığına ilişkin hükümlerin bulunması şartı haricinde farklı talepleri konu alan davaların birlikte yürütülmesinin mümkün olmadığı hakkında bkz. Bulut, s. 316. Yazara göre, bu davaların sonradan birleştirme ihtimalinin bulunması da davaların ayrılması kararı verilmesine engel değildir (Bulut, s. 316).

gerçekleşmesi gerekir. Bu maddeye göre, aynı düzey ve sıfattaki mahkemelerde açılan davalar arasında bağlantının bulunması durumunda davaların birleştirilmesi mümkündür. Davaların birleştirilmesi için gerekli olan bağlantı yine aynı maddede açıklanmıştır. Davaların aynı veya birbirine benzer sebeplerden doğması ya da biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte bulunması durumunda, bağlantı var sayılır (HMK m. 166, IV). Öyleyse anonim şirketin feshi davası ile sorumluluk davasının birleştirilmesi için her iki dava arasında bir bağlantı bulunmalıdır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 166'ncı maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında, davalar arasındaki bağlantıya örnek gösterilen ilk durum, davaların aynı veya benzer sebeplerden doğmasıdır⁹. Bazı durumlarda, anonim şirketin feshi talebini haklı göstermeye yarayan vakıalar ile sorumluluk davasını haklı kılmaya yarayan vakıalar aynı olabilir. Örneğin, şirket yöneticisinin şirketi kötü yönetmesi şirketin feshi sonucunu ve şirket yöneticisinin sorumluluğunu aynı anda doğurabilir. Böyle bir durumda dava sebepleri arasında amaçsal benzerliğin varlığı nedeniyle davalar arasında bağlantı bulunduğu sonucu kabul edilmelidir. Bu iki davanın birleştirilmesi, davaların birleştirilmesinin amaçlarına da uygundur. Davaların birleştirilmesiyle, bağlantılı iki davada birbiriyle çelişkili karar verilmesinin önüne geçilmesi amaçlanır¹⁰. Bu kapsamda, bir yandan anonim şirketin feshi davasında şirketin kötü yönetilmediği gerekçesiyle davanın reddi kararı, diğer yandan şirketin kötü yönetildiği gerekçesiyle sorumluluk davasının kabulü kararı gibi birbiriyle çelişkili kararlar verilmesinin önüne geçilir. Davaların birleştirilmesiyle aynı zamanda usûl ekonomisi (HMK m. 30) gerçekleştirilmiş olur¹¹. Zira birleştirilen davalarda tahkikat aşaması ortak gerçekleştirilir¹². Bu bakımdan, mahkeme şirketin feshi ve yöneticinin sorumluluğuna neden olan kötü yönetim vakiasını da birlikte araştırabilir. Böylece yargılama masrafları azaltılmış olur.

⁹ Davaların aynı veya benzer sebeplerden doğması durumunun davanın birleştirilmesi kurumu açısından ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz. İbrahim Ermenek, *Medenî Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması*, 1. Bası, Yetkin Yayınevi, 2014, s. 145 vd.

¹⁰ Ermenek, s. 28; Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz / Sema Taşpınar Ayvaz / Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Yayınları, 2020, s. 514; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, C. I, 4. Bası, Yetkin Yayınları, 2021, s. 800; Ali Cem Budak / Varol Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku*, 5. Bası, Yetkin Yayınları, 2021, s. 247.

¹¹ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Ermenek, s. 25 vd.; ayrıca bkz. Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, s. 514; Tanrıver, s. 800.

¹² Ermenek, s. 27, 247; İlhan E Postacıoğlu, *Davaların Birleştirilmesi, Makaleler ve Karar İncelemeleri*, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 107 vd.; Muhammet Özeker / Hakan Pekcanitez, *Medenî Usûl Hukuku*, C. II, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 1444; Murat Atalı / İbrahim Ermenek / Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, 4. Bası, Yetkin Yayınevi, 2021, s. 456.

Bazı durumlarda şirketin feshine neden olan vakıalar ile yöneticinin sorumluluğuna neden olan vakıalar birbirinden farklı olabilir. Böyle bir durumda, davalar arasında bağlantı bulunup bulunmadığı ve dolayısıyla davaların birleştirilip birleştirilmeyeceği belirlenmelidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 166'ncı maddesinde, davalardan biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte bulunması davalar arasında bağlantıyı gösteren durumlar arasında sayılmıştır. Bu bakımdan fesih davası ile sorumluluk davalarının sonuçlarına bakılmalıdır. Özellikle belirtmek gerekir ki, şirketin feshi davasında mahkemenin fesih yerine başka kararlar verebilmesi, bu davada taleple bağıllık ilkesinin (HMK m. 26) uygulanmadığı anlamına gelir¹³. Bu davada mahkeme fesih kararı yerine, davacı pay sahiplerine, paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılmalarına karar verebilir (TTK m. 531). Dolayısıyla sorumluluk davası ile bağlantı bakımından, fesih kararı ile çıkarılma kararının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.

Şirketin feshine ilişkin hüküm ile sorumluluk davasında kurulacak olan sorumluluk hükmü her zaman birbirini etkileyecek nitelikte değildir. Özellikle fesih davasının görüldüğü mahkeme, sorumluluk davasındaki sonucu beklemek zorunda değildir. Zira sorumluluk davasının sonucunda şirkete ödenmesi muhtemel tazminat tutarı, fesih kararından sonra gerçekleşecek tasfiye sürecinde dikkate alınmaktadır. Böylece örneğin sorumluluk davasının kabul edilmesi hâlinde tasfiye, tazminat tutarı da eklenmiş yeni malvarlığı değeri üzerinden gerçekleştirilmektedir.

Öte yandan, şirketin feshi davasında verilecek olan çıkarılma kararı ile sorumluluk davasında kurulacak olan hüküm arasındaki etkileşim yoğundur. Hatta sorumluluk davasında kurulacak hükmün, şirketin feshi davasında verilecek olan çıkarılma kararını doğrudan etkileyeceğini söylemek gerekir. Uygulamada sorumluluk davalarında dava değerinin yüksek olduğu dikkate alındığında¹⁴, bu davaların olumlu sonuçlanması şirketin malvarlığına önemli bir değer katar. Çıkarılma kararı verilirken hesaplanacak pay değerinin tam ve doğru olarak belirlenebilmesi için, sorumluluk davasının sonuçlanmasının önemi vardır. Zira sorumluluk davası sonucunda hükmedilecek tazminat (davanın pay sahibi tarafından açılmış olması durumunda bile) şirkete ödenir (TTK m. 555). Bu bakımdan sorumluluk davasının kazanılması, tazminat alacağına kavuşacak şirketin malvarlığı

¹³ Hanağası, s. 202, 242; Erdem, s. 252; Kendigelen, s. 434, 435; Ayşe Sümer, "Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken (10-11-12 Mayıs 2012 Sempozyum), s. 847; Murat Oruç, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıktan Haklı Sebep Fesih İstemine Bağlı Çıkarılma", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, XXVII (1), 2011, s. 222.

¹⁴ Bu yönde bkz. Hans Caspar von der Crone /Olivier Baum, "Aktienrechtliche Verfahren: Klagemöglichkeiten und Klagerisiken", *Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht*, 2016, s. 295.

değerini artırır ve söz konusu bu artış ortakların pay değerlerine olumlu yansır. Pay değerindeki artış da ayrılma akçesinin değerinin artmasını sağlar. Görüldüğü üzere, burada aslında her iki dava arasında bağlantı bulunduğu söylenebilir. Ancak davaların birleştirilmesi, incelemiş olduğumuz ilk duruma göre olası görünmemektedir. Çünkü davanın birleştirilmesine ikinci mahkeme karar verir. Oysaki sorumluluk davasına bakan mahkeme, Türk Ticaret Kanunu'nun 531'inci maddesi kapsamında açılan davada mahkemenin ne şekilde karar vereceğini bilemez. Gerçekten fesih davasında mahkeme, fesih kararı veya başka bir karar verebilir. Bu konuda takdir hakkı mahkemeye aittir. İkinci mahkeme, fesih davasında mahkemenin takdir hakkını ne şekilde kullanacağını bilemez. Hatta fesih davasında davacının dava dilekçesinde feshe karar verilmemesi hâlinde çıkarılmaya karar verilmesini istediği durumlarda¹⁵ bile mahkeme bu şekildeki bir taleple bağlı olmadığından, ikinci davanın görüldüğü mahkeme fesih davasının görüldüğü mahkemenin ne şekilde karar vereceğini öngöremez. Dolayısıyla ikinci mahkemenin davanın birleştirilmesi kararı vermesi anlamlı olmaz. Bununla birlikte, her iki dava arasındaki bağlantı medenî usûl hukukunda başka bir kurum (bekletici sorun) vasıtasıyla kurulur. Bu kurum, bir sonraki başlıkta açıklanmıştır.

Öyleyse özellikle fesih davası ile sorumluluk davası dava sebeplerinin aynı olduğu durumlarda davanın birleştirilmesi anlamlı olur. Burada davaların birleştirilmesi usûlüne de kısaca değinmek gerekir. Şirketin feshi davası ile sorumluluk davası şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde açılır. Aynı yargı çevresinde açılan davaların birleştirilmesine mahkeme re'sen karar verebileceği gibi birleştirmeyi taraflar da talep edebilir (HMK m. 166/I). Birleştirme kararı, ikinci davanın açıldığı mahkemeye verilir ve bu karar, diğer mahkemeyi bağlar (HMK m. 166/I).

C. Fesih Davası ile Sorumluluk Davası Arasındaki İlişkinin Bekletici Sorun Kurumu Kapsamında Değerlendirilmesi

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 165'inci maddesinin birinci fıkrasına göre, bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir davaya, kısmen veya tamamen bağlı

¹⁵ Davacının talepler arasında kurduğu terdit ilişkisiyle mahkemenin bağlı olmayacağı, başka bir anlatımla, fesih kararı vermeyecek olan mahkemenin bunun yerine çıkarılma kararı dışında başka bir karar verebileceği, dolayısıyla fesih davasının terditli dava (HMK m. 111) niteliği olmadığı hakkında bkz. Hanağası, s. 206; TTK m. 531 hükmünün davacıya sadece fesih talep etme hakkı tanıdığı, fesih dışında örneğin çıkarılmaya ilişkin talebin davacı tarafından ileri sürülmesinin mümkün olmadığı hakkında bkz. Ayşe Şahin, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi*, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 428; Hanağası, s. 242; Ersin Çamoğlu, "Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshinde Hakimin Takdir Yetkisi", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2015, 31 (1), s. 13; Söz konusu görüşler hakkında ayrıca bkz. Hanağası, s. 206 vd.

ise mahkemece o davanın sonuçlanması kararına kadar yargılama bekletilebilir¹⁶. Sorumluluk davasında verilecek kararın fesih davasında bekletici sorun olarak görülüp görülmeyeceğinin de değerlendirilmesi gerekir.

Davaların birleştirilmesinde, davalardan biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte bulunup bulunmadığı hakkında yukarıda işaret ettiğimiz hususlar prensip itibarıyla bu kısım için de geçerlidir. Fesih davasında verilecek olan fesih kararı bakımından, sorumluluk davasında kurulacak hükmün sonucunun bir önemi yoktur. Bununla birlikte, fesih davasında verilebilecek kararlardan biri olan çıkarma kararı bakımından ise sorumluluk davasında kurulacak hüküm önem kazanır. Zira sorumluluk davasının kabul edilmesi durumunda çıkarma kararı daha yüksek bir ayrılma akçesi üzerinden kurulur. Dolayısıyla fesih davasında mahkeme, feshe ilişkin şartların bulunduğunu tespit edip fesih yerine en iyi çözümün davacının şirketten çıkarılması olduğuna kanaat getirirse ayrılma akçesini hesaplamalıdır. İşte bu hesabın eksiksiz bir şekilde yapılabilmesi, sorumluluk davasında verilecek karara bağlıdır¹⁷. Dolayısıyla fesih davasının görüldüğü mahkeme, sorumluluk davasının sonucunu kendi davası bakımından bekletici sorun yapmalıdır.

Ç. Fesih Davası ile Sorumluluk Davası Arasındaki İlişkinin Fer'î Müdahale Kurumu Kapsamında Değerlendirilmesi

Davanın tarafları dışındaki kimseler, davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan taraf yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla, tahkikat sona erinceye kadar, fer'î müdahil olarak davada yer alabilir (HMK m. 66/I).

Fesih davasında davalı taraf ile sorumluluk davasında davalı tarafın birbirinden farklı olduğu yukarıda ifade edilmişti. Ayrıca her iki davanın davacısı da birbirinden farklı olabilir. Örneğin, bir pay sahibi fesih davası açmışken, başka bir pay sahibi de sorumluluk davası açmış olabilir. Böyle bir durumda fesih davası açan

¹⁶ Bekletici sorun kavramı hakkında geniş bilgi için bkz. İbrahim Aşık, *Medenî Usul Hukukunda Bekletici Sorun*, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 19 vd.

¹⁷ Burada ayrıca sorumluluk davasında kurulan tazminat hükmünün icrası için hükmün kesinleşmesi gerekip gerekmediği üzerinde de kısaca durulmalıdır. Bir hükmün icrası için kural olarak kesinleşmesi gerekmez (HMK m. 350, I). Bununla birlikte, kişiler hukuku, aile hukuku ve taşınmaz mal ile ilgili aynı haklara ilişkin kararlar kesinleşmedikçe yerine getirilemez. Yargıtay'ın kişiler hukuku ifadesini tüzel kişilerin organları ile ilgili ilâmları da kapsayacak şekilde geniş yorumladığı belirtilmektedir. (Bu konudaki kararlarla ilgili olarak bkz. Mustafa Serdar Özbek, "Kesinleşmeden İcra Edilemeyecek İlâmların Kesinleşmeden Önce İcra Konulması", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (1), 2016, s. 50 vd.; ayrıca bkz. Hanağası, s. 262) Ne var ki, sorumluluk davasında kural olarak yönetici aleyhine bir tazminat hükmü kurulur ve söz konusu hüküm şirketin organıyla ilgili olmadığı (yönetici istifa etmiş dahi olabilir) ve dolayısıyla şahıs hukukunu ilgilendirmediği için bu hükmün icrası için kesinleşmesine gerek yoktur.

pay sahiplerinin, sorumluluk davasına fer'î müdahil olarak katılıp katılmayacağı üzerinde durulmalıdır.

Öncelikle şu tespit yapılmalıdır ki, fesih davası açılmış olsun veya olmasın, bir pay sahibinin açmış olduğu sorumluluk davasına başka bir pay sahibinin fer'î müdahil olarak katılması mümkündür. Sorumluluk davasının kazanılmasında sadece davayı açan pay sahibinin değil, diğer pay sahiplerinin de hukukî yararı vardır¹⁸. Çünkü sorumluluk davasının kazanılmasıyla şirketin malvarlığındaki artış dolaylı olarak pay sahiplerini de olumlu etkiler¹⁹. İnceleme konumuz bakımından ise, şirketin feshi davasında çıkarılma talep eden pay sahibinin, başka bir pay sahibinin açmış olduğu sorumluluk davasına fer'î müdahil olarak katılmasının özel bir önemi vardır. Zira fer'î müdahil yanında katıldığı tarafın yararına olan iddiaları ileri sürebilir (HMK m. 68/I, c.2). Böylece sorumluluk davasına fer'î müdahil olarak katılan pay sahibi de davacı diğer pay sahibinin yararına olan iddiaları ileri sürüp, onun davayı kazanmasını ve dolayısıyla fesih davasında ayrılma akçesinin daha yüksek bir değerden hesaplanmasını sağlayabilir.

SONUÇ

Şirket içi anlaşmazlıklara ilişkin asliye ticaret mahkemelerinde görülmekte olan davalar arasında şirketin feshi davaları önemli bir yer tutmaktadır. Ülke ekonomisinin ticaret ve üretim birimi olan şirketlerin kurulması kadar sona ermesinin de belli bir disiplin içerisinde ve önceden öngörülebilir netlikte planlanması gerekmektedir. Çıkış senaryosunun düzenlenmediği anonim şirketler bakımından önemli bir fırsat sunan Türk Ticaret Kanunu'nun 531'inci maddesi, boşanma benzeri bu anlaşmazlığı ancak açılmış veya açılacak diğer davalar ile çözebilmektedir. Bu davaların başında da yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu davası gelmektedir.

Şirketin kötü yönetildiği ve bu sebeple zarara uğratıldığı iddiasını içeren fesih davalarında, ayrılma akçesinin zarar iddialarını da kapsayacak şekilde hesaplanması, ancak sorumluluk davasının açılması ile mümkündür. Fesih davası açıldığında şirketin zarara uğratıldığı iddiası bulunmasa dahi, dava sırasında ortaya çıkan zarar

¹⁸ Bir davaya fer'î müdahil olarak katılabilmek için gerekli olan hukukî yarar hakkında ayrıntılı olarak bkz. Hakan Pekcanitez / Nedim Meriç, *Medenî Usûl Hukukunda Fer'i Müdahale*, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 150 vd.; ayrıca bkz. Baki Kuru, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı*, C. I, Yetkin Yayınları, 2020, s. 981; H. Yavuz Alangoya / M. Kâmil Yıldırım / Nevhis Deren-Yıldırım, *Medenî Usûl Hukuku Esasları*, 8. Bası, Beta, 2011, s. 152 vd.

¹⁹ Mehmet Helvacı, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukukî Sorumluluğu*, 1. Bası, Beta Basım Dağıtım, 1995, s. 96; Benzer şekilde bkz. Muhammet Özekes / Vural Seven / Nedim Meriç, *Sermaye Şirketlerinde Sorumluluk Davası (TTK m. 549 vd.)*, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 98; Mehmet Çelebi Can, "Pay Sahiplerinin veya Alacaklıların Doğrudan Zararlarının Tazmini Amacıyla İkame Edilen Sorumluluk Davalarında TTK m. 1534'ün Etkisi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XXI (4), 2017, s. 13.

iddiaları, ancak sorumluluk davası kapsamında karara bağlanmakta ve bu karar sonucuna göre de şirket malvarlığına etki etmektedir. Bu etkileri sebebiyle her iki dava arasındaki bağlantının ortaya konulması gerekir. Bu kapsamda her iki davanın birlikte görülebilmesine/dikkate alınmasına imkân tanıyan medenî usûl hukuku kurumlarının kullanılması fesih davasında hesaplanacak olan ayrılma akçesi bakımından özel bir önemi haizdir. Böylece fesih davasının görüldüğü mahkeme, payın hüküm tarihine en yakın tarihteki değerini tespit ederken açılmış olan sorumluluk davasının sonucuna göre bir belirleme yaparak pay sahibinin ayrılma akçesini doğru bir şekilde hesaplayıp hüküm kurabilir.

KAYNAKÇA

- Aker H, “Limited Şirketlerde Ortaklık Sifatının Sona Ermesi ve Özellikle Haklı Sebep Fesih Davasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, XXXII (1), Mart 2016, s.63-150.
- Akın İ, “Şirket Değerleme Yöntemlerinin Sermaye Şirketlerinde Çıkma, Çıkarılma ve Fesih Davalarına Etkisi”, Tekin MEMİŞ, Bahar ŞİMŞEK, Özge Selin ŞENER (Ed.), *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Sempozyumu II ve Makaleler- Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı Merhum Mehmet Kılıç'a Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, 1. Bası, 2020, s.83-102.
- Alangoya H Y / Yıldırım M K / Deren-Yıldırım N, *Medenî Usûl Hukuku Esasları*, 8. Bası, Beta, 2011.
- Arslan R / Yılmaz E / Taşpınar Ayvaz S / Hanağası, E, *Medenî Usul Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Yayınları, 2020.
- Aşık İ, *Medenî Usul Hukukunda Bekletici Sorun*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2012.
- Atalı M / Ermenek İ / Erdoğan E, *Medeni Usul Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2021.
- Ayoğlu T, “Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshine İlişkin Davalarda Dava İkame Edildikten Sonra Şirket Bünyesinde Ortaya Çıkan Bazı Önemli Gelişmelerin Dava Sürecine Etkileri”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017/1, s.123-155.
- Budak A C / Karaaslan V, *Medenî Usul Hukuku*, 5. Bası, Yetkin Yayınları, 2021.
- Bulut U, *Medeni Usul Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi)*, 1. Bası, Adalet Yayınevi, 2017.
- Can M Ç, “Pay Sahiplerinin veya Alacaklıların Doğrudan Zararlarının Tazmini Amacıyla İkame Edilen Sorumluluk Davalarında TTK m. 1534’ün Etkisi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XXI (4), 2017, s. 3-32.
- Çamoğlu E, “Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshinde Hakimin Takdir Yetkisi”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 31 (1), 2015, s. 5-19.
- Çamoğlu E, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Erdem N, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, 2019.
- Ermenek İ, *Medenî Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması*, 1. Bası, Yetkin Yayınevi, 2014.

- Hanağası E, “Anonim Ortaklığın Haklı Sebepçe Feshi Davasının Medenî Usûl Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 32 (1), 2016 s. 199-270.
- Helvacı M, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu*, 1. Bası, Beta Basım Dağıtım, 1995.
- Kendigelen A, *Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Kuru B, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı*, Yetkin Yayınları, C. I, 2020.
- Oruç M, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklıktan Haklı Sebepçe Fesih İstemine Bağlı Çıkarılma”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, XXVII (1), Yıl 2011, s. 209-233.
- Özbek M S, “Kesinleşmeden İcra Edilemeyecek İlâmların Kesinleşmeden Önce İcraya Konulması”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (1), 2016, s. 37-78.
- Özekes M / Seven V / Meriç, N, *Sermaye Şirketlerinde Sorumluluk Davası (TTK m. 549 vd.)*, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Pekcanitez H, *Pekcanitez Usul Medenî Usûl Hukuku, C. II*, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Pekcanitez H / Meriç N, *Medenî Usûl Hukukunda Fer’i Müdahale*, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Pekcanitez H / Özekes M, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. II*, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Postacıoğlu İ E, “Davaların Birleştirilmesi”, *Makaleler ve Karar İncelemeleri*, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, 2011.
- Sümer A, “Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken (10-11-12 Mayıs 2012 Sempozyum), 2012, s. 839-850.
- Şahin A, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebepçe Feshi*, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, 2013.
- Tanrıver S, *Medenî Usûl Hukuku, C. I*, 4. Bası, Yetkin Yayınları, 2021.
- von der Crone H C / Baum O, “Aktienrechtliche Verfahren: Klagemöglichkeiten und Klagerisiken”, *Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht*, 2016, s. 278 -299.

FİKRİ HAKLAR AÇISINDAN ARAŞTIRMA GELİŞTİRME SÖZLEŞMELERİ*

Emel BADUR**
Gülmelahat DOĞAN***

ÖZET

Ar-Ge sözleşmelerinin, bilimsel ve teknolojik gelişme sağlayan çalışmalar ile insan ve toplumun bilgi dağılımının artırılması ve bunun sonucu bilimsel ve teknolojik gelişme sağlanması amacıyla taşıyan ve tam iki tarafa borç yükleyen, isimsiz sözleşmeler olarak tanımlanması mümkündür. Ar-Ge sözleşmelerin konusunu, yapılacak araştırma sonucunda mevcut bir ürünün geliştirilmesi ya da yeni bir ürünün elde edilmesi oluşturmaktadır. Ar-Ge Sözleşmelerinin amacı ve konusu göz önünde bulundurulduğunda, bu sözleşmelerin ifası sırasında veya sonucunda fikri haklar açısından incelenmeye açık bazı unsurların ortaya çıkması muhtemel görülmektedir. Çalışmada ağırlıklı olarak kamu, üniversite ve sanayi işbirliği çerçevesinde yürütülen Ar-Ge projelerde fikri hakların durumu irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Araştırma Geliştirme (Ar-Ge) Sözleşmeleri, Kamu Destekli Proje, Üniversite Buluşları, Çalışan Buluşları, Fikri Haklar.*

* Bu Makale Yıldırım Beyazıt Üniversitesi tarafından 26.10.2021 tarihinde düzenlenen IV. Fikri Mülkiyet Hukuku Uluslararası Sempozyumu'nda özet olarak sunulan "Ar-Ge Sözleşmelerinin Fikri Haklar Açısından Değerlendirilmesi" başlıklı Tebliğ'in genişletilmiş halidir.

(Bu makalede yer alan görüşler yazarların kişisel görüşleri olup, bir başka kişi veya kurumun görüşünü yansıtmamaktadır.)

** **Doç. Dr.**, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı/ANKARA,
e-posta: badur@cankaya.edu.tr,
ORCID: 0000-0002-5133-8541

*** **Avukat Dr.**, TÜBİTAK/ANKARA, **e-posta:** gul.dogan@tubitak.gov.tr,

ORCID: 0000-0003-1476-8400

DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1112675

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 05/05/2022

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 03/06/2022

RESEARCH DEVELOPMENT AGREEMENTS IN TERMS OF INTELLECTUAL RIGHTS

ABSTRACT

It is possible to define R&D contracts as innominate contracts which impose debts on both parties that aim to increase the knowledge of people and society with studies that provide scientific and technological development and as a result to provide scientific and technological development. The subject of R&D contracts is the development of an existing product or the acquisition of a new product as a result of research. Considering the purpose and subject of the R&D Contracts, it is likely that some elements that are open to examination in terms of intellectual rights may arise during or as a result of the execution of these contracts. In the study, the situation of intellectual property rights in R&D projects that carried out mainly with the cooperation of public, university and industry has been examined.

Keywords: *Research and Development (R&D) Agreements, Public Supported Project, University Inventions, Employee Inventions, Intellectual Property Rights.*

GİRİŞ

Gelişen bilgi ve teknoloji toplumunda fikri ve sınai haklar işleyişin temelini oluşturur bir hal almaya başlamıştır. Ar-Ge sözleşmeleri ise mevcut fikri ve sınai hakların kullanıldığı ve bu yöntem ile yeni bilgi, gayri maddi mal, hak, ürün ve teknolojilerin meydana getirildiği ya da mevcutlarının geliştirildiği bir sistemin kılavuzunu oluşturmaktadır.

Ar-Ge çalışmaları ile taraflar mevcut araştırma ve bilimsel gelişmelerin tekrarından kaçınmakta, gerekli bilgi birikimi, teknik yeterlilik ve altyapıya sahip kişi ya da kuruluşlar ile faaliyetlerine hız katmaktadır. Bu yolun tercih edilmesi ile aynı ya da benzer çalışmaların tekrarından kaçınılmış olacak ve bu durum emek, kaynak ve zaman kaybının önüne geçmiş olacaktır. Günümüz toplumunun mevcut sorunların çözümünde, işbirliği içerisinde yürütülen çalışmanın sağladığı fayda, yadsınamaz niteliktedir.

Ar-Ge konusunda yapılan çalışmalarda en çok verimin sağlandığı çalışmalar kamu, üniversite ve sanayi işbirliği ile yürütülen projelerdir. Bu çalışmalarda kamunun finansal desteği, üniversite ve sanayinin altyapısı ve insan kaynağının buluşması sağlanmaktadır. Dolayısıyla ortaya çıkan bilgi, ürün, teknoloji, fikri ya da sınai hak üzerinde birden fazla tarafın katkısı bulunmaktadır. Bu durumda hak sahipliğinin nasıl belirleneceği ya da paylaşılacağı yapılan Ar-Ge sözleşmelerinde düzenlenebilir. Sözleşmede bir düzenlemeye yer verilmemiş ise ilgili mevzuat çerçevesinde hak sahipliği belirlenmelidir.

Bu çalışmada öncelikle Ar-Ge sözleşmelerinin tanımı, tarafları, şekli ve hukuki niteliği gibi sözleşmeler hukukuna ilişkin hususlar incelenmektedir. Devamında Ar-Ge sözleşmelerinin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ve Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamında değerlendirilmesi yapılmaktadır. Özellikle Ar-Ge sözleşmesi kurulmadan önce tarafların sahip olduğu fikri hakların Ar-Ge projelerinde kullanımı; üniversitelerde yürütülen Ar-Ge projelerindeki fikri hakların ve kamu destekli projelerde fikri hakların durumu; proje sonunda elde edilen ürünün fikri haklar ve kullanım hakkı yönünden hukuki statüsü ele alınarak, açıklığa kavuşturulmaktadır.

I. AR-GE SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, TARAFLARI, ŞEKLİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Tanımı

5746 sayılı Araştırma, Geliştirme ve Tasarım Faaliyetlerinin Desteklenmesi Hakkında Kanun'da, araştırma ve geliştirme faaliyeti (Ar-Ge), *“araştırma ve geliştirme, kültür, insan ve toplumun bilgisinden oluşan bilgi dağarcığının artırılması ve bunun yeni süreç, sistem ve uygulamalar tasarlamak üzere kullanılması için sistematik bir temelde yürütülen yaratıcı çalışmaları, çevre uyumlu ürün tasarımı veya yazılım faaliyetleri ile alanında bilimsel ve teknolojik gelişme sağlayan, bilimsel ve teknolojik bir belirsizliğe odaklanan, çıktıları özgün, deneysel, bilimsel ve teknik içerik taşıyan faaliyetleri”* kapsayan genişlikte tanımlanmıştır.

Frascati Kılavuzunda¹ ise araştırma ve deneysel geliştirme, insan, kültür ve toplumun bilgisinden oluşan bilgi dağarcığının artırılması ve bu dağarcığın yeni uygulamalar tasarlamak üzere kullanılması için sistematik bir temelde yürütülen yaratıcı çalışmalar olarak tanımlanmaktadır.

Avrupa Komisyonu tarafından fikri mülkiyetin ticarileşmesi konusunda hazırlanmış bir bilgilendirme belgesinde² ise Ar-Ge sözleşmeleri *“genel anlamda firmaların Ar-Ge kaynağının yetersizliği veya kaynaklarını verimli kullanmak istemesi nedeniyle üniversitelerle ya da araştırma merkezleri ile belirli bir konu hakkında yeni bir bilginin üretilmesi amacıyla iki taraf arasında imzalan kısa süreli anlaşmalardır. Bu türde yapılan iş birliklerinde firmalar Ar-Ge hizmeti için*

¹ OECD Frascati Manual, Guidelines for Collecting and Reporting Data on Research and Experimental Development, s. 44, 2015,

<<https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264239012-en.pdf?expires=1626158334&id=id&accname=guest&checksum=8CCC67D2A3D09E1ABA9DB682F324A011>> Erişim Tarihi 05 Temmuz 2021.

² EC European IPR Helpdesk Fact Sheet *“Commercialising Intellectual Property: knowledge transfer tools”*, s. 7vd., 2013,

<https://www.een-hessen.de/fileadmin/user_upload/Hessen/Seiten/PDF/Knowledge_Transfer.pdf> Erişim Tarihi 14 Temmuz 2021.

üniversite veya araştırma merkezlerinden hizmet almış oldukları için çoğunlukla fikri mülkiyet hakları firmanın sahipliğinde olmaktadır” şeklinde ifade edilmiştir.

Araştırma-Geliştirme (Ar-Ge) Anlaşmaları ise Rekabet Kurumu’nun 2016/5 Sayılı Tebliğ’i ile Rekabet Kurulu’nun 31.03.2013 tarihli ve 13-08/93-54 sayılı kararı dayanak alınarak Rekabet Kurumu Terimler Listesi’nde “*Yeni ürünler geliştirilmesi ve bu süreçte karşılaşılan risklerin ve elde edilen faydaların paylaşılması amacıyla yapılan ve bu amaca yönelik Ar-Ge çalışmalarının birden fazla teşebbüs tarafından ortaklaşa yürütülmesine ve çalışma sonuçlarının bu teşebbüsler tarafından ortaklaşa kullanılmasına olanak sağlayan anlaşmalardır.*” şeklinde tanımlanmaktadır.³

Bu açıklamalar çerçevesinde Ar-Ge sözleşmelerinin, bilimsel ve teknolojik gelişme sağlayan çalışmalar ile insan ve toplumun bilgi dağarcığının artırılması ve bunun sonucu bilimsel ve teknolojik gelişme sağlanması amacını taşıyan ve kendine özgü yapısı olan tam iki tarafa borç yükleyen, isimsiz sözleşmeler olarak tanımlanması mümkündür.

Bu sözleşmelerin konusunu, araştırma sonucunda mevcut bir ürünün geliştirilmesi ya da yeni bir ürünün elde edilmesi oluşturmaktadır. Ar-Ge Sözleşmelerinin amacı ve konusu göz önünde bulundurulduğunda, bu sözleşmelerin ifası sırasında veya sonucunda fikri haklar açısından incelenmeye açık bazı unsurların ortaya çıkması muhtemel görülmektedir.

B. Tarafları

1. Ar-Ge Faaliyetini Gerçekleştirmeyi Yükümlenen Taraf

Kamu destekli projelerde Ar-Ge faaliyetlerini gerçekleştirmeyi yükümlenen taraf araştırmacı, araştırmanın yürütüldüğü şirket, sanayi kuruluşu, kamu kurumu, üniversite veya üniversite çalışanı olabilmektedir. Aynı durum üniversitede yürütülen Ar-Ge projeleri için de geçerlidir.

Ar-Ge sözleşmelerinde, araştırma ve geliştirmeyi yapmak üzere görevlendirilen taraf, bilimsel ve teknik bilgilerin geliştirilmesi, bu bilgilerin yeni uygulama yöntemlerini bulmak amacıyla kullanılması gibi sistematik, yaratıcı ve yenilikçi çalışmalar yapmayı üstlenmektedir.⁴

³ Rekabet Kurumu, Terimler Listesi, <<https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Yayinlar/rekabet-terimleri-sozlugu/terimler-listesi?icerik=6534b944-cf24-4c71-aaeb-0d3ea1da9655>> Erişim Tarihi 04 Temmuz 2021.

⁴ Sema Çörtoğlu, “Milletlerarası Özel Hukukta Araştırma- Geliştirme Sözleşmeleri”, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, 9(3):95-112, 2009, <<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/frmmakale/2009-3/3.pdf>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2021, s.98.

2. Ar-Ge Faaliyetini Desteklemeyi Yükümlenen Taraf

Kamu destekli projelerde sözleşmenin tarafı, finansal desteği sağlayan kamu kurumu veya kamu tüzel kişiliği olmaktadır. Üniversitelerde yürütülen araştırma projelerinde de üniversite, üniversitenin çalışanı araştırmacı, şirket ya da sanayi kuruluşu sözleşmeye taraf olabilmektedir. Bu tür projelerde kamu kurumları bazı durumlarda araştırmayı yürüten taraf olarak da sözleşme tarafı olabilmektedir. Ar-Ge sözleşmelerinde değişmeyen kural, sözleşmenin Ar-Ge çalışmalarını yürüten tarafın, projeyi maddi olarak destekleyen tarafın kural ve talimatlarına uyma yükümlülüğüdür.

Ar-Ge sözleşmelerinde işin niteliği esas alınarak sözleşmenin tarafları özel olarak belirlenmekte, araştırmacı kişi ya da kuruluşun sözleşme konusu işi yapacağına duyulan güven temelinde sözleşme ilişkisi kurulmaktadır. Bu nedenle bir tarafın, özellikle Ar-Ge sözleşmesine konu proje ya da işi finanse eden kurum ya da kuruluşun rızası alınmadan sözleşmenin üçüncü kişiye devri⁵ ya da üçüncü kişinin sözleşmeye katılması⁶ kabul edilmemelidir. Zira Ar-Ge sözleşmeleri kurulmadan önce sözleşme ile edimi yüklenecek tarafın sözleşmeye konu işi yapıp yapamayacağı konusunda süreç gerektiren ve zaman alan önemli bilimsel değerlendirmeler yapılmaktadır. Bu nedenle sözleşmenin devri ya da sözleşmeye üçüncü kişinin katılması durumunda diğer tarafın rızasının alınması zorunludur. Borçlar Hukuku kapsamında sözleşmenin devrinin hüküm ifade edebilmesi sözleşmede kalan tarafın, devralan ve devreden tarafların iradelerine rıza göstermesi gerekmektedir. Bu rıza kurucu unsur niteliğindedir. Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 205. maddesi ile getirilen bu şart, sözleşmede kalan tarafı sözleşme kurmak istemediği bir kişiyle,

⁵ Sözleşmenin devri kavramı, TBK'nın 205/1. maddesinde "...sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır." şeklinde düzenlenmiştir. Sözleşmenin devri kavramıyla, bir sözleşmenin taraflarından birinin, sözleşmeyi, hak ve borçları ile birlikte üçüncü bir kişiye devretmesi ifade edilmektedir. Sözleşmenin devrinin hüküm ifade edebilmesi için, tüm tarafların yani devreden, devralan ve sözleşmede kalan tarafın birbirine uygun irade beyanlarının bulunması gerekir. TBK'nın 205. maddesi ile getirilen bu şart, sözleşmede kalan tarafın sözleşme kurmak istemediği bir kişiyle, irade serbestisi ilkesine aykırı bir şekilde, sözleşme ilişkisine girmek zorunda bırakılmasını engellenmek amacıyla düzenlenmiştir. Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Turhan, 2019, s. 858; Hasan Ayrancı, *Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri)*, Yetkin, 2003, s. 67.

⁶ Sözleşmeye katılma, TBK'nın 206. maddesinde "Sözleşmeye katılma, mevcut bir sözleşmeye taraflardan birinin yanında yer almak üzere, katılan ile bu sözleşmenin tarafları arasında yapılan ve katılanın, yanında yer aldığı tarafla birlikte, onun hak ve borçlarına sahip olması sonucunu doğuran bir anlaşmadır." ifadesiyle düzenlenmiştir. Sözleşmeye katılma halinde sözleşmede bir taraf değişikliği değil; sözleşmede var olan bir tarafın yanına, üçüncü bir kişinin eklenmesi söz konusudur. Sözleşmeye katılan, sözleşmeye yanında katıldığı tarafın sözleşme ile üstlendiği hak ve yükümlülüklerine onunla birlikte sahip olmaktadır. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 861.

irade serbestisi ilkesine aykırı bir şekilde, sözleşme ilişkisine girmek zorunda bırakılmaması amacıyla getirilmiştir.⁷

Benzer şekilde sözleşmenin diğer tarafının rızası alınmaksızın sözleşme konusu işin alt yükleniciye yaptırılması da hukuka uygun olarak değerlendirilmemektedir. Zira Ar-Ge sözleşmelerinde tarafların sadakat yükümlülüğü bulunmaktadır. İşin niteliği gereği sözleşmenin kurulması ve yürütülmesi sırasında diğer sözleşmelerden çok farklı boyutlarda bilgi paylaşımı bulunan Ar-Ge sözleşmelerinde sadakat yükümlülüğü çok daha önemli bir unsur haline almaktadır. Bu nedenle Ar-Ge sözleşmelerinde alt yüklenici kullanılması konusu, daha sözleşmenin başında değerlendirilmesi ve diğer tarafın açık ve hatta ispat kolaylığı açısından yazılı rızası olmadan gerçekleştirilmemesi gereken bir durumdur. Böyle bir rızanın verilmesi halinde alt yüklenicinin de sözleşmenin asıl tarafı gibi sadakat yükümlülüğüne uyması temin edilmelidir.⁸

C. Şekli

Ar-Ge sözleşmeleri, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur. Edimin belirlenebilir nitelikte olması sözleşmenin kurulması için yeterlidir.⁹ Ancak Ar-Ge sözleşmelerinin, ispat kolaylığı sağlanması açısından yazılı şekilde yapılması esastır. Fikri ve sınai mülkiyet haklarının devrini ya da lisans verilmesini içeren Ar-Ge sözleşmeleri ise yazılı geçerlilik şekline tabidir. Şekle bağlılık ilkesiyle amaçlanan, sözleşmenin taraflarının iradelerini ortaya koyarken düşünme fırsatı bulmalarını, dikkatli ve iradeleri konusunda açık davranmalarını ve hukuki ilişkinin ispatının kolaylığını sağlamaktır.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 52. maddesinde "*Mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır.*" düzenlemesi yer almaktadır. FSEK'de öngörülen yazılı şekil şartı, geçerlilik şartıdır. Yazılı şekil şartına uyulmayan sözleşmeler ile bütün hakların devrine izin verildiği şeklinde belirlemeler içeren sözleşmeler, TBK'nın 12/2. maddesi uyarınca geçersiz sayılır. Bu nedenle hangi hakların devredildiğinin

⁷ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 858; Ayrancı, 2003, s. 64 vd.; Tufan Ögüz, *Know-How Sözleşmeleri*, 2. Baskı, Filiz, 2018, s. 83.

⁸ Fahrettin Aral / Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 11. Baskı, Yetkin, 2018, s. 370; Faruk Dıvarcı, *Ar-Ge Sözleşmeleri*, Yetkin, 2021, s. 67.

⁹ Hüseyin Hatemi / Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 4. Baskı, 2017, Vedat, s. 62.; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku Mülkiyet, C. II*, 9. Baskı, 2016, Seçkin, s. 46; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Yetkin, 2019, s. 100; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 12.

de sözleşmede açıkça belirtilmesi gerekmektedir.¹⁰ Sözleşmenin esaslı unsurlarının tümünün, yazılı şekilde sözleşmede belirtilmesi gerekir.¹¹ FSEK 52. maddede yer alan “...mali haklara dair sözleşme ve tasarruflar...” şeklinde yer alan düzenleme kapsamında hakkın devrini veya kullanım hakkının devrini içeren her iki sözleşmenin de yazılı şekilde yapılması gerektiği açıktır.¹² FSEK kapsamına giren bir hakkın ya da bu hakka ilişkin kullanım hakkının devrini içeren Ar-Ge sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması esastır.

Sınai mülkiyete ilişkin bir hakkın lisansını gerektiren Ar-Ge sözleşmeleri de yazılı geçerlilik şekline tabidir. SMK'nın “Hukuki İşlemler” başlıklı 148. maddesinde “Hukuki işlemler, yazılı şekle tabidir. Devir sözleşmelerinin geçerliliği, ancak noter tarafından onaylanmış şekilde yapılmış olmalarına bağlıdır.” düzenlemesine yer verilmiştir. SMK'nın 148/4. maddesinde sadece devir sözleşmelerinin geçerliliği, noter onaylı yapılmış olmasına bağlandığından, devir dışındaki diğer hukuki işlemlerin yazılı şekilde yapılması geçerlilik için yeterli kabul edilmektedir.¹³

Know-how'ı konu alan Ar-Ge sözleşmeleri için özel bir geçerlilik şekli öngörülmemiş ise de ispat kolaylığı açısından yazılı şekilde yapılmaktadır. Sözleşmeye ilişkin yazılı şekil şartı yerine getirilirken know-how'ın gizliliğini korumaya ilişkin önlemlerin alınması zorunludur. Zira know-how sözleşmelerinde gizli bilginin korunması, sözleşmenin en önemli özelliğidir.¹⁴

D. Hukuki Niteliği

Bir sözleşmenin kanunda sadece isminin yer alması sözleşmenin isimli sözleşme olarak kabulü için yeterli değildir. Bir sözleşmenin isimli sözleşme olarak nitelenebilmesi için, sözleşmenin esaslı unsurlarının tümünün kanunla belirlenmiş olması gerekmektedir. Ar-Ge sözleşmesine ilişkin esaslı unsurlar da kanun ile düzenlenmediğinden Ar-Ge sözleşmeleri isimli sözleşme olarak kabul edilmelidir.

¹⁰ Nuşin Ayiter, *İhtira Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1968, s. 217; Şirin Aydınçık, *Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri*, Arıkan, 2006, s. 96; Kılıçoğlu, *Sınai Haklar*, s. 87; Şafak Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin, 2009, s. 319; Mustafa Tüysüz, *Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler*, Yetkin, 2007, s. 88.

¹¹ Aydın Zevkliler / Emre Gökyayla *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 18. Baskı, Turhan, 2018, s. 8.

¹² Kılıçoğlu, *Sınai Haklar*, s. 87, 298.

¹³ Cahit Suluk / Rauf Karasu / Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Seçkin, 2018, s. 403; Mustafa Ateş, “6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na Genel Bir Bakış”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 12 (128), 2017, s. 174-181, s. 180.

¹⁴ Mustafa Baş, *Teknik Bilgi (Know-How) Sözleşmesi*, Yetkin, 2000, s. 56 vd.; Ögüz, s. 109.

Öğretide¹⁵ Ar-Ge sözleşmesinin ortaklık, hizmet, vekalet, bağışlama, eser sözleşmeleri gibi farklı sözleşmelerin özelliklerinin bir araya gelmesiyle oluşan bir sözleşme modeli olduğu ifade olunmaktadır. Ancak, Ar-Ge sözleşmesi yapılan işin niteliğine göre vekalet, hizmet, bağışlama, adi ortaklık gibi tipik sözleşmelere ait unsurların yanı sıra kanunda hiç düzenlenmeyen know-how, lisans sözleşmelerine özgü unsurları da kısmen içerdiğinden isimsiz ve kendine özgü yapısı olan bir sözleşme olarak değerlendirilmektedir.¹⁶

İsimsiz sözleşmeler sui generis sözleşmeler, karma sözleşmeler ve bileşik sözleşmeler olarak üçe ayrılmaktadır. Karma sözleşmeler, isimli ve isimsiz sözleşmelerin tüm unsurları çeşitli kanunlarda düzenlenmiş olmakla birlikte, yasa koyucunun öngörmediği bir biçimde bir araya getirilmiş ise söz konusu olmaktadır. Karma sözleşmelerde farklı unsurları bir araya gelen isimli ya da isimsiz sözleşmeler bağımsızlıklarını yitirmektedir. Ayrıca karma sözleşmeler kendine özgü unsurlar içermemekte, isimli ve isimsiz sözleşmelerin unsurlarının bir araya gelmesinden oluşmaktadır. Bileşik sözleşmeler ise iki ve ya daha fazla sözleşmenin bağımsızlıklarını ve niteliklerini koruyarak bir araya geldiği ve her bir sözleşmeye kendine özgü düzenlemelerin uygulandığı durumlardır. Ancak Ar-Ge sözleşmeleri sadece kanunda düzenlenen tipik sözleşmelerin bir araya gelmesinden oluşmadığı gibi farklı sözleşmelerin bağımsızlıklarını koruması da söz konusu değildir.¹⁷

Ar-Ge faaliyetlerinin bilimsel, teknik ve ekonomik gereklilikler nedeniyle değişkenlik göstermesi ve her bir faaliyetin kendine özgü özellikler içermesi nedeniyle karma sözleşmeler niteliğinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla Ar-Ge sözleşmelerinin kanunda düzenlenmiş çeşitli sözleşme türleri ile kanunda hiçbir düzenlemesi olmayan farklı sözleşmelerin unsurlarını içermesi ve bunların yanı sıra kendine özgü unsurları da bünyesinde barındırması nedeniyle, kendine özgü yapısı olan “*sui generis*” sözleşme olduğunu kabul edilmektedir.¹⁸

Ayrıca Ar-Ge faaliyetini gerçekleştirmeyi yükümlenen tarafın ediminin geniş anlamda bir iş görme borcu ve bunun sonucunda sözleşmenin iş görme amacı güden

¹⁵ Saibe Oktay, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 55 (1-2), s. 263-296, 1995-1996, s. 264; İsmail Erbay, Know How Sözleşmesi, s. 144, Yetkin, 2002, s. 144; Sema Çörtoğlu, *Teknoloji Transfer Sözleşmelerinden Doğan Kanunlar İhtilafı*, Yetkin, 2013, s. 86,

¹⁶ Kemal Erdoğan, *Araştırma Geliştirme Sözleşmesi*, Adalet, 2022, s.139, 161.

¹⁷ Zevkliler / Gökyayla, s.12vd.; Dıvarcı, s. 37; Erdoğan, s. 158; Burak Ongan, *Sımai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukuki Durumu*, Seçkin, 2007, s. 122; Saadet Hande Özsoy, *Türk Hukukunda Patent Lisans Sözleşmesi*, Turhan, 2011, s. 151, s. 38; Aral / Ayrancı, s. 62 vd.

¹⁸ Sarı, s. 48vd; Çağlar Özel, *Marka Lisansı Sözleşmesi*, 2. Baskı, Seçkin, 2015, s. 113; Çörtoğlu, 2009, s.100, Oktay, s. 264; Erbay, s. 144 vd.; Dıvarcı, s. 36 vd.

sözleşme olarak değerlendirilmesi mümkündür. Bu noktada TBK'nın 502/2. maddesinde yer alan “*Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır.*” hükmünün gündeme gelmesi söz konusu olur. Başka bir ifade ile Ar-Ge faaliyetini yükümlenen tarafın edimlerine ilişkin uyuşmazlıklarda vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygun düştüğü ölçüde ve kıyasen uygulanması mümkündür.

Kural olarak Ar-Ge sözleşmeleri karşılıklı edimler içerdiğinden tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak nitelenir. Ar-Ge sözleşmesinde destek sağlayan tarafın yükümlülüğü destek tutarını ödemeyi aksatmamak, gerekli ekipman ya da teknik desteği sağlamak, diğer tarafın yükümlülüğü ise sözleşme ile yüklendiği edimin yerine getirilmesidir.

Tarafların asli borçlarından en az birinin sürekli edim gerektirmesi durumunda taraflar arasındaki borç ilişkisi sürekli borç ilişkisi olarak ifade edilmektedir.¹⁹ Edimin süreklilik arz edip etmediği belirlenirken alacaklının, sözleşmeden kaynaklanan menfaatinin süreye yayılıp yayılmadığının dikkate alınması gerekmektedir. Sözleşmenin sürekli borç ilişkisi niteliği değerlendirilirken yan edim yükümleri değil, asli edim yükümleri dikkate alınır.²⁰ Borç ilişkisinin sürekliliğinin tespit edilebilmesi için, sözleşmenin karakteristik ediminin kapsamının, zaman etkeninden bağımsız olarak tespit edilip edilmediği belirlenmelidir. Eğer edimlerin kapsamı sadece ve sadece sözleşmenin süresine bağlı olarak tespit edilebiliyorsa sürekli borç ilişkisinin varlığı kabul edilmelidir. Bu nedenle süreye yayılan her borç ilişkisi sürekli borç ilişkisi olarak kabul edilmemelidir. Sürekli borç ilişkileri, karakteristik edimin kapsamının ancak ifa süresine bağlı olarak tespit edilebildiği borç ilişkileri olarak tanımlanabilir.²¹ Sürekli borç ilişkilerinde asli edim süreklilik arz etmektedir. Ar-Ge sözleşmelerindeki karakteristik edim olan araştırma faaliyeti de süreklilik arz etmektedir.

Sözleşmenin sürekli borç ilişkisi niteliğinde olması sözleşmenin sona erme şekli açısından önemlidir. Zira ifasına başlanmış sürekli borç ilişkilerinde, geçmişe etkili olarak sözleşmeden dönme değil; ileriye etkili sonuç doğuran fesih hakkı kullanılabilir. Fesih hakkının kullanılmasından itibaren borç ilişkisi ileriye etkili

¹⁹ Kemal Oğuzman / Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, 17. Baskı, Vedat, 2019, s. 12.

²⁰ Özer Seliçi, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, 1976, Fakülteler Kitabevi, s. 7; Oğuzman / Öz, C. 1, s. 12; Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, 2. Baskı, Vedat, 2007, s. 171.

²¹ Pınar Altınok Ormancı, *Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi*, 2011, Vedat, s. 13.

olarak sona erer ve fesih anından itibaren yerine getirilmeyen edim kısmının ifasına ilişkin olan alacaklının müspet zararının tazmini mümkündür.²²

II. AR-GE SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE HAKLARI

A. Projeye İlişkin Yönetim Kurallarına Uygun Hareket Etme Yükümlüğü

Bir proje kapsamında yürütülen Ar-Ge faaliyetlerinde projenin yürütülmesine ve yönetimine ilişkin temel kuralların, projenin düzgün işleyebilmesi için tarafların yetki ve sorumluluklarının sözleşmede açıkça düzenlenmesi gerekmektedir. Bir kamu kurumu ya da üniversite ile işbirliği içerisinde ya da bu kuruluşların desteği ile yürütülen projeler için yapılan Ar-Ge sözleşmelerinde projenin sistematik şekilde işleyebilmesi için tarafların üzerlerine düşen yükümlülükleri ve bu yükümlülüklere aykırılık halinde karşılaşılabilecek yaptırımları bilmeleri gerekli olup, sözleşmede bu düzenlemelere de açıkça yer verilmelidir. Taraflar, sözleşmede belirlenen kural ve talimatlara uymak ile yükümlüdür.

B. Sadakat Yükümlüğü

Sadakat borcu kapsamında, sözleşme ilişkisi nedeniyle öğrenilmiş olan gizli bilgilerin karşı tarafın açık rızası olmadan üçüncü kişilerle paylaşılması, kamuoyuna açılması hukuka aykırıdır.²³ Gizli bilgiler, teknik prototipler, formülasyonlar, şartnameler, dizaynlar, kodlar, deneysel veriler, know-how, Ar-Ge projesine başlamadan önce tarafların sahip olduğu fikri haklar (background IP), teknik bilgiler olabildiği gibi, iş planı, strateji sistemi gibi ticari sır niteliğindeki bilgiler de olabilmektedir.²⁴ Bir bilginin gizli bilgi sayılarak korunabilmesi için kamuya açılmamış olması gerekmektedir. Sözleşme ilişkisi kapsamında gizli bilgiler kendisine açıklanan taraf, bu bilgilerin gizliliğinin korunması için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.²⁵

²² Serozan, s. 146; Aydınçık, s. 200; Sarı, s. 353; Özel, s. 205; Oğuzman / Öz, C.1, s. 451; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 280; Seliçi, s. 213; Ayşe Havutçu, “İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 2. Baskı, s. 317-338, 2012, *Legal*, s. 334.

²³ Erbay, s. 144; Sarı, s. 309; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Turhan, 2019, s. 544; SMK 126/1 md.

²⁴ WIPO, World Intellectual Property Organization, Successful Technology Licensing, WIPO Publication No. 903E, Geneva, 2015, <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/licensing/903/wipo_pub_903.pdf> Erişim Tarihi 14 Temmuz 2021. s. 18.

²⁵ Sarı, s. 309; SMK md 126 “...(2) Devralan veya lisans alan kişi, kendisine verilen gizli bilgilerin açıklanmasını önlemek için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür....”

Ar-Ge sözleşmelerinin sürekli borç ilişkisi doğuran niteliğinden kaynaklanan güven ilişkisinden dolayı sözleşmede açıkça düzenlenmemiş olsa da sözleşme süresince öğrenilen gizli bilgilerin sözleşme sona erdikten sonra da açıklanmaması gerekmektedir. Sadakat yükümlülüğü ve taraflar arasındaki güven ilişkisi gereği gizli bilgiyi açıklamama yükümlülüğü sözleşmesinin sona ermesinden sonra da devam etmektedir. Gizlilik kurallarına aykırı davranışlar TMK'nın 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralına aykırılık olarak değerlendirilmektedir.²⁶

C. Özen Yükümlülüğü

Sözleşmenin tarafları TBK'nın 628. maddesinde yer alan "*Her ortak, ortaklık işlerinde kendi işlerinde olduğu ölçüde çaba ve özen göstermekle yükümlüdür.*" düzenlemesi kapsamında özenli hareket etmekle yükümlüdür. Ar-Ge sözleşmesinde, Ar-Ge faaliyetini üstlenen tarafın ve proje ekibinin kimliği, know-how bilgisi, deneyimleri ve bunlar gibi hususlar dikkate alınarak belirlendiğinden, objektif özen unsurunun yanında ayrıca sübjektif özen unsuru da devreye girmektedir. Ar-Ge faaliyetini üstlenen taraf, işin gerektirdiği bilgi birikimi ve teknik alt yapıya sahip olmalıdır. İşin niteliği gereği Ar-Ge'yi üstlenen tarafın bilgi ve teknik donanımı mevcut bilinirliğin üzerinde olmalıdır.

Ar-Ge sözleşmelerinin niteliği ve Ar-Ge'yi yürütecek tarafın bilgi ve teknik donanımı ile uzmanlığının, sözleşmenin kurulmasında belirleyici unsur olması nedeniyle Ar-Ge sözleşmelerinde şahsen ifa önem arz etmektedir. Bu durumda ancak Ar-Ge ürünü için gerekli parçaların üçüncü kişilere yaptırılması mümkün görülmektedir.²⁷ İşe zamanında başlama ve bitirme, azami dikkatle hareket etme gibi unsurlar özen yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmelidir.²⁸

D. Rekabet Etmeme Yükümlülüğü

Sadakat borcu kapsamında da değerlendirilen rekabet etmeme yükümlülüğü, tarafların rakip teşebbüslerle sözleşme ile belirlenen ortak amacı engelleyecek ya da bu ortak amaca zarar verecek nitelikte işleri yapmalarının yasaklanmasıdır. Benzer alanlarda rakip teşebbüsler ile girilecek faaliyetler rekabet etmeme borcuna aykırılık olarak nitelenecektir. Ar-Ge sözleşmesinin tamamlanmasının ardından artık ürünün üretimi ya da geliştirilmesi noktasında yürütülecek işlemler rekabete aykırılık olarak nitelenemeyecektir. Zira sözleşme ile belirlenen ortak amaç tamamlanmıştır.²⁹

²⁶ Ongan, s. 151; Sarı, s. 309, 383; Saibe Oktay Özdemir, *Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması*, Beta, 2002, s. 97.

²⁷ Aral / Ayrancı, s. 380 vd.; Dıvarcı, s. 66.

²⁸ Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 544.

²⁹ Dıvarcı, s. 39; Özsoy, s. 139; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 731.

Tarafların rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin hususlara sözleşmede yer verilebilir. Bu şekilde taraflar rekabet etmeme yükümlüğünün ihlali sonucunu doğuracak davranışları açık bir şekilde belirlemiş olacaklardır. Ar-Ge sözleşmeleri sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme niteliğinde olduğundan güven ilişkisi sözleşmenin temelini oluşturmaktadır. Taraflar sözleşmede düzenlenen koşullara uyulmaması halinde ihlali yapan tarafın sorumluluğuna başvurabilecektir.³⁰

E. Denetim Ve İzleme Hakkı

Tarafların, Ar-Ge sözleşmelerine ilişkin faaliyetlerin ve yürütülen projelerin denetlenme ve izlenmesi konusuna sözleşmede düzenlemeleri ve bu denetim ve izlenmenin sağlanmasına imkan vermeleri gerekmektedir. İzleme hakkının kullanımının konusunda uzman kişiler tarafından yapılacağına da sözleşmede yer verilmelidir. Zira izleme ile yapılan denetim söz konusu Ar-Ge çalışmasında bilimsel gerekliliklerin yerine getirilip getirilmediğini denetlemek içindir. Denetim ve izlemenin gereği gibi yapılmasını denetlenecek taraf sağlamalıdır. Hesapların kontrolü, harcamaların usulüne uygun yapıp yapılmadığının incelenmesi de bu yükümlülük kapsamındadır.³¹ Denetim sadece mali boyutta olmayıp, Ar-Ge'yi yürüten taraf projeye ilişkin işlerin gidişatı, sonuçları, karşılaşılan güçlükler, bu zorlukların aşılma şekli konusunda da bilgi vermekle yükümlüdür.³² Elbette ki yapılacak denetim, izleme ve hesapların kontrolü somut olayın gerektirdiği ölçü ve içerikte olmak zorundadır. Sözleşmenin amacının gerçekleşmesini aksatacak ya da engelleyecek şekilde denetim hakkının kullanılması hakkaniyete ve dürüstlük kuralına aykırı olarak nitelenecektir.³³

III. AR-GE SÖZLEŞMESİ KURULMADAN ÖNCE TARAFLARIN SAHİP OLDUKLARI FİKRİ VE SİNAİ HAKLARIN DURUMU

Ar-Ge sözleşmelerinin belirli kişi ya da kurumlarla kurulmasının, seçici bir yöntem ile yükümlülük altına girecek tarafların belirlenmesinin temel nedeni, belirlenen bu kişi ya da kurumun sahip olduğu yapabilme becerisi, know-how ya da elinde bulunan fikri haklardır. Ar-Ge sözleşmesi kurulmadan önce tarafların sahip oldukları bilgiler ve bu bilgilere bağlı tüm fikri ve sınai haklar (Background IP),

³⁰ Sarı, s. 251.

³¹ TBK'nın Adi Ortaklık bölümünde yer alan 631. maddesi kıyasen uygulanabilecektir. "Yönetim yetkisi olmasa bile, her ortağın, ortaklığın işleyişi hakkında bilgi alma, defter ve kayıtlarını inceleme, bunlardan örnek alma ve mali durumu hakkında özet çıkarma hakkı vardır. Aksine sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür." Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 11. Baskı, Beta, 2012, s. 741.

³² Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 545.

³³ Bahadır Erdem, *Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, Beta, 2002, s. 156; Ortaç, *Patent Lisans*, s. 257; Ongan, s. 121; Doğan, s. 111.

belirli bir anlaşma veya düzenlemeden önce veya bu anlaşmadan bağımsız olarak oluşturulmuş ve varolan olan fikri hakları ifade eder.³⁴

Yapılan sözleşmelerde, sözleşme kurulmadan önce tarafların sahip oldukları fikri haklar, bilgi ve know-how'ın ne kadarının tarafların ortak kullanımına açılacağı, tanınan kullanım hakkının kapsamı sözleşmede açıkça belirtilmelidir.³⁵ Bu hususun açıkça düzenlenmediği hallerde uyumsuzluk doğma ihtimali yüksektir. Zira fikri mülkiyet hakkı, know-how ve gizli bilgi sahipleri, genel olarak kendisine ait bu hakların ya da bilginin paylaşılmasından ve bunların üçüncü kişilerce kullanılmasından yana değildir. Bu gibi durumlarda doğabilecek uyumsuzluklar öncelikle sözleşme görüşmeleri sırasındaki tarafların tutumları dikkate alınarak ve yapılan Ar-Ge sözleşmenin amacının gerçekleşmesi için gerekli olan paylaşım esas alınarak çözümlenmelidir. Bu çözümlemede sözleşmenin amacı ve konusu ile ilgili haklar ile bu kapsamda sözleşmenin amacının gerçekleşebilmesi için gerekli olan bilginin paylaşılmasının esas olduğu unutulmamalıdır.

Taraflar arasında Ar-Ge sözleşmesi sonucu ortaya çıkacak ürünün tarafların ortak kullanımına ait olacağı düzenlenmişse -sözleşmede açıkça düzenlenmemiş olsa bile- Ar-Ge sözleşmesi kurulmadan önce tarafların sahip oldukları fikri hakların da birbirlerine sunulmasının işin doğası gereği kabul edildiği varsayılabilir.³⁶ Genel olarak tarafların daha önceden sahip olduğu fikri hakların Ar-Ge sözleşmesi süresince sözleşmeye konu ürün elde edilene kadar kullanıma sunulduğu kabul edilir. Bundan farklı olarak Ar-Ge sözleşmesi sona erdikten sonra da bu fikri hakların kullanımına izin verilecek ise bunun sözleşmede açıkça düzenlenmesi gerekir. Hatta fikri hakların patentler arası bağımlılık nedeniyle Ar-Ge sözleşmesi sona erdikten sonra da kullanılmasına devam edilmesinin istenmesi halinde Ar-Ge sözleşmesinden ayrı olarak sözleşmeden sonraki kullanıma devam edebilmek için bir lisans sözleşmesinin yapılması gerekebilecektir.³⁷

³⁴ WIPO World Intellectual Property Organization, Management Of Academic Intellectual Property And Early Stage Innovation In Countries In Transition, Version One, Prepared by the Division for Certain Countries in Europe and Asia, Geneva, 2010, <<https://tind.wipo.int/record/28960>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2021, s. 35. ; The University of Queensland Fact Sheet Intellectual Property Rights, Australia, 2021, <<https://staff.uq.edu.au/files/33574/legal-services-fact-sheet-ip-basics.pdf>> Erişim Tarihi 16 Ekim 2021, s. 3; WIPO World Intellectual Property Organization, Committee on Development and Intellectual Property (CDIP), CDIP/17/INF/3, “Models of Intellectual Property Institutions”, 2016, <https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/cdip_17/cdip_17_inf_3.pdf> Erişim Tarihi 12 Aralık 2021, s. 29.

³⁵ The University of Queensland, Fact Sheet Intellectual Property Rights, Australia, s. 3.

³⁶ Dıvarcı, s. 86.

³⁷ Dıvarcı, s. 87; Sarı, s. 73.

Sözleşmede açıkça düzenlenmediği sürece tarafların sözleşme düzenlenmeden önce sahip oldukları fikri haklar için Ar-Ge sürecinde ek bir ücretin istenmesi mümkün değildir. Kaldı ki Ar-Ge sözleşmesinin niteliği gereği sözleşmenin belirlenen taraf ile kurulmasının temel nedeni sözleşmenin diğer tarafının gerekli yetkinlik ve bilgiye sahip olmasıdır. Dolayısıyla zaten sözleşmenin kurulabilmesi için gerekli bir unsur olan fikri mülkiyet hakkı, yetkinlik, bilgi ya da know-how için ayrıca ücret talep edilmesi hakkaniyete uygun olmayabilir. Ancak Ar-Ge sözleşmesi sonucu ortaya çıkacak ürünün kullanımı için tarafların önceden sahip olduğu fikri hakların kullanımının gerekmesi durumunda bir ücret talep edilebilecektir.³⁸ Zira artık bir ticari kullanım söz konusudur.

Ar-Ge sözleşmesinin kurulabilmesi için gerekli olan önceki fikri hakların paylaşılması sözleşme ilişkisinden kaynaklanan edim yükümlülüğüne aykırı davranış olur ve borca aykırılık oluşturur. Gerekli görülen hakların paylaşılması zorunluluğu, aslında tarafların sadakat yükümlülüğü ile doğrudan ilişkilidir. Zira taraflar gerekli hakları paylaşmaktan imtina ettiği takdirde sözleşme ile belirlenen ortak amacın gerçekleşme ihtimali zarar görecektir. Sözleşme kapsamında kullanılan tarafların önceden sahip olduğu fikri haklar, alt lisans verilmesine ilişkin genel kurallar çerçevesinde sözleşmede açıkça belirtilmediği sürece devredilemez niteliktedir.³⁹

IV. AR-GE FAALİYETİ SONUCUNDA ORTAYA ÇIKAN FİKRİ VE SINAİ HAKLARIN DURUMU

Ar-Ge sözleşmesi sonucunda ortaya çıkan haklar, patentlenebilirliklerinden bağımsız olarak proje kapsamındaki faaliyetler nedeniyle oluşturulan ve bilgiyi de içeren sonuçları ifade eder. Ar-Ge sözleşmesi sonucunda ortaya çıkan haklar, telif haklarına, tasarım ve patent haklarına, yeni bitki çeşidi koruması gibi koruma türlerine bağlı hakları içerir. Bu haklar, know-how ya da fikri ve sınai haklar gibi gayri maddi haklar ile projenin maddi sonuçlarını da (örn. prototipler, mikroorganizmalar vb.) kapsar. Avrupa Komisyonu tarafından sıklıkla kullanılan erişim hakkı terimi (Access Right), Ar-Ge sözleşmesi kurulmadan önce tarafların sahip olduğu fikri haklar (Background IP) ile Ar-Ge sözleşmesi sonucunda ortaya çıkan haklara (Foreground IP) ilişkin lisanslama veya diğer kullanım haklarını

³⁸ Dıvarcı, s. 88.

³⁹ WIPO World Intellectual Property Organization, "IP Related Technology Transfer Contracts Topic 5", WIPO, Heptech Workshop, Bulgaria, 2012, <https://indico.cern.ch/event/182857/contributions/1450732/attachments/248402/347466/Contracts_CERNppt1.pdf> Erişim Tarihi 12 Aralık 2021, s. 19.

sağlamayı kapsarken, yayma, sözleşme sonucu ortaya çıkan hakların herhangi bir ortamda yayınlanması (patent yayını hariç) anlamına da gelmektedir.⁴⁰

Sözleşme sonucu ortaya çıkacak fikri hakların paylaşım şeklinin sözleşmede açıkça düzenlenmesi, taraf iradelerinin açıkça ortaya konulması esastır. Sözleşmede Ar-Ge sonucu ortaya çıkan ürün ile fikri ve sınai hakların destek veren tarafa devredileceği kararlaştırılabileceği gibi sadece ürünün devri yönünde de taraf iradeleri ortaya konulabilir.

Sözleşmede yapılan düzenlemeye göre Ar-Ge faaliyetini yürüten taraf, ürünün mülkiyetini müşteri kuruluşu⁴¹ ya da finanse eden / finansal destek sağlayan kuruluşu devrederek⁴², know-how, patent gibi hakları elinde tutabilecektir. Sözleşmede taraflar iradi olarak fikri hakların destek veren kuruluş ya da müşteri kuruluşu devredebileceğini düzenleyebilecekleri gibi bunlar lehine basit lisans hakkı tesis edileceğini de düzenleyebilir. Ar-Ge sonucu ortaya çıkan ürünün kullanımı için gerekli olan lisanslar ürünün teslimi ile birlikte tesis edilir. Sözleşmenin diğer tarafına (destek sağlayana) inhisari olmayan (basit) lisans hakkı verildiği durumlarda, kural olarak fikri hak sahibinin kullanım hakkının sınırlanmadığı kabul edilir. Ancak inhisari (münhasır) lisans verilmesi halinde, lisans veren tarafın kullanım hakkının sınırlandırıldığı kabul edilir. Zira inhisari (münhasır) lisans halinde üçüncü kişilere lisans hakkı tanınması mümkün olmadığı gibi lisans verenin de kullanma hakkı bulunmaz. İnhisari lisans sözleşmelerinde lisans verenin kullanım hakkına sahip olabilmesi için bu durumun sözleşmede açıkça düzenlenmiş olması gerekir.⁴³

Taraflar arasındaki sözleşmede hakların paylaşımına ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamış ise FSEK ve SMK'da yer alan hak sahipliğine ilişkin

⁴⁰ WIPO, Management Of Academic Intellectual Property And Early Stage Innovation In Countries In Transition, s. 35. ; EC European Commission Guide to Intellectual Property Rules for FP7 Projects, Version 3, 2007, <https://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/fp7/89593/ipr_en.pdf Erişim Tarihi. 11.10.2021> s. 20.

⁴¹ “Müşteri kurum: Bir başka kamu kurum veya kuruluşu tarafından finanse edilen bir projenin amacını ve kapsamını, kendi ihtiyacının karşılanması amacıyla belirleyen kamu kurum ve kuruluşunu” (Çalışan Buluşlarına, Yükseköğretim Kurumlarında Gerçekleştirilen Buluşlara ve Kamu Destekli Projelerde Ortaya Çıkan Buluşlara Dair Yönetmelik md. 4/g) Müşteri kurum kendi ihtiyacının karşılanması için projenin amaç ve kapsamını belirler. Ancak destekten faydalanan bir şirket, başka bir kamu kurumu ya da bir yükseköğretim kurumu olmaktadır. Suluk, 2020, s. 343.

⁴² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 22.12.2015 tarihli, 2015/1164 E. ve 2015/13772 K. sayılı kararında bir proje kapsamında prototip üretimi, seri üretim ve satış sonrası hizmetler konusunda yapılan sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlık incelenmiştir. <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 12 Aralık 2021.

⁴³ SMK'nın “Sözleşmeye dayalı lisans” başlıklı 125. maddesi.

düzenlemeler esas alınarak fikri ve sınai hakların durumları belirlenir. Üniversite ya da kamu destekli projelerde yürütülen Ar-Ge projelerinde ise SMK'nın 121. ve 122. maddeleri ayrıca dikkate alınmalıdır.

A. Fikir Ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamındaki Hakların Paylaşımı

Araştırma projesi sonucunda ortaya çıkan hak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) kapsamında düzenlenen haklardan olabilecektir. Ar-Ge projeleri genellikle birden fazla tarafın işbirliği ile yürütülmekte olup, proje sonucu ortaya çıkan ürün/hak birden fazla kişi tarafından meydana getirilmiş olabilecektir. FSEK kapsamındaki eserlere ilişkin sahipliğin birden fazla kişiden oluşması halinde paylı eser sahipliği ve elbirliği halinde eser sahipliği olarak iki farklı hak sahipliği doğabilir.

Paylı eser sahipliği FSEK'in 9. maddesinde düzenlenmiş olup, eserde her bir eser sahibinin meydana getirdiği bölüm belli ise bu eser sahiplerinden her biri meydana getirdiği kısmın sahibi sayılır. Bu halde eser sahiplerinin paylara ayrılması mümkün eser sahipliği söz konusu olmaktadır. Paylı eser sahipliği ile paylı mülkiyeti karıştırmamak gerekmektedir. Paylı mülkiyette, paydaşlardan hiçbirine ait paylaşılabilir bölüm yoktur. Paylı eser sahipliğinde ise, eser sahiplerinden her birinin meydana getirilen eserde ayırt edilebilir bir bölümü bulunmaktadır. Örneğin bir kitabın farklı yazarlarca yazılmış bölümlerinin bulunması halinde eser sahipleri arasında paylaşılabilir bir eser bulunmaktadır.⁴⁴

Elbirliği halinde eser sahipliği ise FSEK'in 10. maddesinde düzenlenmiş olup, burada birden fazla eser sahibi bir eser meydana getirmekte fakat hiçbir eser sahibinin meydana getirdiği bölümün diğer bölümlerden ayrılması mümkün bulunmamaktadır.⁴⁵ Bu halde eser sahipleri arasında paylı mülkiyet değil, elbirliği mülkiyeti durumuna benzer bir ilişkinin var olduğu kabul edilmektedir. FSEK'te

⁴⁴ Ahmet Kılıçoğlu, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, Turhn, 2019, s. 100, 203; Gülmelahat Doğan, *Teknoloji Transfer Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Uygulamaları*, Turhan, 2020, s. 26.

⁴⁵ Kılıçoğlu, *Sınai Haklar*, s. 204; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 21.10.2019 tarihli, 2018/5325 Esasve2019/6552 Karar sayılı kararında; Kanun'un birlikte eser sahipliğini düzenleyen 10. maddesindeki düzenleme karşısında davaya konu soru bankası kitaplarında hangi soruların davacı tarafından hazırlandığının ispat edilemediğine dair gerekçenin yerinde olmadığı, davacının yazarı olmadığı eserlerdeki soruların 5846 sayılı Kanun kapsamında hususiyet arz edip etmediği tespit edilerek, hususiyet arz ettiğinin tespiti halinde davacının bu sorular üzerinde mali ve manevi haklarının da bulunduğu kabulüyle değerlendirme yapılarak karar verilmesi gerektiği şeklinde değerlendirme yapılmıştır. <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>> Erişim Tarihi 20 Şubat 2020.

elbirliği halinde eser sahipliğinde adi şirket hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir.⁴⁶

Elbirliği halinde eser sahipliğinde eser ile ilgili her türlü işlemde birlikte hareket edilmesi gerekmektedir. Zira birlikte eser sahipliğinde, eser sahiplerinin kendisine ait tasarrufta bulunabileceği bir kısım yoktur. Bu nedenle bütün üzerinde yapılacak tüm işlemler oybirliğini gerektirmektedir. Burada eser sahiplerinin icazeti değil, izni aranmaktadır. İşlemin yapılmasından sonra verilen onaya elbirliği halinde eser sahipliğinde yer verilmemiştir. Birlikte eser sahipliğinde eserin yayınlanmasına, değiştirilmesine ya da mali hakların kullanılmasına haklı bir sebebe dayanmaksızın izin verilmemesi halinde eser sahiplerinden birinin mahkemeye başvurma hakkı vardır.⁴⁷

Tarafların hakların nasıl paylaşılacağı konusunda sözleşmede düzenleme yapmadığı ya da anlaşmaya varılmadığı durumlarda anılan yasa hükümlerinin uygulanması gerekir. Ar-Ge sözleşmesi sonucu ortaya çıkan ürünlerdeki fikri haklar niteliği gereği ayrılmaz durumda ve FSEK kapsamında bir hak ise bu durumda FSEK'in 10. maddesi kapsamında Ar-Ge'yi yürüten taraflar arasında adi ortaklığın mevcut olduğu kabul edilir ve TBK'nın 623. maddesi kapsamında her ortağın kazanç ve zarardaki payı, katılım payının değerine ve niteliğine bakılmaksızın eşit kabul edilir.⁴⁸

B. Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamındaki Hakların Paylaşımı

Araştırma projesi sonucunda Sınai Mülkiyet Kanunu'na (SMK) tabi bir hak ortaya çıkmış ise SMK'nın 112. maddesi kapsamında patent başvurusu veya patent birden çok kişiye aitse hak üzerindeki ortaklık taraflar arasındaki sözleşmede düzenlenir. Ancak böyle bir sözleşme yoksa Türk Medeni Kanunu'nun paylı

⁴⁶ Kılıçoğlu, *Sınai Haklar*, s. 204. Yazar, adi şirket hükümlerine yapılan yollamanın amacının anlaşılmadığını, zira bu durumda da aynen paylı mülkiyet esasına dayanan eser sahipliğinde olduğu gibi, eser sahiplerinden birinin haklı neden olmaksızın eserle ilgili bir işleme rıza göstermemesi halinde, diğerlerinin mahkemeye başvurarak bu izni alabileceklerini ifade etmektedir. Eser sahipleri arasında eserle ilgili işlemlerde paylı mülkiyete dayanan eser sahipliğindeki çözüm tarzı aynen benimsendiğine göre, ayrıca adi şirket hükümlerine yollama yapması eleştirilmektedir.

⁴⁷ Kılıçoğlu, *Sınai Haklar*, s. 205; FSEK 9/2. Madde.

⁴⁸ Erbay, s. 145; H. Alperen Evrensel, *Telif Hakkı Sözleşmesi ve Hakların Devri*, 2. Baskı, Seçkin, 2021, s. 77; TBK'nın "Kazanç ve zarara katılma" kenar başlıklı 623. maddesinde "Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, her ortağın kazanç ve zarardaki payı, katılım payının değerine ve niteliğine bakılmaksızın eşittir. Sözleşmede ortakların kazanç veya zarara katılım paylarından biri belirlenmişse bu belirleme, diğerindeki payı da ifade eder. Bir ortağın zarara katılmaksızın yalnız kazanca katılacağına ilişkin anlaşma, ancak katılma payı olarak yalnızca emeğini koymuş olan ortak içi geçerlidir." ifadesi kullanılmıştır.

mülkiyete ilişkin hükümlerine göre pay sahipliği belirlenir. Bu durumda her hak sahibi diğerlerinden bağımsız olarak kendi adına:

- ✓ Kendisine düşen pay üzerinde serbestçe tasarrufta bulunur.
- ✓ Diğer hak sahiplerine bildirimde bulunduktan sonra buluşu kullanabilir.
- ✓ Patent başvurusu veya patentin korunması için gerekli önlemleri alabilir.
- ✓ Birlikte yapılan patent başvurusu veya alınan patentin sağladığı hakların herhangi bir şekilde tecavüze uğraması halinde üçüncü kişilere karşı hukuk davası açabilir. Diğer hak sahiplerinin davaya katılabilmeleri için durum, davayı açan taraftan davanın açıldığı tarihten itibaren bir ay içinde kendilerine bildirilir.

Paylı mülkiyet halinde buluşun kullanılması amacıyla üçüncü kişilere lisans verilmesi için hak sahiplerinin oybirliği aranır. Ancak lisans verme konusunda oybirliği sağlanamaması halinde mahkeme, mevcut şartları göz önünde tutarak hakkaniyet gereğince bu yetkiyi hak sahiplerinden birine veya birkaçına verebilir. Üzerinde birden çok kişinin hak sahipliği söz konusu olsa dahi patent başvurusu veya patentin devri ya da üzerinde hak tesisi gibi hakkın bütünü kapsayan işlemler için hak sahiplerinin iradelerinin bölünebilmesi mümkün değildir.⁴⁹

Bu paylaşım modelleri Ar-Ge'yi birlikte yürüten, araştırma yükümlülüğü altındaki taraflar için geçerlidir. Ar-Ge sözleşmeleri kapsamında yapılan faaliyetler çerçevesinde tarafların ortak hareketi sonucunda ürünler elde edilmektedir. Araştırma geliştirme projesini yürüten ve buna destek sağlayan kurum/kuruluşlar arasında fikri hakların nasıl paylaşılacağı konusunun da sözleşmede ayrıca ve açıkça düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Sözleşme sürecinin sonunda uyuşmazlık yaşamamak adına Ar-Ge çalışması sonucu ortaya çıkan ürün ya da fikri ve sınai hakların (patent, bilgisayar programları, know-how vb). kullandırılması (lisansı) ya da devri öngörülüyor ise bunun sözleşmede açıkça düzenlenmesi gerekir.⁵⁰ Ar-Ge sonucu ortaya çıkan hakkın kullandırılması için verilen lisans hakkı, kural olarak devredilemez niteliktedir. Üçüncü kişiye alt lisans verilmesi istendiğinde, sözleşmenin diğer tarafının da alt lisansa onay vermesi ya da alt lisans verilebileceğinin lisans sözleşmesinde açıkça düzenlenmiş olması gerekmektedir. Bunun sebebi, tarafların sahip oldukları

⁴⁹ Kılıçoğlu, *Sınai Haklar*, s. 212; Onur Sarı, *Patent Lisans Sözleşmeleri*, Seçkin, 2019, s. 107.

⁵⁰ Öğüz, s. 83.

kullanma haklarının iradeleri dışında kısıtlanmasını ya da zarar görmesini engellemektir.⁵¹

Bütün bunların yanı sıra tarafların, Ar-Ge sonucu ortaya çıkan hakkın paylaşımı konusunda paylı mülkiyete alternatif olarak ilgili hakkın ortaya çıkarılmasına her bir tarafın yaptığı katkı nispetinde bir paylaşım modelini sözleşmede düzenlemesi de mümkündür.⁵² Ancak bu durumda hakkın doğumuna doğrudan ya da esaslı katkısı olmayan yardımcı personelin katkı oranı esası ile pay sahibi yapılmaması gerekir. Bunun gibi tek başına sermaye ya da malzeme tedariki, kişiye fikri haktan pay isteme hakkı vermez.⁵³

V. YÜKSEKÖĞRETİM KURUMUNDA YÜRÜTÜLEN AR-GE PROJELERİNDEKİ FİKRİ HAKLARIN HUKUKİ DURUMU

A. Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamındaki Hakların Hukuki Durumu

Yükseköğretim kurumlarında meydana getirilen buluşlar hakkında SMK'nın 121. maddesi kapsamında uygulama yapılır. Bu maddeye göre, öncelikle özel kanun hükümleri uygulama alanı bulur. SMK'nın 121. maddesinde hüküm bulunmayan hallerde, SMK'nın çalışan buluşlarına ilişkin 113-120. madde hükümleri uygulanır. Yükseköğretim kurumlarında yapılan bilimsel çalışmalar veya araştırmalar sonucunda gerçekleştirilen buluşlara SMK'nın 113. maddesi kapsamında çalışan buluşlarına ilişkin hükümler uygulanır. Yükseköğretim kurumlarında buluşun kim tarafından geliştirildiği kadar, bir üniversitede ve yapılan araştırma faaliyeti ya da bilimsel çalışma esnasında geliştirilip geliştirilmediği önemlidir. Zira buluş, bağlı bulunulan yükseköğretim kurumu bünyesinde yapılan bir araştırma faaliyeti sonucunda değil de başka bir platformda geliştirildiyse; bu buluş, geliştirenin kendisine aittir.⁵⁴

⁵¹ WIPO World Intellectual Property Organization, Successful Technology Licensing, WIPO Publication No. 903E, Geneva, 2015, <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/licensing/903/wipo_pub_903.pdf> Erişim Tarihi 14 Temmuz 2021, s. 20vd.; EC European IPR Helpdesk: Fact Sheet Commercialising Intellectual Property Licence Agreements, 2015, <<https://www.ipoi.gov.ie/en/commercialise-your-ip/licencing/fact-sheet-commercialising-ip-licence-agreement.pdf>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2021, s. 8.; Sarı, s. 271; Dıvarcı, s. 45.

⁵² WIPO, Management Of Academic Intellectual Property And Early Stage Innovation In Countries In Transition, s. 34.

⁵³ Kılıçoğlu, *Sınai Haklar*, s. 208; Ayiter, s. 66 vd; Necip Ortan, *İşçi Buluşları Hukuku*, Dokuz Eylül, 1987, s. 94.

⁵⁴ Eda Çataklar, "Sınai Mülkiyet Kanunu ile Çalışanların Tasarımları ve Buluşları Üzerindeki Hak Sahipliği Sisteminde Yapılan Değişiklikler", *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu*, Şehirli Çelik, Feyzan Hayal (Ed.), Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2017, s. 409-466, s. 438; Sevilay Uzunallı, "Üniversite Öğretim Elemanlarının

SMK'nın 121/5. maddesi kapsamında yükseköğretim kurumlarında geliştirilen buluşlara; SMK'nın bedele ilişkin 115., patent başvurusuna ilişkin 116., patent başvurusuyla ilgili tarafların hak ve yükümlülüklerine ilişkin 118. ve işletmenin faaliyet alanına ilişkin serbest buluşlar bakımından çalışanın teklifte bulunma yükümlülüğüyle ilgili 119/4. madde hükümleri uygulanmaz. Yasa koyucu bu hükümlerin uygulanmayacağını açıkça düzenlemiştir.

Yükseköğretim kurumlarında gerçekleştirilen buluşların çalışan buluşu niteliğinde değerlendirilmesi nedeniyle SMK'nın “*Çalışanların Buluşları Hizmet Buluşu ve Serbest Buluş*” başlıklı 113. maddesinde geçen hizmet buluşu ve serbest buluş ifadelerinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Buna göre hizmet buluşu⁵⁵ çalışanın, bir işletme veya kamu idaresinde yükümlü olduğu faaliyeti gereği gerçekleştirdiği ya da büyük ölçüde işletme veya kamu idaresinin deneyim ve çalışmalarına dayanarak⁵⁶, iş ilişkisi sırasında yaptığı buluşlar olarak ifade edilmektedir.⁵⁷ Hizmet buluşunun kabulü için yapılan işle, meydana getirilen buluş

Buluşları Üzerinde Patent Hakkı”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 2015, (1), s. 176-177, s. 174.

⁵⁵ SMK'nın “*Hizmet buluşuna dair bildirim yükümlülüğü*” başlıklı 114. maddesi.

⁵⁶ Kanunda yer alan düzenlemeye göre işletmenin deneyim ve çalışmalarının buluşun gerçekleşmesinde önemli ölçüde etkin olması gerekmekte olup, sadece esinlenilmesi işletme deneyim ve çalışmalarının dayanak kabul edilebilmesi için yeterli değildir. Deneyim ve çalışmalara örnek olarak; işletmeye ait know-how, teknik çalışmalar, üretime ilişkin süreç ve yöntemler, ticari us işyerinde çalışan diğer kişilerle yapılan görüşme ve analizler örnek olarak verilmektedir. Talat Canbolat, *İşçi Buluşları*, 2007, Beta, s. 125; Çataklar, s. 425; Murat Demircioğlu / Sergül Balsever, “Sınai Mülkiyet Kanunu Uyarınca Özel Hukuk İlişkisi İçinde Olan Çalışanların Buluşları”, *Sicil*, (40), s. 22-31, 2018, s. 25.

⁵⁷ Harris Patent Kararı, Çalışan buluşlarında, buluşun hizmet buluşu niteliğinin belirlenmesi bakımından çalışanın yükümlü olduğu görev tanımı, niteliği ve işletmenin deneyim ve çalışmalarından yararlanma ölçütünü irdeleyen ve belirleyen 21.06.1985 tarihinde İngiltere Patent Mahkemesince verilmiş Harris Patent kararı önem arz etmektedir. Somut olayda Harris bir şirketin valf bölümünün yöneticisidir, valflerin iyileştirilmesi sağlayan bir buluş gerçekleştirmiş ve kendi adına patentini almıştır. İşveren, patent üzerinde hak sahipliği iddiasında bulunması üzerine doğan uyuşmazlıkta mahkeme, çalışanın normal görevleri arasında buluş yapmanın bulunmadığı, işçiye bu yönde özel bir görev verilmediği gerekçeleri ile patent isteme hakkının çalışana ait olması gerektiğine karar vermiştir. Kararda, buluşun çalışanın yükümlü olduğu faaliyetten kaynaklanmadığı, bu çalışmaların sonucu olmadığı karar gerekçesinde detaylı olarak ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra işveren işletmenin de sorunun çözümü amacıyla bir buluş meydana getirilmesi amaç ve gayretinin bulunmadığı ifade edilmiştir. Kararda bir buluşun hizmet buluşu olarak değerlendirilebilmesi için buluşun herhangi bir buluş olmaması gerektiği, çalışanın “*görevlerini yerine getirmesi kapsamında makul olarak beklenebilecek*” bir buluş olması gerektiği ifade edilmiştir. <<https://www.gov.uk/guidance/manual-of-patent-practice-mopp/section-39-right-to-employees-inventions>> Erişim Tarihi 18 Ekim 2021. Hakan Koçak, “Türk Patent Hukuku Açısından Çalışan Buluşlarında Hak Sahipliği ve Çalışanın Bedel Hakkı”, *Hacettepe HFD* 9 (2), 2019, 489-532, <<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/87047>> Erişim Tarihi 18 Ekim 2021, s. 498.; Justina Pila, “Sewing the Fly Buttons on the Statute y: Employee Inventions and the Employment Context”, *Oxford Journal of Legal Studies* 2012, 32, (2),

arasında doğrudan (maddi) bağlantı bulunması gerekmektedir.⁵⁸ Hizmet buluşu niteliği dışında kalan buluşlar, serbest buluş olarak kabul edilir.

Çalışan buluşu için uygulanan hükümler, diğer kanuni düzenlemeler ve taraflar arasında yapılan sözleşme hükümleri saklı kalmak şartıyla, kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanların buluşları hakkında da uygulanır.⁵⁹

SMK'nın 121. maddesi kapsamında bir buluşun çalışan buluşu olarak kabul edilebilmesi için, buluşun yükseköğretim kurumunda yapılan bilimsel çalışmalar veya araştırmalar sonucunda gerçekleştirilmesi, buluşu yapanın yükseköğretim kurumunda edindiği deneyim ve çalışmalara dayanarak veya yükseköğretim kurumunun araç ve gereçleri kullanılarak gerçekleştirmiş olması gerekmektedir.⁶⁰ Öğretim elemanları ile stajyerler ve öğrenciler tarafından gerçekleştirilen buluşlar SMK'nın 121. maddesi kapsamındadır, diğer çalışanlar tarafından gerçekleştirilen buluşlar için SMK'nın 113. maddesi hükümler uygulanır.⁶¹

<<https://www.jstor.org/stable/pdf/41682779.pdf>> Erişim Tarihi 16 Mart 2022, s. 265-295; Karar içeriği için bkz. <<https://swarb.co.uk/harris-patent-1985/>>

Yargıtay HGK'nın E. 2019/11-474, K. 2020/26 ve 16.1.2020 tarihli kararı ile bozulan ilk derece mahkemesinin karar gerekçesi yukarıda incelediğimiz Harris Patent Kararı ile benzer niteliktedir. Bu olayda da davaya konu eseri meydana getiren kişi şirkette satın alma müdürü olarak görev yapmaktayken kendi bilgi, deneyim ve benzeri kişisel özelliklerini yansıtmak suretiyle bilgisayar programı hazırladığı ve eser koruması için gerekli özgünlüğünün bulunduğu, söz konusu programın davacının iş akdi ile çalıştığı şirkette doğrudan görevlendirme veyahut da ücret karşılığında yapılmaması, yapılan işin FSEK kapsamında bir iş olduğu şeklindeki değerlendirmeleri ile benzerlik göstermektedir. Ancak özel daire ve hukuk genel kurulu, taraflar arasındaki uyuşmazlığın Borçlar Kanunu hükümlerine göre “eser sipariş sözleşmesi” kapsamında gerçekleştirilerek karşı tarafa teslim olunan bilgisayar programından kaynaklanan telif ücreti alacağına yönelik olduğunun kabulünün gerektiği, eser sahibi ile aralarında sözleşme olmaksızın kullanım hâlini düzenleyen FSEK'in 68. maddesi kapsamında değerlendirilmesinin doğru olmadığını kabul etmiştir. Bu itibarla, mahkemece davacının talebi bu hukuki temelde değerlendirilerek ve buna göre programın yapım ile kullanım şekli göz önünde bulundurularak belirlenecek bir telif tazminatına hükmedilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile FSEK 68. maddede belirlenen tazminata hükmedilmesi doğru görülmemiştir. Yargıtay “eser sipariş sözleşmesi” nde eseri meydana getirenin yalnızca sözleşme bedelinin ödenmesi talep edilebileceğini, kullanımın eser sahipliğinden doğan haklara tecavüz oluşturduğunun iddia edemeyeceğini kabul etmiştir.

⁵⁸ Ortan, s. 120; Ayiter, s. 69.

⁵⁹ SMK 113/4. madde.

⁶⁰ Yükseköğretim kurumunda yer alan laboratuvar, lisanslı yazılım, altyapı, yazılı-görsel kaynakların kullanımı yükseköğretim kurumunun araç ve gereçlerinin kullanımına örnek olarak sayılmıştır. Türk Patent ve Marka Kurumu Yükseköğretim Kurumlarında Gerçekleştirilen Buluşlar Uygulama Kılavuzu, 2020, <<https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/31C9519C-F2D1-4150-9D36-BC78F0B2FA6E.pdf>> Erişim Tarihi 11 Eylül 2021, s. 10.

⁶¹ Çalışan Buluşlarına, Yükseköğretim Kurumlarında Gerçekleştirilen Buluşlara ve Kamu Destekli Projelerde Ortaya Çıkan Buluşlara Dair Yönetmeliğin 28/2. maddesi.

Bu husus, SMK'nın 121. maddesinde buluşu kimin yaptığından ziyade buluşun nerede ve nasıl yapıldığıyla ilgilenildiği; Çalışan Buluşlarına, Yükseköğretim Kurumlarında Gerçekleştirilen Buluşlara ve Kamu Destekli Projelerde Ortaya Çıkan Buluşlara Dair Yönetmeliğin 28/2. maddesinde öğretim elemanları, stajyer ve öğrencilerin dışında kalan yükseköğretim kurumu çalışanlarınca geliştirilen buluşlara, çalışan buluşlarına ilişkin hükümlerin uygulanacağını düzenlendiği; oysa çalışan buluşlarına ilişkin hükümlerin, buluşu meydana getiren kişiden bağımsız olarak, sadece bilimsel çalışma ve araştırmaya dayalı olmaksızın yükseköğretim kurumunda geliştirilen buluşlara uygulanması gerektiği belirtilerek eleştirilmektedir.⁶²

Yükseköğretim kurumunun araç, gereç, laboratuvar, altyapısının kullanılması sonucu meydana gelen buluşlar hizmet buluşu sayılırken, bir öğretim elemanının sadece personel olması, ders vermesi ya da kütüphaneyi kullanması nedeniyle buluşunun hizmet buluşu kabul edilmesi yerinde olmayacaktır. Misafir araştırmacı ya da öğretim elemanının bilimsel çalışma ya da araştırmaya dayalı olarak meydana getirdiği buluşlar çalışmanın yürütüldüğü yükseköğretim kurumu açısından hizmet buluşudur.⁶³ SMK'nın 121. maddesi kapsamında yükseköğretim kurumunun imkanlarının kullanılmasının buluşun elde edilmesine sağladığı katkının önemli ölçüde olması gerekir. Üniversitede edinilen deneyim ve çalışmalar ifadesi değerlendirilirken yükseköğretim kurumu tarafından verilen bir görev çerçevesinde ve bu görev sonucunda öğretim görevlisinin elde etmiş olduğu buluşun üniversitede elde edildiği kabul edilmelidir.

Buna karşın, üniversite tarafından herhangi bir görevlendirmesi olmayan çalışanın, kendi imkanları ile yapmış olduğu Ar-Ge faaliyeti neticesinde elde etmiş olduğu buluşun yüksek öğretim kurumuna ait olduğu kabul edilmemelidir. Yine yükseköğretim kurumunda edinilen deneyim ve çalışmalar ifadesi değerlendirilirken, akademisyenin ya da öğrencinin ilgili yükseköğretim kurumunda çalıştıkları/öğretim gördükleri süre boyunca ilgili kurumda bulunmaları nedeniyle edindikleri deneyim ve bu deneyim sonucu ortaya çıkan çalışmalar olarak tanımlanabilir. Buluş bildirimini incelenirken, ilgili öğretim elemanının bilimsel çalışma alanları, yapmış olduğu akademik yayınları, yükseköğretim kurumunda vermiş olduğu derslerin incelenmesi, deneyimin kapsamının belirlenmesinde önemli rol oynamaktadır. Yükseköğretim kurumunun araç ve gereçlerinin ya da altyapısının kullanılması durumu da değerlendirmede dikkate alınmalıdır.⁶⁴

⁶² Cahit Suluk, *Çalışan Buluşları Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin, 2020, s. 308 vd. dn. 35.

⁶³ Suluk, 2020, s. 309.

⁶⁴ Türk Patent Kılavuzu, s. 10 vd.; Uzunallı, s. 177.

SMK'da yer alan yükseköğretim kurumlarında geliştirilen buluşlara ilişkin düzenlemeler nispi emredici nitelikte kabul edilmekte olup, buluşun yükseköğretim kurumuna değil buluşçuya ait olacağı işin başında kararlaştırılabilir. Ancak anılan hükümlerin nispi emredici nitelikte olması buluşçunun aleyhine düzenleme yapılmasına yol açacak şekilde yorumlanmamalıdır.⁶⁵

Teknoloji Geliştirme Bölgeleri'nde faaliyet yürüten şirketler, öğretim elemanları ile Ar-Ge projeleri kapsamında iş birliği yapabilmektedir. Öğretim elemanları Teknoloji Geliştirme Bölgeleri'nde faaliyet gösteren şirketlerle yapacakları işlerde üniversite tarafından görevlendirilmektedir. Yapılan bu görevlendirme başvurusunda, öğretim elemanları ile şirketler, yapılacak iş birliğinin kapsamı ve yapılacak proje sonucunda ortaya çıkacak patent, faydalı model gibi sınai mülkiyet haklarının hak sahipliğini ve paylaşım şeklini belirleyen bir sözleşme imzaladıkları durumda, SMK'nın 129/9. maddesi kapsamında buluşun hak sahipliği bu sözleşmede düzenlendiği şekli ile belirlenir.⁶⁶

Yapılan sözleşmede hak sahipliğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş ise hak sahipliğinin belirlenmesinde buluşun ortaya çıkmasında kullanılan altyapı, bilgi ve birikimin nereye ait olduğuna bakılmalıdır. Eğer kullanılan altyapı, bilgi ve birikim, şirketin önceki çalışmalarından doğmuş ve hiçbir üniversite kaynağı kullanılmamış ise hak sahipliği şirkete ait olacaktır.⁶⁷ Öğretim elemanının teknoloji geliştirme bölgesinde şirketinin bulunması ve yürütülen Ar-Ge projesi sırasında yükseköğretim kurumunun imkanlarının kullanılmayacağı hallerde öğretim elemanının şirketi ve Ar-Ge talebi olan şirket sözleşmeyi imzalamaktadır. Ancak yükseköğretim kurumunun imkanları kullanılacak ise sözleşmenin üç taraflı yapılması gerekecektir.⁶⁸

SMK'nın 121/9. maddesi kapsamında yapılan işbirliklerinde genel olarak şirket finansal kaynağı sağlamakta, öğretim elemanı ise yükseköğretim kurumunun imkanlarını kullanarak buluşu gerçekleştirmektedir. Finansal kaynağı sağlayan özel kuruluş bir hizmet alımı yaparken, yükseköğretim kurumu ise ortak hak sahipliği ve oransal olarak lisans geliri isteyebilmektedir. Bu sebeple yükseköğretim kurumunun imkanlarının kullanılacağı hallerde sözleşme üç taraflı olarak düzenlenmektedir. Bu sürecin sonunda genel olarak, fikri mülkiyet hakları özel kuruluşu devredilmektedir. Bu nedenle aslında üniversitelerin lisans bedeli adıyla talep ettiği tutar, üniversitenin

⁶⁵ Suluk, 2020, s. 316.

⁶⁶ Erdoğan, s. 225; Polater, s. 69.

⁶⁷ Türk Patent Kılavuzu, s. 9.

⁶⁸ Suluk, 2020, s. 320.

fikri mülkiyet hakkı sahipliğinin bulunmadığı durumlarda, kurum hissesi, know-how bedeli ya da proje geliştirme ve uygulama bedeli olarak isimlendirilebilmektedir.⁶⁹

Ancak buluşun öğretim elemanlarının üniversite bünyesinde yürüttükleri bilimsel çalışmalar ve araştırmalar sonucunda ya da tamamlanmış veya devam etmekte olan çalışmaların ürünü olması veya çalışmada üniversiteye ait alt yapı ve imkanların kullanılması durumunda buluş yükseköğretim kurumlarında gerçekleştirilen buluş sayılacaktır. Bu durumda öğretim elemanlarının buluşu, üniversiteye bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Üniversite buluşa katkısı oranında hak sahipliği talep edebilecektir.⁷⁰

1. Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Buluş Bildiriminin Yapılması ve Başvuru Yükümlülüğü

SMK'nın 121. maddesine göre yükseköğretim kurumlarında yapılan bilimsel çalışmalar veya araştırmalar sonucunda⁷¹ bir buluş gerçekleştirildiğinde buluşu yapan, buluşunu yazılı olarak ve geciktirmeksizin⁷² yükseköğretim kurumuna bildirmekle yükümlüdür.⁷³ Bu bildirim sonrasında yükseköğretim kurumunun buluş üzerinde hak sahipliği talebinin bulunması durumunda, yükseköğretim kurumu, hak sahipliği talebine ilişkin karar⁷⁴ tarihinden itibaren dört ay içinde (buluşu yapan ile

⁶⁹ Suluk, 2020, s. 320 ve dipnot 78.

⁷⁰ Türk Patent Kılavuzu, s. 9.; Suluk, 2020, s. 319.

⁷¹ Yükseköğretim kurumunda edinilen deneyim ve çalışmalar ifadesi, öğretim elemanı, stajyer ve öğrencilerin, ilgili yükseköğretim kurumunda çalıştıkları/öğretim gördükleri süre boyunca ilgili kurumda bulunmaları nedeniyle edindikleri deneyim ve bu deneyim sonucu ortaya çıkan çalışmalar olarak tanımlanabilecektir. Buluş sahipleri tarafından ortaya çıkarılan buluşlar incelenirken, ilgili öğretim elemanının bilimsel ilgi alanları, akademik yayınları, yükseköğretim kurumunda daha önce vermiş olduğu veya vermeye devam ettiği derslerin içeriğinin incelenmesi, deneyimin kapsamının belirlenmesinde önemli rol oynamaktadır. Yükseköğretim kurumunun araç ve gereçlerinin kullanılması ifadesiyle de buluşların ortaya çıkması aşamasında yükseköğretim kurumunun altyapısının kullanılması hususu belirtilmektedir. Yükseköğretim kurumunda yer alan laboratuvarların, lisanslı yazılımların, yazılı, görsel kaynakların kullanımı, altyapı kullanımını belirleyici nitelikte bazı örneklerdir. Türk Patent Kılavuzu, s. 10.

⁷² Geciktirmeksizin ifadesi, sınai mülkiyet hakları açısından hak kayıplarının yaşanmaması ve başvuru sürecinde yapılması gereken işlemlerin aksamaması açısından önem kazanmaktadır. Örneğin buluş konusunda bir makale yayınlanması. Bildirimin geciktirmeksizin yapılıp yapılmadığı değerlendirilirken somut olayın özellikleri, gecikmede haklı nedenin bulunup bulunmadığı dikkate alınmalıdır. Ayrıca çalışan ve işveren arasındaki sadakat yükümlülüğünün niteliği de belirleyici olmaktadır. Canbolat, s. 196.

⁷³ Uzunallı, s. 174; Erdoğan, s. 225 vd.

⁷⁴ Çalışan Buluşları Yönetmeliği, m. 31/2 maddeleri kapsamında "*Hak sahipliği talebine ilişkin karar tarihinden itibaren buluş üzerindeki tüm haklar yükseköğretim kurumuna geçmiş olur.*" Diğer bir deyişle diğer hizmet buluşlarının aksine kısmi hak sahipliği yükseköğretim kurumu buluşlarında yoktur.

yükseköğretim kurumunun anlaşmaları halinde karar tarihinden itibaren en geç altı ay içinde) patent başvurusunda bulunmak zorundadır. Aksi halde buluş, serbest buluş niteliği kazanır. Yükseköğretim kurumunun hak sahipliği talebine ilişkin kararı kurucu yenilik doğuran hakkın kullanılması niteliğindedir.⁷⁵

Yükseköğretim kurumunun hak sahipliği talebine karşı buluşu yapan, buluşunun serbest buluş olduğunu iki ay içinde ileri sürerek itiraz edebilir. Yapılan itiraz, yükseköğretim kurumu tarafından yazılı gerekçeler de belirtilerek karara bağlanır. Aksi takdirde buluş, serbest buluş niteliği kazanır.⁷⁶ Yükseköğretim kurumu başvurudan veya patent hakkından vazgeçmek isterse veya buluş, patent başvurusu yapıldıktan sonra serbest buluş niteliği kazanırsa, yükseköğretim kurumu öncelikle buluşu yapana başvuru veya patent hakkını devralmasını teklif eder. Buluşu yapanın teklifi kabul etmesi durumunda haklar devredilir. Bu durumda yükseköğretim kurumu, buluşu yapana patent alınması ve korunması için gerekli olan belgeleri verir.

Yükseköğretim kurumu, başvuru veya patent hakkını buluşu yapana devretmesi durumunda inhisari olmayan kullanım hakkını uygun bir bedel karşılığında saklı tutabilir. (SMK 121/6. md) Buluşu yapan, bu konuda kendisine yapılan bildirim tarihinden itibaren bir ay içinde cevap vermezse veya teklifi kabul etmemesi durumunda patent başvurusu veya patent üzerindeki tasarruf yetkisi yükseköğretim kurumuna ait olur. Yükseköğretim kurumu, kusuru nedeniyle başvuru işlemlerinin veya patent hakkının sona ermesine sebep olursa buluşu yapanın uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlüdür.⁷⁷

Buluştan elde edilen gelirin yükseköğretim kurumu ve buluşu yapan arasındaki paylaşımı konusunda buluşu yapana gelirin en az üçte biri verilecek şekilde belirleme yapılır. Buluştan elde edilen gelirin yükseköğretim kurumu hissesi ilgili yükseköğretim kurumu bütçesine özgelir olarak kaydedilir ve başta bilimsel araştırmalar olmak üzere yükseköğretim kurumunun ihtiyaçlarının karşılanması için kullanılır. Öğretim elemanının, üniversitenin hak sahipliği talebinde bulunduğu buluşunu, eğitim ve araştırma faaliyetinde çalışma aracı olarak kullanması konusunda bir hakka Kanunda yer verilmediği için ancak üniversitenin izin vermesi halinde öğretim elemanının buluşunu kullanması mümkün olabilecektir.⁷⁸

⁷⁵ Suluk, Çalışan Buluşları, s. 326.

⁷⁶ Uzunallı, s. 178; Serkan Özkan, “Yükseköğretim Kurumlarında Gerçekleştirilen Buluşlar”, *Çalışma İlişkilerinde Fikri Mülkiyet Hakları Uluslararası Sempozyumu – Bildiriler*, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2019, s. 147-150.

⁷⁷ Özkan, s. 149.

⁷⁸ Uzunallı, s. 181.

Buluşçu tarafından patent başvurusu yapılmışsa yükseköğretim kurumuna başvuru yapıldığına dair bildirim bir ay içinde yapılır.⁷⁹ Bildirim yükseköğretim kurumu tarafından incelenir ve hak sahipliğine karar verilmesi durumunda, yükseköğretim kurumu ilgili başvurunun kendi başvurusu olarak işlem görmesini, hak sahipliği kararı ile birlikte Türk Patent Marka Kurumu'na başvurur.

Yükseköğretim kurumunda görev yapan öğretim elemanı, öğrenci ya da stajyerlerin, diğer kamu kurum veya kuruluşları veya özel kuruluşlarla bir sözleşme çerçevesinde yaptıkları çalışmalar sonucunda geliştirdikleri buluşlar üzerindeki hak sahipliğinin belirlenmesinde SMK'nın 121/9. maddesi kapsamında diğer kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, sözleşme hükümleri uygulanır. Ancak bu buluşlar, yükseköğretim kurumu bünyesinde, yükseköğretim kurumunda edinilmiş deneyim ve çalışmalara dayanarak veya yükseköğretim kurumunun araç ve gereçleri kullanılarak yapılan bilimsel çalışmalar, araştırma, geliştirme faaliyetleri çerçevesinde geliştirilirse yükseköğretim kurumu buluş üzerinde hak iddia edebilecektir. Bir kamu kurumu ya da özel kuruluş ile işbirliği içerisinde yürütülen projeler kapsamında bir hakkın ortaya çıkması durumunda proje sözleşmesinde yapılan düzenleme çerçevesinde hak sahibi olan taraflara bildirim yapılması uygun olacaktır. Örneğin sözleşmeye göre hak sahibi kamu kurumu olacak ise bildirim kamu kurumuna yapılmalıdır.⁸⁰

Buluşun farklı yükseköğretim kurumlarından öğretim elemanları ve öğrenciler tarafından gerçekleştirilmesi veya farklı yükseköğretim kurumu imkanları kullanılarak ortaya çıkması durumunda, buluşu ortaya çıkaranların ayrı ayrı kendi kurumlarına veya kendi kurumları ile birlikte imkânları kullanılan yükseköğretim kurumuna bildirim yapmaları gerekmektedir.⁸¹

Buluşu yapanın, buluşun ortaya çıktığı anda mensubu olduğu yükseköğretim kurumuna bildirim yapması kuraldır. Buluşu yapan, buluşun ortaya çıktığı anda görev yapmakta olduğu yükseköğretim kurumuna bildirimde bulunur. İmkanlarının kullanıldığı durumlar hariç olmak üzere, sonrasında geçiş yaptığı yükseköğretim kurumu hak sahipliği talebinde bulunamayacaktır.⁸²

Üniversitelerin ortak yürüttükleri projelerde buluşu ortaya çıkaran her öğretim görevlisi kendi üniversitesine bildirimde bulunmalıdır. Bu durumda her iki

⁷⁹ Uzunallı, s. 177.

⁸⁰ Salih Polater, *Yükseköğretim Kurumlarında Meydana Getirilen Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Hak Sahipliği*, Adalet Yayınevi, 2019, s. 64 vd.; Divaracı, s. 151; Çalışan Buluşlarına, Yükseköğretim Kurumlarında Gerçekleştirilen Buluşlara ve Kamu Destekli Projelerde Ortaya Çıkan Buluşlara Dair Yönetmelik 28/3. maddesi.

⁸¹ Yönetmelik 29/4-5. maddesi; Özkan, s. 147.

⁸² Yönetmelik 29/5. maddesi; Türk Patent Kılavuzu, s. 6.

üniversite kendi süreçleri kapsamında hak sahipliği konusunu karara bağlamakla yükümlü olup, her iki üniversitenin de hak sahipliği talep etmesi durumunda, üniversiteler buluşçuların payları oranlarında buluş üzerinde hak sahibi olacaktır. Her iki üniversitenin de hak sahipliği talep etmeyerek buluşu serbest buluş olarak bıraktığı hallerde, buluş üzerindeki tüm tasarruf yetkisi buluşçu akademisyenlere ait olacaktır.⁸³

Bildirim üzerine yükseköğretim kurumlarının hak sahipliği kararlarını eş zamanlı olarak verememe ihtimali ya da akademik yayın, konferans sunumu gibi nedenlerle süre kısıtlamaları bulunması gibi haller oluşabileceği için yükseköğretim kurumları arasında imzalanacak bir sözleşme ile hak sahipliği kararını ilk veren yükseköğretim kurumunun başvuruyu yapabileceği, diğer yükseköğretim kurumuna ise hak sahipliği kararı alması sonrası, belirlenen oranlarda hak sahipliği devrinin yapılabileceği, ayrıca işlemlerin takibi, ortak temsilci, ücretlerin ödenmesi gibi konuların da sözleşmede belirlenebileceği uygulayıcı kurum tarafından ifade edilmektedir. Uyuşmazlığın engellenmesi için buluşu yapanın başka kurumlarla ilişkisi bulunup bulunmadığı hususu buluş bildirim formunda belirtilebilecektir.⁸⁴

Buluş üzerinde birden çok yükseköğretim kurumunun, kamu ya da özel kuruluşunun hak sahipliği talep hakkı olduğu durumlarda, hak sahipliği talep hakkı olan bu kurumlardan herhangi birine bildirim yapılmaması durumunda sorumluluk bildirim yükümlülüğüne aykırı davranan buluş sahibine aittir. Ancak yaşanacak olumsuzlukların önlenmesi için yükseköğretim kurumları, kamu kurumları ya da özel kuruluşlar, Buluş Bildirim Formu ya da Fikri Ürün Bildirim Formu sistemi ile buluşta katkısı olan ve hak sahipliği talep hakkı olan gerçek ve tüzel kişilere ait bilgilerin toplanması yoluyla diğer hak sahipliği talep hakkı bulunan gerçek ya da tüzel kişilere bildirim yapılmasını sağlayabilecektir.

Ancak hak sahipliği talep hakkı bulunan diğer kurum/kuruluşlardan habersiz olarak bir patent başvurusu gerçekleştirilmiş ise hak sahipliği talep hakkı bulunan kurum/kuruluşlar, başvuru sahibi kurum ile iletişime geçerek, başvuru/buluş sahibi değişiklik taleplerini iletterek ılımlı bir yöntem izleyebilirler. İzlenen bu yöntemin sonucunun olumlu olmaması halinde, hukuki yollara başvurularak hak sahipliği talebinde bulunulabilecektir.⁸⁵

⁸³ Yönetmelik 29/4. maddesi; Türk Patent Kılavuzu, s. 5.

⁸⁴ Türk Patent Kılavuzu, s. 10.

⁸⁵ Türk Patent Kılavuzu, s. 16; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin katkı payının araştırılması konusunda vermiş olduğu E. 2015/14065 K. 2017/2349 sayılı ve 24.4.2017 tarihli ilamında "551 Sayılı KHK'nın 18. maddesi uyarınca işçi, hizmet buluşu yaptığıında bu buluşu yazılı olarak ve gecikmeksizin işverene bildirim yükümlülüğü altında bulunmakla birlikte, şayet buluşta diğer çalışanların katkıları var ise söz konusu katkı payının da belirtilmesi gerekmektedir. Uyuşmazlık konusu patente buluş sahibi olarak dava dışı ... belirtilmiştir. Aksi

SMK'nın 121. maddesinde yer alan yükseköğretim kurumlarında yapılan bilimsel çalışmalar veya araştırmalar sonucunda gerçekleştirilen buluşlara, özel kanun hükümleri ile 121. maddede yer alan düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla, çalışanların buluşlarına ilişkin hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir. SMK'nın 114/6. maddesi kapsamında yükseköğretim kurumlarında yapılan yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanları, stajyerler ve öğrenciler gibi buluş sahiplerinin de çalışanlar gibi gizlilik yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu gizlilik yükümlülüğü yükseköğretim kurumunun serbest buluş kararı veya hak sahipliği kararı sonrası patent başvurusu yapılana kadar devam eder.

Gizlilik yükümlülüğü kapsamında buluşun akademik yayın, konferanslarda sunulması gibi akademik çalışmalarda kullanılması için de yükseköğretim kurumunun serbest buluş veya hak sahipliği kararlarının beklenmesi gerekmektedir. Ayrıca, Çalışan Buluşlarına, Yükseköğretim Kurumlarında Gerçekleştirilen Buluşlar ve Kamu Destekli Projelerde Ortaya Çıkan Buluşlara Dair Yönetmeliğin 29/9. maddesi kapsamında buluşu yapanın aynı maddede düzenlenen bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda yükseköğretim kurumu aleyhine doğan zararlardan sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Bu çerçevede geciktirmeksizin bildirim yapma yükümlülüğünün usulüne uygun yerine getirilmemesi ya da süresi içerisinde bildirim yapılmayarak, yayın yapılması durumunda gizlilik yükümlülüğünün ihlal edilmiş olacağı kabul edilmektedir.⁸⁶

Anılan Yönetmeliğin 29/7-8. maddeleri kapsamında yükseköğretim kurumuna yapılan eksik buluş bildirimlerinde bu eksikliklerin bildirim yapıldığı tarihten itibaren iki ay içerisinde buluş sahiplerine bildirilmesi, buluş sahibinin ise eksiklikleri bildirim kendisine ulaştığı tarihten itibaren bir ay içerisinde tamamlaması gerekmektedir. Eksikliklerin süresi içinde giderilmemesi durumunda buluş bildirimi yapılmamış sayılır ve buluş bildirimini tekrar yapılması gerekir.

Buluş bildirimindeki eksikliklerin zamanında tamamlanması durumunda yükseköğretim kurumunun hak sahipliğine ilişkin dört aylık karar verme süresi, buluş bildirimini ilk yapıldığı tarih itibarıyla başlamaktadır. Bu durumda, yükseköğretim kurumu hak sahipliği kararını, buluş bildirimini yapıldığı ilk tarihten itibaren dört ay içinde vermekle yükümlüdür. Hak sahipliğine karar

kanıtlanmadığı sürece buluşun adı geçen kişiye ait olduğunun kabulü gerekir. Ancak az öncede belirtildiği üzere davaya konu patentin hizmet buluşu olduğu ve davacının da patente konu buluşla ilgili projenin başkanı olduğu ve buluşta çalışanların da katkısının olduğu bilirkişi raporlarında açıklandığına göre, bu durumda buluşta davacının katkı payının 551 Sayılı KHK'nın 18/3 maddesi kapsamında bulunup bulunmadığının tartışılması gerekirken yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir.” şeklinde karar verilmiştir. <<https://lib.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2021.

⁸⁶ Türk Patent Kılavuzu, s. 6; Uzunallı, s. 179.

verilmesi halinde, kararın verildiği tarihten itibaren buluş üzerindeki tüm haklar yükseköğretim kurumuna geçmiş olur. Dört ay içerisinde hak sahipliği kararı verilmemesi durumunda, buluş serbest buluş niteliği kazanmaktadır. Yönetmelikle belirlenen bu dört aylık süre hak düşürücü süre niteliğindedir.⁸⁷

Yönetmeliğin 30. maddesi kapsamında buluş sahipleri tarafından yükseköğretim kurumuna buluş bildirim yapılmaksızın patent başvurusu yapılarak, patent başvuru tarihinden itibaren bir ay içerisinde başvuru yapıldığının yükseköğretim kurumuna bildirilmediği durumlarda, uyuşmazlığın çözülememesi halinde, yükseköğretim kurumu patent başvurusu veya patent sahibine karşı SMK'nın 110 ve 111. maddeleri kapsamında hak sahipliği ve gasp davası açabilir, ayrıca Yönetmeliğin 29/9. maddesi gereğince de aleyhine doğan zararların tazminini talep edebilir.

Yönetmeliğin 31/2. maddesi uyarınca yükseköğretim kurumu tarafından hak sahipliğine karar verilmesi durumunda karar tarihinden itibaren buluş üzerindeki tüm haklar yükseköğretim kurumuna geçer.

Yükseköğretim kurumu mensuplarının, diğer kamu kurum ve kuruluşları veya özel kuruluşlarla belirli bir sözleşme kapsamında gerçekleştirdikleri Ar-Ge çalışmaları sonucunda bir buluş ortaya çıkması durumunda taraflar arasında düzenlenecek sözleşme hükümlerinin uygulanacağı SMK'nın 121/9. maddede düzenlenmiştir. Sözleşmelerde, hak sahipliğinin bir tarafa bırakılması sağlanabileceği gibi müşterek hak sahipliği de düzenlenebilir. Hakların bir tarafa bırakıldığı durumlarda bildirim hakların bırakıldığı tarafa; müşterek hak sahipliği öngörülen durumlarda ise bildirim sözleşmenin tüm taraflara yapılması gerekecektir.

Yükseköğretim kurumları ile özel kuruluş işverenlerin ortak yürüttüğü Ar-Ge projelerinde yükseköğretim kurumlarının hak sahipliği talep ettikleri buluşlar için SMK'nın 121/3. ve Yönetmeliğin 32/1. maddeleri kapsamında, başvuru yapma zorunlulukları bulunmakla beraber işveren özel kuruluşun hak sahipliği talep ettiği buluşlar için, SMK'nın 116/2. maddesinde⁸⁸ düzenlenen hallerden en az bir tanesinin gerçekleşmesi koşulu ile başvuru yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır. Zira

⁸⁷ Türk Patent Kılavuzu, s. 7; Suluk, 2020, s. 324.

⁸⁸ SMK 116/2: (2) İşverenin hizmet buluşu için Kuruma ilk başvuru yükümlülüğü;

- a) Hizmet buluşunun serbest buluş niteliği kazanması,
 - b) Çalışanın, buluşu için başvuru yapılmamasına rıza göstermesi,
 - c) İşletme sırlarının korunmasının başvuru yapmamayı gerektirmesi,
- hâllerinden en az birinin gerçekleşmesiyle ortadan kalkar.

SMK'nın 121/5. maddesi kapsamında, SMK'nın 116. maddesi yükseköğretim kurumlarında gerçekleştirilen buluşlar hakkında uygulanmamaktadır.

Yükseköğretim kurumları ile özel kuruluşların ortak Ar-Ge çalışmaları kapsamında ortaya çıkan bir buluş için özel kuruluş işverenin SMK'nın 116/2. maddesindeki hallerden birinin gerçekleşmesi neticesinde başvuru yapmak istememesi üzerine, SMK'nın 121/3. ve Yönetmeliğin 32/1. maddeleri kapsamında buluş serbest buluş niteliği kazanacağından, yükseköğretim kurumunun hak sahipliğini kaybetmesi ile sonuçlanabilecektir. Bu gibi olumsuz durumların oluşmaması için, yükseköğretim kurumlarının özel kuruluşlar ile ortak Ar-Ge çalışmaları sonucunda ortaya çıkan buluşlar üzerinde müşterek hak sahipliğine karar verilmişse, SMK'nın 121/9. ve Yönetmeliğin 28/3. maddeleri kapsamında imzalanacak olan proje sözleşmelerinde, özel kuruluşun SMK'nın 116/1. maddesi kapsamında başvuru yapmak istememesi durumuna ilişkin şartların her iki tarafın mutabakatı ile düzenlenmesi uygun olacaktır.⁸⁹

B. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamındaki Hakların Hukuki Durumu

Eser sahipliği kavramı FSEK'in 8. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme "...Bir eserin sahibi, onu meydana getirendir." şeklindedir. Bu kural Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunun temel ilkelerindedir. Ancak FSEK'in "*Hakların kullanılması*" başlıklı 18. maddesinde mali hakları kullanma yetkisinin münhasıran eser sahibine ait olduğu düzenlenmiştir. Ancak tarafların aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça; memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken⁹⁰ meydana getirdikleri eserler üzerindeki hakların bunları çalıştıran veya tayin edenlerce kullanılacağı düzenlenmiştir.

FSEK 18. maddesinin uygulanabilme şartları;

1. Eserin memur, hizmetli veya işçi tarafından meydana getirilmesi,
2. Eserin işin görülmesi sırasında meydana getirilmiş olması ve
3. Sözleşme veya işin mahiyetinden aksinin anlaşılmaması şeklindedir.

⁸⁹ Türk Patent Kılavuzu, s. 13.

⁹⁰ Yargıtay kararlarında bir dergide çalışan karikatürist ve gülmece yazarlarının yarattıkları eserler, bir tercümanın tercüme bürosunda çalışırken yaptığı tercüme üzerindeki mali hakların işverene ait olduğu ifade edilmiştir. (Yargıtay 11. HD 14.10.1993, E. 1992/4962, K. 1993/6493; Y. 11. HD 16.03.1995, E. 1994/7649, K. 1995/1971.) Cahit Suluk / Ali Orhan *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku*, 2005, Arıkan, s. 306vd; Özge Yıldız, "Çalışanların Meydana Getirdiği Eserler", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, LXXII (2), s. 497-540, 2014, s. 516.

FSEK'in 56. maddesinde, mali hak sahibinin başkalarına da aynı ruhsatı vermesini engellemeyen ruhsatın basit, yalnız bir kimseye mahsus ruhsatın ise tam ruhsat olduğu düzenlenmiştir. Ruhsatın bir kanun hükmünden doğması, eser üzerindeki mali hakları kullanma yetkisinin kanun hükmü gereğince hak sahibi kişi olarak gösterilen kişiye ait olması ise kanuni ruhsat olarak ifade edilir.⁹¹ FSEK'in 18/2. maddesi ile çalıştıranlara tanınan hakkın hukuki niteliği itibariyle, çalışanlar tarafından meydana getirilen eserler üzerindeki mali haklara ilişkin tam kanuni ruhsat tanınmaktadır.⁹²

Eseri meydana getiren çalışanın, yaratma ilkesi ve işçi lehine yorum ilkesi kapsamında eser üzerindeki mali hakların sahibi olduğunu, bu hakları kullanma yetkisinin ise kanun gereği işverene tanındığını kabul etmek doğru bir yaklaşım olacaktır.⁹³ Ancak sözleşmenin tarafları işçinin meydana getirdiği eser üzerindeki mali hakları bizzat kendisinin kullanabileceğini düzenleyebilirler.⁹⁴

⁹¹ Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Baskı, Vedat, 2012, s. 23.; Erel, s. 308; Yıldız, s. 516.

⁹² Tekinalp, s. 234; Erel, s. 303; Saibe Oktay Özdemir, "Fikri Nitelikteki Sınai Değerler Üzerindeki Haklar ile Bunlara İlişkin Verilen Lisansın Hukuki Niteliği", *Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY'a Armağan*, Vedat, 571-598, 2004, s. 585; Aydıncık, s. 46 vd.

⁹³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 04.06.2001 tarihli ve E. 2001/2687, K. 2001/5080 sayılı kararında "...5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 8/2. maddesine göre, aralarındaki sözleşmeden aksi anlaşılmadıkça, memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserlerin mali hak sahipleri bunları çalıştıran veya tayin edenlerdir. Bu hükme dayanılarak davacı şirket lehine mali haklarına tecavüz olduğundan bahisle maddi tazminata karar verilmiş ise de, davacı şirket anılan maddede açık bir şekilde belirlendiği üzere davaya konu eserin mali hak sahibi olup, eserin manevi haklarının sahibi değildir. Anılan kanunda mali ve manevi haklar ayrı ayrı düzenlenmiş olup, manevi haklar tadadi olarak gösterilmiştir. Sayılan bu haklardan dolayı manevi tazminat isteme hakkı da manevi hak sahibine aittir..." açıklamalarına yer vermiştir. 20.03.2009 tarihli ve 2007/15050, K. 2009/3326 E. sayılı bir kararında Yargıtay 11. H. D. Anılan kararda Yargıtay, öğretim üyesi davacının vermiş olduğu dersi alan öğrencileri için yaptığı sınavlarda kullanmak üzere meydana getirdiği eser vasfındaki soruları, izinsiz biçimde eser sahibi ismine yer vermeksizin koyarak çoğaltıp yayan davalı yayınevine karşı açtığı davada, davacı üniversite öğretim elemanının, 5846 sayılı FSEK 18. madde uyarınca görevi gereği meydana getirdiği eser niteliğindeki sorular üzerinde mali hak sahibi olduğunu, üniversitenin FSEK 18. maddesi kapsamında sadece mali hakları kullanma yetkisine sahip olması nedeniyle, ihlal halinde eser sahibi sıfatıyla, tecavüz eden aleyhine öğretim elemanının dava açma hakkı olduğuna karar vermiştir. Bu karar doktrin tarafından öğretim elemanının meydana getirdiği eserlerin hizmetle ilgili eser olarak kabulünün mümkün olmadığı, öğretim elemanlarının üniversitedeki görevleri nedeniyle gerçekleştirdikleri bilimsel eserlerin, mesai saatleri içerisinde ve üniversite araçları kullanılarak gerçekleştirilmiş olsa dahi serbest eser niteliğinde olduğu ifade edilerek eleştirilmiştir. Üniversite öğretim elemanının bilimsel eserlerini yayınlayıp yayınlamama konusunda tamamen özgür olduğu belirtilmektedir. Levent Yavuz / Türkey Alica / Fethi Merdivan, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*, Seçkin, C. 1, 2013, s. 292 vd.; Uzunallı, s. 180; Yıldız, s. 503; Tekinalp, s. 180 vd; Erel, s. 157 vd ; Kılıçoğlu, *Sınai Haklar*, s. 190 vd.; Suluk, 2020, s. 325, dn 93.

⁹⁴ Erel, s. 193; Suluk /Orhan, s. 299; Yıldız, s. 519.

Öğretim üyelerinin FSEK kapsamına giren eserleri bakımından, 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'un 42/c maddesinde yer alan “*Her öğretim elemanı, bilimsel araştırmalarının, yayınlarının ve verdiği dersleriyle yönettiği seminerlerin ve uygulamaların listesini, yurt içinde ve dışında yapılan bilimsel kongrelerdeki tebliğlerin birer örneğini, bağlı bulunduğu birim yöneticisinin aracılığıyla rektörlüğe sunmak zorundadır. Yayımlanmayan eserlerin daktilo ile yazılmış birer kopyası verilir. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun eser sahibine tanıdığı haklar saklıdır.*” düzenlemesi saklıdır.

Yükseköğretim kurumu öğretim elemanlarının bilimsel araştırma özgürlüğü kapsamında, yükseköğretim kurumunun herhangi bir talimatı olmaksızın meydana getirdikleri bilimsel eserler FSEK'in 18. maddesi çerçevesinde değerlendirilmemelidir. Bu eserler üzerindeki mali haklar yükseköğretim kurumu tarafından değil, üniversite öğretim elemanı tarafından kullanılmalıdır.⁹⁵ Eser, öğretim elemanı tarafından işin görülmesi sırasında meydana getirilmiş olsa dahi işin mahiyetinden aksinin anlaşılabilirliği durumlarda (hazırladığı makale ya da sempozyumdaki sunum ve açıklamaları gibi) FSEK'in 18. madde hükmünün uygulanmayacağı kabul edilmektedir.⁹⁶

VI. KAMU DESTEKLİ AR-GE PROJELERİNDE FİKRİ HAKLARIN DURUMU

A. Hak Sahipliğinin Belirlenmesi

Kamu destekli proje, Çalışan Buluşlarına, Yükseköğretim Kurumlarında Gerçekleştirilen Buluşlara ve Kamu Destekli Projelerde Ortaya Çıkan Buluşlara Dair Yönetmelik'in 36. maddesinde “*kamu kurum ve kuruluşları tarafından finanse edilen, amacı ve kapsamı projede tanımlanan deneysel çalışmaları, araştırma ve geliştirme ve benzeri faaliyetleri kapsayan hibe, burs veya herhangi bir destek için imzalanan işbirliği anlaşması, protokol veya her türlü sözleşme yoluyla desteklenen gerçek ya da tüzel kişiler tarafından yürütülen faaliyetler*” olarak tanımlanmıştır.

Bu tanıma göre Kamu destekli proje;

- ✓ Kamu kurum ve kuruluşları tarafından finanse edilen,
- ✓ Amacı ve kapsamı projede tanımlanan deneysel çalışmaları, araştırma ve geliştirme ve benzeri faaliyetleri kapsayan
- ✓ Hibe, burs veya herhangi bir destek için imzalanan işbirliği anlaşması, protokol veya her türlü sözleşme yoluyla desteklenen

⁹⁵ Uzunalli, s. 180; Suluk, 2020, s. 325, dn 93.

⁹⁶ Yavuz / Alica / Merdivan, s. 575-576, dn. 13; Yılmaz, s. 519; Gökyayla, s. 211.

gerçek ya da tüzel kişiler tarafından yürütülen faaliyetler olarak tanımlanır.⁹⁷

Kamu destekli projelerde ortaya çıkan buluşlar SMK'nın 122. maddesinde düzenlenmiştir. Proje sahibi ile destek veren kamu kurum veya kuruluşu arasındaki fikri hak ilişkisi ilgili maddede düzenlenmiştir. Bu madde kapsamında kamu kurum ve kuruluşları tarafından desteklenen projelerde ortaya çıkan buluşların gecikmeksizin destek sağlayan kamu kurumuna bildirilmesi zorunludur. Bu bildirim yapıldığı tarihten itibaren bir yıl içinde proje desteğinden faydalanan kişi, buluş konusu üzerinde hak sahipliği talep edip etmediği konusundaki tercihini kamu kurumuna yazılı olarak bildirir. Proje desteğinden faydalanan kişi bu süre içinde hak sahipliği talep etmezse veya hak sahipliğine ilişkin tercihini yazılı olarak yapmazsa destek sağlayan kamu kurumu veya kuruluşu buluş için hak sahipliğini bedelsiz olarak alabilir.⁹⁸

Yönetmeliğin 40. maddesi kapsamında proje desteğinden faydalanan kişinin buluş üzerinde hak sahipliği talep etmesi halinde kamu kurum veya kuruluşu, buluşun kendi ihtiyaçları için kullanımına ilişkin bedelsiz bir lisans hakkına sahip olur. Bu haktan feragat, ancak sözleşmede belirtilmesi şartıyla mümkündür. Bu lisans hakkı, kamu kurumunun ihtiyaçları ile sınırlı olmak üzere buluş konusu ürünün üretilmesini, ürettirilmesini, kullanılmasını veya ithal edilmesini, patent konusu olan bir usulde bu usulün kullanılmasını veya usul ile doğrudan doğruya elde edilen ürünlerin kullanılmasını kapsamaktadır.

SMK'nın 122/4. ve Yönetmeliğin 40/1. maddesi kapsamında proje desteğinden faydalanan tarafın hak sahipliği talep etmesi halinde destek sağlayan kamu kurum ve kuruluşu buluşun doğrudan kendi ihtiyaçları için kullanımına ilişkin bedelsiz bir lisans hakkına sahip olur. Aynı düzenlemeler kapsamında desteği veren kamu kurumu, mevzuatında hüküm varsa ya da izni/talebi varsa müşteri kuruluş hariç diğer kamu kurum veya kuruluşlarının patent konusu buluşu kullanılması için makul şartlarda üçüncü kişilere lisans verilmesini isteyebilecektir. Ancak sözleşme ile kanuni lisans hakkından feragat eden destek veren kamu kurumunun bu feragati, diğer kamu kurum/kuruluşları, üçüncü kişiler lehine uygulanabilecek olan lisans talebini de kapsamaktadır.⁹⁹

Yönetmeliğin 40. maddesinde yer alan bu düzenleme, patent hakkının tek elci niteliğiyle tümüyle çelişen bir düzenleme olduğu, SMK'nın 122. maddesine de

⁹⁷ Polater, s.100.

⁹⁸ SMK 122. madde; Suluk, 2020, s. 344 vd.; Erdoğan, s. 229.

⁹⁹ Suluk, 2020, s. 349.

aykırı olduğu gibi, Ar-Ge süreçlerinde kamu desteği başvurularını da caydırıcı nitelikte olduğu şeklinde eleştirilmektedir.¹⁰⁰

Aşağıda sayılan hallerde kamu kurum veya kuruluşu, patent konusu buluşu kullanma veya kullanılması için makul şartlarda üçüncü kişilere lisans verilmesini isteme hakkına sahip olacaktır:

a) Proje desteğinden faydalanan kişinin SMK'nın 130. maddesi hükmüne göre patent konusu buluşu kullanmaması veya kullanım için girişimde bulunmaması.

b) Proje desteğinden faydalanan kişi veya lisans alan tarafından üretilen patent konusu ürünün, kamu sağlığı veya millî güvenlik nedenleriyle ortaya çıkan ihtiyacı karşılayamaması,

c) Proje desteğinden faydalanan kişi veya lisans alan tarafından üretilen patent konusu ürünün, kamu kurum veya kuruluşunun ihtiyacını karşılayamaması.

SMK'nın 122/4. maddesi kapsamında kamu kurum veya kuruluşunun ihtiyaçları nedeniyle kullanımına ilişkin bedelsiz lisans uygulaması, zorunlu lisansa ilişkin hükümlerin uygulanmasını etkilemez.

Araştırma, geliştirme ve tasarım merkezlerinde ve teknoparklardaki proje bazlı olmayan kamu destekli çalışmalar ve kamu desteğiyle yürütülen ancak bir sözleşmeye bağlı olmayan çalışmalarda geliştirilen buluşlara SMK'nın 122. maddesi uygulanmayacaktır. İlgili kanunlarda fikri haklara ilişkin özel düzenleme bulunmadığından SMK'nın 113. maddesi ve devamında yer alan çalışan buluşlarına ilişkin hükümler uygulama alanı bulur. Proje bazlı olmayan kamu desteğiyle ortaya çıkan buluşlarda ise tarafların aralarında akdedecekleri sözleşme ile hak sahipli belirlenecektir.¹⁰¹

SMK'nın 122/4. maddesinde düzenlenen lisans hakkının hukuki niteliği kanuni lisanstır, bu nedenle bu hakkın doğumu için destek veren kamu kurumunun talepte bulunması gerekmemektedir, ihtilafların önlenmesi adına proje sahibi destek alanın bilgilendirilmesi yeterli kabul edilmektedir.¹⁰² Destek alan proje sahibinin kamu destekli projeden doğan patent hakkını üçüncü kişiye devretmesi durumunda, destek veren kamu kurumu, patent siciline kaydettirmek şartıyla kanuni lisans hakkını bu kişilere karşı da kullanabileceği belirtilmektedir.¹⁰³ Söz konusu lisans

¹⁰⁰ Cahit Suluk, "Çalışan Buluşları 8: Kamu Destekli Projelerde Geliştirilen Buluşlar", 2021, <<https://fikrimulkiyet.com/calisan-buluslari-8-kamu-destekli-projelerde-gelistirilen-buluslar/>> Erişim Tarihi 16 Ekim 2021; Suluk, 2020, s. 349.

¹⁰¹ Suluk, 2020, s. 355 vd.

¹⁰² Suluk, 2020, s. 349.

¹⁰³ Suluk, 2020, s. 347.

hakkının kanundan kaynaklanması ve SMK'nın 122/2. maddesi çerçevesinde patent başvurusunda destek sağlayan kamu kurumunun adının belirtilmesinin kanuni bir yükümlülük olması karşısında, lisans hakkının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için patent siciline ayrıca kanuni lisans hakkının kaydettirilmesine gerek olmadığı düşünülmektedir. SMK'nın 122/2. maddesinde yapılan düzenleme ile yasa koyucu farkındalık yaratılarak bir patent ekosistemi oluşturulmasını amaçlamaktadır.¹⁰⁴

B. Buluş Bildiriminin Yapılması Ve Başvuru Yükümlülüğü

Kamu destekli projelerde ortaya çıkan buluşlar için sadece yükseköğretim kurumunun ya da yükseköğretim kurumları ile gerçek ya da tüzel kişilerin ve sanayi kuruluşlarının birlikte taraf olduğu projelerde ortaya çıkan buluşların hak sahipliği, aksine bir düzenleme olmadıkça sözleşme ile belirlenir. Sözleşme ile sınai haklar taraflardan birine bırakılabileceği gibi müşterek hak sahipliği şeklinde de düzenleme yapılabilecektir. Sözleşme kapsamında hak sahibi olan tarafın proje kapsamında ortaya çıkan buluşları destek sağlayan kamu kurumuna yazılı olarak ve gecikmeksizin bildirmesi, bu bildirimden itibaren bir yıl içerisinde hak sahipliğine ilişkin talebini de ayrıca bildirmesi gerekmektedir.

Yapılan bildirimde buluşun konusu, teknik problem, bu problemin çözümü, buluşun nasıl gerçekleştirilmiş olduğu açıklanmalı ve buluşun daha iyi açıklanması bakımından gerekli diğer bilgi ve belgeler de verilir. Destek sağlayan kamu kurum ve kuruluşunun yapılan bildirimde eksiklik tespit etmesi durumunda bildirim kendisine ulaştığı tarihten itibaren iki ay içinde buluşu yapana eksikliklerin giderilmesi için bildirimde bulunulur. Proje desteğinden faydalanan kişi tespit edilen eksiklikleri, bildirim kendisine ulaştığı tarihten itibaren bir ay içinde gidermelidir. Aksi halde buluş bildirimi usulüne uygun olarak yapılmamış sayılır ve buluş bildirimi yeniden yapılır. Bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle destek sağlayan kamu kurum ve kuruluşu ve varsa müşteri kurum aleyhine doğan zararlardan kamu desteğinden faydalanan kişi, proje sahibi sorumludur. Yapılacak patent başvurularında destek sağlayan kamu kurum veya kuruluşunun belirtilmesi zorunludur.¹⁰⁵

Proje desteğinden faydalanan kurum ya da kuruluşu bildirimden itibaren bir yıl içinde hak sahipliği talebinde bulunmalıdır. Proje desteğinden faydalanan kişi belirlenen sürede hak sahipliği talebinde bulunmadığını yazılı olarak bildirirse ya da hak sahipliğine ilişkin tercihini yazılı olarak bildirmezse destek sağlayan kamu

¹⁰⁴ Suluk, 2020, s. 347.

¹⁰⁵ Çalışan Buluşlarına, Yükseköğretim Kurumlarında Gerçekleştirilen Buluşlara ve Kamu Destekli Projelerde Ortaya Çıkan Buluşlara Dair Yönetmelik md. 37; Türk Patent Kılavuzu, s. 16; Suluk, 2020, s. 344 vd.

kurum veya kuruluşu buluş için hak sahipliğini bedelsiz olarak alabilir. Proje desteğinden faydalanan kişinin hak sahipliği talep etmesi durumunda, herhangi bir bedel talep edilmez. Hak sahipliği talebinin kamu kurum ve kuruluşuna bildirim tarihinden itibaren dört ay içinde, hak sahibi ile destek sağlayan kamu kurum ve kuruluşunun anlaşması durumunda karar tarihinden itibaren en geç altı ay içinde, buluş için patent başvurusu yapmakla yükümlüdür.

Bu süre içerisinde patent başvurusu yapılmaz ise destek sağlayan kamu kurum ve kuruluşu buluş için hak sahipliğini alabilir ve patent başvurusunda bulunabilir. Yönetmelik ile belirlenen süreden sonra patent başvurusu yapılması halinde destek sağlayan kamu kurum veya kuruluşu buluş için hak sahipliğini alabilir ve patent başvurusunun kendi başvurusu olarak işlem görmesini talep edebilir. Kurum, bildirim tarihi itibarıyla başvuru sahibi değişikliğini sicile kaydeder. Proje desteğinden faydalanan kişi yapılan patent başvurusuna ilişkin tüm bilgi ve belgeleri destek sağlayan kamu kurum ve kuruluşuna verir.¹⁰⁶

Proje desteğinden faydalanan kişi, buluş konusu üzerinde hak sahipliği talep edip etmediği konusundaki tercihini kamu kurum ve kuruluşuna bildirene kadar ya da buluş bildirimini yaptığı tarihten itibaren bir hak sahipliği talebi için öngörülen bir yılın bitimine kadar buluşun tescilini etkileyecek nitelikte açıklamalarda bulunamamalıdır. Kamu kurum ve kuruluşu ile varsa müşteri kurum da bildirim yapılan buluşa ilişkin bilgileri, proje desteğinden faydalanan kişinin haklı menfaatlerinin devamı süresince gizli tutmakla yükümlüdür. Yabancı ülkelerin kurum ve kuruluşlarıyla yapılan işbirliği kapsamında yürütülen ortak projeler sonucunda ortaya çıkan buluşlara ilişkin hak sahipliğinin belirlenmesinde, projeyi yürüten ortakların kendi aralarında yaptıkları sözleşme veya özel düzenlemeler esas alınmalıdır.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Çalışan Buluşlarına, Yükseköğretim Kurumlarında Gerçekleştirilen Buluşlara ve Kamu Destekli Projelerde Ortaya Çıkan Buluşlara Dair Yönetmelik md. 38/1, 39; Türk Patent Kılavuzu, s. 17; Doktrinde bir görüş Yönetmeliğinin 39. maddesini “39/2-3 maddeleri SMK’ya aykırı nitelikte olup, uygulanabilir değildir. Zira SMK’da başvuru yükümlülüğünü ihlali, hak sahipliği değişikliğine yol açan bir yaptırıma tabi değildir. Bu sonuç proje sahibinin hak talep etmemesine bağlanmıştır. Kaldı ki Türk Patent, gerek re’sen gerekse talep üzerine hak sahipliği değişikliğine gidemez. Bunun için bir mahkeme kararına ihtiyaç vardır.” şeklinde eleştirmektedir. Suluk, 2020, s. 346. Ancak Yönetmelikte açık şekilde yer alan düzenleme ve desteğin kamu kaynaklarından aktarıldığı hususları dikkate alındığında gerekli özeni göstermeyen proje sahibinin bu tür bir yaptırımla karşılaşmasının hukuken yerinde olduğu değerlendirilmektedir. Zira yasa koyucu, kamu kaynakları ile geliştirilen buluşlardan somut fayda sağlanması ve bu buluşların ekonomiye kazandırılması amacıyla bu tür düzenlemelere yer vermektedir.

¹⁰⁷ Çalışan Buluşlarına, Yükseköğretim Kurumlarında Gerçekleştirilen Buluşlara ve Kamu Destekli Projelerde Ortaya Çıkan Buluşlara Dair Yönetmelik md. 38; Suluk, 2020, s. 348.

SMK'da kamu destekli projeler sonucunda ortaya çıkan buluşların üçüncü kişilere devrine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle kamu destekli projeler sonucunda ortaya çıkan buluşların devrine ilişkin destek veren kamu kurumunun var ise özel yasal düzenlemeleri ya da taraflar arasında yapılacak sözleşmede yer alan düzenlemeler esas alınmalıdır.¹⁰⁸

SMK'nın 122/3. maddesi uyarınca kamu destekli proje sonucu ortaya çıkan buluşun kullanımına veya kullanımı için giriştiği çabaya ilişkin düzenli aralıklarla bilgi isteme hakkı bulunmaktadır. İstenen bu bilgilerden ticari ve finansal nitelikte olanlar destek sağlayan kamu kurumu tarafından gizli tutulmalıdır.¹⁰⁹

SONUÇ

Ar-Ge sözleşmeleri, bilimsel ve teknolojik gelişme sağlayan çalışmalar ile insan ve toplumun bilgi dağarcığının artırılması ve bunun sonucu bilimsel ve teknolojik gelişme sağlanması amacını taşıyan, isimsiz ve kendine özgü yapısı olan, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir.

Ar-Ge Sözleşmesi sonucu ortaya çıkması beklenen hak ya da ürünün paylaşım şeklinin sözleşmede açıkça düzenlenmesi gerekir. Sözleşmenin ifası sırasında ve/veya sonucunda ortaya çıkacak hakların paylaşımı konusunda açık düzenleme yapılmamış ise kanuni düzenlemeler esas alınmalıdır.

Ar-Ge projeleri genellikle birden fazla tarafın işbirliği ile yürütüldüğünden, proje sonucu ortaya çıkan ürün/hak birden fazla kişi tarafından ortaya çıkarılmış da olabilir. FSEK kapsamındaki eserlere ilişkin sahipliğin birden fazla kişiden oluşması halinde paylı eser sahipliği ve elbirliği halinde eser sahipliği olarak iki farklı durum doğmaktadır. Araştırma projesi sonucunda ortaya SMK'ya tabi bir hak ortaya çıkmışsa, Kanununun 112. maddesi kapsamında patent başvurusu veya patent birden çok kişiye aitse, hak üzerindeki ortaklık, taraflar arasındaki sözleşmede düzenlenir. Ancak böyle bir sözleşme yoksa TMK'nın paylı mülkiyete ilişkin hükümlerine göre hak sahipliği belirlenir. Ancak sözleşme süreci sonunda uyuşmazlık yaşamamak adına Ar-Ge'yi yürüten tarafların paylaşım modellerini sözleşmede açıkça düzenlemesi yerinde olacaktır. Ar-Ge sonucu ortaya çıkan hakkın paylaşımı konusunda tarafların paylı mülkiyete alternatif olarak ilgili hakkın ortaya çıkarılmasına her bir tarafın yaptığı katkı nispetinde bir paylaşım modelini sözleşmede düzenlemesi de mümkündür.

Ar-Ge sözleşmesi kurulmadan önce tarafların sahip oldukları bilgiler ve bu bilgilere bağlı tüm fikri ve sınai haklar (Background IP), belirli bir anlaşma veya

¹⁰⁸ Türk Patent Kılavuzu, s. 19.

¹⁰⁹ Suluk, 2020, s. 348.

düzenlemeden önce veya bu anlaşmadan bağımsız olarak oluşturulmuş ve var olan fikri hakları ifade eder. Ar-Ge sözleşmelerinde, sözleşme kurulmadan önce tarafların sahip oldukları fikri ve sınai haklar ile know-how'ın ne kadarının tarafların ortak kullanımına açılacağı ve tanınacak kullanım hakkının kapsamı açıkça belirtilmelidir. Ar-Ge sözleşmesi sona erdikten sonra da bu fikri hakların kullanımına izin verilecek ise bunun sözleşmede açıkça düzenlenmesi gerekir. Hatta fikri ve sınai hakların, patentler arası bağımlılık nedeniyle Ar-Ge sözleşmesi sona erdikten sonra da kullanılmasına devam edilmesinin istenmesi halinde, Ar-Ge sözleşmesinden ayrı olarak bir lisans sözleşmesinin yapılması gerekebilecektir.

Sözleşmede yapılacak düzenlemeye göre Ar-Ge faaliyetini yürüten taraf, Ar-Ge sonucu ortaya çıkacak ürünün mülkiyetini müşteri kuruluşa ya da finansal destek sağlayan kurum / kuruluşa devrederek, know-how, patent gibi gayri maddi hakları elinde tutabilecektir. Destek veren kuruluş ya da müşteri kuruluş lehine basit lisans hakkı tesis edileceği de düzenlenebilir. Taraflar arasındaki sözleşmede hakların paylaşımı konusunda açık bir düzenleme yapılmamış ise üniversite ya da kamu destekli projelerde SMK'nın 121. ve 122. maddeleri ile FSEK ve SMK'da yer alan hak sahipliğine ilişkin düzenlemelere göre fikri hakların durumları belirlenmelidir.

KAYNAKÇA

- Altınok Ormancı P, *Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi*, Vedat, 2011.
- Aral F / Ayrancı H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 11. Baskı, Yetkin, 2018.
- Ateş S, “6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’na Genel Bir Bakış”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 12 (128), 2017, s. 174-181.
- Ayan M, *Eşya Hukuku Mülkiyet, C. II*, 9. Baskı, Seçkin, 2016.
- Ayiter N, *İhtira Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1968.
- Ayrancı H, *Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri)*, Yetkin, 2003.
- Baş M, *Teknik Bilgi (Know-How) Sözleşmesi*, Yetkin, 2000.
- Canbolat T, *İşçi Buluşları*, Beta, 2007.
- Çataklar E, “Sınai Mülkiyet Kanunu ile Çalışanların Tasarımları ve Buluşları Üzerindeki Hak Sahipliği Sisteminde Yapılan Değişiklikler”, *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu*, Şehirali Çelik, Feyzan Hayal (Ed.), Ankara, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2017, s. 409-466.
- Çörtoğlu S, “Milletlerarası Özel Hukukta Araştırma- Geliştirme Sözleşmeleri”, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, 9 (3), 2009, s. 95-112.
- Çörtoğlu S, *Teknoloji Transfer Sözleşmelerinden Doğan Kanunlar İhtilafı*, Yetkin, 2013.
- Demircioğlu M, / Balsever S, “Sınai Mülkiyet Kanunu Uyarınca Özel Hukuk İlişkisi İçinde Olan Çalışanların Buluşları”, *Sicil*, (40), 2018, s. 22-31.
- Dıvarcı F, *Ar-Ge Sözleşmeleri*, Yetkin, 2021.
- Doğan G, *Teknoloji Transfer Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Uygulamaları*, Turhan, 2020.
- EC European IPR Helpdesk: Fact Sheet Commercialising Intellectual Property Licence Agreements, 2015, <<https://www.ipoi.gov.ie/en/commercialise-your-ip/licencing/fact-sheet-commercialising-ip-licence-agreement.pdf>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2021.
- EC European Commission Guide to Intellectual Property Rules for FP7 Projects, Version 3. 2007, <https://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/fp7/89593/ipr_en.pdf> Erişim Tarihi 11.10.2021.

- EC European IPR Helpdesk Fact Sheet “Commercialising Intellectual Property: knowledge transfer tools”. 2013, <https://www.een-hessen.de/fileadmin/user_upload/Hessen/Seiten/PDF/Knowledge_Transfer.pdf> Erişim Tarihi 14 Temmuz 2021.
- Erbay İ, *Know How Sözleşmesi*, Yetkin, 2002.
- Erdem B, *Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, Beta, 2002.
- Erdoğan K, *Araştırma Geliştirme Sözleşmesi*, Adalet, 2022.
- Evrensel A, *Telif Hakkı Sözleşmesi ve Hakların Devri*, 2. Baskı, Seçkin, 2021.
- Hatemi H, / Gökyayla E, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 4. Baskı, 2017.
- Havutçu A, “İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 2. Baskı, *Legal*, 2012, s. 317-338.
- Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Turhan, 2019.
- Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Turhan, 2019.
- Kılıçoğlu A, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, Turhan, 2019.
- Koçak H, “Türk Patent Hukuku Açısından Çalışan Buluşlarında Hak Sahipliği ve Çalışanın Bedel Hakkı”, *Hacettepe HFD*, 9 (2), 2019, s. 489 – 532.
- OECD Frascati Manual, Guidelines for Collecting and Reporting Data on Research and Experimental Development, 2015, <<https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264239012-en.pdf?expires=1626158334&id=id&accname=guest&checksum=8CCC67D2A3D09E1ABA9DB682F324A011>> Erişim Tarihi 05 Temmuz 2021.
- Oktay Özdemir S, *Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması*, Beta, 2002.
- Oktay S, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 55 (1-2), 1995-1996, s. 263-296.
- Ongan B, *Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukuki Durumu*, Seçkin, 2007.
- Ortan N, *İşçi Buluşları Hukuku*, Dokuz Eylül, 1987.
- Öğüz T, *Know-How Sözleşmeleri*, 2. Baskı, Filiz, 2018.

- Özdemir Oktay S, “Fikri Nitelikteki Sınai Değerler Üzerindeki Haklar ile Bunlara İlişkin Verilen Lisansın Hukuki Niteliği”, *Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY’a Armağan*, Vedat, 2004, s. 571-598.
- Özel Ç, *Marka Lisansı Sözleşmesi*, 2. Baskı, Seçkin, 2015.
- Özkan S, “Yükseköğretim Kurumlarında Gerçekleştirilen Buluşlar”, *Çalışma İlişkilerinde Fikri Mülkiyet Hakları Uluslararası Sempozyumu – Bildiriler*, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2019, s. 147-150.
- Özsoy H, *Türk Hukukunda Patent Lisans Sözleşmesi*, Turhan, 2011.
- Pila J, “Sewing the Fly Buttons on the Statute y: Employee Inventions and the Employment Context” *Oxford Journal of Legal Studies*, 32,(2), 2012, <<https://www.jstor.org/stable/pdf/41682779.pdf>> Erişim Tarihi 16 Mart 2022, s. 265-295.
- Polater S, *Yükseköğretim Kurumlarında Meydana Getirilen Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Hak Sahipliği*, Adalet, 2019.
- Rekabet Kurumu, Terimler Listesi.
<<https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Yayinlar/rekabet-terimleri-sozlugu/terimler-listesi?icerik=6534b944-cf24-4c71-aaeb-0d3ea1da9655>>
Erişim Tarihi 04 Temmuz 2021.
- Suluk C, “Çalışan Buluşları 8: Kamu Destekli Projelerde Geliştirilen Buluşlar” <https://fikrimulkiyet.com/calisan-buluslari-8-kamu-destekli-projelerde-gelistirilen-buluslar/> Erişim Tarihi 16.10.2021, 2021.
- Suluk C, / Orhan A, *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku*, Arıkan, 2005.
- Suluk C, *Çalışan Buluşları Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin, 2020.
- Suluk C./ Karasu R, / Nal T, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Seçkin, 2018.
- Tekinalp Ü, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Baskı, Vedat, 2012.
- The University of Queensland Fact Sheet Intellectual Property Rights, Australia, 2021, <<https://staff.uq.edu.au/files/33574/legal-services-fact-sheet-ip-basics.pdf>> Erişim Tarihi 16 Ekim 2021.
- Türk Patent ve Marka Kurumu Yükseköğretim Kurumlarında Gerçekleştirilen Buluşlar Uygulama Kılavuzu, 2020,
<<https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/31C9519C-F2D1-4150-9D36-BC78F0B2FA6E.pdf>> Erişim Tarihi 11 Eylül 2021.
- Tüysüz M, *Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler*, Yetkin, 2007.

- Uzunallı S, “Üniversite Öğretim Elemanlarının Buluşları Üzerinde Patent Hakkı”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, (1), 2015, s. 176-177.
- WIPO World Intellectual Property Organization, “IP Related Technology Transfer Contracts Topic 5”, WIPO - Heptech Workshop, Bulgaria, 2012, <https://indico.cern.ch/event/182857/contributions/1450732/attachments/248402/347466/Contracts_CERNppt1.pdf> Erişim Tarihi 12 Aralık 2021.
- WIPO World Intellectual Property Organization, Committee on Development and Intellectual Property (CDIP), CDIP/17/INF/3, “Models of Intellectual Property Institutions”, 2016, <https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/cdip_17/cdip_17_inf_3.pdf> Erişim Tarihi 12 Aralık 2021.
- WIPO World Intellectual Property Organization, Management Of Academic Intellectual Property And Early Stage Innovation In Countries In Transition, Version One, Prepared by the Division for Certain Countries in Europe and Asia, Geneva, 2010, <<https://tind.wipo.int/record/28960>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2021.
- WIPO World Intellectual Property Organization, Successful Technology Licensing, WIPO Publication No. 903E, Geneva, 2015, <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/licensing/903/wipo_pub_903.pdf> Erişim Tarihi 14 Temmuz 2021.
- Yavuz C, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 11. Baskı, Beta, 2012.
- Yıldız Ö, “Çalışanların Meydana Getirdiği Eserler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, LXXII (2), 2014, s. 497-540.

TKHK DEĞİŞİK m. 48 HÜKMÜ ÇERÇEVESİNDE ARACI HİZMET SAĞLAYICININ TÜKETİCİYE KARŞI SORUMLULUĞU

A. Dilşad KESKİN*

ÖZET

Mesafeli sözleşmelere ilişkin TKHK m. 48 hükmü, 7392 sayılı Kanununun 7. maddesiyle, yayımı tarihinden altı ay sonra (1/10/2022) yürürlüğe girmek üzere değiştirilmiştir. Yeni düzenlemede “aracılık edenler” ifadesi yerine “aracı hizmet sağlayıcılar” terimi kullanılmış ve aracı hizmet sağlayıcıların tüketiciye yönelik yükümlülüklerinin kapsamı genişletilmiştir. Hükmün önceki versiyonunda aracılık edenlerin satıcı/sağlayıcı ile yapılan işlemlere ilişkin kayıt tutarak talep halinde bunları paylaşmakla yükümlü oldukları ve satıcı/sağlayıcı ile yaptıkları sözleşmeye aykırı fiillerinden sorumlu olacakları ifade edilmişti. TKHK değişik m. 48 hükmü ise bu hususlara ek olarak aracı hizmet sağlayıcıların, tüketicinin talep ve bildirimlerini iletip takip edebileceği bir sistemin kurulması ve açık tutulması ile tüketiciye ön bilgilendirme yapılması ve ön bilgilendirmenin teyidi ve ispatından sorumlu olacağını düzenlemektedir. Aracı hizmet sağlayıcı, aracılık sözleşmesine aykırı uygulamaları nedeniyle satıcı/sağlayıcıların bu madde hükümlerine aykırı davranmasına sebep oldukları işlemlerden, satıcı/sağlayıcı adına bedel tahsil etmesi hâlinde teslim veya ifa ile cayma hakkına ilişkin yükümlülüklerden, satıcı/sağlayıcı onayı olmaksızın düzenlediği kampanyalı, promosyonlu veya indirimli satışlarda sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesinden de sorumludur.

Anahtar Kelimeler: *Mesafeli sözleşmeler, uzaktan iletişim, tüketici, aracı hizmet sağlayıcı, online platformlar.*

* **Doç. Dr.,** Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı/ANKARA
e-posta: dilsad.keskin@hbv.edu.tr, dilsadkeskin@gmail.com,

ORCID: 0000-0001-5523-569X

DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1117554

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 16/05/2022

Yayımlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 24/07/2022

LIABILITY OF THE INTERMEDIARY SERVICE PROVIDERS TO THE CONSUMER WITHIN THE FRAMEWORK OF THE AMENDED ARTICLE 48 OF LAW ON CONSUMER PROTECTION

ABSTRACT

Article 48 of the Law on the Protection of Consumers (TKHK) regarding distance contracts was amended with Article 7 of Law No. 7392 to enter into force six months after its publication (1/10/2022). In the new provision, the term "intermediary service providers" was used instead of the term "intermediaries" and the scope of the obligations of intermediary service providers towards consumers was expanded. In the previous version of the provision, it was stated that the intermediaries are obliged to keep and share records of the transactions made with the seller/supplier and they will be responsible for their acts contrary to the contract they have made with the seller/supplier. The amended version of article 48 regulates that, intermediary service providers, in addition to these issues, will be responsible for establishing a system where the consumer can transmit and follow their demands and notifications, providing preliminary information to the consumer and confirming and proving this. If the intermediary service provider has caused the seller/providers to act in violation of the provisions of this article due to its practices contrary to the brokerage agreement, it is responsible for these transactions. Finally, the intermediary service provider is responsible for not fulfilling the contract at all or duly in sales made with campaigns, promotions or discounts without the approval of the seller/provider.

Keywords: *Distance contracts, distance communication, consumer, intermediary service provider, online platforms.*

GİRİŞ

Mesafeli sözleşmeler, TKHK m. 48(1) hükmünde, “satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmeler” şeklinde tanımlanmıştır. Bu sözleşmelerin taraflarını tüketici ve satıcı/sağlayıcı oluşturur, bununla birlikte “mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanması” için kullanılan sistemin yaratıcısı da sözleşmenin en azından “ilgilisi”dir. Nitekim kanun koyucu TKHK m. 48(5) ile “oluşturdukları sistem çerçevesinde, uzaktan iletişim araçlarını kullanmak veya kullandırmak suretiyle satıcı veya sağlayıcı adına mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık edenler”in yükümlülüklerini belirleyerek “bu fıkra kapsamında aracılık edenler”in, satıcı veya sağlayıcı ile yaptıkları sözleşmeye aykırı fiillerinden dolayı sorumlu olacaklarını düzenlemiştir. Hükümün lafzı itibarıyla

aracılık edenler ile satıcı ve sağlayıcı arasındaki işlemlerle sınırlı olması, oysa aracılık edenlerin tüketici ve satıcı/sağlayıcı arasında kurulan sözleşmelerdeki konumu sebebiyle tüketicinin muhtemel zararlarından da sorumlu tutulmasının zaman zaman bir gereklilik olarak ortaya çıkması, bu hususta çözüm yolları aranmasını zorunlu kılmıştır. Doktrindeki çeşitli tartışmaların ve önerilerin ardından TKHK m. 48(5) hükmünde 7392 sayılı Kanununun 7. maddesiyle, yayımı tarihinden altı ay sonra (1/10/2022) yürürlüğe girmek üzere, değişiklikler yapılmıştır¹. Getirilen

- ¹ Bkz. 1/4/2022 tarihli ve 31796 sayılı Resmî Gazete. Hükümün son hali şu şekildedir: MADDE 48- “(1) Mesafeli sözleşme, satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir.
- (2) Tüketici, mesafeli sözleşmeyi ya da buna karşılık gelen herhangi bir teklifi kabul etmeden önce ayrıntıları yönetmelikte belirlenen hususlarda ve siparişi onaylandığı takdirde ödeme yükümlülüğü altına gireceği konusunda açık ve anlaşılır şekilde satıcı veya sağlayıcı tarafından bilgilendirilir. Tüketicinin bilgilendirildiğine ilişkin ispat yükü satıcı veya sağlayıcıya aittir.
- (3) Satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin siparişinin kendisine ulaştığı andan itibaren taahhüt edilen süre içinde edimini yerine getirir. “Tüketicinin isteği veya kişisel ihtiyaçları doğrultusunda hazırlanan mallara ilişkin sözleşmeler haricinde mal satışlarında bu süre her hâlükârda otuz günü geçemez.” Satıcı veya sağlayıcının bu süre içinde edimini yerine getirmemesi durumunda tüketici sözleşmeyi feshedebilir.
- (4) Tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir. Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirim bu süre içinde satıcı veya sağlayıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir. Satıcı veya sağlayıcı, cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispat etmemekle yükümlüdür. Tüketici, cayma hakkı konusunda gerektiği şekilde bilgilendirilmezse, cayma hakkını kullanmak için on dört günlük süreyle bağlı değildir. Her hâlükârda bu süre cayma süresinin bittiği tarihten itibaren bir yıl sonra sona erer. Tüketici, cayma hakkı süresi içinde malın mutad kullanımı sebebiyle meydana gelen değişiklik ve bozulmalardan sorumlu değildir.
- “(5) Oluşturdukları sistem ile satıcı veya sağlayıcı adına mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık eden aracı hizmet sağlayıcılar, sistem aracılığıyla kurulan mesafeli sözleşmelerden doğan hak ve yükümlülüklerin kullanım süresi boyunca tüketicilerin yönetmelikle belirlenen hususlara ilişkin talep ve bildirimlerini iletebilmelerine ve takip edebilmelerine elverişli bir sistemi kurmak ve kesintisiz olarak açık tutmakla yükümlüdür.”
- “(6) Aracı hizmet sağlayıcısı olarak faaliyet gösterenler aracılık ettikleri mesafeli sözleşmelere ilişkin olarak; a) Tüketicie ön bilgilendirmenin yapılmasından, teyidinden ve ispatından satıcı veya sağlayıcı ile birlikte müteselsilen, b) Veri girişinin satıcı veya sağlayıcı tarafından yapıldığı durumlar hariç olmak üzere, yönetmelikle belirlenen ön bilgilendirmede bulunması zorunlu hususlardaki eksikliklerden, c) Bu maddede yer alan hususlardan dolayı tüketicilerin satıcı veya sağlayıcılar ile yaptıkları işlemlere ilişkin kayıtların tutulmasından ve istenilmesi hâlinde bu bilgilerin ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile tüketicilere verilmesinden, ç) Satıcı veya sağlayıcı ile yaptıkları aracılık hizmetine ilişkin sözleşmeye aykırı uygulamaları nedeniyle satıcı ve sağlayıcıların bu madde hükümlerine aykırı davranmasına sebep oldukları her bir işlemde, d) Satıcı veya sağlayıcı adına bedel tahsil etmesi hâlinde, mal veya hizmetin tüketiciye teslim veya ifası sonrası bedelin satıcıya veya sağlayıcıya aktarıldığı durumlar ile 11 inci ve 15 inci maddelerde yer alan hakların kullanımı hariç olmak üzere teslim veya ifa ile cayma hakkına ilişkin yükümlülüklerden satıcı

yeni düzenleme, “*aracılık edenler*” ifadesini “*aracı hizmet sağlayıcılar*” terimi ile değiştirmiştir. TKHK m. 48(5) hükmünün önceki versiyonunda satıcı veya sağlayıcı ile yapılan işlemlere ilişkin kayıt tutarak talep halinde bunları ilgili kurum, kuruluş ve tüketicilere vermekle yükümlü kılınan ve satıcı/sağlayıcı ile yaptıkları sözleşmeye aykırı fiillerinden sorumlu olacakları belirtilen “*aracılık edenler*”in tüketicie yönelik yükümlülüklerinin kapsamı genişletilmiş ve m. 48’e eklenen altıncı fıkra ile bir kısmı satıcı ve sağlayıcı ile müteselsilen olmak üzere yeni sorumluluklar detaylı biçimde düzenlenmiştir. Bu fıkra teselsül ettirilen yedinci fıkra [eski m. 48(6)] hükmü gereğince tüketici, satıcı, sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcının hak ve yükümlülükleri bir yönetmelikle belirlenecektir. Böylece halihazırda yürürlükte olan ve aracının yükümlülüğünü “*aracılık edenler, bu Yönetmelikte yer alan hususlardan dolayı satıcı veya sağlayıcı ile yapılan işlemlere ilişkin kayıtları üç yıl boyunca tutmak ve istenilmesi halinde bu bilgileri ilgili kurum, kuruluş ve tüketicilere vermekle yükümlüdür*” şeklindeki m. 20(2) hükmü ile düzenleyen Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği’nde² de gerekli değişikliğin yapılması gerekmektedir.

I. ARACI HİZMET SAĞLAYICI

Mesafeli sözleşmelere ilişkin TKHK m. 48 hükmünün uygulanmasıyla ilgili önemli sorunlardan bir tanesi, “*aracılık eden*” kavramının tanımlanmamış olmasıydı. Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinin de konuya ilişkin düzenleme içermemesi, aracılık edenlerin kapsamının belirlenmesini güçleştiriyordu. Doktrinde aracılık edenlerin kimler olduğu hususu incelenirken, doğrudan tüketicinin korunmasına yönelik olmamakla birlikte, benzer bir kavramı tanımlayan Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun’a³ dikkat çekilmiştir⁴. Gerçekten de bu

veya sağlayıcı ile birlikte müteselsilen, e) Satıcı veya sağlayıcı onayı olmaksızın düzenledikleri kampanyalı, promosyonlu veya indirimli satışlarda, sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesinden, f) Ön bilgilendirmede yer alan hususlar ile reklamlarında yer alan bilgilerin uyumlu olmasından ve ispatından, sorumludur.”

(7) *Mesafeli sözleşmelerde, kapsam dışı sözleşmeler, “tüketici, satıcı ve sağlayıcı ile mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık eden aracı hizmet sağlayıcının” hak ve yükümlülükleri, cayma hakkı, bilgilendirme yükümlülüğü, teslimat ile diğer uygulama usul ve esasları yönetmelikle belirlenir.”*

² Bkz. 27/11/2014 tarihli ve 29188 sayılı Resmi Gazete.

³ Bkz. 5/11/2014 tarihli ve 29166 sayılı Resmi Gazete.

⁴ Zeynep Özbay Özdoğru, *İnternet Ortamında Faaliyet Gösteren Aracılık Edenlerin Mesafeli Sözleşmeden Dolayı Tüketicie Karşı Sorumluluğunun Şartları*, 1. Bası, On İki Levha Yayınları, 2022, s. 33; Murat İnceoğlu / Ece Baş Süzel, “Mesafeli Sözleşme Kurulmasına Aracılık Edenlerin Tüketicie Karşı Sorumluluğu (TKHK m.48/f.5)”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15(89-190), 2020, s. 478; Sibel Terzi, “Mesafeli Sözleşmelerde Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü ve Sonuçları”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 12(129), 2017, s. 133.

Kanunun m. 2-d hükmünde “aracı hizmet sağlayıcı” kavramı, “başkalarına ait iktisadi ve ticari faaliyetlerin yapılmasına elektronik ticaret ortamını sağlayan gerçek ve tüzel kişiler” şeklinde tanımlanmıştır⁵. TKHK m. 48 hükmünde yapılan terminoloji değişikliği ile “aracılık edenler” yerine “aracı hizmet sağlayıcı” ifadesinin getirilmesi, iki kanun arasında paralellik sağlamış, kavramın anlaşılmasını ve kapsamının belirlenmesini kolaylaştırmış bulunmaktadır⁶. Değişiklikle birlikte artık “aracı hizmet sağlayıcı” için TKHK içinde olmasa da bir kanuni tanımdan bahsedilmesi mümkün hale gelmiştir⁷. Bunun yanı sıra kanun koyucu TKHK m. 48(5) hükmünde aracı hizmet sağlayıcı terimini “oluşturdukları sistem ile satıcı veya sağlayıcı adına mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık eden” ifadesiyle tamamlayarak, tanımlama girişimleri için bir hareket noktası da oluşturmuştur. Esasen değişiklikten önce de “aracılık edenler”den, “mesafeli sözleşmelerin kurulabilmesi için uzaktan pazarlamaya yönelik sistemi kuran ve bu sistem üzerinden sözleşmelerin kurulmasını sağlayan gerçek ve tüzel kişilerin anlaşılması gerektiği” ifade edilmekteydi⁸.

⁵ 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, ticari iletişimin ve elektronik iletişim araçlarıyla yapılan sözleşmelerin düzenlenmesini amaçlamaktadır. Elektronik iletişim aracıyla kurulan ve tüketici işlemi niteliği taşıyan mesafeli sözleşmeler, TKHK yanı sıra ETDHK kapsamına da girer. Bununla birlikte ETDHK’nin uygulama alanı tüketici işlemleriyle sınırlı değildir, tüm elektronik satışları kapsamakta ve sözleşme taraflarını satıcı/sağlayıcı ve alıcı olarak belirlemektedir (Selin Sert Sütçü, “Mesafeli Sözleşmelerin Kurulmasına Aracılık Edenlerin Tüketici Hukuku Bağlamında Sorumluluğunun Belirlenmesi”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1), 2021, s. 278; Özbay Özdoğru, s. 22; Mustafa Topaloğlu, “Mesafeli Sözleşmeler”, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(3), 2016, s. 16; Abdülkerim Yıldırım, *Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*, 1. Bası, On İki Levha Yayınları, 2009, s. 106). Buna bağlı olarak elektronik ticaret alanında kullanılan “aracı hizmet sağlayıcı” kavramı, mesafeli sözleşmenin kurulmasına aracılık edenlere nazaran daha geniş bir anlam ifade eder. Mesafeli sözleşmeye aracılık eden, uzaktan pazarlama sistemini işleterek hem sözleşmenin kurulmasında hem de ifa aşamasında taraflar arasında iletişimin sağlanmasında aktif rol oynayan kimsedir (Özbay Özdoğru, s. 34).

⁶ Terminolojiye ilişkin olarak, 1/7/2022 tarihinde kabul edilen ve istisnai hükümler haricinde 1/1/2023 tarihi itibarıyla yürürlüğe girecek olan 7416 sayılı “Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile “aracı hizmet sağlayıcı” kavramının başına “elektronik ticaret” ifadesinin eklendiği, böylece bu Kanun bakımından kullanılan terimin “elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı” haline getirildiği ve bahsedilen paralelliğin kısmen bozulduğu belirtilmelidir. Diğer değişiklikler ve yürürlük hakkında bilgi için bkz. 7/7/2022 tarihli ve 31889 sayılı Resmi Gazete.

⁷ 7392 sayılı Kanun m. 7 hükmünün gerekçesinde bu terminoloji değişikliğine ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. Gerekçe için bkz. <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss320.pdf>>, Erişim Tarihi 10 Mayıs 2022.

⁸ İnceoğlu/Baş Süzel, s. 478. Uzaktan pazarlama sisteminin taşınması gereken özelliklerin neler olduğuna ilişkin bir düzenleme ise bulunmamaktadır (Sert Sütçü, s. 279).

Aracı hizmet sağlayıcının kendi markasını yaratarak, oluşturduğu uzaktan pazarlama sistemi içinde kendi mal veya hizmetlerini tüketiciye sunması da mümkündür. Böyle bir durumda aracı hizmet sağlayıcı sıfatı ile satıcı veya sağlayıcı sıfatı tek bir kişi üzerinde birleşmiş olur ve bu kişinin hak ve yükümlülüklerinin her iki sıfatıyla birlikte değerlendirilmesi gerekir⁹.

II. ARACI HİZMET SAĞLAYICININ TÜKETİCİYE KARŞI SORUMLULUĞU

Aracılık edenlerin veya TKHK değişik m. 48 hükmünün ifadesiyle “*aracı hizmet sağlayıcıların*” tüketiciye karşı sorumlu olup olmadığı meselesi, tüketici ile aralarında bir sözleşme ilişkisi bulunmadığı ve yürürlükteki mevzuatta da böyle bir sorumluluğa dayanak oluşturacak nitelikte bir hüküm öngörülmemiş olmadığı için tartışmalıdır. TKHK m. 48 hükmündeki değişikliğin bu tartışmaları büyük oranda sona erdireceği söylenebilir.

A. TKHK m. 48 Hükümündeki Değişiklikten Önceki Durum

1. Aracılık Edenlerin Sorumluluğunun Hukuki Dayanağı

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 48 anlamında mesafeli sözleşme, tüketici ile satıcı veya sağlayıcı arasında kurulur. Aracılık edenler, her ne kadar “*oluşturdukları sistemle satıcı veya sağlayıcı adına sözleşmenin kurulmasına aracılık etmekte*” iseler de bu sözleşmenin tarafı değildir¹⁰. Aracılık edenlerle

⁹ Bu ihtimalde aracının, aynı zamanda satıcı/sağlayıcı konumunda olmasının, durumunun ağırlaşması sonucunu doğuracağı, aracı sıfatından kaynaklanan yükümlülükler ek olarak satıcı/sağlayıcı sıfatıyla mal veya hizmetin ayıplı olmasından ya da ifanın zamanında gerçekleştirilmemesinden dolayı da TKHK ve TBK kapsamında tüketiciye karşı sorumlu olacağına dair bkz. Sert Sütçü, s. 281; aynı yönde Cristoph Busch, “Effektiver Verbraucher-Schutz im Online-Handel: Verantwortung und Haftung von Internetplattformen”, *Verbraucherzentrale Bundesverband*, 22 November 2019, s. 32.

¹⁰ Nitekim Yargıtay da davacı şirketin internet sitesi aracılığıyla alınan ürünün ayıplı olmasından dolayı bedel iadesine hükmedilen tüketici hakem heyeti kararının iptali talebini, aracı hizmet sağlayıcı konumundaki davacının hizmet sunduğu elektronik ortamı kullanan gerçek ve tüzel kişiler tarafından sağlanan içeriği kontrol etmek, bu içerik ve içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı bir faaliyetin ya da durumun söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü olmadığını, ayrıca 6563 sayılı Kanun m. 9 hükmü ve Elektronik Ticarete Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik m. 6 hükmü uyarınca malın ayıplı olmasından sorumluluğunun da bulunmadığı gerekçesiyle kabul etmiştir (Yarg. 3. HD., E. 2021/4000, K. 2021/11403, karar metni için bkz. <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/01/20220125-8.pdf>> Erişim Tarihi 10 Mayıs 2022). Her ne kadar kararda TKHK ve Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği’ne değil ETDHK ve Elektronik Ticarete Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik hükümlerine dayanılmışsa da Yüksek Mahkeme karar metninde “*davacı şirketin aracı hizmet sağlayıcısı konumunda bulunduğunu ve taraflar arasında mesafeli satış sözleşmesi ön bilgilendirme formuna göre satıcı tarafın ‘... Pastanesi’ olduğunu*” özellikle belirterek, sözleşmede taraf sıfatı taşımayan aracının ayıplı ifadan sorumlu tutulamayacağını

tüketici arasındaki sözleşme ilişkisi, çerçeve sözleşme niteliği taşıyan üyelik sözleşmesidir. Üyelik sözleşmesinde aracılık edenlerin, tüketicinin kişisel verilerinin korunması veya kredi kartı bilgilerinin üçüncü kişilerin eline geçmesinin engellenmesi gibi birtakım yükümlülükler altına girmesi öngörülür. Bununla birlikte bu sözleşme ile mesafeli sözleşme hem tarafları hem de konusu ve hukuki niteliği bakımından birbirinden tamamen bağımsızdır. Aracılık edenle tüketici arasında kurulan üyelik sözleşmesinin, tüketici ile satıcı veya sağlayıcı arasında kurulan mesafeli sözleşme sebebiyle aracılık edenin tüketiciye karşı sorumluluğuna dayanak oluşturması mümkün değildir¹¹.

Sözleşme hukuku ve özellikle nispiyet esası bakımından durumun son derece açık olmasına rağmen, aracılık edenlerin mesafeli sözleşmenin kuruluşundaki rolü ve tüketicinin aracılık eden, satıcı ve sağlayıcı karşısındaki görece zayıf konumu ile birlikte değerlendirildiğinde, TKHK m. 48(5) hükmünün, aracılık edenlerin tüketiciye karşı sorumluluğunu düzenlediği kabul edilmektedir. Bu düzenlemede kanun koyucunun tercih ettiği ifade, “*ancak bu fıkra kapsamında aracılık edenler, satıcı veya sağlayıcı ile yaptıkları sözleşmeye aykırı fiillerinden dolayı sorumludurlar*” şeklindedir. İlk cümlede aracılık edenlerin kayıt tutma ve istenildiğinde ilgili kurum, kuruluş ve tüketicilere bilgi verme yükümlülüğünün düzenlenip hemen ardından “*ancak*” ile bağlanan ikinci cümlede sözleşmeye aykırı davranıştan sorumluluğun zikredilmesi, bu sorumluluğun muhatabının tüketici olduğu kanaatini desteklemektedir. Gerçekten de aracılık edenlerin satıcı/sağlayıcı karşısında sözleşmeden doğan sorumluluğunun TKHK kapsamında düzenlenmesi, malumun ilamı niteliği taşır ve kanunun amacına da uygun olmazdı. Bu sebeple ifade biçimi eleştiriye açık olsa da ilgili hükmün, aracılık edenin tüketiciye karşı sorumluluğuna ilişkin olduğu tartışmasızdır¹².

hükme bağlamış bulunmaktadır (Kararın ayrıntılı biçimde değerlendirilmesi için bkz. Mehmet Çelebi Can, “Yargıtayın ‘Çiçek Sepeti’ Kararı Perspektifinde Elektronik Ticarete Aracı Hizmet Sağlayıcılarının Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler”, *Prof. Dr. Rıza AYHAN’a Armağan*, Cilt I, Yetkin Yayınları, 2022, s. 683-709). Bununla birlikte kararda da vurgulandığı üzere, ilgili şirketin/platformun yalnızca aracı konumunda olduğunun tüketiciye yeterince açıklanmış olması da sonuca etkilidir (benzer düşünce için bkz. Busch, s. 32).

¹¹ Özbay Özdoğru, s. 37; Sert Sütçü, s. 280. Aracılık edenin bu sözleşme ile tüketiciye özel bir taahhütte bulunması halinde bu taahhülle sınırlı bir sorumluluğu şüphesiz söz konusu olabilir. Bu husus üçüncü kişi durumundaki satıcı/sağlayıcının fiilini taahhüt anlamında “*garanti taahhüdü*” niteliği taşıyacaktır (İnceoğlu/Baş Sützel, s. 486).

¹² İnceoğlu/Baş Sützel, s. 487.

2. Aracılık Edenlerin Sorumluluğunun Kapsamı

a. Her türlü borca aykırılıktan sorumluluk görüşü

Doktrinde hakim görüş, aracılık edenlerin satıcı ve sağlayıcı gibi her türlü borca aykırı davranıştan sorumlu olacakları yönündedir. Buna göre aracılık edenler, oluşturdukları sistem çerçevesinde satıcı veya sağlayıcıların mal veya hizmetlerinin tüketiciye ulaşmasını sağlamakta ve satıcı veya sağlayıcı adına tüketiciden mal veya hizmet bedelini tahsil etmektedir. TKHK m. 48 hükmü ise tüketicinin, satıcı veya sağlayıcı ile aracılık eden arasında kurulan sözleşmeye taraf olmamasına rağmen, bu sözleşmenin hükümlerinden yararlanabilmesi için gereken hukuki zemini oluşturmuştur. Burada, edim yükümünden bağımsız bir borç ilişkisi mevcuttur; aracılık edenin sorumluluğu, tüketici ile arasında kurulan “*hukuki özel bağlantıdan*”¹³ kaynaklanmaktadır. Bedel tahsil etmeden, sadece satıcı veya sağlayıcılar ile tüketicilerin iletişim kurmalarına hizmet eden ve genellikle yer sağlayıcı niteliği taşıyan internet sitelerinin ise bu türden bir sorumlulukları bulunmamaktadır¹⁴.

Aracılık edenin satıcı veya sağlayıcı ile arasındaki sözleşmeye aykırı davranışından dolayı tüketiciye karşı da sorumlu olacağı görüşü, öncelikle aracılık edenin tüketiciden mal veya hizmet bedeli tahsilini temsilci sıfatıyla gerçekleştirdiği, temsilcinin temsil edilen ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmeden dolayı üçüncü kişiye karşı sorumlu tutulmasının ise mümkün olmayacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Aracılık edenin sorumluluğuna TKHK m. 3(1) ve (i) bentlerini gerekçe gösteren başka bir yaklaşım ise satıcı ve sağlayıcının “*kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal veya hizmet sunan ya da mal veya hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi*” şeklinde tanımlandığını, aracılık edenin de “*mal veya hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi*” olduğundan satıcı/sağlayıcı niteliği taşıdığını ifade etmektedir¹⁵. Oysa söz konusu hükümle amaçlanan, aracılık edenlerin satıcı/sağlayıcı gibi sorumlu tutulabilmesini sağlamak değil, TKHK'nin uygulama alanını genişletmektir. Nitekim kanun koyucu da aracılık edenlerin sorumluluğunu satıcı/sağlayıcınınki ile birleştirmek yerine TKHK m. 48(5) ve (6)'da ayrıca düzenlemiş bulunmaktadır¹⁶.

¹³ Kavram için bkz. Yasemin Durak, “Güven Sorumluluğu ve Culpa in Contrahendo”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25(1), 2017, s. 270.

¹⁴ Topaloğlu, s. 29.

¹⁵ Sezer Çabri, *6502 Sayılı Kanun'a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 1. Bası, Adalet Yayınevi, 2016, s. 770.

¹⁶ Üstelik bu gerekçenin esas alınması, aracılık edenlerin ve dolayısıyla tüm temsilcilerin TKHK anlamında satıcı/sağlayıcı sıfatıyla sorumluluğuna yol açacaktır ki TBK'nın temsil ilişkisi

b. Mesafeli sözleşme kurulması için oluşturulan sistemle sınırlı sorumluluk görüşü

Mesafeli sözleşmenin taraflarını tüketici ile satıcı/sağlayıcı oluşturduğundan ve nispiyet esası sebebiyle aracılık edenin bu sözleşmenin ihlalden dolayı tüketiciye karşı sorumlu tutulması mümkün görünmediğinden, TKHK m. 48(5) hükmünün, aracılık edenin faaliyet alanıyla sınırlı bir sorumluluk öngördüğü kabul edilmelidir. Gerçekten de mesafeli sözleşmeden doğan borçlarını zamanında yerine getirmeyen satıcı/sağlayıcının temerrüdünden veya maldaki ayıptan ya da cayma hakkının kullanılmasına rağmen iade edilmeyen bedelden aracılık eden sorumlu tutulamaz¹⁷. Burada düzenlenen sorumluluk, ancak aracılık edenin “*kayıtları tutmak ve istenmesi halinde bu bilgileri ilgili kurum, kuruluş ve tüketicilere vermek*” yükümlülüğünün ihlali halinde veya satıcı/sağlayıcı ile aralarındaki sözleşmeye aykırı fiillerinden dolayı söz konusu olabilir. Aracılık edenin satıcı/sağlayıcı ile aralarındaki sözleşmeye aykırı davranışından kasıt ise mesafeli sözleşmelerin kurulabilmesi için oluşturulan uzaktan pazarlama sisteminin işleyişi ile ilgili yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmemesidir¹⁸. Böylece aracılık edenin tüketiciye karşı sorumluluğu, “*mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik sistemin düzgün bir şekilde kurulması ve işletilmesi gibi hususlarla*”¹⁹ sınırlandırılmıştır²⁰.

hakkında benimsediği sistem karşısında böyle bir çözüm kabul edilemez (bkz. İnceoğlu/Baş Süzel, s. 480).

¹⁷ Can, s. 696. Aksinin kabulü açık kanuni düzenleme bile bulunmaksızın aracılık eden aleyhine bir kusursuz sorumluluk halinin tesisi anlamına gelir. Oysa bizatihi mesafeli sözleşmenin tarafı sıfatıyla hareket eden satıcı/sağlayıcının sorumluluğu kusura dayanan sorumluluktur. Aracılık edenin satıcı/sağlayıcının ifa yardımcısı niteliğiyle sorumlu tutulması da kabul edilemez (İnceoğlu/Baş Süzel, s. 481). Aracının hiçbir zaman tüketicinin muhatabı olmayacağı ve tüketicinin doğrudan satıcı/sağlayıcıya başvuracağı, satıcı/sağlayıcının, aracı ile yaptığı sözleşme sebebiyle tüketici ile karşı karşıya geldiği takdirde, bu sözleşmeye dayanarak onun sorumluluğunu ileri sürebileceği yönünde bkz. Dilşad Kuşuoğlu / Nilhan Kalkan, “Mesafeli Sözleşmeler”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 90(4), 2016, s. 290.

¹⁸ İstisnaen satıcı/sağlayıcının bir üçüncü kişi olduğunun tüketicilere belirtilmediği ve tüketicilerde sözleşmenin doğrudan aracılık edenle kurulduğu izleniminin yaratıldığı hallerde, aracılık edenin dürüstlük kuralı gereği yarattığı güven sebebiyle tüketiciye karşı sorumlu tutulması söz konusu olabilir (İnceoğlu/Baş Süzel, Sert Sütçü, s. 285).

¹⁹ İnceoğlu/Baş Süzel, s. 484. TKHK m. 48(5) anlamında değerlendirildiğinde, aracılarının sorumluluğunun “*ön bilgilendirme formu hazırlanması, bu formun tüketici ile paylaşılması, satıcı/sağlayıcının tüketicinin bilgilendirildiğinden haberdar edilmesi, kişisel verilerin saklanması, depo edilmesi ve bu bilgilerin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği hükümleri de dikkate alınarak saklanmasından*” ibaret olduğu, sorumluluğun genişletilmesinin madde hükmünün amacına aykırılık teşkil edeceği yönünde bkz. Sert Sütçü, s. 285.

²⁰ TKHK m. 48(5) hükmünün lafzının yanı sıra 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ve Elektronik Ticarete Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik ile 2011/83 sayılı Avrupa Birliği Yönergesi de bu sonucu destekler nitelikte hükümler içermektedir.

B. TKHK Değişik m. 48(5) ve m. 48(6) Hükümleri Çerçevesinde Durum

1. Aracı Hizmet Sağlayıcıların Yükümlülükleri

a. Talep ve bildirimlerin iletilmesine ve takibine elverişli sistem kurma yükümlülüğü

Mesafeli sözleşmelerin temel unsurlarından bir tanesi, mal veya hizmetin uzaktan pazarlanmasına ilişkin bir sistemin varlığıdır. Bu husus TKHK m. 48(1) hükmünde “*mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde*” ifadesiyle belirtilmiş bulunmaktadır. 2011/83 sayılı Tüketici Hakları Direktifi de bir mal veya hizmet edimi hakkında sözleşmenin kurulmasına kadarki süreç dahil olmak üzere, münhasıran veya birden fazla uzaktan iletişim aracı kullanılarak kurulan bir sözleşmenin mesafeli sözleşme niteliğinin, uzaktan pazarlamaya özgü olarak organize edilmiş bir satış veya hizmet ağı çerçevesinde hareket edilmesini gerektirdiğini düzenlemektedir [m. 2(1)]²¹. Burada bahsedilen türden bir uzaktan pazarlama sisteminin varlığının kabulü için aranacak şartlar ise mevzuatta belirlenmiş değildir. Satıcı/sağlayıcının katalog, broşür veya e-posta gibi araçları kullanarak ürünlerinin ya da hizmetlerinin reklamını yapması ve uzaktan iletişim araçlarıyla sipariş kabul ettiğini belirtmesinin gerekli olacağını kabul edenler bulunmakla birlikte, ortalama bir tüketici gözüyle bakıldığında, satıcı/sağlayıcının yaptığı reklamlardan ya da gönderdiği kataloğlardan, düzenli bir uzaktan pazarlama sistemine sahip olduğu izlenimi çıkarılmasının haklı görülebilir olmasını yeterli bulanlar da vardır²². Her halde uzaktan pazarlamaya ilişkin bu sistemin bizzat satıcı/sağlayıcı tarafından kurulup yönetilmesi gerekmez²³. Nitekim TKHK m. 48(5) hükmünden, söz konusu sistemi aracı hizmet sağlayıcıların oluşturarak satıcı/sağlayıcı adına mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık edecekleri anlaşılmaktadır. Hükümün değişiklikten önceki halinde, bu sisteme ilişkin olarak aracılık edenlere kayıt tutma ve bilgi paylaşma dışında bir yükümlülük getirilmemişken, değişiklikle birlikte aracı hizmet sağlayıcıların, sistem aracılığıyla kurulan mesafeli sözleşmelerden doğan hak ve yükümlülüklerin kullanım süresi boyunca, tüketicilerin, yönetmelikle belirlenen hususlara ilişkin talep ve

²¹ Mesafeli sözleşmenin varlığının kabulü için satıcı/sağlayıcının işletmesini tamamıyla uzaktan pazarlamaya hasretmiş olması gerekmez; uzaktan pazarlamanın kullanılan pazarlama yöntemlerinden birini oluşturması yeterlidir (Yıldırım, s. 68; Özge Uzun Kazmacı, “İnternet Ortamında Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması”, *Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, MÜHFHAD*, 22(3), 2016, s. 2794; Cihan Avcı Braun, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Mesafeli Sözleşmeler”, *YÜHFD*, XII(2), 2015, s. 28).

²² Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Uzun Kazmacı, s. 2795.

²³ Uzun Kazmacı, s. 2795.

bildirimlerini iletebilmelerine ve takip edebilmelerine elverişli bir sistemi kurmak ve kesintisiz olarak açık tutmakla yükümlü oldukları düzenlenmiştir [TKHK m. 48(5)].

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun değişik m. 48(5) hükmünde sözü edilen sistemin, mesafeli sözleşmelerin kurulmasını sağlamak üzere oluşturulan uzaktan pazarlama sisteminden ibaret olmadığı özellikle vurgulanması gerekir. Başka bir ifadeyle burada sistemden kasıt, salt mesafeli sözleşmenin kurulmasını mümkün kılacak bir organizasyon değildir. Kanun koyucu, tüketicinin uzaktan pazarlama sistemi üzerinden kurduğu sözleşmeye ilişkin talep ve bildirimlerini de sözleşmeyi kurmak için harcadığından daha fazla bir çabaya ihtiyaç duymaksızın, yine aynı usul ile muhataplarına iletebilmesini ve bunların akıbetini takip edebilmesini mümkün kılmayı amaçlamaktadır. Bu sistemin kurulması ve kesintisiz olarak açık tutulması yükümlülüğü de aracı hizmet sağlayıcıya yüklenmiştir. Tüketicinin, aracı hizmet sağlayıcının oluşturduğu uzaktan pazarlama sistemini kullanarak akdettiği mesafeli sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükleri devam ettiği müddetçe, bunlarla bağlantılı talep ve bildirimlerde bulunmasının gerekebileceği tabiidir. Bu sebeple aracı hizmet sağlayıcının, hükümde bahsedilen sistemi, söz konusu hak ve yükümlülüklerin kullanım süresi boyunca kesintisiz olarak tüketicinin erişimine açık bulundurması zorunludur²⁴.

b. Ön bilgilendirmeye ilişkin yükümlülükler

Tüketicinin, mesafeli sözleşmeyi akdetmesinden önce bilgilendirilmesini öngören düzenleme, TKHK m. 48(2) hükmünde yer almaktadır. Hükme göre *“tüketici, mesafeli sözleşmeyi ya da buna karşılık gelen herhangi bir teklifi kabul etmeden önce, ayrıntıları yönetmelikte belirlenen hususlarda ve siparişi onaylandığı takdirde ödeme yükümlülüğü altına gireceği konusunda, açık ve anlaşılır şekilde, satıcı veya sağlayıcı tarafından bilgilendirilir. Tüketicinin bilgilendirildiğine ilişkin ispat yükü satıcı veya sağlayıcıya aittir”*²⁵.

²⁴ TKHK değişik m. 48(5) *“Oluşturdukları sistem ile satıcı veya sağlayıcı adına mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık eden aracı hizmet sağlayıcılar, sistem aracılığıyla kurulan mesafeli sözleşmelerden doğan hak ve yükümlülüklerin kullanım süresi boyunca tüketicilerin yönetmelikle belirlenen hususlara ilişkin talep ve bildirimlerini iletebilmelerine ve takip edebilmelerine elverişli bir sistemi kurmak ve kesintisiz olarak açık tutmakla yükümlüdür.”*

²⁵ Mesafeli sözleşmelerde bilgilendirme yükümlülüğü, 2011/83 sayılı Tüketici Hakları Direktifi m. 6 ile düzenlenmiştir. Türk hukukundan farklı olarak Direktif tüketicinin, ayıplı mal teslimi halinde kanundan doğan haklarının bulunduğu ve duruma göre müşteri hizmetlerinin varlığı, bundan faydalanma şartları ve işletmenin sunduğu garanti imkanları, ayrıca sözleşmenin süresi ve süresiz sözleşmelerde iptal şartları hususunda bilgilendirilmesi gerektiğini öngörmektedir. Türk hukukunun Direktif hükümlerinden ayrıldığı başka bir konu, Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde düzenlenen ön bilgilerin teyidi (m. 7) ve ön bilgilendirmeye ilişkin diğer yükümlülüklerin (m. 8), sadece elektronik sözleşmeler için değil, tüm mesafeli sözleşmeler için geçerli kılınmış olmasıdır (Zeynep Dönmez, “2011/83/EU Sayılı Tüketici Hakları Direktifi ve Bu Direktifin Mesafeli Sözleşmeler

Ön bilgilendirmenin kapsamı Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği m. 5 ile düzenlenmiştir. Bu çerçevede tüketiciye yapılması gereken bilgilendirmenin esas itibarıyla sözleşme konusu mal veya hizmete, satıcı/sağlayıcının kimlik ve iletişim bilgilerine, tüketicinin yapacağı ödemelere, uyuşmazlık halinde başvurulacak makamlara ve cayma hakkının kullanılmasına ilişkin olduğu²⁶ söylenebilir²⁷. Ön

-
- Alanında Türk Hukuku'na Yansımaları”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(1), 2016, s. 367).
- ²⁶ Tüketicinin mesafeli sözleşme kurulması amacıyla satıcı veya sağlayıcı tarafından telefonla aranması durumunda ise, her görüşmenin başında satıcı veya sağlayıcının kimliğinin, eğer arama bir başkası adına veya hesabına yapılıyorsa bu kişinin kimliğinin ve görüşmenin ticari amacının da açıklanması gerekir (Yönetmelik m. 8).
- ²⁷ Gülşah İslamoğlu, “Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 13(145), 2018, s. 119. Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği m. 5 hükmü ön bilgilendirme yükümlülüğünü ayrıntılı olarak düzenlemiştir: “(1) Tüketici, mesafeli sözleşmenin kurulmasından ya da buna karşılık gelen herhangi bir teklifi kabul etmeden önce, aşağıdaki hususların tamamını içerecek şekilde satıcı veya sağlayıcı tarafından bilgilendirilmek zorundadır.
- a) Sözleşme konusu mal veya hizmetin temel nitelikleri, b) Satıcı veya sağlayıcının adı veya unvanı, varsa MERSİS numarası, c) Tüketicinin satıcı veya sağlayıcı ile hızlı bir şekilde irtibat kurmasına imkan veren, satıcı veya sağlayıcının açık adresi, telefon numarası ve benzeri iletişim bilgileri ile varsa satıcı veya sağlayıcının adına ya da hesabına hareket eden kimliği ve adresi, ç) Satıcı veya sağlayıcının tüketicinin şikayetlerini iletmesi için (c) bendinde belirtilenden farklı iletişim bilgileri var ise, bunlara ilişkin bilgi, d) Mal veya hizmetin tüm vergiler dahil toplam fiyatı, niteliği itibarıyla önceden hesaplanamıyorsa fiyatın hesaplanma usulü, varsa tüm nakliye, teslim ve benzeri ek masraflar ile bunların önceden hesaplanamaması halinde ek masrafların ödenebileceği bilgisi, e) Sözleşmenin kurulması aşamasında uzaktan iletişim aracının kullanım bedelinin olağan ücret tarifesi üzerinden hesaplanmadığı durumlarda, tüketicilere yüklenen ilave maliyet, f) Ödeme, teslimat, ifaya ilişkin bilgiler ile varsa bunlara ilişkin taahhütler ve satıcı veya sağlayıcının şikayetlere ilişkin çözüm yöntemleri, g) Cayma hakkının olduğu durumlarda, bu hakkın kullanılma şartları, süresi, usulü ve satıcının iade için öngördüğü taşıyıcıya ilişkin bilgiler, ğ) Cayma bildirimini yapılacağı açık adres, faks numarası veya elektronik posta bilgileri, h) 15 inci madde uyarınca cayma hakkının kullanılmadığı durumlarda, tüketicinin cayma hakkından faydalanamayacağına ya da hangi koşullarda cayma hakkını kaybedeceğine ilişkin bilgi, ı) Satıcı veya sağlayıcının talebi üzerine, varsa tüketici tarafından ödenmesi veya sağlanması gereken depozitolar ya da diğer mali teminatlar ve bunlara ilişkin şartlar, i) Varsa dijital içeriklerin işlevselliğini etkileyebilecek teknik koruma önlemleri, j) Satıcı veya sağlayıcının bildiği ya da makul olarak bilmesinin beklendiği, dijital içeriğin hangi donanım ya da yazılımla birlikte çalışabileceğine ilişkin bilgi, k) Tüketicilerin uyuşmazlık konusundaki başvurularını Tüketici Mahkemesine veya Tüketici Hakem Heyetine yapabileceklerine dair bilgi.
- (2) Birinci fıkrada belirtilen bilgiler, mesafeli sözleşmenin ayrılmaz bir parçasıdır ve taraflar aksini açıkça kararlaştırmadıkça bu bilgiler değiştirilemez.
- (3) Satıcı veya sağlayıcı, birinci fıkranın (d) bendinde yer alan ek masraflara ilişkin bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmese, tüketici bunları karşılamakla yükümlü değildir.

bilgilendirme yükümlülüğünün yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile ayrıca en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde yerine getirilmesi gerekir [Yönetmelik m. 6(1)]²⁸. Nihayet satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin, ön bilgileri edindiğini kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak teyit etmesini sağlamakta da yükümlüdür. Aksi halde sözleşme kurulmamış sayılır²⁹.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun değişik m. 48 hükmü, eklenen yeni fıkra ile aracı hizmet sağlayıcının da, aracılık ettiği mesafeli sözleşme bakımından tüketicinin bilgilendirilmesinden, satıcı/sağlayıcı ile birlikte sorumlu olacağını düzenlemektedir. Kanunun lafzından açıkça anlaşılacak şekilde birlikte aracı hizmet sağlayıcının “*aracılık ettiği mesafeli sözleşmeye ilişkin olarak satıcı veya sağlayıcı adına ve hesabına tüketiciye yaptığı ön bilgilendirme, ön bilgilendirmenin teyidi ve onayına ilişkin işlemlerden, işlemi yapan olarak*” müteselsil sorumluluğunun söz konusu olduğu, gerekçede ifade edilmiştir³⁰. Bu sorumluluğun kapsamına yalnızca ön bilgilendirmenin yapılması değil, tüketicinin bilgilendirildiğinin teyidi ve ispatı da dahildir. Aracı hizmet sağlayıcı, ayrıca ön bilgilendirmede yer alması Yönetmelikle zorunlu kılınmış olan hususlarda bir eksiklik bulunması halinde, bundan da sorumlu tutulmuştur. Bunun istisnası, veri girişinin satıcı veya sağlayıcı tarafından yapıldığı durumlardır (TKHK m. 48(6)a-b).

(4) Birinci fıkranın (d) bendinde yer alan toplam fiyatın, belirsiz süreli sözleşmelerde veya belirli süreli abonelik sözleşmelerinde, her faturalama dönemi bazında toplam masrafları içermesi zorunludur.

(5) Açık artırma veya eksiltme yoluyla kurulan sözleşmelerde, birinci fıkranın (b), (c) ve (ç) bentlerinde yer alan bilgilerin yerine açık artırmayı yapan ile ilgili bilgilere yer verilebilir.

(6) Ön bilgilendirme yapıldığına ilişkin ispat yükü satıcı veya sağlayıcıya aittir.”

²⁸ Ön bilgilendirmenin yöntemi, mesafeli sözleşmenin internet, sesli iletişim veya siparişe ilişkin bilgilerin sınırlı alanda ya da zamanda sunulduğu bir ortam yoluyla kurulması ihtimalleri ayrı ayrı değerlendirilmek suretiyle Yönetmelik m. 6 (2)-(5) hükümlerinde düzenlenmiştir. Yönetmelik 6(1) hükmündeki düzenlemenin AB mevzuatından farklı olduğu, bilgilendirme yükümlülüğünün mantığına uygun düşmediği yönünde bkz. Ece Baş Süzel, “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Sözleşmenin Kurulmasından Önce Korunması: Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(2), 2018, s. 356.

²⁹ Bu yaptırımın tüketicinin korunması amacına aykırı olduğuna dair eleştiriler için bkz. Uzun Kazmacı, s. 2805; Gülce Erek, “6502 Sayılı Kanun Uyarınca Mesafeli Sözleşmelerin Unsurları, Satıcı/Sağlayıcının Ön Bilgilendirme Yükümü ve Tüketicinin Cayma Hakkı”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18(1), 2019, s. 527; Terzi, s. 137; Baş Süzel, *Bilgilendirme Yükümlülüğü*, s. 359. Bu yaptırım karşısında online alışveriş siteleri “*mesafeli satış sözleşmesini okudum ve kabul ediyorum*” şeklinde bir onay kutucuğunun işaretlenmesini sağlayarak teyidi gerçekleştirmektedir (Kuğuoğlu/Kalkan, s. 283; Çabri, s. 758).

³⁰ <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss320.pdf>>, Erişim Tarihi 10 Mayıs 2022.

Hükümün değişiklikten önceki versiyonunda bulunmayan başka bir yükümlülük, reklamlarda yer alan bilgilere ilişkin olarak öngörülmüştür. Buna göre ön bilgilendirme aşamasında tüketiciye sunulan bilgiler ile reklamlarında yer alan bilgilerin uyumlu olması gerekmektedir. Aracı hizmet sağlayıcı, bu bilgilerin uyumlu olmasından ve ispatından sorumludur (TKHK m. 48(6)f)³¹.

Ön bilgilendirmenin yapılması, teyidi ve ispatı hususlarından farklı olarak ön bilgilendirmede yer alması gereken hususlarda bir eksikliğin ve ön bilgilendirmenin içerdiği bilgiler ile reklamlarda yer alan bilgiler arasında uyumsuzluğun varlığı hallerinde, aracı hizmet sağlayıcının sorumluluğu, satıcı veya sağlayıcı ile birlikte, müteselsil sorumluluk şeklinde düzenlenmemiştir. Bu durum, sorumluluğu gerektiren davranışların niteliğine uygundur. Gerçekten ön bilgilendirmede eksikliğin varlığında, veri girişinin satıcı veya sağlayıcı tarafından yapılması, aracı hizmet sağlayıcının sorumluluğunun önüne geçmektedir. Bunun anlamı, aracı hizmet sağlayıcının, veri girişini bizzat yaptığı ancak yönetmelik gereği ön bilgilendirmede yer alması gereken hususlardan bazılarını eksik bıraktığı veya başka bir ifadeyle “*ön bilgilendirmede bulunması zorunlu unsurlardaki eksikliklerin aracı hizmet sağlayıcıdan kaynaklandığı*” durumlarda sorumlu olacaktır. Benzer sonuç m. 48(6)f bakımından da geçerlidir. Kanun koyucunun “*reklamlarında yer alan*” bilgilerden bahsetmiş olması karşısında, söz konusu bilgilerin içeriğinin aracı hizmet sağlayıcı tarafından belirlendiği, dolayısıyla bunlar ile ön bilgilendirme kapsamında tüketiciye sunulan bilgiler arasında uyum sağlanmasının da kendisinin inisiyatifinde olduğu anlaşılmaktadır. Bu şartlarda, gerçekleşecek uyumsuzluk aracı hizmet sağlayıcının davranışından kaynaklanacağından, sorumluluk da ona ait olacaktır³².

c. Kayıt tutma ve kayıtların paylaşılması yükümlülüğü

Mesafeli sözleşmenin kurulmasına aracılık edenlerin satıcı veya sağlayıcı ile yapılan işlemlere ilişkin kayıtları tutmak ve istenilmesi halinde bu bilgileri ilgili

³¹ TKHK değişik m. 48(6) “*Aracı hizmet sağlayıcısı olarak faaliyet gösterenler aracılık ettikleri mesafeli sözleşmelere ilişkin olarak;*

- a) *Tüketiciye ön bilgilendirmenin yapılmasından, teyidinden ve ispatından satıcı veya sağlayıcı ile birlikte müteselsilen,*
- b) *Veri girişinin satıcı veya sağlayıcı tarafından yapıldığı durumlar hariç olmak üzere, yönetmelikle belirlenen ön bilgilendirmede bulunması zorunlu hususlardaki eksikliklerden,*
- f) *Ön bilgilendirmede yer alan hususlar ile reklamlarında yer alan bilgilerin uyumlu olmasından ve ispatından, sorumludur.”*

³² Nitekim gerekçede “(f) bendi ile teslim veya ifa zamanı gibi tüketicinin alışveriş tercihinde ve satın alma sonrasında fesih hakkının kullanımında önemli bir etkisi olan reklamlarında taahhüt edilen bilgilerin tüketiciye yapılan ön bilgilendirme ile uyumlu olması ve ispatına ilişkin aracı hizmet sağlayıcıların sorumlu olduklarının düzenlendiği” ifade edilmiştir <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss320.pdf>>, Erişim Tarihi 10 Mayıs 2022.

kurum, kuruluş ve tüketicilere vermek yükümlülüğü TKHK m. 48(5) hükmünde yer almaktadır. Kanun koyucu, TKHK değişik m. 48(6)c hükmünde aynı düzenlemeyi, “*aracı hizmet sağlayıcı*” kavramını kullanarak tekrar etmiştir. Buna göre; “*aracı hizmet sağlayıcısı olarak faaliyet gösterenler, aracılık ettikleri mesafeli sözleşmelere ilişkin olarak, TKHK m. 48’de yer alan hususlardan dolayı satıcı veya sağlayıcılar ile yaptıkları işlemlere ilişkin kayıtların tutulmasından ve istenilmesi hâlinde bu bilgilerin ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile tüketicilere verilmesinden, sorumludur*”.

Satıcı/sağlayıcının veya aracılık edenlerin kayıt tutma yükümlülüğünün ne kadar süre ile devam edeceğine ilişkin bir hüküm TKHK’da bulunmamaktadır. Buna karşılık halen yürürlükte olan Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği, satıcı veya sağlayıcının Yönetmelik kapsamında düzenlenen cayma hakkı, bilgilendirme, teslimat ve diğer hususlardaki yükümlülüklerine dair her bir işleme ilişkin bilgi ve belgeyi üç yıl boyunca saklamak zorunda olduğunu düzenlemiştir. Aynı hüküm uyarınca, “*oluşturdukları sistem çerçevesinde, uzaktan iletişim araçlarını kullanmak veya kullandırmak suretiyle satıcı veya sağlayıcı adına mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık edenler, bu Yönetmelikte yer alan hususlardan dolayı satıcı veya sağlayıcı ile yapılan işlemlere ilişkin kayıtları üç yıl boyunca tutmak ve istenilmesi halinde bu bilgileri ilgili kurum, kuruluş ve tüketicilere vermekle yükümlüdür*” (Yönetmelik m. 20). Böylece satıcı/sağlayıcı ile beraber aracılık edenlerin de kayıt tutma yükümlülüğü üç yıllık süre ile sınırlandırılmış olmaktadır.

d. Aracılık hizmetine ilişkin sözleşmeye uygun davranma yükümlülüğü

Aracılık edenlerin satıcı veya sağlayıcı ile aralarındaki sözleşmeye uygun davranma yükümlülüğü TKHK m. 48(5)’te “*ancak bu fıkra kapsamında aracılık edenler, satıcı veya sağlayıcı ile yaptıkları sözleşmeye aykırı fiillerinden dolayı sorumludurlar*” şeklinde yer almakta ve tartışmalı olmakla birlikte buradaki sorumluluğun, kanun koyucunun ifade biçimine rağmen, tüketiciye karşı olduğu kabul edilmektedir. Hükümün değişik şeklinde iki husus vurgulanarak mevcut tereddütler ortadan kaldırılmıştır. TKHK değişik m. 48(6)ç hükmü uyarınca, aracı hizmet sağlayıcılar “*satıcı veya sağlayıcı ile yaptıkları aracılık hizmetine ilişkin sözleşmeye aykırı uygulamaları nedeniyle satıcı ve sağlayıcıların bu madde hükümlerine aykırı davranmasına sebep oldukları her bir işlemde*” sorumludur. Buna göre aracı hizmet sağlayıcıların sorumluluğu, aracılık hizmetine ilişkin sözleşmeye uygun davranmamak suretiyle satıcı ve sağlayıcıların TKHK m. 48 hükmüne aykırı hareket etmesine yol açmalarından kaynaklanmaktadır. Başka bir deyişle düzenlemenin konusu, salt aracı hizmet sağlayıcı ile satıcı/sağlayıcı arasındaki sözleşmenin ihlalden doğan sorumluluk değildir. Esasen sözleşmeye uygun davranma yükümlülüğü TBK’nın ilgili hükümlerinden kaynaklanır ve diğer âkide karşıdır. Bu hükümün uygulama alanı ise aracı hizmet sağlayıcının sözleşmeyi

ihlali yüzünden satıcı/sağlayıcının TKHK m. 48'e aykırı hareket etmek durumunda kaldığı hallerle sınırlıdır³³.

Hükümün yeni haliyle açıklığa kavuşturulan ikinci husus, sorumluluğun muhatabıdır. Her ne kadar kanun koyucu özellikle bu bentte düzenlenen sorumluluğun “tüketiciye karşı” olduğunu açıkça ifade etmemişse de aynı fıkranın diğer bentleriyle birlikte değerlendirildiğinde, hükümün aracı hizmet sağlayıcının tüketiciye karşı sorumluluğunu düzenlediği anlaşılmaktadır. Böylece aracı hizmet sağlayıcı, satıcı/sağlayıcı ile arasındaki aracılık hizmetine ilişkin sözleşmeye aykırı uygulamalarda bulunur ve onun bu uygulamalarının sonucu olarak satıcı/sağlayıcı da TKHK m. 48 hükmüne aykırı davranırsa, bu şekilde gerçekleşen her bir işlem bakımından, aykırılığın tüketiciyi etkileyen sonuçlarından sorumludur.

e. Teslim veya ifa ile cayma hakkına ilişkin yükümlülükler

Kanun koyucu, TKHK değişik m. 48(6)d hükmünde aracı hizmet sağlayıcının “satıcı veya sağlayıcı adına bedel tahsil etmesi hâlinde, mal veya hizmetin tüketiciye teslim veya ifası sonrası bedelin satıcıya veya sağlayıcıya aktarıldığı durumlar ile 11 inci ve 15 inci maddelerde yer alan hakların kullanımı hariç olmak üzere teslim veya ifa ile cayma hakkına ilişkin yükümlülüklerden satıcı veya sağlayıcı ile birlikte müteselsilen” sorumlu olacağını düzenlemiştir. Hükümün açık ifadesiyle, TKHK m. 48(5)'te yer alan kayıt tutma ve bilgileri paylaşma yükümlülüğüne ilişkin olarak tartışılan, aracılık edenin sorumluluğunun bedel tahsil etmesine bağlı olup olmadığı meselesi de çözülmüş olmaktadır. TKHK değişik m. 48 hükmünde aracı hizmet sağlayıcının sorumluluğu belirlenirken sadece m. 48(6)d ile düzenlenen “teslim veya ifa ile cayma hakkına ilişkin yükümlülüklerden müteselsil sorumluluk” için bedel tahsil etme şartı aranmış, diğer hususlarda bu şartın arandığı anlamına gelecek bir ifade kullanılmamıştır. Böylece aracı hizmet sağlayıcının, teslim veya ifa ile cayma hakkına ilişkin yükümlülükler dışında kalan diğer yükümlülüklerinin ihlali halinde sorumlu tutulabilmesi için, satıcı/sağlayıcı adına bedel tahsil edip etmediğine bakılmayacaktır. Başka bir deyişle aracı hizmet sağlayıcı bu yükümlülüklerden, bedel tahsil etmesinden bağımsız olarak, satıcı/sağlayıcı ile müteselsilen sorumlu olacaktır³⁴.

³³ Gerekeçede bu husus “aracı hizmet sağlayıcıların, satıcı veya sağlayıcılar ile olan sözleşmelerine uymaması nedeni ile bu maddede yer alan düzenlemelere aykırılığa neden olmaları durumunda, aykırılık teşkil eden her bir işlemde sorumlu oldukları” şeklinde ifade edilmiştir. <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss320.pdf>>, Erişim Tarihi 10 Mayıs 2022.

³⁴ Doktrinde aracılık edenlerin kayıt tutma ve gerektiğinde bilgileri paylaşma yükümlülüğünün satıcı/sağlayıcı adına bedel tahsil etmelerine bağlı olduğu düşüncesi, TKHK m. 48(5) hükmünün gerekçesi sebebiyle savunulmuştur (Çabri, s. 770; Uzun Kazmacı, s. 2811). Buna karşılık gerekçeyi dikkate almayan başka bir görüş aracılık edenlerin yükümlülüklerini bedel

(1) Teslim veya ifaya ilişkin yükümlülükler

Mesafeli sözleşmelerde satıcı/sağlayıcının teslim veya ifaya ilişkin yükümlülükleri, Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği m. 16 ile belirlenmiştir. Buna göre satıcı veya sağlayıcının temel yükümlülüğü, tüketicinin siparişinin kendisine ulaştığı tarihten itibaren taahhüt ettiği süre içinde edimini yerine getirmektir. Mal satışlarında, taahhüt edilen süre otuz günü geçemez³⁵. Söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde tüketici sözleşmeyi feshedebilir. Fesih durumunda satıcı/sağlayıcının, varsa teslimat masrafları da dâhil olmak üzere tahsil edilen tüm ödemeleri, fesih bildiriminin kendisine ulaştığı tarihten itibaren on dört gün içinde, kanuni faiziyle birlikte tüketiciye geri ödemesi, ayrıca tüketiciyi borç altına sokan kıymetli evrak ve benzeri belgeler mevcutsa bunları da iade etmesi gerekir. Sipariş konusu mal ya da hizmet ediminin yerine getirilmesi imkânsız hale gelirse, satıcı/sağlayıcı bu durumu öğrendiği tarihten itibaren üç gün içinde tüketiciye yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bilgi vererek, varsa teslimat masrafları da dâhil olmak üzere tahsil edilen tüm ödemeleri, bildirim tarihinden itibaren en geç on dört gün içinde iade etmek zorundadır. Malın stokta bulunmaması, mal ediminin yerine getirilmesinin imkânsızlaşması niteliği taşımaz (Yönetmelik m. 16).

Kanun koyucu TKHK değişik m. 48(6)d hükmünde, aracı hizmet sağlayıcının, teslim ve ifaya ilişkin yükümlülüklerden, satıcı ve sağlayıcı ile birlikte müteselsilen sorumlu olacağını düzenlemiştir. Müteselsil sorumluluk için aranan temel şart, aracı hizmet sağlayıcının satıcı veya sağlayıcı adına bedel tahsil etmesidir. Bedel tahsil etmeyip sadece satıcı ve sağlayıcı ile tüketicinin iletişime geçmesine aracılık eden ve esasen yer sağlayıcı niteliği taşıyan internet sitelerinin sorumlulukları, satıcı ve sağlayıcı ile aralarındaki sözleşme hükümleri çerçevesinde gerçekleşir³⁶.

Aracı hizmet sağlayıcının müteselsil sorumluluğunun istisnaları, “*mal veya hizmetin tüketiciye teslim veya ifası sonrası bedelin satıcıya veya sağlayıcıya aktarıldığı durumlar ile 11 inci ve 15 inci maddelerde yer alan hakların kullanımı*

tahsil etmelerinden bağımsız olarak değerlendirmiştir (İnceoğlu/Baş Süzel, s. 475 vd; Özbay Özdoğru, s. 60).

³⁵ Konuya ilişkin TKHK değişik m. 48(3) hükmünde yapılan değişiklikle niteliği itibarıyla farklılık arz edebilen ve tüketicilerin özel istek ve ihtiyaçları doğrultusunda hazırlanan malların tesliminin, tüketicinin bilgilendirilmesi ve onayı ile mesafeli sözleşmelerde genel kural olan otuz günde teslim veya ifa edilme yükümlülüğünden istisna tutulması düzenlenmiştir.

³⁶ Değişiklikten önceki TKHK m. 48(5) hükmünün gerekçesinde, aracılık edenlerin kayıt tutma yükümlülüğü de bedel tahsil etmelerine bağlanmıştır. TKHK ve Yönetmelik hükümlerinde sorumluluğu düzenlenen kişilerin, oluşturdukları sistem çerçevesinde satıcı veya sağlayıcıların mal ve hizmetlerinin uzaktan iletişim araçları ile tüketicilere ulaşmasına aracılık eden ve aynı zamanda satıcı ve sağlayıcı adına tüketiciden mal ve hizmetlerin bedelini tahsil eden kişiler olduğu hususunda bkz. Uzun Kazmacı, s. 2811.

hariç olmak üzere” ifadesiyle belirtilmiştir (TKHK değişik m. 48(6)d). Buna göre aracı hizmet sağlayıcının teslim ve ifaya ilişkin yükümlülüklerden satıcı/sağlayıcı ile birlikte müteselsilen sorumlu tutulabilmesi için tüketici ile satıcı/sağlayıcı arasında yapılan sözleşme gereği ödenmesi gereken bedelin, mal veya hizmetin ifası sonrası satıcı/sağlayıcıya aktarılmamış olması gerekir³⁷. Aracı hizmet sağlayıcının müteselsil sorumluluğunun önüne geçen bir diğer husus, m. 11 ve m. 15 ile düzenlenen hakların kullanımınıdır³⁸. Böylece tüketicinin ayıplı mal veya hizmet teslimi veya ifasıyla karşı karşıya kalması sebebiyle kendisine tanınmış olan seçimlik haklarını kullandığı durumlarda, artık aracı hizmet sağlayıcının TKHK değişik m. 48(6)d kapsamında sorumluluğundan bahsedilemez.

(2) Cayma hakkına ilişkin yükümlülükler

Mesafeli sözleşmelerde tüketicinin cayma hakkı, TKHK m. 48(4) hükmünde düzenlenmiştir. Hükme göre tüketici, herhangi bir gerekçe göstermeden ve cezai şart ödemediği sözleşmeden cayabilir. Bunun için on dört gün içinde, cayma hakkını kullandığına dair bildirimini satıcı veya sağlayıcıya yöneltmiş olması yeterlidir. Tüketicinin cayma hakkı hususunda bilgilendirildiğini ispat yükümlülüğü satıcı veya sağlayıcının üzerindedir. Bu bilgilendirme gerektiği şekilde yapılmadığı takdirde, hakkın kullanılması için tabi olunan on dört günlük süre sınırı ortadan kalkar. Her halde bu uzayan süre de cayma süresinin bittiği tarihten itibaren bir yıl sonra sona erer³⁹.

³⁷ Bu husus 7392 sayılı Kanunun gerekçesinde “*bedel kendilerinde kaldığı sürece*” ifadesiyle belirtilmiş bulunmaktadır (<<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss320.pdf>> Erişim Tarihi 10 Mayıs 2022).

³⁸ Tüketici malın ayıplı olduğunun anlaşılması halinde sözleşmeden dönme, bedelden indirim, ücretsiz onarım veya satılanın ayıpsız misliyle değiştirilmesini isteme seçimlik haklarından birini kullanabilir (TKHK m. 11). Hizmetin ayıplı ifa edildiği durumlarda ise tüketicinin hizmetin yeniden görülmesi, hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı, ayıp oranında bedelden indirim veya sözleşmeden dönme haklarından birini satıcıya karşı kullanması mümkündür (TKHK m. 15).

³⁹ Cayma hakkına ilişkin ön bilgilendirmenin yapılmadığı ancak tüketicinin cayma hakkının varlığından haberdar olduğu durumda, satıcının ön bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmemesinin sonuçlarına katlanması gerektiği, tüketicinin ön bilgilendirmenin yapılmamış olmasına dayanarak cayma hakkını on dört günlük süre geçtikten sonra kullanmasının hakkın kötüye kullanılması niteliği taşımayacağı yönünde bkz. Nafiye Yücedağ Göztepe, “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkı”, *TAAD*, 7(27), 2016, s. 673; Ece Baş Süzül, “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Korunması: Cayma Hakkı”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13(169-170), 2018, s. 268. Cayma hakkı süresinin uzamasının ciddi bir yaptırım, hatta bir özel hukuk cezası niteliği taşıdığı yönünde bkz. Baş Süzül, Cayma Hakkı, s. 268.

Cayma hakkının hukuki niteliği tartışmalıdır⁴⁰. Bununla birlikte bunun bir geri alma hakkı olduğu, borçlandırıcı işlemi geriye etkili olarak sona erdirdiği anlaşılmaktadır⁴¹. Bu özelliklerinden hareketle cayma hakkı, “*yasanın korumak istediği belli bir kişiye bahsettiği, varması gerekli tek taraflı irade beyanıyla kullanılan, çok yönlü bozucu yenilik doğuran bir hak*” şeklinde tanımlanmıştır⁴². Gerçekten de tüketiciyi korumak amacıyla öngörülmüş bulunan söz konusu hak, kurulmuş ve sonuçlarını doğurmaya başlamış olan bir sözleşmenin tek taraflı olarak ortadan kaldırılmasına hizmet etmektedir; serbestçe kullanılır⁴³ ve sözleşme ile ortadan kaldırılamayacağı gibi kullanılmasından feragat edilmesi de mümkün değildir⁴⁴.

Tüketicinin cayma hakkını kullanması, kurulmuş ve hükümlerini doğurmaya başlamış olan mesafeli sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması ve taraflar arasındaki ilişkinin bir tasfiye ilişkisine dönüşmesi sonucunu doğurur. Böylece hem tüketici hem de satıcı/sağlayıcı bakımından, ifa edilmiş edimlerin iadesi yükümlülüğü meydana gelir. Bu husus Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği m. 12 ve m. 13 hükümlerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre tüketici, cayma hakkını kullandığına ilişkin bildirimini yönelttiği tarihten itibaren on gün içinde, malı

⁴⁰ Mesafeli sözleşmelerde tüketicinin cayma hakkının, sözleşmeden dönme hakkının özel bir düzenlemesi olarak nitelendirilmesi için bkz. Savaş Bozbel / Murat Atalı, “Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkının Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar”, *AÜEHFD*, IX(1-2), 2005, s. 456; Kuşoğlu/Kalkan, s. 285. Bağımsız bir kavram niteliği taşımayan caymanın, dönmeden başka bir anlamı bulunmadığı yönünde bkz. Buz V, *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, 1. Bası, Yetkin Yayınları 1998, s. 70, dpn. 23. Esas olarak dönme hakkının hukuki niteliğini ve sonuçlarını belirlemeye yönelik olarak yapılmış tartışmaların cayma hakkının niteliğinin belirlenmesinde de yol gösterici olacağına dair bkz. Dönmez, s. 368. Tüketicie tanınan cayma hakkı ile tüketicinin sözleşmeden dönmek istediğinde herhangi bir ödeme yükümlülüğü kalmayacağı, bu hakkı sayesinde tüketicinin hiçbir gerekçe göstermeden ve cezai şart ödemedi cayabileceği hususunda bkz. Ereğ, s. 529.

⁴¹ Çabri, s. 761; İslamoğlu, s. 120.

⁴² Yıldırım, s. 212; Nedim Meriç, “Mesafeli Sözleşmelerin Kurulması ile Cayma Hakkının Kullanılmasına İlişkin 4077 Sayılı Kanunun Hükümlerinin TBK ve HMK Bakımından Değerlendirilmesi”, *İKÜHFD*, 12(1), 2013, s. 118.

⁴³ Tüketicinin cayma hakkını kötüye kullandığına dair iddiaların çok dar yorumlanması gerektiği yönünde bkz. Baş Süzel, Cayma Hakkı, s. 260. Cayma hakkının kötüye kullanılmasına ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. Siegfried Friesen, “Der Widerrufs-Joker im Fernabsatzgeschäft”, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS)*, 28(1), 2017, s. 29-35.

⁴⁴ Uzun Kazmacı, s. 2806; Yıldırım, s. 215, 228. Cayma hakkının kullanılmasının yalnızca ürünün iadesi suretiyle mümkün ve ispat edilmiş olduğunun kabul edilebileceği yönünde bkz. Meriç, s. 120.

satıcı/sağlayıcıya ya da onun yetkilendirdiği kişiye geri göndermek zorundadır⁴⁵. Satıcı/sağlayıcı, malı kendisinin geri alacağına dair teklifte bulunabilir. Cayma süresi içinde malın işleyişine, teknik özelliklerine ve kullanım talimatlarına uygun bir şekilde kullanılması halinde, meydana gelen değişiklik ve bozulmalardan tüketici sorumlu olmaz⁴⁶.

Cayma hakkının kullanılmasının satıcı/sağlayıcı için doğurduğu en önemli yükümlülük, varsa malın tüketiciye teslim masrafları da dahil olmak üzere, tahsil edilen tüm ödemelerin iadesi yükümlülüğüdür⁴⁷. İadenin, cayma hakkının kullanıldığına ilişkin bildirim satıcı/sağlayıcıya ulaştığı tarihten itibaren on dört gün içinde, tüketicinin satın alırken kullandığı ödeme aracına uygun bir şekilde ve tüketiciye herhangi bir masraf veya yükümlülük getirmeden, tek seferde yapılması gerekir. Satıcının ön bilgilendirme kapsamında iade için bir taşıyıcı belirtmiş olması halinde tüketici malı bu taşıyıcı aracılığıyla göndermek zorundadır, aksi halde iadeye ilişkin masraflardan sorumlu olur. Ön bilgilendirmede iade için herhangi bir taşıyıcının belirtilmediği durumda ise tüketiciden iade masrafına ilişkin herhangi bir bedel talep edilemez (Yönetmelik m. 12)⁴⁸.

Kanun koyucu TKHK değişik m. 48(6)d hükmü ile satıcı/sağlayıcı için öngörülmüş olan yükümlülüklerden aracı hizmet sağlayıcının da sorumlu tutulabilmesinin önünü açmış bulunmaktadır. Hükme göre aracı hizmet sağlayıcının

⁴⁵ 2011/83 no'lu Direktif uyarınca cayma halinde geri gönderim masraflarına kural olarak tüketici katlanır. Bu tür bir düzenlemenin cayma hakkının kötüye kullanımını engelleyeceği, ayrıca geri gönderim masraflarına her halde katlanmak zorunda olan satıcının bu maliyeti ürün fiyatına yansıtmasının önüne geçilmesini sağlayacağı yönünde bkz. Mesut Serdar Çekin, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Mesafeli Sözleşmelere Dair Düzenlemelerin AB Hukukuyla Uyumluluğu, Uygulamada Yaşanan Bazı Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13(161-162), 2018, s. 46.

⁴⁶ Tüketiciden olağan kullanım sebebiyle herhangi bir tazminat talebinin mümkün olmadığına dair bkz. Avcı Braun, s. 38. Tüketicinin malı doğasını, işleyişini ve niteliklerini anlamak amacıyla incelemesi halinde sorumluluğunun doğmayacağı, ancak bunun ötesindeki kullanımlar bakımından sorumlu olmayacağı kabulünün cayma hakkının amacıyla çelişkili bir sonuca yol açacağı, tüketicinin malı mağazada satın alacak olsaydı inceleyebileceği ölçünün ötesindeki kullanımlardan sorumlu tutulması gerektiği yönünde bkz. Yücedağ Göztepe, s. 679; Baş Süzel, Cayma Hakkı, s. 296. Bir yandan tüketiciye cayma hakkı verilirken diğer yandan tüketicinin maldaki değer azalmalarından sorumlu tutulmayacağına belirtilmesinin, cayma hakkının amacı dışında kötüye kullanılmasına davetiye çıkarmak anlamına geleceği yönünde bkz. Bozbel/Atalı, s. 472.

⁴⁷ 2011/83 no'lu Direktif, cayma hakkının kullanılmasına rağmen ürün kendisine ulaşmadığı veya ürünün gönderildiği belgelenmediği takdirde satıcıya bedelin iadesini ret imkanı vermektedir. Türk hukukunda da benzer düzenlemenin yapılması gerektiği yönünde bkz. Çekin, s. 47.

⁴⁸ Uygulamada ön bilgilendirmede iade için bir taşıyıcı belirtilmediği takdirde mal, tüketicinin seçtiği taşıyıcı ile "karşı ödemeli" olarak gönderilmektedir. Bkz. Kuğuoğlu/Kalkan, s. 283.

sorumluluğu, öncelikle ancak satıcı ve sağlayıcı adına bedel tahsil etmesi halinde söz konusu olabilir. Aracı hizmet sağlayıcının uzaktan pazarlama sistemi işleterek tüketici ile satıcı/sağlayıcı arasında mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık etmiş olması, sözleşmenin kurulması ve ifasında gerekli iletişimin bu uzaktan pazarlama sistemi üzerinden sağlanması, sorumluluk için yeterli değildir. İkinci olarak aracı hizmet sağlayıcı, yukarıda zikredilen yükümlülüklerin yerine getirilmesinden, tek başına değil, satıcı/sağlayıcı ile birlikte müteselsilen sorumludur.

f. Kampanyalı, promosyonlu veya indirimli satışlara ilişkin yükümlülükler

Aracı hizmet sağlayıcı sıfatıyla mesafeli sözleşmenin kurulmasına aracılık edenlerin satışları artırmak amacıyla belirledikleri mal veya hizmetlere ilişkin olarak kampanyalar düzenlemeleri, promosyonlu veya indirimli satışlar yapmaları mümkündür. Kural olarak bu uygulamaların satıcı/sağlayıcının bilgisi ve onayı dahilinde gerçekleşmesi gerekir, zira hem tüketici ile satıcı/sağlayıcı arasında kurulacak sözleşmenin bedel gibi asli unsurları bu uygulamalardan doğrudan etkilenebilir hem de uygulamalar amacına ulaşmış da satışlar arttığında, durumdan habersiz ve hazırlıksız olan satıcı/sağlayıcı, talebi karşılamakta güçlük çekebilir. Bununla birlikte aracı hizmet sağlayıcının satıcı/sağlayıcının onayı olmaksızın kampanyalı, promosyonlu veya indirimli satışlar düzenlemiş olması halinde, bu kapsamda akdedilen sözleşmelerin geçerliliğini hedef alan bir yaptırım uygulanması, tüketicinin zarara uğramasına yol açacağından, kanunun amacına uygun değildir. Bu noktada kanun koyucu, tüketiciyi doğrudan, satıcı veya sağlayıcıyı ise dolaylı olarak korumuş ve söz konusu satışlardan doğan sorumluluğun, aracı hizmet sağlayıcıya ait olacağını düzenlemiştir. Böylece uygulamada sıklıkla karşılaşılan tedarik edememe, stok yetersizliği gibi sebeplerle sözleşmenin ifa edilmemesi durumuyla karşı karşıya kalan tüketiciye, bu sonucun doğumuna yol açan aracı hizmet sağlayıcıya başvurma imkanı tanınmış olmaktadır. TKHK değişik m. 48(6)e hükmü uyarınca aracı hizmet sağlayıcı, “*satıcı veya sağlayıcı onayı olmaksızın düzenlediği kampanyalı, promosyonlu veya indirimli satışlarda, sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesinden*” sorumludur. Buradaki sorumluluk, tek başına, birinci dereceden sorumluluk niteliği taşır.

2. Aracı Hizmet Sağlayıcının Sorumluluğunun Muhatabı ve Niteliği

a. Aracı hizmet sağlayıcının sorumluluğunun muhatabı

Aracı hizmet sağlayıcı ile satıcı/sağlayıcı ve tüketici arasında farklı sebeplere dayanan iki ayrı hukuki ilişki bulunmaktadır. Bunlardan ilki, aracı hizmet sağlayıcının satıcı/sağlayıcı ile akdettiği sözleşmeye dayanır. Bu sözleşme, aracı hizmet sağlayıcının, satıcı/sağlayıcıya, oluşturduğu uzaktan pazarlama sistemini kullanarak mal veya hizmetlerini satışa sunma imkanı tanıdığı ve bunun karşılığında

götürü bir bedel veya komisyon aldığı, sürekli borç ilişkisi doğuran, isimsiz bir sözleşmedir⁴⁹. Aracı hizmet sağlayıcının bu sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğu, esas itibarıyla satıcı/sağlayıcıya karşıdır⁵⁰.

Aracı hizmet sağlayıcı ile tüketici arasındaki hukuki ilişki ise çoğu kere tüketicinin satıcı/sağlayıcı ile bir mesafeli sözleşme akdetmeden önce tarafı olduğu üyelik sözleşmesi sebebiyle kurulmaktadır⁵¹. Üyelik sözleşmesi, çerçeve sözleşme niteliği taşır ve hem aracı hizmet sağlayıcı hem de tüketicinin, uzaktan pazarlama sisteminin kullanılmasına ilişkin hak ve yükümlülüklerini düzenler. Tüketici ile arasında bir üyelik sözleşmesi kurulmuş olması, bu yönde bir garanti taahhüdü söz konusu olmadıkça, aracı hizmet sağlayıcının, tüketici ile satıcı/sağlayıcı arasında kurulacak mesafeli sözleşmenin ihlalden sorumlu tutulabileceği anlamına gelmez, zira aracı hizmet sağlayıcı mesafeli sözleşmenin tarafı değildir. Bununla birlikte TKHK değişik m. 48(6) hükmü, aracı hizmet sağlayıcıyı tüketicinin talep ve bildirimlerini iletip takip edebilecekleri bir sistemin kurulması ve açık tutulması ile yükümlü kılmış, tüketiciye ön bilgilendirme yapılmasından, ön bilgilendirmenin teyidi ve ispatından, ön bilgilendirmedeki eksikliklerden, kayıt tutulması ve gerektiğinde bu bilgilerin paylaşılmasından, aracılık sözleşmesine aykırı uygulamaları nedeniyle satıcı ve sağlayıcıların bu madde hükümlerine aykırı davranmasına sebep oldukları işlemlerden, satıcı veya sağlayıcı adına bedel tahsil etmesi hâlinde teslim veya ifa ile cayma hakkına ilişkin yükümlülüklerden, satıcı veya sağlayıcı onayı olmaksızın düzenlediği kampanyalı, promosyonlu veya indirimli satışlarda sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesinden, sorumlu tutmuştur.

⁴⁹ İnceoğlu/Baş Süzel, s. 479; Özbay Özdoğru, s. 66.

⁵⁰ Aracılık edenin satıcı/sağlayıcı ile arasındaki sözleşme gereği yürüttüğü aracılık faaliyetinin gereği olarak uzaktan pazarlama sistemini kurarak işletmekle yükümlü olduğu, sistemin teknik hakimiyeti kendisinde bulunduğundan satıcı/sağlayıcının uzaktan pazarlama sistemi üzerinden yerine getirmesi gereken yükümlülüklerin aracılık eden tarafından üstlenilmesinin bu sözleşmenin örtülü içeriğinde mevcut bulunduğu, aracılık edenin satıcı/sağlayıcı adına üstlendiği bu yükümlülüklerin TKHK ve Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği kapsamında öngörülen tüketiciyi koruyucu önlemlerin sağlanmasına ilişkin olduğu yönünde bkz. Özbay Özdoğru, s. 67. Nitekim kanun koyucu TKHK değişik m. 48(6) hükmünde bu önlemlerin alınmasından aracı hizmet sağlayıcıyı da satıcı/sağlayıcı ile birlikte müteselsilen sorumlu tutmuştur.

⁵¹ Doktrinde aracı hizmet sağlayıcı ile tüketici arasındaki hukuki ilişkinin ayrıca bir üyelik sözleşmesinin varlığına bağlı olmadığı, uzaktan pazarlama sistemi üzerinden kurulan her bir mesafeli sözleşme ile birlikte taraflar arasında münferit bir sözleşme ilişkisinin doğduğu, tüketicinin mesafeli sözleşmeyi kurarak aracılık edeni mesafeli sözleşmenin kuruluş ve ifasına kendisini temsilen hareket etmek ve bu kapsamda tüketicinin talep ve bildirimlerini satıcı/sağlayıcıya aktarmak hususunda yetkilendirdiği de ileri sürülmüştür. Bkz. Özbay/Özdoğru, s. 46.

Aracı hizmet sağlayıcının TKHK değişik m. 48(6) hükmüyle düzenlenen sorumluluğu, tüketiciye karşıdır. Kanun koyucu, aracı hizmet sağlayıcı ile tüketici arasında bir üyelik sözleşmesi kurulmuş olup olmamasını dikkate almaksızın, tüketicinin korunmasını amaçlayan bir dizi yükümlülüğünü ihlal ettiği takdirde, aracı hizmet sağlayıcının, belirlenen durumlarda satıcı/sağlayıcı ile birlikte müteselsilen, sorumlu olacağını hükme bağlamış bulunmaktadır.

b. Aracı hizmet sağlayıcının sorumluluğunun niteliği

Aracı hizmet sağlayıcının TKHK değişik m. 48(6) hükmü gereği tüketiciye karşı sorumluluğu, tüketiciye ön bilgilendirme yapılması, teyidi ve ispatı ile teslim veya ifa ile cayma hakkına ilişkin yükümlülükler bakımından satıcı/sağlayıcı ile birlikte müteselsil sorumluluk niteliği taşır. Buna karşılık hükümde belirlenen diğer yükümlülüklerin ihlalinden, aracı hizmet sağlayıcı birinci dereceden ve tek başına sorumludur.

SONUÇ

Kanun koyucu, 7392 sayılı Kanununun 7. maddesiyle, TKHK m. 48 hükmünde, yayımı tarihinden altı ay sonra (1/10/2022) yürürlüğe girmek üzere, önemli değişiklikler yapmıştır. Bu değişiklikler, esas olarak tüketici ile satıcı/sağlayıcı arasında mesafeli sözleşmenin kurulmasına aracılık edenlerin yükümlülükleri ve sorumluluğu hakkındadır. Yeni düzenlemede “*aracılık edenler*” yerine “*aracı hizmet sağlayıcılar*” ifadesi kullanılmış ve böylece Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun m.2-d hükmünde yer alan terminoloji ile paralellik sağlanmış, doktrinde yapılan tanımlara da kısmen kanuni dayanak oluşturulmuştur.

İlgili hükümde yapılan tek değişiklik terminolojiye ilişkin değildir. TKHK m. 48(5) hükmünün önceki versiyonunda, satıcı veya sağlayıcı ile yapılan işlemlerin kaydını tutarak talep halinde bunları ilgili kurum, kuruluş ve tüketicilere vermekle yükümlü kılınan ve satıcı/sağlayıcı ile yaptıkları sözleşmeye aykırı fiillerinden sorumlu olacakları belirtilen “*aracılık edenler*”in tüketiciye yönelik yükümlülüklerinin kapsamı genişletilmiş ve m.48’e eklenen altıncı fıkra ile bir kısmı satıcı ve sağlayıcı ile müteselsilen olmak üzere yeni sorumluluklar detaylı biçimde düzenlenmiştir. Hükme göre aracı hizmet sağlayıcı, tüketicinin talep ve bildirimlerini iletip takip edebileceği bir sistemin kurulması ve açık tutulması ile yükümlüdür. Bu temel yükümlülüğe ek olarak tüketiciye ön bilgilendirme yapılmasından, ön bilgilendirmenin teyidi ve ispatından, ön bilgilendirmedeki eksikliklerden, kayıt tutulması ve gerektiğinde bu bilgilerin paylaşılmasından, aracılık sözleşmesine aykırı uygulamaları nedeniyle satıcı ve sağlayıcıların bu madde hükümlerine aykırı davranmasına sebep oldukları işlemlerden, satıcı veya sağlayıcı adına bedel tahsil etmesi hâlinde teslim veya ifa ile cayma hakkına ilişkin yükümlülüklerden, satıcı veya sağlayıcı onayı olmaksızın düzenlediği kampanyalı,

promosyonlu veya indirimli satışlarda sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesinden de aracı hizmet sağlayıcı sorumlu tutulmuştur. Bu sorumluluğun muhatabı, satıcı/sağlayıcı ile mesafeli sözleşme akdeden tüketicidir.

Aracı hizmet sağlayıcının TKHK değişik m. 48(6) hükümü gereği tüketicie karşı sorumluluğu, tüketicie ön bilgilendirme yapılması, teyidi ve ispatı ile teslim veya ifa ile cayma hakkına ilişkin yükümlülükler bakımından satıcı/sağlayıcı ile birlikte müteselsil sorumluluk niteliği taşır. Buna karşılık hükümde belirlenen diğer yükümlülüklerin ihlalinden, aracı hizmet sağlayıcı birinci dereceden ve tek başına sorumludur.

KAYNAKÇA

- Baş Süzel E, “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Sözleşmenin Kurulmasından Önce Korunması: Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(2), 2018, s. 339-369. (“Ön Bilgilendirme”)
- Baş Süzel E, “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Korunması: Cayma Hakkı”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13(169-170), 2018, s. 257-307. (Kısaltılmışı: “Cayma Hakkı”)
- Bozbel S/Atalı M, “Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkının Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar”, *AÜEHFD*, IX(1-2), 2005, s. 451-474.
- Avcı Braun C, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Mesafeli Sözleşmeler”, *YÜHFD*, XII(2), 2015, s. 17-45.
- Busch C, “Effektiver Verbraucher-Schutz im Online-Handel: Verantwortung und Haftung von Internetplattformen”, *Verbraucherzentrale Bundesverband*, 22 November 2019, <https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2020/02/12/vzbv_gutachten_verbraucherrechtliche_plattformhaftung.pdf> Erişim Tarihi 7 Mayıs 2022.
- Buz V, *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, 1. Bası, Yetkin Yayınları 1998.
- Can M Ç, “Yargıtayın ‘Çiçek Sepeti’ Kararı Perspektifinde Elektronik Ticarete Aracı Hizmet Sağlayıcılarının Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler”, *Prof. Dr. Rıza AYHAN’a Armağan*, Cilt I, Yetkin Yayınları 2022, s. 683-709.
- Çabri S, *6502 Sayılı Kanun’a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 1. Bası, Adalet Yayınevi, 2016.
- Çekin M S, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Mesafeli Sözleşmelere Dair Düzenlemelerin AB Hukukuyla Uyumluluğu, Uygulamada Yaşanan Bazı Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13(161-162), 2018, s. 37-58.
- Dönmez Z, “2011/83/EU Sayılı Tüketici Hakları Direktifi ve Bu Direktifin Mesafeli Sözleşmeler Alanında Türk Hukuku’na Yansımaları”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(1), 2016, s. 351-380.
- Durak Y, “Güven Sorumluluğu ve Culpa in Contrahendo”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25(1), 2017, s. 239-288.
- Erek G, “6502 Sayılı Kanun Uyarınca Mesafeli Sözleşmelerin Unsurları, Satıcı/Sağlayıcının Ön Bilgilendirme Yükümü ve Tüketicinin Cayma Hakkı”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18(1), 2019, s. 517-536.

- Friesen S, “Der Widerrufs-Joker im Fernabsatzgeschäft”, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS)*, 28(1), 2017, s. 29-35.
- İnceoğlu M/Baş Süzel, E, “Mesafeli Sözleşme Kurulmasına Aracılık Edenlerin Tüketickiye Karşı Sorumluluğu (TKHK m.48/f.5)”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15(89-190), 2020, s. 475-491.
- İslamoğlu G, “Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 13(145), 2018, s. 115-124.
- Kuğuoğlu D/Kalkan N, “Mesafeli Sözleşmeler”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 90(4), 2016, s. 269-290.
- Meriç N, “Mesafeli Sözleşmelerin Kurulması ile Cayma Hakkının Kullanılmasına İlişkin 4077 Sayılı Kanunun Hükümlerinin TBK ve HMK Bakımından Değerlendirilmesi”, *İKÜHFD*, 12(1), 2013, s. 103-124.
- Özbay Özdoğru Z, *İnternet Ortamında Faaliyet Gösteren Aracılık Edenlerin Mesafeli Sözleşmeden Dolayı Tüketickiye Karşı Sorumluluğunun Şartları*, 1. Bası, On İki Levha Yayınları, 2022.
- Sert Sütçü S, “Mesafeli Sözleşmelerin Kurulmasına Aracılık Edenlerin Tüketici Hukuku Bağlamında Sorumluluğunun Belirlenmesi”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1), 2021, s. 276-287.
- Terzi S, “Mesafeli Sözleşmelerde Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü ve Sonuçları”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 12(129), 2017, s. 132-139.
- Topaloğlu M, “Mesafeli Sözleşmeler”, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(3), 2016, s. 13-50.
- Uzun Kazmacı Ö, “İnternet Ortamında Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması”, *Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, MÜHFHAD*, 22(3), 2016, s. 2791-2818.
- Yıldırım A, *Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*, 1. Bası, On İki Levha Yayınları, 2009.
- Yücedağ Göztepe N, “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkı”, *TAAD*, 7(27), 2016, s. 667-690.

KAMBIYO SENETLERİNDE YETKİSİZ TEMSİL VE TEMSİL YETKİSİNİN KÖTÜYE KULLANILMASI SORUNLARI

Muhammed SULU*

ÖZET

Kredi, teminat ve ödeme araçları olan kambiyo senetleri bakımından tedavül sözleşmesinin temsilci aracılığı ile yapılması mümkündür. Bu imkân bir taraftan hayatı kolaylaştırırken, diğer taraftan yetkisiz temsil ve temsil yetkisinin kötüye kullanılması hallerinde olduğu gibi çeşitli hukuki problemlere sebebiyet vermektedir. Uygulamada sıklıkla karşılaşılan bu iki durumun nitelendirmesini yapabilmek için öncelikle kambiyo hukukundaki temsil kurumuna ilişkin incelemelerin yapılması gereklidir. Akabinde kambiyo senetlerinde yetkisiz temsil ve temsil yetkisinin kötüye kullanılması halleri, temsilcinin yetkisiz olduğu döneme dair “geçmiş tarihli” imza atmasının akıbeti ve temsilcinin yetkisiz olsa dahi tacir yardımcısı olduğu durumlarda yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk bağlamında tacirin sorumluluğu çalışmada irdelenecek problemlerdendir.

Anahtar Kelimeler: *Temsil, Yetkisiz Temsil, Temsil Yetkisinin Kötüye Kullanılması, Kambiyo Senetleri, Yardımcı Kişilerin Fiilinden Sorumluluk*

PROBLEMS OF UNAUTHORIZED REPRESENTATION AND ABUSE OF REPRESENTATION POWER IN BILLS OF EXCHANGE

ABSTRACT

In terms of bills of exchange, which are credit, collateral and payment instruments, it is possible to conclude a circulation contract through a representative. While this opportunity makes life easier, on the other hand, it causes various legal problems such as unauthorized representation and abuse of representation power. In order to be able to characterize these two situations, which are frequently encountered in practice, first of all, it is necessary to examine the representation institution in law

* **Dr. Öğr. Üyesi,** İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı

/İSTANBUL, e-posta: msulu@29mayis.edu.tr,

ORCID: 0000-0001-9634-2272

DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1095168

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 29/03/2022

Yayımlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 03/06/2022

of commercial papers. Subsequently, the cases of unauthorized representation in bills of exchange and abuse of representation power, the fate of the representative's signing with "past date" regarding the period of his/her unauthorized period, and the responsibility of the merchant in the context of the liability of the assistant's act in cases where the representative is an assistant merchant even if he/she is unauthorized are among the problems that will be examined in the study.

Keywords: *Representation, Unauthorized Representation, Abuse of Representation Power, Bills of Exchange, Responsibility for the Act of Assistants*

GİRİŞ

Hukuk aleminde doğacak bir işlemin –bazı istisnalar saklı kalmak kaydı ile- o işleme taraf olacak kişi tarafından bizzat yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Kanun koyucu; kolaylık, uzmanlık veya fiili zorunluluk gibi saiklerle mevzuatın çeşitli yerlerinde temsile ilişkin hükümler vazetmiştir. Bu hükümlerin pek çoğuna, hızın ve kolaylığın ayrı öneminin bulunduğu ticaret hayatına ilişkin mevzuatta tesadüf etmek mümkündür. Teknolojinin baş döndüren gelişimi karşısında halen ticaret hayatının vazgeçilmez unsurlarından olan kambiyo senetlerinin de sıklıkla temsilci aracılığı ile düzenlendiği müşahade edilmektedir. Kambiyo senetlerinin temsilci aracılığı ile düzenlenebilmesi bir taraftan ticaret hayatını kolaylaştırırken, diğer taraftan yetkisiz bir şekilde düzenlenen kambiyo senetleri ile piyasadaki işlem güvenliğini sarsabilmektedir.

Yetkisiz temsilcinin hukuki sorumluluğuna ilişkin Türk Ticaret Kanunu m. 678 hükmü ayrı tutulacak olursa, temsile ilişkin Türk Borçlar Kanunu'ndaki genel hükümler, kambiyo senetlerinde temsile ilişkin de uygulama alanı bulmaktadır. Bu bağlamda kambiyo senetlerinde yetkisiz temsile ilişkin bazı sorunların irdelenmesine geçmeden evvel, temsile ilişkin genel hükümlerin ve yetkisiz temsil hallerinin zikredilmesinde fayda vardır.

Kambiyo senetlerinde yetkisiz temsile ilişkin uygulamada en fazla gözlemlenen durumlardan biri zaman bakımından yetkisizliğe ilişkindir. Başka bir anlatımla, temsil yetkisi hitama erdikten sonra kişilerin geçmiş tarihli kambiyo senedi düzenleyerek temsil olunanları borç altına soktukları iddialarına yargı kararlarında sıklıkla tesadüf edilmektedir. Yine bu bağlamda sahip olunan temsil yetkisinin kötüye kullanılması ile temsil olunan tarafından verilen talimata uygun davranılmaması halleri de yetkisiz temsil ile ilgili özel olarak değinilmesi gereken durumlardandır.

Çalışmada kambiyo senetlerinde yetkisiz temsile ilişkin güncel bazı sorunlar ve bu sorunların çözümüne ilişkin hukuki rejim, güncel yargı kararları, mukayeseli hukuk ve uygulama örnekleri ile irdelenmeye gayret edilecektir.

I. GENEL OLARAK TEMSİL İLİŞKİLERİ VE YETKİSİZLİK

Haksız fiillerin gerçekleştirilmesi ile nişanlanma, evlenme gibi kişiye sıkı surette bağlı hakların kullanılması veya borçlunun kişisel özelliklerinin önem arz ettiği kişisel edimler haricindeki hukuki işlemlerde temsil söz konusu olabilir. Bir kambiyo senedinin düzenlenmesi de, hukuki bir sonuç doğurmayı amaçlayan ve hukuk düzeninin hukuki sonuç öngördüğü irade beyanlarından¹ olduğu için temsilci ile gerçekleştirilebilir. Temsil ilişkisini, temsil ile yapılan hukuki işlemde doğan hak ve borçların doğrudan temsil olunana ait olup olmamasına göre doğrudan veya dolaylı temsil olarak ikiye ayırmak mümkündür. Yine temsil gücünün kaynağını hareket noktası olarak kanuni temsil ve iradi temsil olmak üzere farklı bir sınıflandırmaya gidilebilir².

Kambiyo senedi düzenlemek şahsa sıkı sıkıya bağlı işlemlerden olmadığından dolayı pekala temsilci aracılığı ile de yapılabilir³. TBK m. 504/3'ten temsilcinin kambiyo taahhüdünde bulunabilmesi için özel olarak yetkilendirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bu itibarla, kanunda hususen yetkilendirilen ticari temsilci (TBK m. 548/1) gibi kişiler bir tarafa ayrılırsa bir kişinin başkası adına kambiyo taahhüdünde bulunabilmesi için özel olarak yetkilendirilmesi şarttır. Kambiyo senetlerinin temsilci aracılığı ile düzenlenmesi hali, bir doğrudan temsil durumudur. Bu durumda, temsil ilişkisine dayanılarak kambiyo senedine atılan imza sonucunda o imzanın sebep olacağı tüm hak ve borçlar doğrudan temsil olunanın bünyesinde doğar. Başka bir deyişle, kambiyo senedine dayalı borç ilişkisi lehdar ile temsil olunan arasında gerçekleşir. Kuşkusuz dolaylı temsil ile bir kambiyo senedi düzenlenmesi de mümkündür, fakat ekseriyetle uygulamada “temsilen”, “temsilcisi”, “vekaleten”, “yerine”, “adına” gibi ifadelerin kullanılarak kambiyo senedinin tanzim edilmesi hallerinin tamamında doğrudan temsil söz konusu olur. Yargıtay da, temsil yetkisinin varlığına rağmen bu durum belirtilmeksizin kambiyo senedinin imzalandığı durumlarda doğrudan temsil olunanın sorumlu olacağına karar vermiştir⁴. Kanaatimizce bu durumun çek ve bono için ayrı ayrı

¹ Hukuki işlem kavramı için bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt 1*, 5. Bası, Filiz Kitabevi, 2010, s. 84.

² Kambiyo senetlerinde genel temsil ilişkileri hakkında Alman hukukundaki açıklamalar için bkz. Alfred Hueck/Claus-Wilhelm Canaris, *Recht der Wertpapiere*, 12. Bası, 1986, § 6 II vd.

³ Çek Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrasına göre, gerçek kişiler, temsilci veya vekil aracılığı ile çek düzenleyemezler. Temsilci aracılığı ile çek düzenleyen gerçek kişilerin hukuki ve cezai sorumlulukları mevcuttur.

⁴ “...Somut olayda, dava konusu çek hesabının davalı ...'a ait Hayvancılık ve..... adına kayıtlı olduğu, davalı ... tarafından düzenlenen vekaletname uyarınca davalı ...'in dava konusu çekleri temsilci sıfatını belirtmeksizin imzaladığı, davacının da dava dışı kişiden ciro yoluyla çekleri aldığı anlaşılmaktadır. "Gerek kanuni, gerek akdi temsilci, yetkisini kullanarak senedi

değerlendirilmesi gerekir. Şöyle ki, anılan Yargıtay kararındaki gibi temsil yetkisinin varlığına rağmen temsilci sıfatı belirtilmeden imzalanan çeklerin sorumluluğunun doğrudan temsil olunan üzerinde doğması hususunda şüphe duymamak gerekir. Fakat temsilcinin temsilci sıfatını belirtmeksizin bonoyu imzalaması halinde kanaatimizce bonodan temsil olunan değil, bonoyu imzalayan temsilci sorumlu olmalıdır. Zira tedavül sözleşmesi aşamasında borçlunun kimliği lehdar bakımından önem arz eder. Bu noktada bono hamilinin güveninin korunması esas olacağından dolayı ve TBK m. 40/2 hükmündeki şartların da somut olayda bulunmamasına bağlı olarak, temsil olgusuna rağmen sıfatını belirtmeyen temsilcinin bonodan bizzat sorumlu olması gerekir.

Temsil türlerinin ikinci ayırımına gelindiğinde kambiyo senetlerinde temsil hali bazen kanuni bazen ise iradi olarak gerçekleşebilir. Şöyle ki, kambiyo senedini tanzim eden temsilcinin temsil gücünün kaynağı yalnızca temsil olunanın irade beyanından veya sözleşmeden kaynaklanıyorsa iradi temsilden söz edilir. Şayet temsil kudretinin kaynağı kanundan doğuyorsa kanuni temsilden bahsetmek gerekir. Temsil yetkisinin kapsamını, temsil gücünün kaynağı belirler⁵. Temsil kudretinin kaynağı temsil olunanın iradesinden de, kanundan da doğsa hukuken muteber bir temsil ilişkisinden söz edebilmek için temsilcinin o hukuki işlem bakımından yetkili olması lazım gelir. Uygulamada yetkisiz temsilin ortaya çıkabileceği başlıca haller şunlardır⁶: Evvela temsilciye hiçbir zaman temsil yetkisi verilmemiş veyahut verilen temsil yetkisi irade fesadı sebebiyle kesin hükümsüz hale gelmiş olabilir. İkinci olarak, temsilci kendisine verilen temsil yetkisinin sınırlarını konu ve miktar/meblağ bakımından aşmış veyahut temsil olunanın vermiş olduğu talimata başka bir kapsamda uymamış olabilir. Nitekim TTK m. 678 hükmünün son cümlesinde yetkisini aşan temsilcinin de yetkisiz temsil hükümlerine tâbi olacağından bahsedilmektedir. Yine temsilciye başta verilmiş olan temsil yetkisi daha sonra herhangi bir sebeple geri alınmış olabilir ve uygulamada da sıklıkla karşılaşıldığı gibi yetkisiz temsilci, temsil yetkisine sahip olduğu zamana ilişkin geçmiş tarihli

imzaladığı takdirde, temsil olunan borçlanmış olur. Temsilcinin, imzayı temsil durumunu belli etmek suretiyle atmış olup olmamasının, bu bakımdan farkı yoktur." (Prof. Dr. Fırat Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, sh. 404) Bu durumda, çeklerden sadece çek hesap sahibi ... sorumlu olduğundan, temsilci sıfatını belirtmeksizin çekleri imzalayan davalı ... yönünden davanın reddi gerekirken, bu davalı yönünden de davanın kabulüne karar verilmesi yerinde görülmemiş kararın bozulması gerekmiştir..." Yargıtay 11 HD., 2014/11632 E., 2015/531 K., 16.01.2015 T. <www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi 28.07.2021.

⁵ Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuk Lügatı*, 3. Bası, Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü, 1991, s. 334.

⁶ Bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 720; Fikret Eren/Ünsal Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt I*, Yetkin Yayınları, 2022, s. 1005; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Yetkin Yayınları, 2021, s. 412; O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V.1, 1, 2*, Bası, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 642.

kambiyo senedi tanzim edebilir. Bunların dışında, temsil yetkisinin temsil olunanın iradesi ve menfaati hilafına kötüye kullanıldığına da tesadüf etmek mümkündür. Ayrıca görünüşte başkası adına, fakat aslında kendi hesabına hareket edilen durumlarda da adına hareket edilen kişi işlemin tarafı haline gelmez ve yetkisiz temsil söz konusu olur⁷. Ezcümle, bir kimsenin gerekli yetkiye sahip olmadığı halde bir başkası adına hukuki işlem yapmasına yetkisiz temsil denir⁸.

II. ADİ BORÇ İLİŞKİLERİNDE YETKİSİZ TEMSİLİN HUKUKİ SONUÇLARI

Çalışmanın başında, yetkisiz temsilcinin hukuki sorumluluğuna ilişkin düzenleme hariç olmak üzere TBK'daki temsil hükümlerinin kambiyo senetlerinde temsil hakkında da uygulanacağından bahsedilmişti. Bu bağlamda zikretmek istediğimiz ilk husus, TBK m. 40/2 hükmüdür. Bahsi geçen kanuni düzenlemeye göre, temsilcinin, hukuki işlemi yaparken temsilci olduğunu bildirmemesi halinde, hukuki işlemin sonuçları kendisine ait olacak, ancak hukuki işlemin karşı tarafı bir temsil ilişkisinin varlığını durumdan çıkarıyor veya çıkarması gerekiyor ya da hukuki işlemi temsilci veya temsil olunandan biri ile yapması farksız olacak ise, hukuki işlemin sonuçları doğrudan doğruya temsil olunan üzerinde doğacaktır. Bu hallerin söz konusu olmadığı bir durumda ise yetkisiz temsil meydana gelecektir. TBK m. 46 ve devamı hükümlerine göre ise yetkisiz temsil sonucunda yapılan bir hukuki işlem askıda hükümsüzdür⁹. Temsil olunanın vereceği icazet ile işlem baştan itibaren geçerlilik kazanabilir. İcazet verme, kurucu yenilik doğuran bir hak olması hasebiyle sadece üçüncü kişiye varması gerekli tek taraflı yenilik doğurucu hukuki işlem ile kullanılır¹⁰. Bu icazet açık olabileceği gibi örtülü de olabilir. Bu bağlamda kambiyo senetlerinde temsil bakımından da geçerli olduğunu düşündüğümüz katlanma suretiyle yaratılan hukuki görünüşe dayalı temsil yetkisine (“duldungsvollmacht”) ve ihmal suretiyle yaratılan hukuki görünüşe dayalı temsil yetkisine (“anscheinsvollmacht”) hususen değinmek gerekir.

Özel hukuk ilişkilerinde ve bilhassa ticaret hukukunun kapsamına giren alanlarda güven olgusuna atfedilen önem çok büyüktür. Zira güvenin bulunmadığı

⁷ Cevdet Yavuz, *Türk, İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1983, s. 24.

⁸ Selahâttin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Halûk Burcuoğlu/Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, Filiz Kitabevi, 1993, s. 199; Antalya, s. 641; Gümüş, s. 412.

⁹ Önemle vurgulamak gerekir ki, TTK m. 678 uyarınca kambiyo senetlerinde ileride sayacağımız sebeplerle yetkisiz temsil halinde askıda hükümsüzlük hali kesinlikle söz konusu olmaz. Temsilcinin yetkili olup olmadığının veya icazetin bulunup bulunmadığının tespiti, kambiyo senedinden kimin hukuken sorumlu olacağı noktasında önem arz eder.

¹⁰ Andreas von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı Cilt 1-2*, 2. Bası, Yargıtay Yayınları, 1983, s. 357; Gümüş, s. 414.

ticari ilişkilerin ve giderek piyasa döngüsünün sürdürülmesi mümkün değildir. Bu itibarla, bir kimse, başka kişiyi kendisinin temsilcisiymiş gibi davrandığını gördüğü ve bu durumu düzeltme imkanı olduğu halde düzeltmeyerek *katlanma yoluyla yarattığı* görünüşün hukuki sonuçlarına da katlanacaktır¹¹. Kocayusufpaşaoğlu'na göre, bir kerelik uygulama dahi hukuki görünüşün gerçekleşmesi için yeterlidir¹². Yargıtay da, bir şirket çalışanının bankada şirket adına uzun süreden beri yaptığı işlemlere sessiz kalınması, bankadan çektiği paraların alınıp şirket kayıtlarına geçirilmesi halinde artık yetkisizliğin ileri sürülemeyeceğini, bu durumda örtülü olarak verilmiş bir temsil yetkisinin varlığının bulunduğunu belirtmiştir¹³. Zaten aksi durumda, TMK m. 2'nin müsaade etmeyeceği, hakkın kötüye kullanılmasından bahsetmek gerekecekti. *İhmal suretiyle yaratılan* hukuki görünüşe dayalı temsil yetkisinde ise, temsil olunan kişi, ihmalci davranmayıp gereken özeni göstermiş olsaydı, yetkisiz temsil durumunu öğrenmek ve engellemek imkanına sahip olacaktıysa ihmal suretiyle yaratılan bu hukuki görünüşün sonuçlarına katlanmak zorunda tutulmaktadır¹⁴. Başka bir deyişle, gerçekte temsil yetkisi hiç bulunmasa veyahut temsil yetkisi aşılsa dahi, şartlar mevcut ise, "görünüşte temsil" kapsamında bizzat temsil olunan sorumlu olabilir¹⁵. Bu durum, hukukumuzda egemen olan güven ilkesinin doğal bir sonucudur¹⁶.

Katlanma suretiyle yaratılan hukuki görünüşe dayalı temsil yetkisinin tespitinin önemli boyutu ispat meselesine ilişkindir. Nitekim Yargıtay'a göre; "*...Davalı banka, senedi davacı şirket kaşesi ile imzalayan Selahattin'in şirket adına temsilci sıfatıyla hareket ederek başka çekler de imzaladığını, bu çeklerin davacı şirketçe kabul edilip, ödendiğini ileri sürmüştür. Yetkisiz temsilde temsil edilenin, yetkisiz temsilcinin kendi adına imza almasına ses çıkarmayarak, yetkisiz temsil imzasının sonuçlarını yüklediği durumlarda sorumluluğu vardır. Davalı banka, davacı şirketin temsil yetkisi bulunmayan Selahattin'in şirket adına keşide ettiği çekleri ödediğini ileri sürdüğüne göre, davacı şirketin, Selahattin'in yetkisiz*

¹¹ Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz/H. Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 157.

¹² Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 641.

¹³ "...bu şekilde işlem yapılıp, şirket yetkilisi tarafından buna ses çıkarılmamış, daha önce de bu tür işlemler yapılagelmiş ve teamül halini almışsa burada da zımni kabulün varlığı söz konusu olur ki, bu durumda da adına işlem yapılan şirketin sorumluluğunun kabulü gerekir..." Yargıtay HGK., 2011/549 E., 2011/644 K., 19.10.2011 T. <www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi 04.07.2021. Benzer yönde bkz. Yargıtay 11 HD., 2018/4413 E., 2019/6044 K., 01.10.2019 T. <www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi 04.07.2021.

¹⁴ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 641.

¹⁵ Abuzer Kendigelen, *Çek Hukuku*, 6. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 136-137.

¹⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 207. Ayrıca bkz. İsmet Sungurbey, *Medeni Hukuk Sorunları Cilt 1*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1973, s. 90 vd.

*temsiline tahammül gösterip göstermediğinin araştırılması gerekir. Bu durumda mahkemece, davacı şirketin çekle işleyen hesabının bulunduğu bankadan Selahattin'in şirket adına keşide ettiği çeklerin ödenip ödenmediğinin sorularak, sonucuna uygun bir karar verilmelidir...*¹⁷

TTK m. 18/2 hükmü, tacire, *ticaretine ait bütün faaliyetlerde basiretli davranma yükümlülüğü* yüklemektedir¹⁸. Yetkisiz temsil durumunun öğrenilip engellemesinde gösterilmesi gereken özen ölçütünün belirlenmesinde hayatın olağan akışı ve yetkisiz temsil olunan kişinin subjektif durumu da inceleneceğinden, ilgili özen ölçütü tacirler bakımından daha yüksek olmalıdır¹⁹. Her tacir, basiretli bir iş insanının yapması gerektiği gibi, temsilciden geçerli bir temsil belgesi istemeli ve hem bu belgeyi hem de temsilcinin kimlik belgesini incelemelidir²⁰. Bununla birlikte, yetkisiz temsilci ile işlem yapan üçüncü kişi tacirin, basiretli davranmadığı iddiası ile yetkisiz temsilden doğan tüm zarara katlanmasının beklenmesi hakkaniyete aykırıdır. Tacirin basiretli davranma yükümlülüğü, özellikle dürüstlük kuralına aykırı uygulamaları meşrulaştırma gerekçesi olarak kullanılamaz. Ancak kişinin tacir olması, TBK m. 47/1 bağlamında yetkisiz temsil durumunun bilinmesi gerektiğinin ispatı hususunda yetkisiz temsilciye kolaylık sağlar.

Sonuç itibariyle, bir başkası adına hukuki işlem gerçekleştiren kişiye başta veya sonradan açıkça veya örtülü bir şekilde verilmiş bir temsil yetkisi yok ise, veyahut yukarıda zikrolunan katlanma yoluyla veya ihmal suretiyle yaratılan bir hukuki görünüş neticesinde temsil ilişkisinden bahsedilemiyorsa TBK m. 47 uyarınca hukuki işlem geçersiz olacak ve işlemin geçersiz olmasından doğan zararlar yetkisiz temsilciden talep edilebilecektir²¹. Kambiyo senedi dışındaki adi

¹⁷ Yargıtay 19 HD., 1992/9367 E., 1993/8158 K., 30.11.1993 T. <www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi 10.07.2021. Ayrıca bkz. Yargıtay 1 HD., 2014/14859 E., 2016/3060 K., 15.03.2016 T. <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi 16.05.2022. Buna mukabil düzenleyenin temsilci sıfatına sahip olmayan bir kişinin düzenlediği bazı çeklere icazet vermesinin, aynı kişi tarafından düzenlenen diğer tüm çekleri de benimsediği anlamına gelmeyeceği yönündeki karar için bkz. Yargıtay 11 HD., 2017/616 E., 2018/6326 K., 15.10.2018 T. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi 10.07.2021.

¹⁸ Rıza Ayhan/Hayrettin Çağlar/Mehmet Özdamar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, 13. Bası, Yetkin Yayınları, 2020, s. 226-227; Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Arslan Kaya/Füsün Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 269 vd.; İsmail Özgün Karaahmetoğlu, “Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Ölçüsü ve Yargıtay Uygulamasındaki Yeri”, *Legal Hukuk Dergisi*, 10(116), 2012, s. 87 vd.

¹⁹ Serap Helvacı/Bülent Karasu, “Yetkisiz Temsilcinin Hukuki Sorumluluğu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 24(1), 2018, s. 212.

²⁰ Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 24. Bası, Yetkin Yayınları, 2020, s. 77.

²¹ Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun bir *culpa in contrahendo* sorumluluğu olduğu yönünde bkz. Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 13. Bası, Beta Yayıncılık, 2013, s. 111.

borç ilişkilerindeki yetkisiz temsil hallerinde hukuki işlemin varlığına duyulan güvenin boşa çıkması ve işlemin hükümsüz kalması sebeplerinden doğan zararlar yetkisiz temsilci kusursuz dahi olsa kendisinden istenebilir. İlgili hükümde dürüstlük kuralının bir yansıması olarak, işlemin yapıldığı sırada karşı tarafın, kendisinin yetkisiz olduğunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat etmesi halinde, yetkisiz temsilciden zararın giderilmesinin istenemeyeceği vurgulanmaktadır.

III. KAMBIYO SENETLERİNDE YETKİSİZ TEMSİLİN GENEL OLARAK HUKUKİ SONUÇLARI

TTK m. 678 hükmü²² ile kambiyo senetlerinde yetkisiz temsile ilişkin hukuki sonuçlar, genel hükümlerden ayrılmıştır. Kanun koyucu, kambiyo senetlerine piyasada duyulan güveni korumak ve bu senetlerin tedavül kabiliyetlerini artırmak adına yetkisiz temsilci tarafından düzenlenen kambiyo senedini geçersiz kılmamış, bizatihi yetkisiz temsilcinin ilgili senetten sorumlu olduğunu hükme bağlamıştır²³. Domaniç'e göre de, kambiyo senetlerinin tedavül kabiliyetini ve iyiniyetli lehtar ve hamilleri koruma amacı güden TTK m. 678 hükmü, TTK m. 677'de imzaların bağımsızlığı ilkesinin ileri bir türüdür²⁴. Bir başka görüşe göre ise, yetkisiz temsil nedeniyle hükümsüz kılınan işlem sonucunda ödenecek tazminat, kambiyo senetlerindeki ticari hıza yetişemeyeceğinden dolayı genel hükümlerden farklı bir düzenlemeye gidilmiştir²⁵.

Kambiyo senetlerindeki yetkisiz temsili incelemeye geçmeden önce, senedin temsilci aracılığı ile düzenlenip düzenlenmediğinin tespiti gerekir. Bu bakımdan kambiyo senedinde temsilden söz edebilmek için ya “temsilen”, “temsilcisi”, “vekaleten”, “adına” gibi ibareler kullanmak ya da düzenleyen tüzel kişiye ait unvanın/adın üzerini imzalamak gerekmektedir²⁶. Şayet bu iki durumdan biri somut

²² Maddenin mehzarı İsviçre Borçlar Kanunu'nun 998. maddesi olup, iki metin arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır.

²³ Mehmet Helvacı, *Kambiyo Senetlerinde Defiler*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1985, s. 46; M. Fatih Arıcı, “Kambiyo Senetlerinde Temsilcinin Yetkisini Aşarak Kambiyo Taahhüdünde Bulunmasından Doğan Sorumluluk”, *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı*, 1999, s. 22. Ticari temsil durumunda, temsil yetkisinin varlığının ve genişliğinin güvenlik için genel olarak kanunlarla belirlendiği yönünde bkz. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 161-162.

²⁴ Yazar, kambiyo senetlerinde yetkisiz temsilcinin bizzat sorumlu olması hususunu TTK m. 108'deki yetkisiz acentenin bizzat sorumluluğuna benzetmektedir. Hayri Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi IV*, Temel Yayınları, 1990, s. 116.

²⁵ Öztan, s. 75, Mehmet Özdamar/Kürşat Göktürk/Mehmet Çelebi Can/Esra Kaşak, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Adalet Yayınevi, 2020, s. 103-104.

²⁶ Abuzer Kendigelen/İsmail Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 134. İmzanın bulunmadığı, fakat düzenleyenden sadır olduğu anlaşılan kambiyo

olayda mevcut değilse, imzacının bizzat kendini borçlandırmak amacı ile senedi imzaladığı kabul edilir. TBK m. 40/2 hükmü icabı, durumdan temsil ilişkisinin varlığı anlaşılıyorsa veyahut düzenleyenin temsilci veya temsil olunandan biri olması arasında bir fark yoksa, hukuki işlemin sonuçları doğrudan doğruya temsil olunana ait olacaktır. Bu noktada senetten anlaşılmayan temsil durumunu ispat külfeti lehtara aittir²⁷.

Kambiyo senedindeki imza ile ilgili uygulamada karşılaşılan bir diğer sorun; imzanın sahteliğine yönelik iddialardan doğmaktadır. Senetteki imza, temsil olunanın veya temsilcinin imzasına benzemiyor, fakat imzanın bu kişiler tarafından atıldığı anlaşılıyorsa temsil olunanın veya duruma göre yetkisiz temsilcinin sorumluluğu doğmuş olur. Bu halde, imzanın düzenleyen tarafından atıldığının tanıkla ispat edilebileceği savunulmaktadır²⁸.

Poliçe, bono veya çeki bir başkası adına düzenleme yetkisi bulunmamasına rağmen imzalayan kişi, TTK m. 678'e göre o kambiyo senedinden bizzat sorumlu olur ve senedi ödediği takdirde "temsil olunduğu kabul edilen kişinin" sahip olacağı hakları iktisap eder. Bu bağlamda sadece düzenleyen adına değil, yetkisiz olarak ciranta, avalistler, araya giren veyahut kabul eden adına kambiyo senedine imza koyanlar da bu hükme tâbi olmaktadır²⁹. Herhangi bir sıfatla senede imza atan yetkisiz temsilci senet borcunu ödedikten sonra kendinden önce gelen diğer borçlulara başvurup senet bedelini ödemelerini isteyebilir³⁰. Kanun koyucu, TTK m. 678 hükmü ile bir nevi halefiyet durumu öngörmüştür. Bu itibarla yetkisiz temsilci halef sıfatıyla diğer borçlulara başvurduğunda ilgili kişiler, temsil olunana sahip oldukları tüm def'ileri yetkisiz temsilciye karşı da kullanabileceklerdir³¹. Bunun yanında yetkisiz temsilcinin, kambiyo senedinin ödenmemesi dolayısıyla yetkisiz şekilde temsil olunanın kendisini sorumluluktan kurtaran kayıtlardan yararlanamayacağı belirtilmektedir³².

senedi metninin yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Domaniç, *Şerh IV*, s. 475.

²⁷ Yargıtay 11 HD., 2017/9294 E., 2018/846 K., 06.02.2018 T.

<<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>, Erişim Tarihi 10.07.2021.

²⁸ Yargıtay 11 HD., 1986/3836 E., 1986/4830 K., 29.09.1986 T. (Sami Karahan/Zekeriyya Arı/Hayri Bozgeyik/Tahir Saraç/Mücahit Ünal, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 3. Bası, Mimoza Yayınları, s. 189.

²⁹ Reha Poroy/ Ünal Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 134.

³⁰ Özdamar/Göktürk/Can/Kaşak, s. 105.

³¹ Ersin Çamoğlu, *Kıymetli Evrak Hukukunun Temel İlkeleri*, Vedat Kitapçılık, 2020, s. 39.

³² Ali Bozer/Celal Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 10. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021, s. 213.

TTK m. 678'e ilişkin bir diğer sorun, ilgili hükmün son cümlesindeki ifadeden kaynaklanmaktadır. Hükümde yetkisiz temsilcinin kambiyo senedinden bizzat sorumlu olduğu belirtildikten sonra, yetkisini aşan temsilci hakkındaki hükmün de böyle olduğu düzenlenmiştir. Buradaki yetki aşımından maksat, yetkinin kambiyo senedinin miktarı bakımından aşılmasıdır. Bir diğer ihtimal olan konu bakımından yetkinin aşıldığı her durumda yetkisiz temsilcinin kambiyo senedinin tamamından bizzat sorumlu olacağı hususunda bir tereddüt yoktur³³. Örneğin, 100.000 TL'ye kadar verilmiş bir temsil yetkisini aşarak 150.000 TL bedelinde bir kambiyo senedi tanzim eden bir temsilcinin yetkinin aşıldığı 50.000 TL'lik kısımdan bizzat ve tek başına sorumlu olduğu hususunda şüphe yoktur. Bunun yanında, temsilcinin yetkili olduğu 100.000 TL'lik kısım bakımından temsil olunanın ve temsilcinin sorumlulukları hakkında doktrinde görüş farklılıkları mevcuttur. Metnin lafzi yorumunu önemseyen ilk görüşe göre, yetkisini aşan temsilci kambiyo senedindeki bedelin tamamından sorumlu olmalıdır³⁴. Bir diğer görüşe göre, temsilci ve temsil olunan yetki sınırına kadar müteselsilen, yetkinin aşıldığı kısım bakımından ise yalnızca temsilci kambiyo senedinden sorumlu olmalıdır³⁵. Katıldığımız ve hükmün amaçsal yorumunu önemseyen son görüşe göre ise, temsil olunan kişi verdiği temsil yetkisinin sınırına kadar, yetkisini aşan temsilci ise yetkisini aştığı miktar bakımından bizzat sorumlu olmalıdır³⁶. Kanaatimizce belirli bir miktara kadar temsil yetkisi vermiş kişilerin belirtilen sınıra kadar sorumluluğunun kabul edilmemesi hakkaniyete uygun değildir. Yine verilen temsil yetkisi sınırını aşan temsilcinin, temsil sınırına kadar tek başına veya temsil olunan ile müteselsilen sorumlu olması da hakkaniyete aykırıdır. Zira temsilcinin yetkisizliği, kendisine verilen temsil yetkisini aştığı kısma dairedir. Ayrıca kuşkusuz bir kambiyo senedinin bölünmesi mümkün değildir, ancak kambiyo senedindeki borçluların sorumlu olacakları bedeller farklı olabilir. Nitekim Kanun koyucu çeşitli hükümlerde kısmi kabul, kısmi aval ve kısmi ödemeyi kabul ederek düzenlemiştir.

³³ Arıcı, s. 15; Şafak Narbay/Şengül Al Kılıç, "Yargıtay 11'inci Hukuk Dairesi'nin 23.01.2017 Tarih ve 2017/38 Esas, 2017/444 Karar Sayılı Kararı Çerçevesinde Şirketin Yetkili Temsilcisi Aracılığıyla Düzenlenen Bonolarda Asıl Borçlu Sınıfının Belirlenmesi Üzerine Düşünceler", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 78 (1), 2020, s. 207.

³⁴ Arıcı, s. 15.

³⁵ Halil Arslanlı, *Ticari Senetler Dersleri*, 3. Baskı, Üniversite Kitabevi, 1954, s. 69-70.

³⁶ Helvacı, *Defiler*, s. 47; Narbay/Al Kılıç, s. 207; Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku Dersleri II Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri)*, 3. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1970, s. 49-50 ve 109; Oğuz İmregün, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Filiz Kitabevi, 2003, s. 51; Ayfer Kutlu Sungurbey, *Yetkisiz Temsil Özellikle Culpa In Contrahendo ve Olumsuz Zarar*, Yasa Yayınları, 1988, s. 197; M. Murat İnceoğlu, *Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil*, On İki Levha Yayıncılık, 2009, s. 447; Arıcı, s. 11-20; Serdar Acar, "Kambiyo Senetlerinde Temsil Yetkisindeki Sakatlıklar ve Sonuçları", *Eskişehir Osman Gazi Üniversitesi İİBF Dergisi*, 1(2), 2006, s. 33.

Bunlara ilaveten, TTK m. 678'in ihdas edilme amacı kambiyo senedinin meşru hamilini korumaktır. Yetkisiz temsilcinin yetkisini aştığı, temsil olunanın da yetki verdiği kısımla bizzat sorumlu olmaları bu amacı gerçekleştirmeye uygundur. Bunun dışında yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu genişletmenin veyahut temsil olunanın sorumluluğunu daraltmanın kuramsal veya pratik bir izahının olmadığı kanaatindeyiz. Mülga TK m. 590'da yetkisini aşan temsilcinin sorumluluğuna ilişkin muğlak ifadenin TTK m. 678'e aynen alınması, mülga kanun döneminde yapılan tartışmaların sürmesine sebebiyet vermiştir. Kanaatimizce maddenin son cümlesi; "Yetkisini aşan temsilci için, yetkisini aştığı kısım için de hüküm böyledir." şeklinde olmalıydı.

Yetkisiz temsil olunan kişinin kambiyo senedinin kendisini bağlamadığına ilişkin def'i, senetteki taahhüdün geçersizliğine ilişkin bir isnat def'i olması hasebiyle, yetkisiz temsil olunan kişiye başvuran iyiniyetli olsun veya olmasın herkese karşı mutlak olarak ileri sürülebilir³⁷. Zira yetkisiz temsil olunan kişinin hukuki korunma ihtiyacı, bu durumda üçüncü kişilerden daha fazladır. Kuşkusuz, yetkisiz temsil olunan kişi, açık veya örtülü bir şekilde işleme icazet vermiş olabilir. Yine, bazı durumlarda yetkisiz temsilin varlığını ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması olarak mütalaa edilebilir. Bu hususta kayda değer bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına göre, "*kambiyo senedi şirket adına yetkili olmayan kişi tarafından düzenlendiğinde, şirket yetkilisinin bu işlemi kabul etmesi halinde 388.maddedeki koşullar artık aranmaz; bu şekilde işlem yapıp, şirket yetkilisi tarafından buna ses çıkarılmamış, daha önce de bu tür işlemler yapılagelmiş ve teamül halini almışsa burada da zımni kabulün varlığı söz konusu olur ki, bu durumda da adına işlem yapılan şirketin sorumluluğunun kabulü gerekir.*"³⁸ Yetkisiz temsil def'ini ileri sürmek zorunluluk değil, bir külfettir. Dolayısıyla bu def'iyi ileri sürmeyen kişi, bu durumun sonuçlarına katlanır.

Yetkisiz temsilcilerin uygulamada önemli bir çoğunluğu tüzel kişiler adına kambiyo senetlerine imza atmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 50. maddesi uyarınca organlar, tüzel kişinin iradesini dış dünyaya duyurur ve hukuki işlemleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar. Tüzel kişinin yönetim ve temsil organları; derneklerde yönetim kurulu (TMK m. 85), vakıflarda yönetim organı (TMK m. 109), kolektif şirketlerde ortaklardan her biri (TTK m. 218 vd.), komandit şirketlerde komandite ortaklardan her biri (TTK m. 318), limited şirketlerde müdürler (TTK m. 623), anonim şirketlerde ve kooperatiflerde ise yönetim kuruludur (TTK m. 370, KoopK m. 55). Bu sayılan organlar, deyim yerinde ise tüzel

³⁷ Ersin Çamoğlu, "Kambiyo Senetlerinde Borçlunun Defileri (Savunmaları)", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 35(3), 2019, s. 12; Kendigelen/Kırca, s. 98-99.

³⁸ Yargıtay HGK., 2011/549 E., 2011/644 K., 19.10.2011 T. <www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi 04.08.2021.

kişinin elleri olduğundan dolayı kambiyo senedini tanzim eden örneğin müdürün temsilci olmadığı, bizatihi tüzel kişinin kendisi olduğu savunulmaktadır³⁹. Kanaatimizce bu düşüncenin bazı sakıncaları bulunmaktadır. Şöyle ki, özellikle sermaye şirketlerinin temsili hususunda şirketin yönetiminden daha farklı bir usul benimsenmiştir. Örneğin, TTK m. 370/1 hükmüne göre, *esas sözleşmede aksi öngörülmemiş veya yönetim kurulu tek kişiden oluşmuyorsa temsil yetkisi çift imza ile kullanılmak üzere yönetim kuruluna aittir*. Dikkat edilirse burada, anonim şirketi temsil etmek için yönetim kurulunun birlikte hareket etmesine gerek yoktur. Zira hep birlikte hareket, ticari hayatta işleri ciddi anlamda yavaşlatabilir⁴⁰. Yönetim kurulundaki iki üyenin veya yetki devri yapıldıysa ilgili iki kişinin imzası ile anonim şirket temsil olunabilir⁴¹. Nitekim matbu bonoların üzerinde iki imzalı yer bulunmasının sebeplerinden biri budur⁴². Tüzel kişilerin organları aracılığı ile temsil edilmesi bir anlamda kanuni temsil mahiyetindedir. Temsile ilişkin genel hükümler, tüzel kişilerin yönetim organlarının gerçekleştirdikleri temsil işlemleri bakımından, niteliğe uygun düştüğü ölçüde kıyas yolu ile uygulanabilir⁴³. Şirket esas sözleşmesinde tek imza ile temsile ilişkin kanun hükmünden ayrılan bir düzenleme veya yetkili organın kararı bulunmamasına rağmen, yönetim kurulu üyelerinden birinin senede imza atması halinde ise bizzat imzacı yönetim kurulu üyesi senetten sorumlu olacaktır⁴⁴. Ayrıca tek imza kuralı varken alışkanlıkla iki imza atılması durumunda da şirket unvanı/kaşesi dışında atılan ikinci imza, TTK m. 701/3'e göre aval şerhi olarak kabul edilmektedir⁴⁵. Bu minvalde, matbu senet metinlerindeki iki imzalı yere birden imza atılması neticesinde, temsilcinin bu yönde hiçbir iradesi olmamasına rağmen avalist olarak nitelendikleri ve bu durumun da uygulamada çok sayıda ihtilafa sebebiyet verdiği görülmektedir⁴⁶. Kanaatimizce kambiyo senedi

³⁹ Birçokları yerine bkz. Narbay/Al Kılıç, s. 203 vd.

⁴⁰ Mehmet Özdamar, “6552 Sayılı Kanun ile TTK’da Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Anonim Şirketin Temsili”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18(3-4), 2014, s. 144.

⁴¹ Henüz tescil edilmemiş bir ön şirket bakımından bizzat temsilcinin sorumlu olacağına dair bkz. Yargıtay 12 HD., 1987/6009 E., 1987/1082 K., 02.02.1987 T. <<https://e-uyar.com/>>, Erişim Tarihi 04.08.2021.

⁴² Doktrinindeki diğer bir görüşe göre, senedin üzerindeki imzanın sahte olduğu iddia edildiği takdirde, adli tıp tarafından yapılacak imza incelemesinin daha güvenilir sonuçlar vereceğinden dolayı senede iki imza atılması şeklinde alışkanlık olmuştur. Özdamar/Göktürk/Can/Kaşak, s. 98.

⁴³ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 629.

⁴⁴ Karahan/Arı/Bozgeyik/Saraç/Ünal, s. 166.

⁴⁵ Kendigelen/Kırca, s. 179; Özdamar/Göktürk/Can/Kaşak, s. 2020.

⁴⁶ Yargıtay 19 HD., 2015/5065 E., 2016/956 K., 27.01.2016 T.; Yargıtay 19 HD., 2015/10056 E., 2016/4240 K., 08.03.2016 T.; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12 HD., 2019/1204 E., 2021/1595 K. 04.11.2021 T. <www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi 04.08.2021. Her iki imzanın da şirket kaşesi üzerine atılması halinde aval olgusundan söz edilemeyeceği yönünde

üstüne damga pulu yapıştırılması zorunluluğu döneminden kalan⁴⁷, gereksiz yere iki imza atılmasına ilişkin teamülün terk edilmesi veya matbu bono metinlerinden iki imzalı yerin çıkartılması, kambiyo senetlerinde temsile ilişkin önemli miktardaki uyuşmazlığın önüne geçecektir⁴⁸.

TTK m. 372 uyarınca şirket adına imza yetkisini haiz kişilerin şirketin unvanı altında imza atmaları gerekmektedir. Uygulamada şirket kaşesi üzerine atılmayan imzaların hemen her durumda yetkisiz temsil hükümlerine tâbi tutularak bizzat temsilcinin kambiyo senedinden sorumlu olması gerektiği sonucuna varıldığı görülmektedir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, TTK m. 372 düzenlemesi, bir düzen hükmü mahiyetindedir. Karşı taraftaki üçüncü kişi temsil ilişkisinin varlığını durumdan çıkarıyor veya çıkarması gerekiyorsa, veyahut hukuki işlemin (kambiyo senedinin) temsilci ya da şirketten biri ile yapılması farksızsa ilgili kambiyo senedinden doğrudan doğruya şirket sorumlu olur⁴⁹.

Tüzel kişilerin temsilci aracılığı ile kambiyo senedi düzenleyebilecekleri ikinci durum, iradi temsil bağlamında ve TBK m. 40 vd. ile TTK m. 368 çerçevesinde ticari temsilci veya ticari vekil tayini ile söz konusu olabilir. Tacirin “alter ego”su olarak nitelendirilen ticari temsilcinin, kambiyo senedi tanzimine ilişkin yetkisi ortadan kaldırılamaz, ancak çift imza koşulu ile sınırlandırılabilir⁵⁰. Ticari temsilcilerin temsilen kambiyo senedi düzenlemelerine ilişkin bunun dışındaki her sınırlama, ticaret siciline tescil edilmiş olsa dahi, TBK m. 549/4 hükmü karşısında iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez⁵¹. Buna mukabil, ticari

bkz. Yargıtay HGK., 2017/268 E., 2020/729 K., 06.10.2020 T. <www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi 04.08.2021. Kambiyo senedinin ön yüzüne imza atılmadan yazılan ismin aval olarak kabul edilemeyeceği yönünde bkz. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 22 HD., 2019/414 E., 2021/1792 K., 09.11.2021 T. <www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi 04.08.2021.

⁴⁷ Aynı yönde bkz. Ebru Tüzemen Atik, *Açık Kambiyo Senetleri*, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 106. Söz konusu dönemde, pulun düşme ihtimaline binaen pul dışına ikinci imzanın tedbirli bir davranış olduğu yönünde bkz. Gönen Eriş, “Açık Emre Yazılı Senet (Bono) ve Bazı Sorunlar (I)”, *Yargıtay Dergisi*, 4(1-2), 1978, s. 179.

⁴⁸ Aval anlamında olmayan ikinci imzayı atan temsilcinin yanılma veya hile hükümlerine dayanabileceği yönündeki katıldığımız görüş için bkz. Tüzemen Atik, s. 107.

⁴⁹ Bkz. İsmail Kırca/Feyzan Hayal Şehirli Çelik/Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku Cilt I*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013, s. 636.

⁵⁰ Birlikte temsil yetkisinin, temsil yetkisinin kötüye kullanılması ihtimalini azaltabileceği, fakat ortaklığın birden fazla ticari temsilci atanmasını gerektirmeyecek kadar küçük ölçekli olması halinde temsil yetkisinin sınırlandırılması imkanının daha elverişli ve gerekli olduğu yönünde bkz. Esra Cenkci, “Ticari Temsilcinin Temsil Yetkisinin Sınırlandırılması Sorunsalı”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 34(2), 2018, s. 108.

⁵¹ “Alacaklı şirket ortaklar kurulunun 29.01.2004 tarihli kararı ile takip dayanağı alacakları ile ilgili feragat yetkisi M. Halis Türkyılmaz'a verilmek suretiyle şirketi münferiden temsil ve ilzama yetkili Güray Karaduman'ın temsil yetkisi sınırlandırılmıştır. Birlikte temsil şartı ile temsil yetkisinin bir şube veya merkeze özel tutulması dışında kalan temsil yetkisi

temsilci hakkında tescil ve ilan edilemeyen yetki sınırlamaları, bu sınırlamaları bildiği kesin olarak ispatlanabilen, yani müspet vukufun söz konusu olduğu kişilere karşı ileri sürülebilir ve yetkisiz temsil hükümlerinin yürürlük kazanması sağlanabilir⁵². Zaten temsilcinin yetkisiz olduğunu bilen hamilin korunmaya değer hukuki bir menfaati yoktur. Hatta ticari vekilin, müvekkili adına kambiyo senedi düzenleyebilmesi için vekaletnamesinde açık yetki bulunmaması halinde müvekkile karşı icra takibi yapılmasını Yargıtay, alacaklının ağır kusuru olarak değerlendirmektedir⁵³. Bununla birlikte, ticari temsilcinin temsil yetkisinin sona erdiği ticaret siciline tescil edilmemişse, iyi niyetli üçüncü kişilerin hukuki işleme güvenleri korunur ve şirket kayıtları dayanak gösterilerek yetkisiz temsil iddiasında bulunulamaz. Nitekim konu ile ilgili bir Yargıtay kararına göre, “Tüzel kişi adına “çek düzenleme” yetkisi olan bir kişinin (bu kişi yönetici veya başkaları olabilecektir), bu yetkilerinin şirketin defter ve kayıtlarında yapılan araştırmada ortadan kalkmış olduğu tespit edilmesine rağmen, bu hususun ticaret siciline tescil ve ilan edilmemiş olması karşısında; yetkili temsilcinin (veya yöneticinin) şirketin çekini elinde bulundurarak şirket yararına iş yapmaya devam etmesi de mümkündür. Bu durumda, fiilen şirketi temsile devam eden bu kişilerin düzenlediği çeklerin karşılıksız çıkması halinde, tüzel kişi şirketin alacaklı ve iyi niyetli üçüncü kişiye karşı çekin yetkisiz kişiler tarafından düzenlendiğini ve geçersiz olduğunu ileri sürmesi imkansızdır) Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 30.05.2016 tarihli, 2016/2413 E.; 2016/15167 K. sayılı emsal kararı.”⁵⁴ Görüldüğü üzere bu kararda Yargıtay, tescili gereken olguların ticaret siciline tescilinin iyi niyeti bertaraf edici yönü ile birlikte hukuki görünüşe güven prensibini birlikte yorumlamış ve tüzel kişinin ilgili kambiyo senetlerinden bizzat sorumlu olduğuna kanaat getirmiştir.

sınırlamaları, tescil ve ilan edilmiş olsa bile, şirketle temsilciler arasındaki ilişkilerde değerlendirilir ve iyiniyetli 3. kişilere karşı geçerli değildir. (Ord.Prof.Dr. Halil Arslanlı-Prof.Dr. Hayri Domaniç, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, III.cilt, s.666, Temel Yayınları, İstanbul-1989) Somut olayda, TTK.nun 321. maddesine uygun bir yetki sınırlaması bulunmadığına ve borçluların kötü niyetli oldukları da iddia edilmediğine göre temsil yetkisinin sınırlanması 3. kişi durumunda olan takip borçlularına karşı ileri sürülemez” Yargıtay 12. HD., 2005/400 E., 2005/2118 K., 08.02.2005 T. (Sinerji İçtihat Programı) (Erişim Tarihi 04.08.2021).

⁵² Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 745; İmregün, s. 149; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt 2*, 3. Bası, Adalet Yayınevi, 2018, s. 1375-1376.

⁵³ Yargıtay 12 HD., 2016/9440 E., 2017/956 K., 24.01.2017 T. <www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi 15.05.2022.

⁵⁴ Yargıtay 19 CD., 2019/33988 E., 2019/14958 K., 03.12.2019 T. <www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi 13.11.2021. “...isimli şahsa çek düzenlemek üzere yetki verildiği ve 21.4.1994 tarihinde azledildiğinin ileri sürüldüğüne göre, mercice ilgili Ticaret Sicilinden üçüncü kişilerin hakkının korunması için bu yönde bir tescil işlemi yapıp yapılmadığı araştırılmadan, sonuca gidilmesi isabetsizdir” Yargıtay 12 HD., 1995/1728 E., 1995/1947 K., 15.02.1995 T. (Gönen Eriş, *Açıklamalı İçtihatlı Uygulamalı Çek Hukuku*, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 53).

IV. YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUK BAĞLAMINDA YETKİSİZ TEMSİLCİNİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUK

Bir başkası adına kambiyo taahhüdünde bulunan temsilcinin çoğu durumda temsil olunanın ticari temsilcisi veya ticari vekili olduğu gözlemlenmektedir. TBK m. 548'e göre, yardımcısı olduğu tacir adına temsilci sıfatıyla kambiyo taahhüdünde bulunmak için ticari temsilcinin özel olarak yetkilendirilmesine gerek olmazken, TBK m. 551/2 hükmü uyarınca ticari vekillerin özel olarak yetkilendirilmesine ihtiyaç vardır. Kuşkusuz her iki durumda da, temsil yetkisi olsa dahi bu yetkinin verilen talimat kapsamı içinde kullanılması gerekir. Yine bu temsil yetkisinin kötüye kullanılması, çalışmanın devamında detaylandırılacağı gibi bazen yetkisiz temsile, bazen de işlemin geçersiz olmasına sebebiyet verir. Bir borcun ifa edilmemesi sebebiyle doğan zarardan borçlunun sorumluluğu, TBK m. 112 vd. hükümlerinde düzenleme altına alınmıştır. Bu sorumluluğun kapsamını belirleyen maddelerden biri olan TBK m. 116'ya göre, *(b)orçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılara kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür.* Kanun koyucu, bu hüküm ile bir borcun ifasına katılan yardımcı şahısların sebep olduğu zararlardan borçluyu da sorumlu tutmuştur. Dikkat edilirse kanun metninde, birlikte yaşanan kişiler ve çalışanlar yardımcı olarak nitelendirilmiş, fakat mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nda olduğu şekliyle "gibi" edatı kullanılarak yardımcılardan daha farklı kişiler olabileceği düzenlenmiştir. Bu itibarla, temsilciler de pekâlâ bu hükmün kapsamına giren yardımcı kişilerdendir. Bu kişiler, aynı zamanda borçlunun çalışanları ise, borçlu (çalıştıran) bu kişilerin fiillerinden, TBK m. 66'da düzenlenen adam çalıştıranın sorumluluğu bağlamında da sorumlu olur. Özen sorumluluğu üst başlığı altında düzenlenen bu kusursuz sorumluluk haline göre, adam çalıştıran kişi, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlü olmaktadır. Kanun koyucu aynı maddenin 2. fıkrasında, bu sorumluluktan kurtulmanın tek yolunun çalışanı seçerken, çalışanın işiyle ilgili talimat verirken, çalışanı gözetip denetlerken zararın doğmasını engellemek için gerekli özenin gösterildiğini ispat etmekten geçtiğini hüküm altına almıştır. TBK m. 66'daki düzenlemede kişi, bizzat sebep olmadığı bir zararı gidermekle yükümlü olmaktadır. Zira başkasına zarar verme ihtimali bulunan kişinin öncelikle ilgili iş için gerekli yeteneğe ve kapasiteye sahip olup olmadığını araştırmak ve bu araştırmanın sonucuna göre o kişiyi işe almak adam çalıştıranın yükümlülüğüdür. Ayrıca kişilerin kendi egemenlikleri altında çalışan kişilerin meydana getirdiği zararlara katlanmalarının hakkaniyet icabı olması adam çalıştıranın

sorumluluğunun dayanağı olmaktadır⁵⁵. Bu doğrultuda, ticari temsilci üzerinde yeterli gözetimi göstermemesi ve bu gözetim eksikliğinin de ticari temsilci tarafından temsil yetkisinin kötüye kullanılmasında etkisinin bulunması halinde tacirin de sorumluluğu doğabilir. Hal böyle olunca, ortaya çıkan zararın üçüncü kişi ile tacir arasında paylaşılması mümkün olabilir⁵⁶.

Kambiyo senedine bir başkası adına imza atan yetkisiz temsilci, temsil olunanın çalışanı veya TBK m. 116 kapsamına giren yardımcısı ise senet hamilini yalnızca yetkisiz temsilci ile baş başa bırakmak hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir⁵⁷. Yetkisiz temsilci, şayet temsil edilenin yardımcısı kabul edilirse, yetkisiz temsilcinin sebep olduğu zararlardan dolayı, temsil olunanın da TBK m. 116'ya dayanan sorumluluğunun doğup doğmayacağı tartışma konusu edilebilir⁵⁸. Tespitlerimize göre, bu tartışma henüz bir yargı kararına yansımamıştır. Buna mukabil uygulamada yardımcı şahısların yetkisiz temsil işlemlerinin tarafı olduğu sıklıkla müşahede edilmektedir. Yardımcı kişi, borçlunun iradesi ile, borçlunun sorumluluğu altında onun menfaatine yardım eden kişidir⁵⁹. Yetkisiz temsilcinin, bu tanım doğrultusunda bir yardımcı kişi konumunda bulunduğu somut olaylarda, işlemin karşı tarafındaki üçüncü kişinin uğradığı zararlardan dolayı yetkisiz temsil olunan kişinin de sorumluluğu gündeme gelmelidir⁶⁰. Bu durumda, kanun koyucu TBK m. 116'da herhangi bir kurtuluş beyyinesine yer vermediğinden dolayı, gereken her türlü özen ve dikkat gösterilseydi dahi zararın yine meydana geleceğinin ispatı ile sorumluluktan kurtulmak mümkün olmayacaktır⁶¹. Hal böyle olunca

⁵⁵ Haluk Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk*, Turhan Kitabevi, 1981, s. 56.

⁵⁶ Oruç Hami Şener, *Ticari Temsilci ve Ticari Temsil Yetkisi*, Adalet Yayınevi, 2015, s. 332-333.

⁵⁷ Adi borç ilişkileri bakımından benzer yönde bkz. Mehmet Serkan Ergüne, *Olumsuz Zarar*, Beta Yayıncılık, 2008, s. 131 vd.; Semih Yünlü, *Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk*, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 309. Yardımcı kişinin, borçlunun nam ve hesabına işlem yapma yetkisi bulunmadığı, yalnızca borcun ifasına katılmaya yetkili olduğu yönünde bkz. Mine Yağcı, *Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk (TBK m. 116)*, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 64-65. Kanaatimizce, her temsilci aynı zamanda TBK m. 116 anlamında yardımcı kişidir. Fakat her yardımcı kişi, temsilci olmayabilir.

⁵⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 206.

⁵⁹ Necip Kocayusufpaşaoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt 2*, 4. Bası, Filiz Kitabevi, 2006, s. 23.

⁶⁰ Bir hukuki işlem yapmaya yönelik gerçekleşen müzakere ilişkisinin, bir müzareke yardımcısı tarafından ihlal edilmesi halinde dahi TBK m. 116 hükmünün kıyas yolu ile uygulanacağı yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 747.

⁶¹ Fikret Eren/Ünsal Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt III*, Yetkin Yayınları, 2022, s. 2339-2340; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Bası, Turhan Kitabevi, 2019, s. 828; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Bası, Yetkin Yayınları, 2018, s. 645; Ergüne, s. 134. Krş. von Tuhr, s. 590.

kambiyo senetlerinde yetkisiz temsil durumunun sonucunda senetten bizzat yetkisiz temsilcinin sorumlu olmasında, veyahut temsil yetkisinin kötüye kullanıldığı durumlarda imzanın hükümsüz olmasında iyi niyetli üçüncü kişiler, uğradıkları zararın tazmini için TBK m. 66 veya duruma göre TBK m. 116'ya göre sözde temsil olunana da başvurabilmelidir. Bu iki olasılık bakımından, temsil olunanın tacir olup olmaması, basiretli davranma yükümlülüğü uyarınca, kanımızca tazminat miktarının tayininde dikkate alınmalıdır. Hem yetkisiz temsilcinin hem de temsil olunanın üçüncü kişiye tazminat ödemekle yükümlü oldukları hallerde, bu kişiler hakkında TBK m. 62'deki hüküm uygulanmalıdır⁶².

Kanaatimizce yetkisiz imzadan bizzat imzacının sorumlu olacağını öngören TTK m. 678 hükmü, temsil olunanın sorumluluğunu tamamen bertaraf edici mahiyette değildir. Pratik hayatta temsil olunanın yardımcı kişisi veya çalışanı olarak tesadüf edilen yetkisiz temsilcilerin iyi niyetli üçüncü kişilere verdikleri zarardan dolayı sözde temsil olunanların da belirli ölçüde sorumlu tutulması, TBK m. 66 ve TBK m. 116 hükümlerinin gereğidir.

V. TEMSİL YETKİSİNİN KÖTÜYE KULLANILMASININ HUKUKİ SONUÇLARI

Uygulamada yetkisiz temsil yerine kullanılan durumlardan biri de var olan temsil yetkisinin kötüye kullanılmasıdır. Bu halde, tam anlamıyla yetkisiz temsilden söz etmek mümkün değildir. Zira şekli anlamda geçerli bir temsil yetkisi mevcuttur⁶³. Fakat ya hileli bir anlaşma veyahut temsil konusu işlemin açık bir şekilde temsil olunanın menfaatinin aleyhine gerçekleştirilmesi sebebi ile var olan temsil yetkisi kötüye kullanılmıştır. Bir hakkın veya yetkinin kötüye kullanılmasının hukuk düzenince korunmayacağı en temel hukuk kaidelerindedir. Temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının önlenmesini amaç edinen kanuni düzenlemelerin ve yargı kararlarının gayesi temsil olunanın menfaatlerini ve piyasadaki işlem güvenliğini korumaktır⁶⁴. Bu itibarla, temsil yetkisinin kötüye kullanılmasına ilişkin hukuki

⁶² Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 749.

⁶³ "...temsil yetkisinin kötüye kullanılmasından söz edebilmesi için birinci koşul, temsilcinin temsil yetkisinin bulunmasına ilişkindir. İkinci koşul ise, dış temsil yetkisinin temsilci tarafından temsil olunanın irade beyanına ve çıkarına (menfaatına) aykırı biçimde kullanılmasıdır. Temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının üçüncü koşulu da, temsilin yapıldığı üçüncü kişinin Medeni Yasanın 3. maddesi anlamında iyi inançlı olmamasıdır... Somut olayda, vekilin vekaletnameye dayalı temsil yetkisini müşterek hayatta şiddetli geçimsizlik aşamasına geldiği dönemde sırf vekalet veren eşini zarara uğratmak amacıyla kötüye kullandığı, davalı damadın da bu durumu bile bile onunla (vekil ile) düşünce birliğine girdiği ve davacıya ait 63.994.770 TL. değerindeki taşınmazları 3.600.000 lira gibi düşük bir bedelle satılmışçasına işlem yaptırdığı anlaşılmaktadır..." Yargıtay HGK., 1991/308 E., 1991/418 K., 18.09.1991 T. <www.lexpera.com>, Erişim Tarihi 04.10.2021.

⁶⁴ Şener Akyol, "Temsil Yetkisinin Kötüye Kullanılması", *Yargı Dünyası*, 141, 2007, s. 15.

problemlerin çözümünde tercih edilecek yöntemlerden öncelikle temsil olunanın menfaatini ve işlem düzenini koruyacak olanların seçilip uygulanması önem arz eder.

Kambiyo senedini bir başkası adına imzalayan temsilci, temsil olunanın haklı menfaatlerini gözetmek yükümlülüğü altındadır. Kimi yazarlara göre bu yükümlülüğün temelinde TBK m. 506/2’de düzenlenen vekalet sözleşmesindeki vekilin özen borcu bulunmaktadır⁶⁵. Ne var ki temsil yetkisinin verildiği her durumda taraflar arasında bir vekalet sözleşmesi kurulmamış olabilir. Temsil yetkisi, taraflar arasındaki temel ilişkiden bağımsızdır⁶⁶. Taraflar arasındaki temel ilişki vekalet, eser, ortaklık, satım veya hizmet gibi sözleşmelere dayanabilir. Kanun da bazı kişiler bakımından, TTK m. 369’da olduğu gibi açıkça özen ve gözetim yükümlülüğü yüklemiştir. Uygulamada çoğu zaman “vekalet” ve “temsil” kavramlarının birbirlerinin yerine kullanmaları da temsile ilişkin problemlerin çözümünde her zaman vekalet sözleşmesine ilişkin kurallara başvurmayı haklı kılmaz. Doktrinde bir diğer görüş, temsil olunanın menfaatine işlem yapacağına ilişkin güven sebebi ile temsilciye yetki verildiğini, bu nedenle temsil olunanın temsilciye duyduğu güvenin korunması gerektiğini savunmaktadır. Özel hukuka egemen olduğunu düşündüğümüz; irade özerkliği ve haklı güvenin korunması prensiplerinin birlikte geçerli olmasını ifade eden güven teorisi⁶⁷ ile örtüştüğünden dolayı kanaatimizce ikinci görüş daha isabetlidir. Temsil yetkisinin verilmesi ile birlikte temsilci ile temsil olunan arasında dürüstlük kuralından kaynaklanan güven ve özen ilişkisi meydana gelir⁶⁸. Bu güven ilişkisine ve özen yükümlülüğüne aykırı davranan, başka bir deyişle temsil olunanın menfaatine ters düşecek şekilde işlem yapan temsilci, sebebiyet verdiği zararı tazminle veyahut halin icabına göre yetkisiz temsil hükümlerinin yaptırımları ile karşı karşıya kalır. Ayrıca uygulamada

⁶⁵ Abdülkerim Yıldırım, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bası, Ankara 2017, s. 160; Bahadır Demir, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Doğrudan Temsil Müessesesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(1), 2015, s. 261. Kocayusufpaşaoğlu ise, temel ilişkinin en sık rastlanan örneği olarak vekalet sözleşmesini ve devamla vekilin özen borcunu örnek göstermektedir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 750.

⁶⁶ M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 220; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 174 vd.

⁶⁷ Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968, s. 17. Güven teorisine göre, irade beyanının muhatabı olan kişi, bu beyana dürüst, iyi niyetli, orta zekalı makul bir kişinin verebileceği anlamı vermelidir. Beyanda bulunan kişi, bu beyanın hayatın olağan akışında anlaşılmasının sonuçlarına katlanmak zorundadır. Bkz. Seyfullah Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 6. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1997, s. 308.

⁶⁸ Gülşah Sinem Aydın, “Borçlar Hukukunda Temsil Yetkisinin Kötüye Kullanılması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (148), 2020, s. 242.

genellikle olduğu gibi temsil yetkisinin verilmesine sebep olan iç ilişkideki sözleşmeye dayanarak temsilciden tazminat talep edilmesi de pekala mümkündür. Temsil olunan, uğradığı zararların tazmini için, işlemin diğer tarafı olan kusurlu üçüncü kişiye de müteselsil sorumlu olarak başvurabilir⁶⁹. Zira ahlaka aykırı fiille başkasına kasten zarar veren kişiler haksız fiil hükümleri bağlamında zarara uğrayan kişiye karşı müteselsilen sorumlu olurlar. Bu bağlamda taraflar arasında hileli anlaşmanın bulunması, ahlaka aykırı fiilin kasıtlı gerçekleştirildiğini gösterir⁷⁰.

Bunun yanında temsil yetkisinin temsil olunanın menfaatine aykırı kullanıldığı her durum, temsil yetkisinin kötüye kullanıldığı sonucunu doğurmaz. Zira gerek doğrudan gerek de temsilci aracılığı ile yapılan işlemlerin aleyhe sonuçlanması, bu işlemlerden zarar görülmesi ticaret hayatının dinamikleri bağlamında olağandır. İlgili hukuki işlemin yapıldığı zamanda yerinde olmasına, temsil olunanın menfaatine görünmesine rağmen daha sonra yeni hadiseler ile birlikte yerinde olmadığı ortaya çıkan durumlar söz konusu olabilir⁷¹. Ne var ki, yapılan işlem ticaret hayatının olağan akışı içerisinde temsil olunanın menfaatlerine açıkça aykırı ise artık o somut olay özelinde temsil yetkisinin kötüye kullanıldığından bahsetmek gerekir. Temsilcinin, temsil olunana zarar verme kastının bulunması, temsil yetkisinin kötüye kullanıldığının ispatı bakımından etkili olur⁷². Nitekim bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına göre, “...*Vekil, temsil yetkisini kasten, vekillik verenin zararına, kendisinin veya elbirliği ile hareket ettiği başka birinin yararına kullandığı taktirde yapılan iş, temsil yetkisinin sınırları içinde kalsa bile böyle bir işlemin vekillik vereni bağlamasından ve yapılan işlemin geçerli olduğundan söz edilemez...*”⁷³ Bu kararında Yüksek Mahkeme, taşınmaz malların gerçek değerinin çok altında satılmasının tespitini temsil yetkisinin kötüye kullanıldığının ispatı olarak kabul etmiştir⁷⁴. Hiç kuşkusuz, buna benzer somut

⁶⁹ Akyol, s. 24.

⁷⁰ Haksız fiilin işlenmesinde kusurun türleri ve derecelendirmeleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Başak Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 66 vd.

⁷¹ Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bağlamında “geriye bakış hatası”na (hindsight bias) (rückschafehler) ilişkin açıklamalar için bkz. Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 3. Bası, Schulthess, 2009, § 13, N. 581; H. Vogt/M Bänziger, “Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts”, *GesKR*, 4, 2012, s. 612.

⁷² Aydın, *Kötüye Kullanma*, s. 248. Temsil yetkisinin kötüye kullanılmasında temsilcinin kastının bulunmasının şart olmadığı yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 752; Kutlu Sungurbey, s. 19.

⁷³ Yargıtay HGK., 2008/699 E., 2008/714 K., 26.11.2008 T. <www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi 07.11.2021.

⁷⁴ Yargıtay bir başka kararında da 28 milyon TL değerindeki taşınmazı, vekaletnameyi aldığı tarihten bir gün sonra eski bir arkadaşına 5 milyon TL bedelle satan kişinin temsil yetkisini kötüye kullandığına hükmetmiştir. “...Malik tarafından bir taşınmazın satışında, vekilin

olaylarda malın değerinden daha düşük bir bedele satılmasının yanında başka bir ticari amaç veya menfaatin söz konusu olması halinde temsil yetkisinin kötüye kullanıldığı hususu ispatlanmış sayılamaz.

Temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının söz konusu olabileceği ilk hal olan hileli anlaşma (“collusion”) durumunda⁷⁵ ahlaka aykırılık bulunduğundan yapılan işlem TBK m. 27/1 uyarınca işlemin yapıldığı andan itibaren kesin hükümsüzdür⁷⁶. Bazı yazarlarca⁷⁷ ve Yargıtay kararlarında⁷⁸ dile getirildiğinin aksine burada TMK m. 2’deki dürüstlük kuralına dayanmak uygun olmaz. Zira TBK m. 27/1 gibi başkaca açık bir hükmün kapsamına giren bir durumda, ikincil nitelik taşıyan TMK m. 2’nin uygulanmasına yer kalmaz⁷⁹. Aksi halde kolaycı bir yaklaşımla, adaletsiz sonuçlara kapı aralanabilir⁸⁰. Hatemi, kanunda özel olarak düzenlenmiş ahlaka aykırılık içeren hileli davranışlara TBK m. 27/1 hükmü yerine ilgili düzenlemenin uygulanması gerektiğini haklı olarak savunmaktadır. Yazar, üçüncü kişileri zarara sokmak veya taşınır rehni kurallarından kurtulmak için yapılan taşınır mülkiyet

dilediği bedelle dilediği kimseye satış yapabileceği şeklinde yetkili kılınması, ona dürüstlük kurallarını, sadakat ve özen borcunu, gözardı ederek başkasına satış yapma hakkı bahşetmez. Kendi çıkarını gözeten vekil edenin yararı ile bağdaşmayan bir davranış içerisinde bulunan vekil, Borçlar Kanununun 390/1. maddesine göre sorumlu olur. Vekil ile sözleşme yapan kişinin durumuna gelince; bu kişi Medeni Kanunun 3. maddesi anlamında iyi niyetli ise, daha açık bir anlatımla, vekilin vekalet görevini kötüye kullandığını bilmiyor veya kendisinden beklenen özeni göstermesine rağmen bilmesine olanak yoksa vekil ile yaptığı sözleşme geçerlidir ve vekil edeni bağlar. Vekil, vekalet görevini kötüye kullansa dahi bu husus vekil ile vekil eden arasında bir iç sorun olarak kalır. Vekil ile sözleşme yapan kişinin kazandığı haklara etkili olmaz. Yapılan sözleşmenin bu nedenle iptali istenemez. Ne varki, somut olayda vekil, 28 milyon lira değerindeki dava konusu daireyi, satma yetkisini içeren vekaletnameyi aldığı tarihten hemen bir gün sonra davalıya beş milyon lira bedel göstererek temlik etmiştir...Öte yandan, tüm dosya içeriğinden ve özellikle dinlenen tanık anlatımlarından vekil ile davalının birbirlerini yakinen tanıdıkları, eski arkadaş oldukları, çıkar birliği içerisinde çalıştıkları anlaşılmaktadır. Vekil, vekalet yetkisini, kasten vekil edenin zararına, kendisinin ya da düşünce ve çıkar birliğine girdiği kişi yararına kullandığı takdirde yapılan işlem vekalet vereni bağlamaz. Vekalet veren her zaman sözleşmenin feshi ile buna göre oluşan tapunun iptalini isteyebilir. Bu husus, Medeni Kanunun 2. maddesinde yazılı dürüstlük kuralının doğal bir sonucudur. Hatta bu hüküm, buyurucu nitelikte olduğundan hakim tarafından görevinden ötürü (re’sen) gözönünde tutulması ve uygulanması gerekir...” Yargıtay HGK., 1993/79 E., 1993/195 K., 05.05.1993 T. <www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi 08.10.2021.

⁷⁵ Anonim ortaklık yönetim kurulunda tüzel kişiyi temsilen bulunan gerçek kişinin talimata aykırı olarak kullandığı oyun, yalnızca hileli anlaşma ve temsil yetkisinin kötüye kullanılması halinde geçersiz olduğu yönünde bkz. Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat, s. 407.

⁷⁶ Kutlu Sungurbey, s. 19. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 752.

⁷⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 183.

⁷⁸ Yargıtay 1 HD., 2008/11937 E., 2009/1203 K., 02.02.2009 T.; Yargıtay 1 HD., 2016/14685 E., 2019/4278 K., 02.07.2019 T. <www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi 08.10.2021.

⁷⁹ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 752. Ayrıca bkz. Gökhan O. Antalya/Murat Topuz, *Medeni Hukuk Cilt 1*, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2019 s. 498 vd.

⁸⁰ Antalya/Topuz s. 498.

devirlerini geçersiz kabul eden TMK'nın 766. maddesini bu duruma örnek olarak göstermektedir⁸¹.

Doktrinadaki hâkim görüş doğrultusunda⁸² adi borç ilişkilerinde hileli anlaşma neticesinde icra edilen temsil faaliyeti, ahlaka aykırılık gerekçesi ile TBK m. 27/1'e göre kesin hükümsüzdür. Dikkat edilirse burada hükümsüz olan işlem, temsilci ile üçüncü kişi arasındaki hileli anlaşmadır. Bununla birlikte, hileli anlaşmaya dayanılarak temsilci tarafından gerçekleştirilen hukuki işlem de, iki işlem arasındaki sıkı bağ sebebiyle hükümsüz olacaktır. Dolayısıyla hileli anlaşma ile kambiyo senedine imza atan temsilcinin imzası, temsil olunan bakımından kesin hükümsüz olacaktır. Bu itibarla, hileli işlem ile gerçekleştirilen temsile daha sonradan icazet vermek de mümkün olmaz⁸³. Temsil olunan, şayet istiyorsa aynı işlemi bizzat veya temsilci aracılığı ile baştan yapabilir. Buna mukabil doktrinadaki diğer bir görüşe göre, temsil yetkisinin hileli anlaşma ile kötüye kullanıldığı hallerde yetkisiz temsil söz konusu olur⁸⁴. Böylece kambiyo senetleri dışındaki temsil işlemleri bakımından işlem askıda hükümsüzdür. Kambiyo senetleri bakımından ise yetkisiz temsilin kabulü halinde, senetten bizzat yetkisiz temsilci sorumlu olacaktır. Kanaatimizce, borçlar hukukundaki temsil ilişkileri için ileri sürülmüş her iki fikri, doğrudan kambiyo senetleri için de kabul etmek uygun olmayacaktır. Başka bir deyişle, hileli anlaşma ile temsil yetkisinin kötüye kullanıldığı kambiyo senetleri bakımından temsilcinin imzasını hükümsüz sayıp, giderek kambiyo senedinin hükümsüz olduğunu iddia etmek makul değildir. Buna mukabil, temsilcinin üçüncü kişi ile hileli anlaşması ile imzalanan kambiyo senedinde temsil olunanın taahhüdü bulunmadığından dolayı, temsil olunan mutlak olarak herkese karşı senetteki taahhüdünün geçersizliğine ilişkin def'ini ileri sürebilir. Bunun yanında, kambiyo senedinin soyutluğu prensibi mucibince, gerek temsilci gerek de üçüncü kişi, aralarındaki hileli anlaşmayı bilmeyen ve bilmesi de gerekmeyen kişilere karşı senet borcundan dolayı sorumlu olur.

⁸¹ Hüseyin Hatemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK. 65 Kuralı)*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976, s. 173 vd.

⁸² Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 752; Kutlu Sungurbey, s. 18; Şener Akyol, *Türk Medeni Hukukunda Temsil*, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 383.

⁸³ Alihan Aydın, "Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunun Temsil Yetkisinin Sınırları ve Temsil Yetkisinin/Gücünün Kötüye Kullanılması Sorunu", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 30(1), 2014, s. 175-176.

⁸⁴ İnceoğlu, s. 337; Mustafa Tiftik/Elif Şen, "Yetkisiz Temsilde Culpa in Contrahendo Sorumluluğu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22(3), 2016, s. 2650. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 759. Handan Oruç Ömeroğlu, *Yetkisiz Temsil*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2018, s. 90.

Temsil yetkisinin kötüye kullanıldığı ikinci durum olan temsil konusu işlemin temsil olunanın menfaatinin aleyhine gerçekleştirildiği durumlarda işlemin (kambiyo senedindeki imzanın) akıbetinin ne olacağı sorusuna verilecek cevap, hileli anlaşma durumundaki kadar kolay değildir. Zira bu halde, üçüncü kişinin, temsil yetkisinin kötüye kullanıldığını bilmediği veya bilmesi gerekmediği, yani iyi niyetli olduğu ihtimaller söz konusu olabilir. Şayet üçüncü kişinin, temsilcinin temsil yetkisinin varlığına ve bu yetkiyi kötüye kullanmadığına dair güveni haklı ise, temsil olunanın menfaati ile üçüncü kişinin menfaati arasında oluşacak çatışma arasında denge kurulması gerektiği savunulmaktadır⁸⁵. Zira bu ihtimalde üçüncü kişinin de ilgili hukuki işlemin geçerliliğine duyduğu güven korunmalıdır. Bu itibarla, temsil konusu işlemin temsil olunanın menfaatine aykırı olduğu her durumda değil, *apaçık bir şekilde* temsil olunanın menfaatine aykırı olduğu hallerde temsil yetkisinin kötüye kullanıldığından bahis açmak gerekir. Temsil olunanın menfaatine *açıkça* aykırı olan işlemler, “dürüst, namuslu, makul, fiilinin neticesini bilen, orta zekalı”⁸⁶ her insanın, temsil olunanın menfaatlerinin ihlal edildiğini açık bir şekilde kabul edeceği işlemlerdir. Temsil yetkisinin kötüye kullanıldığı ikinci durum, bu itibarla objektifleştirilmektedir. Bu minvalde, işlemin karşı tarafındaki üçüncü kişi (kambiyo senedindeki lehtar), temsilcinin temsil yetkisini kötüye kullandığını bilmekte veya bilmesi gerekmektedir⁸⁷. Zira yapılan işlem, temyiz kudretine sahip her temsil olunanın hayatın olağan akışına göre kabul etmeyeceği ölçüde, kendi menfaatine aykırıdır. Dolayısıyla işlemin karşı tarafındaki kişi, kötü niyetli değilse dahi, ya işlemde vazgeçmeli veya doğrudan temsil olunan ile irtibat kurarak durumu aydınlatmalıdır⁸⁸. Bu iki fiilden birini yapmayan üçüncü kişi, kanaatimizce “bile bile borçlunun zararına” hareket eden bir kimse olarak nitelendirilebilir⁸⁹. Sonuç olarak, temsile konu olan işlem açıkça temsil olunanın menfaatine aykırı ise, üçüncü kişinin iyi niyetinin varlığını araştırmaya gerek olmaz, zira kişinin iyi niyetli olmadığı açıktır. Ancak bahsi geçen menfaat aykırılığının derecesi, sübjektif özellik arz ediyorsa, başka bir söyleyişle *apaçık* değil ise, kambiyo senedinin lehtarının iyi

⁸⁵ Antalya, s. 619-620.

⁸⁶ Yargıtay HGK., 2011/410 E., 2011/511 K., 13.07.2011 T. <www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi 16.11.2021.

⁸⁷ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 754.

⁸⁸ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 754; Antalya, s. 625.

⁸⁹ Kambiyo senetlerinde bile bile borçlu zararına hareket kavramı için bkz. Numan Sabit Sönmez, *Kambiyo Senetlerinde Şahsi Defiler*, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 126 vd.; Burak Adıgüzel, Yargıtay Kararları Işığında Kambiyo Senetlerinde Bile Bile Borçlu Zararına Hareket, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 4 (2), 2018, s. 130 vd. (129-148)

niyetli olup olmadığının tespiti, her türlü delille⁹⁰ ispata muhtaç bir mesele haline gelir.

Temsil yetkisinin, temsil olunanın menfaatine aykırı kullanıldığı durumlarda hukuki işlemin akıbeti hususunda doktrinindeki hâkim kanaat, yetkisiz temsil hükümlerinin geçerlilik bulacağı yönündedir⁹¹. Temsil olunanın menfaatine aykırı işlem tesis edilerek temsil yetkisinin kötüye kullanıldığı hallerde, şayet işlem açıkça temsil olunanın menfaatine aykırı veya üçüncü kişi kötü niyetli ise, kanaatimizce hukuki işlem kesin hükümsüzdür. Zira bu durumda da temsilci ile üçüncü kişi arasında açık bir hileli anlaşma olmasa dahi, temsil yetkisi dürüstlük kuralına ve ahlaka aykırı bir şekilde kullanılmakta, işlemin karşı tarafı da bu durumu bilmekte veya bilmesi gerekmektedir. Buna mukabil, temsil olunanın menfaatine aykırılığın açıkça olmadığı veya üçüncü kişinin iyi niyetli olduğu hallerde işlemin akıbeti yetkisiz temsil hükümlerine tâbi olur. Yargıtay da; *“temsil yetkisinin kötüye kullanılması durumundan temsil yetkisinin kötüye kullanıldığını bilen ya da bilmesi gereken üçüncü kişiler temsil yetkisine dayanarak hak iddiasında bulunamazlar.”*⁹² şeklinde hüküm kurarak temsil olunanın menfaatlerinin açıkça ihlal edildiği hallerde hukuki işlemin, temsil olunan üzerinde herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmayacağına işaret etmiştir.

Kanun koyucu, kambiyo senetlerine duyulan güveni ve gösterilen itibarı korumak adına çeşitli hükümler ihdas etmiş, bahsi geçen senetlerin hükümsüz kılınmasını istisnai hallere özgü kılmıştır. Nitekim yetkisiz temsil sonucunda kambiyo senedinin adi borç ilişkilerindeki gibi hükümsüz kılınmayıp ilgili senetten bizzat yetkisiz temsilcinin sorumlu tutulması bunun önemli bir göstergesidir. Bir kambiyo senedinin düzenlenerek tedavüle sokulması, yalnızca iki taraf arasında sonuçlarını doğuran bir fiil değildir. Senet tedavüle sokulduktan sonra pek çok alacaklı ve borçlu kambiyo senedi kaynaklı ilişkiler yumağına dahil olur. Bu itibarla kambiyo senedine imza atan temsilci, bu yetkisini kötüye kullansa dahi, ortada şeklen imzalı bir kambiyo senedi var ise, kambiyo senedi hükümsüz olmaz. Çünkü

⁹⁰ Sönmez, s. 167.

⁹¹ Kutlu Sungurbey, s. 15; Bülent Karasu, *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Doğrudan ve Dolaylı Temsil*, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 352; Inceoğlu, s. 352; Antalya, s. 623.

⁹² Yargıtay 11 HD., 2004/9628 E., 2004/5571 K., 18.05.2004 T. <www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi 16.02.2022. Aynı kararda, “temsilcinin üçüncü kişi ile anlaşarak hileye dayalı olarak temsil edilen yönünden zararlı sonuçlar doğuran bir sözleşmenin yapılmış olmasında, temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının daha aşırı ve çarpıcı bir durumda sözleşmenin geçersiz olacağı”nın açık olduğu vurgulanmış, hileli anlaşma olmaksızın temsil olunanın menfaatine aykırılık durumunda ise üçüncü kişinin iyi niyetli olup olmadığının sorgulanması gerektiğine işaret edilmiştir. Ayrıca bkz. Yargıtay HGK., 1973/586 E., 1973/954 K., 25.11.1973 T.; Yargıtay 23 HD., 2014/2028 E., 2014/6027 K., 29.09.2014 T., Yargıtay 23 HD., 2014/10780 E., 2015/2182 K., 02.04.2015 T. <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi 16.05.2022.

TTK m. 677'deki "imzaların bağımsızlığı" ilkesine göre, herhangi bir sebeple sahibini bağlamayarak geçersiz olan imza, diğer imzaları etkileyerek bunları hükümsüz kılma kabiliyetine sahip değildir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, temsil yetkisinin kötüye kullanılması ile gerçekleştirilen ciro, aval⁹³, araya girme veyahut kabul gibi işlemler bakımından da yukarıda yapılan açıklamalar geçerlidir.

Temsil yetkisi ne şekilde kötüye kullanılırsa kullanılsın, belirtmek gerekir ki, temsilcinin temsil yetkisi son bulmaz. Temsil yetkisinin kötüye kullanılmasına dair hukuki sonuçlar, yalnızca ilgili olaya özgü olarak hüküm doğurur. Yetki belgesine sahip bir temsilci, temsil olunan adına pekâlâ başka bir kambiyo senedine imza atabilir⁹⁴. Temsilcinin yetkisizliğinden doğacak riskleri taşıma külfeti alacaklıya ait olacağından basiretli alacaklının, her bir işlem bakımından ayrı ayrı yetki belgesini temsilciden sorması ve incelemesi önem arz eder⁹⁵. Zira adına senedin imzalandığı bildirilen kimseye müracaat edememe ve yetkisiz temsilcinin malvarlığının da borcu karşılayamama durumu söz konusu olabilir.

Temsil olunanın, temsilci ile arasındaki temel ilişkiye dayanarak temsilciye temsil yetkisinin kullanılmasına ilişkin verdiği emir ve direktiflere talimat denir⁹⁶. Temsil yetkisinin talimata aykırı kullanıldığı her durum, kanaatimizce temsil yetkisinin kötüye kullanıldığı anlamına gelmez⁹⁷. Temsil olunan tarafından verilen talimat ile temsil yetkisi sınırlandırılmış olmakta ve talimata aykırılık ile bu temsil yetkisi aşılmış olmaktadır. Buna mukabil doktrindeki bir görüşe⁹⁸ ve İsviçre Federal Mahkemesine⁹⁹ göre, talimata aykırı hareket, temsil yetkisinin kötüye kullanımının özel bir türüdür. Ne var ki, TTK m. 678'in son cümlesindeki, yetkisini aşan temsilcinin de yetkisiz temsil hükümlerine tâbi olacağını belirten düzenleme karşısında bu görüşü kabul etmek güçtür. Talimatın aşılması, temsil yetkisinin

⁹³ "...dosyadaki belgelere göre davalılar ... ve ...'un her ikisinin de davacı şirketi temsile münferiden yetkili buldukları, kendilerinin keşideci olduğu bonoda davalı ...'un şirketi temsil yetkisini kötüye kullanarak davacı şirketi bonoda avalist yaptığı temsillerinin temsil yetkisinin kötüye kullanılması nedeniyle bu aval işleminin batıl olduğu ve bu nedenle davacı şirketin dava konusu bonodan dolayı borçlu olmadığı anlaşılmaktadır..." Yargıtay 19 HD., 2017/2711 E., 2018/52 K., 16.01.2018 T. <karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi 16.02.2022.

⁹⁴ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 759.

⁹⁵ Karayalçın, s. 48.

⁹⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 181; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 759-760.

⁹⁷ Aydın, s. 254-255.

⁹⁸ Kutlu Sungurbey, s. 13; Antalya, s. 627.

⁹⁹ BGE 77 II 143-144. <<https://servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2077138.pdf>>, Erişim Tarihi 16.08.2021.

sınırlarının aşılması anlamına geldiğinden ilgili imza, yetkisiz temsil hükümleri uyarınca temsilciyi bağlayacaktır.

A. Yetkisizliğe İlişkin Bir Uygulama Örneği: “Geçmiş Tarihli” Kambiyo Senedi Düzenlemek

“Vadeli çek” olarak nitelendirilen kambiyo senetleri istisna tutulursa olması gereken, kambiyo senedinin düzenleme tarihinin senet üzerine imza atılan gün ile aynı olmasıdır. Bununla birlikte kambiyo senedindeki düzenleme veya ödeme tarihinin temsil olunanın aleyhine olacak şekilde doldurulması uygulamada en sık rastlanılan temsil yetkisinin kötüye kullanımı hallerindedir. Genellikle bu durumlarda temsilci, temsil yetkisi sona erdikten sonra üçüncü kişilerle hileli anlaşma yaparak temsil yetkisinin olduğu dönem ile ilgili olarak temsil olunanı borçlandıracak kambiyo senetlerini imzalamaktadır. Kambiyo senedinin üzerindeki tarihlerin gerçeğe aykırı şekilde yazılması ile farklı usulsüzlüklerin sebep olacağı uyuşmazlıklar geniş bir monografinin konusunu oluşturabilir. Biz çalışmanın bu kısmında, tüzel kişilerin temsilcilerinin temsil yetkisi sona erdikten sonra geçmiş tarihli kambiyo senedi tanzim ederek tüzel kişiyi zarara uğratmaları ihtimaline odaklanmaya çalışacağız.

Bir tüzel kişi adına kambiyo senedi düzenleme yetkisine sahip olan kanuni veya iradi temsilcilerin; üçüncü kişi ile hileli anlaşma neticesinde veya temsil olunan tüzel kişinin menfaatlerine *açıkça* aykırı bir şekilde yapmış oldukları işlemlerde temsil yetkisi kötüye kullanılmış demektir. Tüzel kişi temsilcilerinin, kambiyo senedindeki düzenleme tarihini hakikatte olandan farklı bir şekilde yazmaları sonucunda bazen yetkisiz temsil, bazen ise temsil yetkisinin kötüye kullanılması durumu söz konusu olur. Bazen de temsil olunan, temsilci ve lehdar arasındaki anlaşmaya uygun olarak düzenleme tarihi gerçekte olduğundan farklı yazılmış olabilir. Son ihtimal haricindeki durumlar, uygulamada pek çok uyuşmazlığa sebebiyet vermektedir. Temsil yetkisinin bitmesinden sonra, geçmiş tarihli bir senede imza atan kişinin temsil yetkisini kötüye kullandığına ilişkin varılan sonuç hatalıdır. Zira uygulamada kabul edildiğinin aksine ortada kötüye kullanılacak bir temsil yetkisi dahi yoktur. Varılması gereken sonuç, eski temsilcinin geçmiş tarihli olarak attığı imzadan dolayı yetkisiz temsil hükümlerine göre sorumlu tutulmasıdır¹⁰⁰. Ne var ki, halihazırdaki teknolojik seviye imzanın tam olarak ne zaman atıldığına dair kesin sonuçlar vermeye elverişli değildir. Özellikle imzanın atıldığı tarih ile senetteki tarih arasındaki zaman farkı da birbirine yakın ise imzanın

¹⁰⁰ “...davalı ...’ın senetleri yetkili olduğu dönemde düzenlemişse kendisi ile işlem yapma yasağı nedeniyle yetkisi sona erdikten sonra düzenlediyse yetkisiz olması sebebi ile aval işleminin geçersiz olacağına açık olduğu...” Yargıtay 11 HD., 2020/5995 E., 2021/3833 K., 20.04.2021 T. <www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi 16.08.2021.

yaşına ilişkin uyumsuzluğun tespiti daha da zorlaşmaktadır. Hal böyle olunca, bu hususta katı bir anlayışla yazılı delil aramak maddi gerçekliğe ulaşmayı çok güçleştirir. Ayrıca zaten temsil yetkisinin kötüye kullanımı hukuki bir işlem değil, fiil olduğundan dolayı HMK m. 200'deki senetle ispat zorunluluğuna tâbi olmayacaktır.

Temsil yetkisinin sona erdiği bir zamanda, temsil yetkisinin var olduğu zaman dilimine ilişkin olarak geçmiş tarihli kambiyo senedi tanzim edilmesi durumunun tespitinde, kanaatimizce kıymetli evrakın sebepten bağımsızlığı ilkesinin çok katı yorumlanmaması gerekir. Elbette, bir kambiyo senedi, vücuda gelmesindeki sebepten bağımsızlaşır ve kendisi bizatihi sebep olur. Ancak her durumda kambiyo senedinin düzenlenmesine sebebiyet veren bir temel ilişki mevcuttur. Düzenleyen ve lehtar arasında hatır ilişkisi dahi bulunmuyor ise, kambiyo senedinin kullanılmaması ve İİK m. 72 uyarınca iadesi gerekir¹⁰¹. Nitekim Yargıtay da kambiyo senetleri ile ilgili bedelsizliğe dayalı menfi tespit davalarında *tarafların senedin doğuş nedeni hakkında isticvap edilmelerini ve saptanacak hukuki ilişki çerçevesinde davaya bir çözüm bulunması gerektiğini vurgulamaktadır*¹⁰². HMK m. 169 uyarınca, kendiliğinden veya talep üzerine taraflardan birinin isticvabına karar verebilen mahkemenin isticvap edilen kişiye; kambiyo senedinin ticari defterlere neden kaydedilmediği, senet tutarının hangi yollar ile borçlunun hesabına gönderildiği, alacaklının ticari defterlerinde başka kişilere ait benzer türden borç kayıtlarının yer alıp almadığı gibi hususları sorması gerektiği doktrinde belirtilmektedir¹⁰³. Hakikaten geçmiş tarihli bir kambiyo senedinin takibine neden temsilcinin temsil yetkisinin sona ermesinden sonra başladığının veya yetkinin sona ermesinden önce senedin borçludan tahsil edilememesi halinde aciz vesikası alınarak senet bedelinin

¹⁰¹ Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Arslan Kaya/Füsün Nomer Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, 2021, s. 90 vd.; Kendigelen/Kırca, s. 112 vd.; Talih Uyar, “‘Kambiyo Senetlerindeki Mücerretlik İlkesi’, ‘Kambiyo Senedinin Hayatın Olağan Akışına Aykırı Olduğu’ İddiasına Dayalı ‘Menfi Tespit Davası’nın Açılmasını Engeller mi?’, *İstanbul Barosu Dergisi*, 87(3), 2013, s. 244.

¹⁰² “...Davacının dayandığı sözleşmede dava konusu senede atıf yapılmadığı gibi sözleşmede yer alan tarafın dava konusu senette hamil yada ciranta olmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla davacı, davalı lehtar H. J.'ın imzasını taşıyan ve takibe konu senedin teminat senedi olduğunu gösteren yazılı sözleşme yada delil sunamamıştır. Davalı H. J. davaya cevabında, dava konusu senedin borca karşılık teminat olarak verildiğini savunmuştur. Bu durumda davalı H. J. isticvap edilerek dava konusu senedin hangi ilişkinin teminatını teşkil ettiği sorulup teminat koşulunun oluşup oluşmadığı üzerinde durulup, davalı H. J.'ın dava konusu senetten dolayı alacaklı olduğunu ispat edememesi durumunda senedi ciro yolu ile devralan davalı C. M.'ın TTK.nun 599. maddesi uyarınca senedi ciro yoluyla devralırken kötü niyetli olup olmadığı konusunda deliller değerlendirilerek varılacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir...” Yargıtay 19 HD., 2010/11580 E., 2011/5675 K., 27.04.2011 T. <www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi 03.01.2022.

¹⁰³ Uyar, *Mücerretlik İlkesi*, s. 257.

bilançoda “zarar” olarak neden gösterilmediğinin sorgulanması durumunda yetkisiz temsil veya duruma göre temsil yetkisinin kötüye kullanılması hallerinin tespitine daha kolay imkân tanınabilir. Bu noktada, hâkimin tarafların talepleri ve sundukları deliller ile bağlı olduğu akla gelebilir. Fakat bir Yargıtay kararında da veciz bir şekilde ifade edildiği gibi; “...*Hukuk davalarında hakim, elbette tarafların istek ve gösterdikleri deliller ile bağlıdır. Ne var ki, hakimin adaleti bulmak için gerektiğinde re’sen soruşturma yapmasına HUMK.nunda olanak tanınmıştır. “İsticvap”, “yemin” gibi müesseseler örnek gösterilebilir...*”¹⁰⁴ Ayrıca tacirlerin ticari defter tutma yükümlülükleri göz önünde bulundurulduğunda, “geçmiş tarihli” kambiyo senetlerinin tespitinde, tek başına yeterli olmasa da, kambiyo senedine ilişkin borcun ticari defterde kaydının bulunup bulunmadığı önem arz eder.

Temsil ilişkisi sona erince, temsil olunan ile temsilci arasında bir mutabakat metni düzenlenerek, temsil olunan adına imzalanmış tüm kambiyo senetleri bu metinde tek tek sayılabilir. Belirtilenlerden başka bir kambiyo senedinin ortaya çıkması halinde bundan bizzat temsilcinin sorumlu olacağı üzerine yapılacak bir anlaşma iç ilişkide tarafları bağlayacak olsa da muhtemel uyuşmazlıkların daha kolay sonlanmasını sağlayabilir¹⁰⁵.

B. Kambiyo Senetlerinde Temsil Yetkisinin Kötüye Kullanılmasının İspatı

Temsil yetkisinin kötüye kullanıldığının tespiti, maddi bir olayın ispatına dair olduğundan dolayı her türden delil ile gerçekleştirilebilir. Bu noktada temsilciye beyaz bonoyu¹⁰⁶ doldurması veya hatır senedi düzenlemesi için verilen yetkinin

¹⁰⁴ Yargıtay 1 HD., 1987/1347 E., 1987/2838 K., 2.4.1987 T. <www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi 03.01.2022.

¹⁰⁵ “...Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, 16.07.2009 tarihli ibraname başlıklı belgede davalının, davacı şirketteki hisselerini devrederken kendisinin şirket adına imzaladığı tüm çek ve senetleri belirttiği, bunların dışında bir belge çıkarsa bundan sorumlu olmayı kabul ettiği, davalı tarafça bu belgenin 2010 tarihli olduğu savunulmuş ise de bu hususun sonuca etkili olmadığı, davalının, davacı şirket adına düzenleyip kardeşine verdiği 30.01.2009 keşide tarihli bonodan, taraflar arasında düzenlenen yazılı belgelerde hiç bahsedilmediği, oysa söz konusu bonodan daha düşük bedelli diğer kambiyo evrakının ise bu belgelerde açıkça zikredildiği, buradan hareketle işbu bononun davalının ortaklıktan ve yöneticilikten ayrıldığı tarihten sonra eski tarihli olarak keşide edildiği kanaatine varıldığı, bu bononun icra takibine konu edilmesi karşısında davacının, dava dışı alacaklı ile düzenlediği protokolle borcu vadeli ve alacaklıya 7 ayrı bono verdiği, bunlardan asıl ve birleşen davaya konu edilen iki adedinin ödendiği, davacı şirketi açıklanan şekilde zarara sokan davalının bu bedellerden sorumlu bulunduğu gerekçesiyle asıl ve birleşen davanın kabulüne karar verilmiştir.... davalı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA...” Yargıtay 11 HD., 2014/15284 E., 2015/11120 K., 27.10.2015 T. <www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi 03.01.2022.

¹⁰⁶ “...Kanun'un 680. maddesi uyarınca açık bono düzenlemesinin mümkün olduğu, bu durumda senet tedavüle çıktığında tüm unsurlarının bulunmasının zorunlu olduğunu, görünüşe itimat

ispatında yazılı belgenin gerekli olması akla gelebilir¹⁰⁷. Belirtmek lazımdır ki, asgari unsurun imza olduğu açık (beyaz) kambiyo senedini düzenleyen, düzenleme tarihi dahil kambiyo senedinin unsurlarını doldurma yetkisini bir başkasına vermektedir¹⁰⁸. Hiç kuşkusuz temsilci aracılığı ile de açık kambiyo senedi düzenlenebilir. Bunun için temsilcinin, temsil olunan adına kambiyo taahhüdünde bulunma yetkisinin bulunması yeterlidir, bu hususta özel olarak yetkilendirilmesine gerek yoktur¹⁰⁹. Dikkat edilirse açık kambiyo senedi düzenlenmesi hususunda taraflar arasında bir anlaşma mevcut olup, bu anlaşmanın yazılı delille ispatlanması lazımdır. Temsil yetkisinin kötüye kullanılması hususunda ise temsil olunan ile temsilci veya üçüncü kişi arasında bir anlaşma mevcut olmaz. Temsilci ile üçüncü kişi arasında var olma ihtimali bulunan yazılı anlaşmayı ise temsil olunanın ispatlayabilmesi pek mümkün değildir¹¹⁰. Hal böyle olunca, temsil yetkisinin kötüye kullanılmasındaki delil serbestisi ile açık bonodaki anlaşmanın ispatındaki yazılı delil zorunluluğunu birbirinden ayırmak gerekir. Bununla birlikte, temsilci tarafından temsil olunan adına açık kambiyo senedi düzenlenip lehbara teslim edildikten sonra, senedin anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğu iddiası, senedi doldurulmuş olarak iktisap eden iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez¹¹¹. Bu durumda ancak senedi anlaşmaya aykırı olarak doldurup devreden kişiden tazminat talep edilebilir¹¹². Kanaatimizce açık kambiyo senedi düzenlemeye yetkisi

prensibi gereği boş bono veren borçlunun sonuçlarına katlanması gerektiği, uyuşmazlık konusu senette 6102 sayılı TTK'nın 776. maddesinde belirtilen tüm yasal zorunlu unsurlar bulunduğu senedin bono vasfında olduğu, bedelsizlik def'inin şahsi def'i olup HMK'nın 200/1. maddesi uyarınca yazılı delille ispatı gerektiği, senette yazı ve yaş tayininin teknik olarak mümkün olmadığı gibi bu yönde bir inceleme yapılmasının da senedin kambiyo vasfını etkilemeyeceği, davacıların iddialarını yazılı delille kanıtlayamadığı ve yemin deliline de dayanmadığı,...” Yargıtay 11 HD., E. 2020/2538 E., 2020/4635 K., 02.11.2020 T. <www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi 17.02.2022. “...TTK'nın bonolarda da uygulama olanağı bulunan 592. maddesine göre açık bono düzenlenmesi mümkündür. Bu halde senedin anlaşmaya aykırı doldurulduğunun ispatı HUMK'nın 290. maddesine göre yazılı delil ile olmak kaydıyla davacı keşideciye aittir...” Yargıtay 19 HD., 2005/10120 E., 2006/6004 K., 05.06.2006 T. <www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi 17.02.2022.

¹⁰⁷ Ahmet Türk, “Kambiyo Senedi Borçlusu Tarafından Açılan Bedelsizliğe Ve Hükümsüzlüğe Dayalı Menfi Tespit Davalarının Gösterdiği Özellikler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7, 2005, s. 374.

¹⁰⁸ Açık bono hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, *Kıymetli Evrak*, s. 162 vd.

¹⁰⁹ Tüzemen Atik, s. 89.

¹¹⁰ Açık kambiyo senedindeki imzanın üstüne sonradan kaşe basılarak kooperatifin borçlu hale getirildiği iddiasının yazılı delille ispatlanması gerektiği yönünde bkz. Yargıtay 19 HD., 2009/3688 E., 2010/1378 K., 11.02.2010 T. <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi 15.05.2022.

¹¹¹ Çamoğlu, s. 118; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, *Kıymetli Evrak*, s. 164; Kendigelen/Kırca, s. 183.

¹¹² Çamoğlu, s. 106; Kendigelen, s. 151.

olmadığı halde düzenleyen temsilciye karşı da, temsil olunanın tazminat isteme hakkı bulunmaktadır.

1. İşlemin “Hayatın Olağan Akışı”na Aykırı Olması (?)

Uygulamada temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının ispatı meselesinde “yaşam deneyimi”, “tecrübe kuralı” veya “hayatın olağan akışı” kavramlarına başvurulduğu sıklıkla gözlemlenmektedir. Kişiler için sıradan, alışlagelmiş ve doğruluğundan tereddüt edilmeyen olaylar, hayatın olağan akışına uygun kabul edilmektedir. Buna mukabil, tecrübe kaidelerine göre kabulü zor veya imkânsız olan olaylar, hayatın olağan akışına¹¹³ aykırıdır¹¹⁴. Doktrinde¹¹⁵ ve Yargıtay uygulamalarında¹¹⁶ “hayatın olağan akışı” kriteri, HMK m. 201’deki senede karşı tanıkla ispat yasağının istisnası olarak kabul edilmektedir. Ayrıca bu türden

¹¹³ “Hayatın olağan akışı” kavramının, İslam hukukundaki “Zahiri Hal Delili” ile benzerlikleri için bkz. Abdullah Demir, “Yargıtay İçtihatlarındaki ‘Hayatın Olağan Akışı’ Kriteri ve İslam Hukukundaki ‘Zahiri Hal Delili’”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 28, 2008, s. 129-133.

¹¹⁴ Hülya Taş Korkmaz/Mine Akkan/Muhammet Özkes/Hakan Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku Cilt 2*, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 1622-1623.

¹¹⁵ Yavuz Alangoya, “‘Senede Karşı Senetle İspat’ Kuralı ve ‘Hayatın Olağan Akışı’ Kavramı”, *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan*, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 523 vd.; Talih Uyar, “‘Hayatın Olağan Akışına Aykırı Olduğu’ Gerekçesiyle ‘Bir Senedin İptaline’ Karar Verilebilir mi?”, *Legal Hukuk Dergisi*, 13(151), 2015, s. 197.

¹¹⁶ “...Ne var ki, senede karşı senetle ispat zorunluluğunu öngören bu kural da mutlak değildir. HUMK.nun 293. maddesinin 3. ve 5. fıkralarında sayılan hallerde, senede karşı tanık dinlenebileceği gibi, Yargıtay uygulamasına göre, örneğin borcun kumardan kaynaklandığı ya da ahlak ve adaba aykırı bir amacın tahakkuku için verildiği yolundaki savunma da tanıkla kanıtlanabilir. Kaldı ki, somut olayda, davacının belgede belirtilen miktarda parayı borç olarak verecek mali gücünün bulunmadığı, davalıların miras bırakanının da bu miktarda borç almasını gerektirecek herhangi bir durumunun mevcut olmadığı da savunulmuş ve buna ilişkin deliller toplanmıştır. İşçi emeklisi eşi olduğu dosya kapsamından anlaşılan davacının, herhangi bir işinin, gelirinin ve malvarlığının bulunduğu kanıtlanamamıştır. Davalıların miras bırakanının ise, 1982 yılından itibaren oto tamirhanesi işlettiği, gayrimenkullerinin ve özel otomobilinin bulunduğu, kira geliri elde ettiği, buna ilişkin resmi yazı cevaplarıyla sabittir. Bu durumda, davacının davalıların miras bırakanına 1.08.1997 tarihinde 10 milyar TL. borç para vermesi hayatın olağan akışına da uygun düşmemektedir.” Yargıtay HGK., 2002/177 E., 2002/206 K., 20.03.2002 T.; “...yetkisiz temsilcinin uzun süre aralıksız işlem yapması nedeniyle yapılan işlemlerden haberdar olunmadığı iddiasının hayatın olağan akışına uygun olup olmadığı ve sözleşme kapsamında davacı hesaplarından yapılan tüm işlemlere ilişkin olarak davalının e-posta yoluyla davacıyı bilgilendirmiş olduğu kesin olarak tespit edilmesi nedeniyle, yapılan tüm işlemlerin davacının bilgisi dahilinde olduğu ve e-posta yoluyla yapılan bilgilendirmelere hiçbir şekilde itiraz edilmediği dolayısıyla, davacının yetkisiz temsilcinin işlemlerine zımnen icazet verildiğinin kabulü gerekip gerekmediği hususu değerlendirilmek suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve değerlendirmeye dayalı yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamış, kararın davalı yararına bozulmasına karar verilmesi gerekmiştir...” Yargıtay 11 HD., 2018/4413 E., 2019/6044 K., 01.10.2019 T. Ayrıca bkz. Yargıtay HGK., 2013/2238 E., 2015/1062 K., 25.03.2015 T.; Yargıtay 9 HD., 2008/11859 E., 2008/4681 K., 11.03.2008 T.; Yargıtay 12 HD., 2009/17047 E., 2009/25571 K., 17.12.2009 T. <www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi 21.02.2022.

vakıaların, ispat konusu olamayacağı ve hâkimin bunları re'sen dikkate alacağı belirtilmektedir¹¹⁷. Önceki hukukumuzda Mecelle'nin 77. maddesindeki ifade ile “*Beyyine, hilâf-ı zâhiri isbât için ve yemin aslı ibkâ içindir.*” Görünenin, olağanın tersini iddia eden kişinin üzerinde ispat yükünün bulunması mantık icabıdır. Fakat, “hayatın olağan akışı” ifadesinden de anlaşılabilceği gibi bu durumlar, *gerçekleşme ihtimali yüksek* tecrübe kaideleridir¹¹⁸. Ancak sayısız farklı hayat olayının gerçekleştiği ticarete “hayatın olağan akışı” kriterine uygun kabul edilmeyecek pek çok durum da söz konusu olabilmektedir. Bu itibarla, doktrinde ve içtihatlarda genel olarak kabul gören bu sübjektif kavrama özellikle kıymetli evrak hukukunda sıklıkla başvurulması yerinde değildir¹¹⁹. Tedavül kabiliyetinin önemli olduğu, üçüncü kişilerin güvenlerinin mutlak manada korunduğu bir hukuki kurumun “hayatın olağan akışı” gibi soyut kavramlarla işlevsizleştirilmesi söz konusu olabilir. Nitekim bu gibi kavramlara, başta üçüncü reich Almanya'sı olmak üzere, totaliter rejimlerde mevzuatta bulunmayan hukuka aykırı fiillerin meşrulaştırılması amacı ile başvurulduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu kavramların kullanılmasında çok daha dikkatli olunması gerektiği rahatlıkla anlaşılabilir¹²⁰. HMK'da sayılan kesin delillerin, devlet politikası olarak bazı uyuşmazlıklar bakımından, bir anlamda hâkimin takdir yetkisini ortadan kaldırmak amacı ile ihdas olunduğu dahi ileri sürülebilir. Fakat uygulamada kesin, doğrudan deliller ile ispatı mümkün olmayacak pek çok hal ortaya çıkabilir. Söz konusu hallerde emare ispatına başvurulması da yadsınamayacak bir ihtiyaçtır. İşte bu ihtiyaç ile kambiyo senetlerine duyulan güvenin korunması arasında hassas bir dengenin kurulması problemin nirengi noktasını oluşturmaktadır.

2. Temsilcinin Kendisi, Ortağı veya Yakını ile İşlem Yapması

Yargı kararlarında, temsil yetkisinin kötüye kullanılmasına gerekçe olarak tüzel kişinin temsilcisinin kendisi, ortağı veya yakını olduğu kişi lehine kambiyo senedi düzenlemesi gösterilmektedir. TBK'da çifte temsili açıkça yasaklayan bir hüküm yoktur. Bununla birlikte, TTK'da anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin, genel kurulun izni olmaksızın şirketle işlem yapamayacaklarına dair m. 395 hükmü çifte temsili sınırlandıran bir hükümdür. Bu sınırlandırma; temsil edilen ile temsilci arasında menfaat çatışmasının bulunma ihtimaline binaen, hukuki işlemlerin

¹¹⁷ Sema Taşpınar, “Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 45(1), s. 545.

¹¹⁸ Taşpınar, s. 555.

¹¹⁹ Benzer şekilde bkz. Sönmez, s. 165.

¹²⁰ Bu kavrama kanun metinlerinde de yer verilmeye başlandığının bir örneği olarak bkz. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu m. 7/5.

güvenliği ve alacaklıların korunması amacı ile yapılmıştır¹²¹. Hemen belirtmek gerekir ki, işlemin karşı tarafının bir temsil ilişkisinin varlığını durumdan çıkarması veya çıkarması gerekmesi ya da hukuki işlemi temsilci veya temsil olunandan biri ile yapmasının farksız olması halinde temsil işlemi geçerli olarak kabul eden TBK m. 40/2 hükmü, çifte temsildeki sınırlamalarda da uygulama imkânı bulur¹²².

Temsilcinin çifte temsil sınırlamasına veya yasağına aykırı olarak kendisi ile temsil olunan ad ve hesabına işlem yapması temsil yetkisinin kötüye kullanıldığını tek başına göstermez. Buna mukabil son dönem Yargıtay uygulamasında aksi yönde kararlar olduğu görülmektedir. Yüksek Mahkeme bir kararında; “...*Dava konusu senetlerin, davalı Sezai.. tarafından davalı Ömer.. lehine düzenlendiği tarihte davalı Sezai'nin asıl borçlu, keşidecinin yetkilisi olduğu şirketin avalist olarak gösterildiği, son hamilin ise davalı Hüseyin.. olduğu bonolardır. Davalı Sezai.., aval ve keşide tarihinde şirketi temsile yetkili ise de, kendisinin keşideci olduğu bonolarda, davacı şirketi avalist olarak göstermesi, davacı şirket yönünden temsil yetkisinin kötüye kullanılması olup, bu nedenle aval işlemi geçersiz olmakla, davacı şirketin dava konusu bonolardan dolayı borçlu olmadığı anlaşılmaktadır...*”¹²³ şeklinde hüküm kurmuştur. Bu karara muhalif kalan üye, karşı oy yazısında, temsil yetkisinin kötüye kullanıldığına dair senedin iktisabı sırasında lehtarın ve hamilin bilerek borçlunun zararına hareket ettiklerinin ispatlanması gerektiğini belirtmiştir. Karara muhalif kalan üyenin görüşü kanaatimizce yerindedir. Kanunun iyi niyete sonuç bağladığı durumlarda aslolan üçüncü kişilerin iyi niyetinin varlığıdır. Bir başkası adına kambiyo senedine imza atan kişinin diğer tarafın da temsilcisi veya yetkilisi olması hali temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının ispatı meselesinde belki destekleyici bir vakıa olabilir. Nitekim Yargıtay bir başka kararında, *davalı lehdar ile dava dışı vekilin arkadaş olmalarının ve birlikte fotoğraf çektirmelerinin tek başına vekilin temsil yetkisini kötüye kullandığının göstergesi* olamayacağını isabetli bir şekilde vurgulamıştır¹²⁴. Yakın tarihli bir başka Yargıtay kararında ise; bono

¹²¹ Erol Ulusoy, *Anonim Şirketlerde Şirketle İşlem Yapma Yasağı ve Çifte Temsil*, Yetkin Yayınları, 2005, s. 67 vd.

¹²² Şener, *Temsil*, s. 317; İsmail Kırca, *Ticari Mümessilik*, Yetkin Yayınları, 1996, s. 130.

¹²³ Yargıtay 11 HD., 2021/5517 E., 2021/6585 K., 25.11.2021 T. (Yayınlanmamıştır.)

¹²⁴ “...Davacı şirketin müdürü Çiğdem'in dava dışı M.Sadık'a verdiği, 03.12.2004 tarihli vekaletnamede şirket adına her türlü çek ve senet keşide etme yetkisi verildiği hususu mahkemenin de kabulündedir. Bonoda keşideci bölümde şirketin kaşesi ve adresi yazılı olup, vekaleten imza atıldığı bonoda gösterilmesi gerektiğine ilişkin bir yasal düzenleme de bulunmamaktadır. Öte yandan davalı lehdar ile dava dışı vekilin arkadaş olmaları ve birlikte fotoğraf çektirmeleri tek başına vekilin temsil yetkisini kötüye kullandığının göstergesi olmaz. Ayrıca bononun azilnameden sonra düzenlendiği hususu da davacı tarafından kanıtlanamamıştır. Bu yönler dikkate alınmadan yazılı gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmediğinden hükmün davalı yararına bozulması gerekmiştir...” Yargıtay

keşidecisinin şirket temsilcisi, şirketin ise temsilciye aval veren kişi olması halini Yüksek Mahkeme temsil yetkisinin kötüye kullanılması olarak değerlendirmiş ve aval işlemini geçersiz kabul etmiştir¹²⁵. Kanaatimizce somut örnekteki durum, temsil yetkisinin kötüye kullanıldığını ispat etmek için tek başına yeterli değildir ve TBK m. 40/2 hükmüne aykırı çifte temsilin şartlarının mevcut olup olmadığının tetkik edilmesi gerekir.

SONUÇ

Ticaret hukukunun ilgi alanına giren pek çok işlemin; uzmanlık ve zaman kısıtlılığı gibi sebepler ile temsilciler aracılığı ile gerçekleştirilmesi günümüzde mutad hale gelmiştir. Temsilci vasıtası ile kambiyo taahhüdü altına girilmesinde, temsil yetkisinin kötüye kullanılması ve yetkisiz temsil başta olmak üzere bazı önemli sorunlar hem teorik anlamda hem de uygulama planında irdelenmeyi hak etmektedir. Adi borç ilişkilerinde yetkisiz temsilin sonuçlarını düzenleyen TBK m. 47 hükmü, ticaret hayatının gereklerini ve işlem güvenliğini karşılamaya yetmediğinden dolayı kanun koyucu TTK m. 678’de yetkisiz temsilciyi şahsen sorumlu tutarak kambiyo senedini ayakta tutmayı tercih etmiştir.

Temsilci sıfatını kullanan kişinin temsil yetkisini kötüye kullanması ile sona ermiş veya hiç var olmamış bir temsil yetkisinin söz konusu olduğu durumlar birbirinden farklıdır. Lehtar ile temsilcinin hileli anlaşma yapmaları veya temsil yetkisinin dürüstlük kuralına aykırı şekilde temsil olunanın menfaatine açıkça aykırı olarak kullanılması hallerinde temsil yetkisinin kötüye kullanılmasından bahsedilir ve temsilci tarafından atılan imza temsil olunanı bağlamaz. Temsil yetkisinin kötüye kullanılması, maddi fiil olduğundan dolayı tanık dahil her türlü delil ile ispatlanabilir. Fakat tanık delilini tek başına yeterli saymak adaletsiz sonuçlara sebebiyet vereceğinden Yargıtay’ın benimsemiş olduğu karinelere de yararlanmak gerekir

19 HD., 2008/6315 E., 2009/2027 K., 20.03.2009 T. <www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi 21.02.2022.

¹²⁵ “...Dava konusu bono incelendiğinde bono keşidecisinin şirket temsilcisi, şirketin ise temsilciye aval veren olduğu anlaşılmaktadır. Davacı ...’ın asli müdahil şirketi temsile yetkili bulunduğu, kendisinin keşideci olduğu bonoda davacı ...’ın şirketi temsil yetkisini kötüye kullanarak asli müdahil şirketi bonoda aval veren yaptığı temsilin, temsil yetkisinin kötüye kullanılması nedeniyle bu aval işleminin batıl olduğu ve bu nedenle asli müdahil şirketin dava konusu bonodan dolayı borçlu olmadığı anlaşılmaktadır. Zira temsilcinin kendisiyle işlem yapması kural olarak yasaktır. Temsilcinin izinsiz olarak kendisiyle yaptığı işlem sakat bir işlemdir. Bu işlem temsil olunanı bağlamaz. Özenli bir temsilci, iyiniyet ve sadakat borcu gereği, temsil ettiği şirketin çıkarına aykırı olarak bir işlem yaparsa bu işlem kural olarak temsil görevinin dışında kalır...” Yargıtay 11 HD., 2020/3893 E., 2021/2153 K., 08.03.2021 T. <www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi 21.02.2022.

Kambiyo senedine bir başkası adına geçmiş tarihli olarak atılan imzanın zamanı konusunda yapılan teknik incelemeler, halihazırdaki teknolojik seviye bakımından sonuçsuz kalmaktadır. Dolayısıyla böyle bir iddianın bulunduğu somut olaylarda ticari defterlere ilgili borcun işlenmiş olup olmadığı, yasal takibe başlama zamanı, taraflar ve temsilci arasındaki yakınlık durumu ve nihai kertede kambiyo senedine atılan imzanın hayatın olağan akışı içerisinde konumlandığı pozisyon – kambiyo senetlerine duyulan güveni zedeleden- sorgulanmalıdır. Bunun için ticari defterlere, tanıklara isticvaba başvurulması önem arz eder.

Kambiyo senetlerinde yetkisiz temsil ile temsil yetkisinin kötüye kullanılmasına ilişkin ihtilafların önemli bir kısmında temsilci olduğu iddia edilen kişi tacirin yardımcısı konumunda olmaktadır. Hal böyle olunca sözde temsil olunan kişi, kambiyo senedi ile bağlı olmasa dahi, başta TBK m. 116 ve 66 uyarınca iyi niyetli üçüncü kişinin kambiyo senedindeki asıl borçlunun farklılaşması sebebiyle uğradığı zarardan belirli oranda sorumlu olmalıdır. Kambiyo senetlerine duyulan güven, tacirlerin basiretli davranma yükümlülükleri ve yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluk bu yönde anlayış değişikliğini gündeme getirmektedir.

KAYNAKÇA

- Acar S, “Kambiyo Senetlerinde Temsil Yetkisindeki Sakatlıklar ve Sonuçları”, *Eskişehir Osman Gazi Üniversitesi İİBF Dergisi*, 1(2), 2006, s. 27-42.
- Adıgüzel B, “Yargıtay Kararları Işığında Kambiyo Senetlerinde Bile Bile Borçlu Zararına Hareket”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 4 (2), 2018, s. 129-148.
- Akyol Ş, “Temsil Yetkisinin Kötüye Kullanılması”, *Yargı Dünyası*, 141, 2007, s. 13-34.
- Akyol Ş, *Türk Medeni Hukukunda Temsil*, Vedat Kitapçılık, 2009.
- Alangoya Y, “‘Senede Karşı Senetle İspat’ Kuralı ve ‘Hayatın Olağan Akışı’ Kavramı”, *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan*, Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Antalya G O / Topuz M, *Medeni Hukuk Cilt 1*, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Antalya O G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,1*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Arıcı M F, “Kambiyo Senetlerinde Temsilcinin Yetkisini Aşarak Kambiyo Taahhüdüde Bulunmasından Doğan Sorumluluk”, *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı*, 1999, s. 11-28.
- Arsılanlı H, *Ticari Senetler Dersleri*, 3. Baskı, Üniversite Kitabevi, 1954.
- Aydın A, “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunun Temsil Yetkisinin Sınırları ve Temsil Yetkisinin/Gücünün Kötüye Kullanılması Sorunu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 30(1), 2014, s. 121-188.
- Aydın G S, “Borçlar Hukukunda Temsil Yetkisinin Kötüye Kullanılması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (148), 2020, s. 235-290.
- Ayhan R / Çağlar H / Özdamar M, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, 13. Bası, Yetkin Yayınları, 2020.
- Baysal B, *Haksız Fiil Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Bozer A / Göle C, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 10. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021.
- Böckli P, *Schweizer Aktienrecht*, 3. Bası, Schulthess, 2009.
- Cenkeci E, “Ticari Temsilcinin Temsil Yetkisinin Sınırlandırılması Sorunsalı”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 34(2), 2018, s. 93-118.

- Çamoğlu E, “Kambiyo Senetlerinde Borçlunun Defileri (Savunmaları)”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 35(3), 2019, s. 5-35.
- Çamoğlu E, *Kıymetli Evrak Hukukununun Temel İlkeleri*, Vedat Kitapçılık, 2020.
- Demir A, “Yargıtay İçtihatlarındaki ‘Hayatın Olağan Akışı’ Kriteri ve İslam Hukukundaki ‘Zahiri Hal Delili’”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 28, 2008, s. 129-133.
- Demir B, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Doğrudan Temsil Müessesesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(1), 2015, s. 249-278.
- Domanıç H, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi IV*, Temel Yayınları, 1990.
- Edis S, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 6. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1997.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Bası, Yetkin Yayınları, 2018.
- Eren F / Dönmez Ü, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt I*, Yetkin Yayınları, 2022.
- Eren F / Dönmez Ü, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt III*, Yetkin Yayınları, 2022.
- Ergüne M S, *Olumsuz Zarar*, Beta Yayıncılık, 2008.
- Eriş G, “Açık Emre Yazılı Senet (Bono) ve Bazı Sorunlar (I)”, *Yargıtay Dergisi*, 4(1-2), 1978, s. 175-189.
- Eriş G, *Açıklamalı İçtihatlı Uygulamalı Çek Hukuku*, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Gümüş M A, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Yetkin Yayınları, 2021.
- Hatemi H, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK. 65 Kuralı)*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976.
- Helvacı M, *Kambiyo Senetlerinde Defiler*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1985.
- Helvacı S / Karasu B, “Yetkisiz Temsilcinin Hukuki Sorumluluğu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 24(1), 2018, s. 197-214.
- Hueck A / Canaris C W, *Recht der Wertpapiere*, 12. Bası, 1986.
- İmregün O, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Filiz Kitabevi, 2003.

- İnceoğlu M M, *Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil*, On İki Levha Yayıncılık, 2009.
- Karaahmetoğlu İ Ö, “Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Ölçüsü ve Yargıtay Uygulamasındaki Yeri”, *Legal Hukuk Dergisi*, 10(116), 2012.
- Karahan S / Arı Z / Bozgeyik H / Saraç T / Ünal M, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 3. Bası, Mimoza Yayınları, 2015.
- Karasu B, *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Doğrudan ve Dolaylı Temsil*, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Karayalçın Y, *Ticaret Hukuku Dersleri II Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri)*, 3. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1970.
- Kendigelen A / Kırca İ, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Kendigelen A, *Çek Hukuku*, 6. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Kılıçoğlu A M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Bası, Turhan Kitabevi, 2019.
- Kırca İ / Şehirli Çelik F H / Manavgat Ç, *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013.
- Kırca İ, *Ticari Mümessillik*, Yetkin Yayınları, 1996.
- Kocayusufpaşaoğlu N / Hatemi H / Serozan R / Arpacı A, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt 1*, 5. Bası, Filiz Kitabevi, 2010.
- Kocayusufpaşaoğlu N / Hatemi H / Serozan R / Arpacı A, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt 2*, 4. Bası, Filiz Kitabevi, 2006.
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968.
- Kutlu Sungurbey A, *Yetkisiz Temsil Özellikle Culpa In Contrahendo ve Olumsuz Zarar*, Yasa Yayınları, 1988.
- Narbay Ş / Al Kılıç Ş, “Yargıtay 11’inci Hukuk Dairesi’nin 23.01.2017 Tarih ve 2017/38 Esas, 2017/444 Karar Sayılı Kararı Çerçevesinde Şirketin Yetkili Temsilcisi Aracılığıyla Düzenlenen Bonolarda Asıl Borçlu Sifatının Belirlenmesi Üzerine Düşünceler”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 78 (1), 2020, s. 193-223.
- Nomer H N, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 13. Bası, Beta Yayıncılık, 2013.
- Oğuzman M K / Öz M T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, 2016.

Oruç Ömeroğlu H, *Yetkisiz Temsil*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2018.

Özdamar M / Göktürk K / Can M Ç / Kaşak E, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Adalet Yayınevi, 2020.

Özdamar M, “6552 Sayılı Kanun ile TTK’da Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Anonim Şirketin Temsili”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18(3-4), 2014, s. 137-164.

Öztan F, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 24. Bası, Yetkin Yayınları, 2020.

Poroy R / Tekinalp Ü, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, 2010.

Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt 2*, 3. Bası, Adalet Yayınevi, 2018.

Sönmez N S, *Kambiyo Senetlerinde Şahsi Defiler*, On İki Levha Yayıncılık, 2019.

Sungurbey İ, *Medeni Hukuk Sorunları Cilt 1*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1973.

Şener O H, *Ticari Temsilci ve Ticari Temsil Yetkisi*, Adalet Yayınevi, 2015.

Tandoğan H, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk*, Turhan Kitabevi, 1981.

Taş Korkmaz H / Akkan M / Özekes M / Pekcanitez H, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku Cilt 2*, On İki Levha Yayıncılık, 2021.

Taşpınar S, “Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 45(1), s. 533-572.

Tekinay S S / Akman S / Burcuoğlu H / Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, Filiz Kitabevi, 1993.

Tercier P / Pichonnaz P / Develioğlu H M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2020.

Tiftik M / Şen E, “Yetkisiz Temsilde Culpa in Contrahendo Sorumluluğu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22(3), 2016, s. 2643-2664.

Türk A, “Kambiyo Senedi Borçlusunu Tarafından Açılan Bedelsizliğe Ve Hükümsüzlüğe Dayalı Menfi Tespit Davalarının Gösterdiği Özellikler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7, 2005, s. 307-382.

Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuk Lûgati*, 3. Bası, Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü, 1991.

Tüzemen Atik E, *Açık Kambiyo Senetleri*, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021.

- Ulusoy E, *Anonim Şirketlerde Şirketle İşlem Yapma Yasağı ve Çifte Temsil*, Yetkin Yayınları, 2005.
- Uyar T, “‘Hayatın Olağan Akışına Aykırı Olduğu’ Gerekçesiyle ‘Bir Senedin İptaline’ Karar Verilebilir mi?”, *Legal Hukuk Dergisi*, 13(151), 2015, s. 195-201.
- Uyar T, “‘Kambiyo Senetlerindeki Mücerretlik İlkesi’, ‘Kambiyo Senedinin Hayatın Olağan Akışına Aykırı Olduğu’ İddiasına Dayalı ‘Menfi Tespit Davası’nın Açılmasını Engeller mi?”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 87(3), 2013, s. 243-257. (Mücerretlik İlkesi)
- Ülgen H / Helvacı M / Kaya A / Nomer Ertan F, *Ticari İşletme Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Ülgen H / Helvacı M / Kaya A / Nomer Ertan F, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, 2021.
- von Tuhr A, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı Cilt 1-2*, 2. Bası, Yargıtay Yayınları, 1983.
- Vogt H / Bänziger M, “Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts”, *GesKR*, 4, 2012.
- Yağcı M, *Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk (TBK m. 116)*, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Yavuz C, *Türk, İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1983.
- Yıldırım A, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bası, Ankara 2017.
- Yünlü S, *Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk*, On İki Levha Yayıncılık, 2019.

ALMAN VE İSVİÇRE HUKUKUNDA KAMU GÖREVLİLERİNİN DAVRANIŞLARI SONUCU MEYDANA GELEN ZARARLARDAN İDARENİN SORUMLULUĞU*

Meltem ERTUĞRUL**

ÖZET

Geniş bir teşkilat yapısı ve faaliyet alanı olan idarenin faaliyetlerini yerine getiren kamu görevlilerinin, kamu hizmetinin görülmesi sırasında kişilere zarar vermesi söz konusu olabilmektedir. Bu zarar verici davranışlar kural olarak idareye atfedilmektedir. İdari hizmetin görülmesi sırasında kamu görevlilerinin davranışlarından kaynaklanan zararlarda idarenin hangi sorumluluk hükümlerine göre sorumlu tutulacağı, Alman ve İsviçre Hukuk sistemlerinde Türk hukukundan farklı bir biçimde düzenlenmiştir. Örneğin, Alman Hukukunda idarenin sorumluluğu adli yargıda özel hukuk hükümlerine göre çözümlenmektedir. Hukukumuz idarenin sorumluluğu bakımından Fransız sistemini esas aldığından, idarenin kamu görevlilerinin faaliyetlerinden kaynaklanan sorumluluğuna ilişkin genellikle Fransız hukukuyla karşılaştırmalı eserler bulunmakta, ancak Alman ve İsviçre hukukuna yönelik incelemeler sınırlı sayıda bulunmaktadır. Bu çalışmada bu boşluğun doldurulması amaçlanmış, Almanya'da ve İsviçre'de idarenin kamu görevlilerinin kamu görevini kusurlu yerine getirmeleri sebebiyle meydana gelen zararlardan sorumluluğu, ilgili ülkelerin kanunlarına göre incelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: *Alman Hukukunda İdarenin Sorumluluğu, İsviçre Hukukunda İdarenin Sorumluluğu, İdarenin Sorumluluğu, Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Art. 839, VG. Art. 3.*

* Bu çalışma yazarın doktora tezinden türetilmiştir.

** **Dr. Öğr. Üyesi,** İzmir Bakırçay Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı/İZMİR, e-posta: meltem.ertugrul@bakircay.edu.tr,

ORCID: 0000- 0001-7265-5119

DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1123743

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 19/04/2021

Yayımlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 30/05/2022

**RESPONSIBILITY OF THE ADMINISTRATION FOR DAMAGES CAUSED
BY THE BEHAVIOR OF PUBLIC
OFFICIALS IN GERMAN AND SWISS LAW**

ABSTRACT

It is possible that public officials who perform the actions of the administration, which has a wide organizational structure and field of activity, may harm individuals during the performance of public service. In principle, these damaging behaviors are attributed to the administration. According to which liability provisions the administration will be held responsible for damages arising from the behavior of public officials during the execution of administrative service, German and Swiss legal systems are regulated differently from Turkish law. For example, in German Law, the responsibility of the administration is resolved in civil jurisdiction, according to the provisions of private law. Since our law terms of the responsibility of the administration, is based on the French system, there are generally works comparable to the French law. There are a limited number of studies about the responsibility of the administration caused from the activities of the public officials, on the German and Swiss law. In this study, it was aimed to fill this gap and was tried to be examined according to German and Swiss laws, of the responsibility of the administration for the damages caused by the faulty performance of the public duty.

Keywords: *Responsibility of the Administration in German Law, Responsibility of the Administration in Swiss Law, Responsibility of the Administration, German Civil Code (BGB). Art. 839, VG. Art. 3.*

GİRİŞ

Türk İdare Hukuku sisteminde, idarenin kamu gücünü kullanarak yerine getirdiği faaliyetlerden meydana gelen zararlarda özel hukuk sorumluluk hükümlerinin uygulanamayacağı, bu konuda ayrı bir idare hukuku sorumluluk ve yargı sisteminin kurulması gerektiği kabul edilmiştir. Bu nedenle kamu hizmetini yerine getirirken kamu görevlilerinin davranışlarından meydana gelen zararlardan idarenin sorumluluğu, idari yargıda idare hukukunun sorumluluk prensiplerine göre belirlenmektedir¹. Alman ve İsviçre hukukunda ise farklı esaslar kabul edilmiştir.

Alman Hukukunda, kamusal görevlerin yürütülmesi sırasında kamu görevlilerinin davranışlarından idarenin sorumluluğu özel hukuka ilişkin hükümlere göre çözümlenmektedir. İsviçre’de ise egemenlik yetkisi kantonlar ile federal devlet

¹ Metin Günday, *İdare Hukuku*, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, 2013 s. 367; Gürsel Kaplan, “İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler”, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, 19, Kitap: 1, 2004, s. 177; Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, 2013, s. 490.

arasında paylaştırılmış ve her kantona idarenin sorumluluğu konusunda düzenleme yapma yetkisi verilmiştir. Bu sebeple İsviçre hukukunda idarenin sorumluluğunda farklı kanunlar ve uygulamalar söz konusudur. Federal Devletin sorumluluğuna ilişkin ise özel bir kanun bulunmaktadır.

Çalışmamızda, Almanya ve İsviçre’de idarenin faaliyetlerini yerine getiren kamu görevlilerinin² görevleri sırasındaki eylem ve işlemlerini oluşturan davranışlarından kaynaklanan zararlarda, idarenin sorumluluğu incelenmeye çalışılmıştır.

I. ALMAN HUKUKUNDA

A. Genel Olarak

Kamu görevlilerinin idari hizmeti yerine getirirken meydana getirdikleri zararlardan sorumluluk, esasen Alman Medeni Kanunu’nun (Bürgerliches Gesetzbuch) 839. paragrafında ve Alman Anayasası’nın 34. maddesindeki hükümlere göre belirlenmektedir. Bu hukuk sisteminde, kamu görevini yerine getiren kamu görevlisinin kusurlu davranışlarından kaynaklanan zararlardan idarenin sorumluluğu, Medeni Kanun esaslarına göre adli mahkemelerde karara bağlanmaktadır³.

İdarenin kusura dayanmasa dahi, vatandaşların özgürlük, hayat, sağlık gibi Anayasa ile korunan hukuki bir duruma el atılmasından kaynaklanan zararlarda ise sorumluluk “*fedakarlığın denkleştirilmesi*” ilkesiyle kabul edilmiştir⁴. Bu sorumluluk ilkesinin temelini 1794 tarihli Prusya Kanunu’nun (Allgemeines

² Kamu hizmetinin yerine getirilmesinde görevlendirilmiş olan memur ve diğer personeller için çalışmamızda genel olarak bu terim kullanılmıştır. Ancak ilgili hukuk düzenlemelerinde özellikle memur kavramı kullanıldığı haller için memur kavramı tercih edilmiştir.

³ Erbguth Wilfried, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozess-und Staatshaftungsrecht*, 7. Auflage, Nomos, 2014, N. 20, s. 517; Steffen Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, 13. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2015, N. 1098, s. 433; Stefan Ulrich Pieper, *GG Kommentar zum Grundgesetz*, 13. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2014, N. 53, s. 1120; Robert Uerpman-Witzack, *Examens-Repetitorium Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, 4. neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller, 2013, N. 397, s. 132; Patrick Reinert, *Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, Band 2, §§ 611-1296 (herausgegeben von: Heinz Georg Bamberger, Herbert Roth), 3. Auflage, C. H. Beck, 2012, N. 120, s. 1706; A. Ülkü Azrak, “Alman İdare Hukukunda Devletin Âmme Hukuku Sahasındaki Faaliyetlerinden Doğan Mesuliyeti”, *İÜHF*M, 28 (2), 1962, s. 380.

⁴ Manfred Baldus/Bernd Grzeszick/Sigrid Wienhues, *Staatshaftungsrecht*, 4. neu bearbeitete Auflage, C.F. Müller, 2013, N. 330, s. 86; Bernd Kannowski *Kommentar zum BGB* (Herausgegeben von: Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann), Band III Schuldrecht Besonderer Teil, §§ 433-853, Mohr Siebeck, 2013, N. 89, s. 2903; İlhan Uluhan, “Alman Kamu Hukukunda Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi”, *İÜHF*M, Ayrı Bası, XLIII (1-4), 1978, s. 6-7, 16 vd.

Landrecht für die Preußischen Staaten) 74. ve 75. maddeleri oluşturmaktadır⁵. Fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesine göre oluşan sorumlulukta, idarenin egemenlik alanını kullanmasından kaynaklanan yaşam, özgürlük, sağlık gibi değerlere idarenin kusuru olmaksızın ve hukuka aykırı olmayan bir fiille zarar vermesi, fakat zarar görenin bu zarara katlanma yükümlülüklerinin bulunmaması gerekir. Bu durumda idare kamulaştırmaya ilişkin Anayasa'nın 14/III. maddesinin⁶ kıyasen uygulanması ile sorumlu tutulmaktadır⁷. Örneğin, zorunlu aşı kampanyası kapsamında aşılana kişinin, aşı nedeniyle yaşadığı sağlık sıkıntılarında devletin sorumluluğu fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanmaktadır⁸. Bu davalar da adli yargıda görülmektedir⁹.

Alman hukukunda, bunlar dışında da idarenin motorlu araçlardan kaynaklanan sorumluluğu gibi idarenin özel kanunlara göre sorumlulukları da söz konusu olabilmektedir¹⁰.

B. İdarenin Kamusal Görevin İhmalinden Kaynaklanan Sorumluluğu

1. Genel Olarak

1 Ocak 1900 yılında yürürlüğe giren Alman Medeni Kanunu'nun 839. paragrafında, memurların görevlerini yerine getirirken sebep oldukları zararlardan sorumluluk kişisel olarak memura yüklenmiştir. Düzenlemeye göre;

“Bir memur, üçüncü bir kişiye karşı görevinden doğan bir yükümlülüğünü kasten veya ihmalle ihlal ederse, üçüncü kişinin bundan doğan zararını tazmin etmekle yükümlüdür. Memur sadece ihmali davranışta bulunmuşsa, zarar görenin başka bir şekilde zararını tazmin edememesi halinde, memurdan tazminat talep edilebilir.

Memur, kendi kamu görevi olan bir hukuksal konu hakkındaki kararında, görevini ihlal ederse, bundan doğan zararlardan ancak görev ihlalinin (aynı

⁵ Baldus/Grzeszick/Wienhues, N. 330, s. 86; Ulusan, s. 6-7, 16 vd.

⁶ İlgili hükme göre; “Kamulaştırma, ancak toplumun yararı için olanaklıdır. Kamulaştırma yalnız tazminatın biçim ve ölçüsünü düzenleyen bir yasayla veya bir yasaya dayanarak yapılabilir. Tazminat, toplumun ve ilgililerin yararları adaletli bir biçimde denkleştirilerek belirlenir. Tazminatın miktarı üzerinde anlaşmazlık halinde, adli yargı nezdinde kanun yolları açıktır.”

⁷ Holger Wöckel, *Grundzüge des deutschen Staatshaftungsrecht*, IÖR, 2006, N. 328, s. 85; Kemal Tahir Gürsoy, “İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları”, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, Ayır Basım, 1980, s. 89; Ulusan, s. 4-5.

⁸ Ulusan, s. 25.

⁹ Wöckel, s. 48; Baldus/Grzeszick/Wienhues, N. 221, s. 52.

¹⁰ Baldus/Grzeszick/Wienhues, N. 350, s. 90; Gürsoy, s. 92.

zamanda) suç olması halinde sorumludur. Kamu görevini yerine getirmeyi, haksız şekilde reddetme ya da geciktirme halinde bu kural uygulanmaz.

Zararın doğmasını önleyecek bir yasal yolu, zarar görenin kasıtlı ya da ihmali davranışla kullanmaması halinde tazminat yükümlülüğü meydana gelmez.”

23 Mayıs 1949 tarihinde yürürlüğe giren Alman Anayasası (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland)'nın 34. maddesine göre ise, “Kamu hizmeti ile görevlendirilmiş bir kimsenin, üçüncü bir kişiye karşı, görevinden doğan bir yükümlülüğü ihlal etmesi halinde, sorumluluk kural olarak, devlete veya hizmetinde bulunduğu kuruluşa aittir. Kast veya ağır ihmal hallerinde, idarenin rücu hakkı saklıdır. Tazminat ve rücu haklarının kullanılması için adli yargı yolu kapatılamaz.” Anayasa'daki hüküm kapsamında sadece memur değil, kamu hizmetinin yürütülmesinde görevlendirilmiş diğer kişilerin davranışlarında da idare sorumludur.

Kamu görevlisinin, kamu görevini yerine getirirken sebep olduğu zararlarda, eylemi gerçekleştiren memurun kişisel olarak sorumlu olmasına ilişkin Alman Medeni Kanunu (BGB) hükmü ile Anayasa'da bulunan kamu hizmetini yerine getiren kişilerin, görevlerinden doğan bir yükümlülüğü ihlal etmesi halinde meydana gelen zararlardan sorumluluğun devlet veya hizmeti yerine getirenin bağlı bulunduğu kuruluşa ait olması hükmü birbiriyle çatışıyor gibi görülmektedir. Ancak Alman hukuku doktrininde bu hükümlerin birbiriyle bağlantılı olarak yorumlanarak, Medeni Kanun'daki hükmün sorumluluğu doğurucu nitelikte, Anayasa'da bulunan hükmün ise sorumluluğun süjesini değiştirici ve sorumluluğun kapsamını genişletici nitelikte olduğu kabul edilmektedir¹¹. İki hükmün de sorumluluk kapsamının ve süjesinin belirlenirken dikkate alınması gerekir¹². Bu doğrultuda kamu görevlisinin

¹¹ Palandt *Bürgerliches Gesetzbuch*, Band 7, 72. neubearbeitete Auflage, C. H. Beck, 2013, § 839, N. 12, s. 1401-1402; Jürgen Papier, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5 Schuldrecht, Besonderer Teil III, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz*, (Herausgegeben von: Franz Jürgen Sächer, Roland Rixecker, Hartmut Oetker), (München, 6. Auflage, C. H. Beck., 2013), BGB, N. 121, s. 2577; Fritz Ossenbühl/ Matthias Cornils, *Staatshaftungsrecht*, C. H. Beck, 2013, s. 12; Erbguth, N. 1, s. 503; Reiner Schulze, *Nomos Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar*, 8. Auflage, Nomos, 2014, BGB 839, N. 1; Jörn Ipsen, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9. Auflage, Verlag Franz Vahlen, 2015, N. 1253, s. 324; Pieper, N. 2, s. 1109; Michael Ahrens, *Staatshaftungsrecht*, 2. Auflage, C.F. Müller, 2013, N. 15, s. 6; Baldus/Grzeszick/Wienhues, N. 98, s. 23; Maximilian Fuchs, *Deliktsrecht*, Sechste Auflage, Springer, 2006, s. 194; Heinz. J. von Wöstmann, *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2, §§839, 839 a*, Sellier de Gruyter, 2013, N. 20, s. 20.

¹² Detterbeck, N. 1054, s. 407; Rolf Schmidt, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18. Auflage, C. H. Verlag, 2015, N. 1062, s. 379; Schulze, BGB 839, N. 1, 2; Friedrich Kreft, *Das Bürgerliche Gesetzbuch Kommentar*, Band II 6. Teil §§ 832-853 (bearbeitet von: Karlheinz Boujong, Friedrich Kreft, Karl Nüßgens), 12. neubearbeitete Auflage, Walter de Gruyter, 1989, § 839, N. 22, s. 15.

görevini yerine getirirken sebebiyet verdiği zararlardan sorumluluk öncelikle görevlinin şahsında doğmakla birlikte, bu sorumluluk Anayasa hükmü gereği idareye aktarılmakta ve kamu görevlisinin bu zararlardan dolayı artık kişisel bir sorumluluğu bulunmamaktadır¹³.

İdarenin, kamu görevlisinin davranışları nedeniyle oluşan zararlarda, sorumlu tutulmasının nedeni, yapılan faaliyetin kamusal niteliğinin olması ile kamu görevlisinin idare tarafından atanması ve görevin ona emanet edilmiş olması temellerine dayanmaktadır¹⁴. Kamu görevlisinin zarardan kişisel olarak sorumlu olmaması düzenlemesiyle, hem zarar görenin ödeme gücü yeterli olmayan kamu görevlisi yerine malvarlığı daha geniş olan idareden tazminat alabilmesi hem de kamu görevlisinin çalışma motivasyonunun kötü etkilenmesinin önlenmesi sağlanmış olmaktadır¹⁵.

Anayasa'nın 34. maddesinde yer alan hüküm kamu görevlisini sadece, zarar görene karşı sorumlu olmaktan kurtarmaktadır. Hüküm kamu görevlisinin kast veya ağır ihmali davranışları halinde, idarenin rücu hakkını saklı tutmuştur. Bu nedenle idare kastı veya ağır ihmali bulunan kamu görevlisine ödediği tazminatı rücu edebilir¹⁶. Bu dava da adli yargıda görülmektedir¹⁷.

2. Sorumluluğun Koşulları

a. Kamusal görev

Alman hukukunda, idarenin BGB'nin 839. paragrafına göre kamu görevlisinin davranışından kaynaklanan sorumluluğunun doğması için, kamu görevlisinin kamusal faaliyet içerisinde görevini yerine getirirken zarara yol açmış

¹³ Erbguth, N. 1, s. 503; Papier, BGB, N. 121, s. 2577; Ipsen, N. 1254, s. 324; Elke Gurlit, *Grundgesetz Kommentar Band 1: Präambel bis 69*, Begründet von, Ingo von Münch, Herausgegeben von, Philip Kunig, 6. neubearbeitete Auflage, C.H. Beck, 2012, N. 9, s. 21 12; Schmidt, N. 1064, s. 381; Peter Bähr, *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*, 12. Auflage, Vahlen, 2013, s. 367; Kreft, § 839, N. 22, s. 15; Azrak, s. 370.

¹⁴ Ipsen, N. 1249, s. 323.

¹⁵ Ipsen, N. 1249, s. 323.

¹⁶ Palandt Kommentar, § 839, N. 88, s. 1413; Thomas Mayen, *Erman Bürgerliches Gesetzbuch II* (herausgegeben von: Harm Peter Westermann, Barbara Grunewald, Georg Maier-Reimer), 14. Auflage, Dr. Otto Schmidt Verlag, 2014, § 839, N. 103, s. 3705; Ossenbühl/Cornils, s. 120; Pieper, N. 51, s. 1119; Schmidt, N. 1110, s. 403; Schulze, BGB 839, N. 27; Hans J Wolff/ Otto Bachof/Rolf Stober/Winfried Kluth, *Verwaltungsrecht II*, 7. Auflage, C. H. Beck, 2010, N. 138, 139, s. 45-46; Wöstmann, N. 385, s. 205; Hubertus Kramarz, *BGB Kommentar* (Herausgegeben von: Hanns Prütting, Gerhard Wegen, Gerd Weinreich), 10. Auflage, Luchterhand Verlag, 2015, § 839, N. 80, s. 1878; Kreft, § 839, N. 131, s. 50; Helge Sodan/Jan Ziekow, *Grundkurs Öffentliches Recht*, 6. Auflage C. H. Beck, 2014, § 89, N. 23.

¹⁷ Reinert, N. 120, s. 1706.

olması aranmaktadır¹⁸. İdarenin özel hukuk alanında yaptığı faaliyetlerden doğan sorumluluk, bu hükümler kapsamına girmez¹⁹. Anayasa hükmü sadece idarenin kamu görevine ilişkin faaliyetleri bakımından kamu görevlisinin sorumluluğunda süjeyi değiştirdiğinden, idarenin özel hukuk faaliyetlerinde Anayasa hükmünün etkisi söz konusu olmaz ve kamu görevlisinin üçüncü bir kişiye zarar vermesi halinde, görevli BGB'nin 839. paragrafına göre sorumlu olur²⁰. Örneğin, Alman hukukunda (hastanın isteğiyle yapılan) hasta tedavi faaliyeti özel hukuk alanına giren bir faaliyet olarak kabul edilmektedir. Kamu hastanesinde doktorun hastayı tedavi etmesi, doktor kamu görevlisi olsa bile kamu hizmetinin yerine getirilmesi sayılmaz. Bu nedenle doktorun hatalı tedavisi nedeniyle oluşan zararlarda doktor, BGB'nin 839. paragrafına göre kişisel olarak sorumludur. Doktorun çalıştığı hastanenin sorumluluğu ise BGB'nin 31²¹, 89²² ve 831²³. paragraflarına dayandırılabilir. Ancak akıl hastanesine zorla kaldırmada olduğu gibi, doktorun zorla tedavi yapmasının gerekmesi halinde, doktorun eylemi kamu görevinin yerine getirilmesi niteliğindedir. Bu durumda doktorun hatalı tedavisi sonucu, idarenin BGB'nin 839. paragrafı ve Anayasa'nın 34. maddesine göre sorumluluğu doğar. Yine Almanya Federal Silahlı Kuvvetlerinde bulunan sağlık merkezindeki faaliyetler de kamu görevi oluşturmaktadır²⁴. Bunun dışında örneğin, polis memurunun silahını temizlerken özensiz davranması ve meslektaşını yaralaması gibi hallerde kamu hukukuna ilişkin faaliyet bulunduğundan zarardan idare sorumlu tutulmaktadır²⁵.

BGB'nin 839. paragrafında düzenlenen hüküm, BGB'nin 823. maddesinde düzenlenen haksız fiillerden kaynaklanan tazminat sorumluluğuna göre özel bir

¹⁸ Detterbeck, N. 1056, s. 408; Erbguth, N. 6, s. 505; Gurlit, N. 17, s. 2118; Schmidt, N. 1071, s. 384; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, N. 11, s. 9; Gisbert Kaiser, Bürgerliches Recht, 11. neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller, 2007, N. 856, s. 469; Sodan/Ziekow, § 86, N. 4

¹⁹ Detterbeck, N. 1056, s. 408; Erbguth, N. 6, s. 505; Gurlit, N. 17, s. 2118; Schmidt, N. 1071, s. 384; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, N. 11, s. 9.

²⁰ Uerpmann-Witzack, N. 400, s. 132.

²¹ “Dernek, yönetim kurulu üyesi, yönetim kurulu üyesi veya yasal olarak atanmış başka bir temsilcinin görevlerini yerine getirirken yaptığı bir eylem nedeniyle üçüncü kişilere verdiği zararlardan sorumludur.”

²² “31 hükmü Hazine için olduğu kadar kamu hukuku kapsamındaki şirketler, vakıflar ve kurumlar için de geçerlidir.”

²³ “Adam çalıştıran, çalışanın görevini yerine getirdiği sırada hukuka aykırı olarak üçüncü kişiye verdiği zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Adam çalıştıran, tayin edilen kişiyi seçerken, denetlerken, yönetirken, cihaz veya ekipman tedarik ederken gerekli özeni göstermiş ise veya özen gösterseydi de zarar meydana gelecek idiyse tazminat ödeme yükümlülüğü bulunmaz.”

²⁴ BGHZ 20, 376; BGHZ 108, 230; Palandt Kommentar, § 839, N. 93, 95, s. 1413; Mayen, § 839, N. 43, s. 3692; Gurlit, N. 20, s. 2120; Reinert, N. 29-31, s. 1679-1680.

²⁵ Detterbeck, N. 1057, s. 409.

düzenlemedir. Bu nedenle kamu görevlisinin eylemlerinden kaynaklanan zararlarda 823. paragraf değil, 839. paragraf hükmü uygulanır²⁶. Kamu görevlisinin, kamusal hizmeti yerine getiren eylemlerinden kaynaklanan zararlarda, BGB'nin adam çalıştıranın sorumluluğunu düzenleyen 831. paragrafı uygulama alanı bulmaz²⁷. Ancak, idarenin özel hukuk alanına giren faaliyetlerinde çalıştırdığı kişinin yol açtığı zararlardan sorumluluk BGB'nin 831. paragrafına göre belirlenir²⁸.

Kamusal faaliyet yerine getiren kamu görevlisinin, bu faaliyet sırasında motorlu taşıtları kullanırken sebebiyet verdikleri zararlarda, sorumluluk kural olarak Karayolları Trafik Kanunu (Straßenverkehrsgesetz) hükümlerine göre belirlenir. Ancak bu Kanun hükümlerinin uygulanması idarenin BGB'nin 839. paragrafı ve Anayasa'nın 34. maddelerine göre olan sorumluluğunu ortadan kaldırmamakta, sorumluluk sebepleri yarışmaktadır²⁹.

b. Sorumluluğa yol açan görevli

İdarenin sorumluluğunu doğuran zarara sebep olan kişiler, idari yardımcılar veya idare tarafından atanan üçüncü kişiler olabilir³⁰. Alman Medeni Kanunu'nun 839. paragrafında sorumluluğa sebep olan kişi “*memur*” olarak düzenlenmişken, Anayasa'da “*kamu hizmeti ile görevlendirilmiş kimse*” ifadesi kullanılmıştır. Böylece Anayasa'daki hüküm, BGB'deki sorumluluğa neden olan kişi kavramını genişletmiştir. Zarara sebep olan görevli, devlet veya kamu gücünü kullanan belediye, üniversite gibi başka bir kurum için hareket ediyor olabilir. Bu tüzel kişilerin sorumluluğu için sorumluluğa neden olan kişinin kişisel statüsü önemli olmayıp, idarenin faaliyet alanının kamu hukukuna ilişkin olması yeterlidir³¹.

²⁶ Mayen, § 839, N. 17, s. 3687; Schmidt, N. 1064, s. 381; Uerpman-Wittzack, N. 383, s. 128.

²⁷ Gerald Spindler, *Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2, §§ 611-1296* (herausgegeben von: Heinz Georg Bamberger / Herbert Roth), 3. Auflage, C. H. Beck, 2012, N. 3, s. 1625; Ahrens, N. 109, s. 37.

²⁸ Ahrens, N. 114, s. 38.

²⁹ Ossenbühl/Cornils, s. 117; Erbguth, N. 27, s. 520; Ipsen, N. 1298, s. 334.

³⁰ Erbguth, N. 5, s. 505; Pieper, N. 21, s. 1112; Schmidt, N. 1063, s. 379; Wöstmann, N. 37, s. 28; Reinert, N. 3, s. 1675; Azrak, s. 371.

³¹ Palandt Kommentar, § 839, N. 17, s. 1402; Mayen, § 839, N. 30, s. 3689; Ossenbühl/Cornils, s. 14, 15; Erbguth, N. 4, s. 504; Detterbeck, N. 1055, 1056, s. 407; Ipsen, N. 1254, s. 324; Schmidt, N. 1063, s. 379; Schulze, BGB 839, N. 6; Uerpman-Wittzack, N. 380, s. 127; Reinert, N. 15, s. 1677; Ahrens, N. 20, s. 8; Kaiser, N. 857, s. 469-470; Arndt Teichmann, Jauernig *Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz (Auszug) Kommentar* (herausgegeben von: Rolf Stürner), 15. neubearbeitete Auflage, C. H. Beck, 2014, § 839, N. 6, s. 1332-1333; Bähr, s. 368; Krefl, § 839, N. 49, s. 22; Max Thomas Maria Middendorf, *Amtshaftung und Gemeinschaftsrecht*, Carl Heymanns Verlag, 2001, s. 34; Curt M Jeromin/Christian Kirchberg, *Verwaltungsrecht* (Herausgegeben von: Heribert Johlen, Michael Oerder), 3. Auflage, C.H.Beck, 2012, §18, N. 9; Baldus/Grzeszick/Wienhues, N. 99, s. 23; Wöckel, s. 7; Fuchs, s. 195; Kannowski, N. 86, s. 2901.

İdarenin kamu görevlisinin eyleminden doğan sorumluluğu, kamu görevlisinin kusurlu davranışlarıyla kamu görevini ihlal etmesinden kaynaklandığından, kamu görevlisinin gerçek kişi olması gerekir, tüzel kişi veya organ faaliyetlerinden doğan zararlar bu kapsama girmez. Ancak organda görev alan gerçek kişilerin davranışlarından doğan zararlarda idarenin sorumluluğu söz konusu olur³². Bunun dışında idarenin özel teknik bilgi gerektiren bazı konularda belirli bir kamu görevini gerçek veya tüzel kişi statüsündeki özel bir kişiye emanet etmesi söz konusu olabilir. Bu durumlarda da idare bu kişilerin fiillerinden sorumludur³³. Kamu tüzel kişisinin özel hukuk süjesi statüsündeki kişilerden araç veya ifa yardımcısı olarak kamu görevinin yerine getirilmesi sırasında yararlanması halinde de idarenin bu kişilerin fiillerinden sorumluluğu bulunur³⁴. Örneğin, polisin görevlendirdiği özel çekici hizmetinin polisle birlikte çalışırken (polis için görev yerine getirirken) verdikleri zararlardan idare sorumlu olabilmektedir³⁵. Ancak burada özel kişilerin idarenin talimatlarına bağlı olmasının aranması gerektiği belirtilmektedir³⁶.

İdari hizmet nedeniyle zarar gören kişinin tazminat isteyebilmesi için, faaliyeti yapan belirli bir kamu görevlisinin ismine ihtiyacı yoktur. Birçok durumda zarar görenin görevlinin adına ulaşması mümkün değildir, ya da zarar anonim olarak idari bir araç nedeniyle gerçekleşebilir. Bu tür hallerde zarara yol açan davranışın belirli bir personelle kişiselleştirilmesi gerekmeksizin idarenin organizasyon kusuru mevcutsa, idare zarardan sorumlu tutulmaktadır³⁷. Örneğin idarenin personel kadrosunun eksik olması nedeniyle hizmetin gecikmesi, personele makul olmayacak şekilde iş yükü yüklenmesi, personele eksik ekipman verilmesi, denetleme eksikliği veya eksik talimat nedenleriyle personelin hatalı işlem yapması halinde idarenin organizasyon kusuru bulunur³⁸.

³² Gurlit, N. 11, s. 2113; Kreft, § 839, N. 144, s. 54-55; Sodan/Ziekow, § 89, N. 7.

³³ Wolff/Bachof/Stober/Kluth, N. 133, s. 44-45; Ossenbühl/Cornils, s. 17; Jeromin/Kirchberg, §18, N. 12; Wöckel, s. 8.

³⁴ Papier, BGB, N. 132, s. 2581; Schmidt, N. 1068, s. 383; Baldus/Grzeszick/Wienhues, N. 103, 104, s. 24.

³⁵ Mayen, § 839, N. 32, s. 3689; Papier, BGB, N. 138, s. 2584; Schmidt, N. 1068, 1069, s. 383-384; Ahrens, N. 28, s. 11.

³⁶ Mayen, § 839, N. 32, s. 3689.

³⁷ Mayen, § 839, N. 69, s. 3699; Ossenbühl/Cornils, s. 79; Erbguth, N. 16, s. 516; Detterbeck, N. 1083, s. 422-423; Schmidt, N. 1094, s. 396; Christoph Stein/Peter Itzel/Karin Schwall, *Praxishandbuch des Amts und Staatshaftungsrechts*, 2. Auflage, Springer, 2012, N. 138, s. 69

³⁸ Mayen, § 839, N. 69, s. 3699; Ossenbühl/Cornils, s. 79; Erbguth, N. 16, s. 516; Detterbeck, N. 1083, s. 422-423; Schmidt, N. 1094, s. 396; Christoph Stein/Peter Itzel/Karin Schwall, *Praxishandbuch des Amts und Staatshaftungsrechts*, 2. Auflage, Springer, 2012, N. 138, s. 69.

c. Zarar

Sorumluluğun doğması için, tazminat talep eden kişinin zarara uğraması gerekmektedir. Kamu görevini yerine getiren kamu görevlisinin eylemi nedeniyle zarara uğrayan kişi, sadece maddi zararını değil, bu fiil nedeniyle uğradığı manevi zararı da idareden talep edebilir³⁹.

d. Fonksiyonel bağ

İdarenin sorumluluğunun doğması için, zarara yol açan davranışın kamu hizmetinin yerine getirilmesi sırasında ve hizmet vesilesi ya da sebebiyle gerçekleşmesi gerekir. Yani zarara yol açan faaliyet ile kamu hizmeti arasında iç ve dış bağlantı bulunmalıdır⁴⁰. Dış bağlantı, zarara yol açan eylem ile kamu hizmetinin faaliyet alanı arasında mekân ve zaman ilişkisinin bulunmasını ifade eder⁴¹. İç bağlantı ise, zararlı eylemin hayatın gerçeklerine göre, kamusal görev karakteri taşımasıdır⁴². Örneğin, bir polis memurunun kişisel intikam amacıyla, hizmetin görülmesi sırasında yaptığı zarar verici eylemde, eylem ile kamu hizmeti arasında dış bağlantı bulunmasına rağmen iç bağlantı mevcut olmadığından, idarenin sorumluluğu söz konusu olmaz⁴³. Polis memurunun o sırada hizmet yerine getirmemesine rağmen eşiyile buluşmak için görev yaptığı hizmet binasında bulunması ve bu sırada üçüncü bir kişiye zarar vermesi halinde, hizmet ile eylem arasında dış bağlantı mevcut olmadığından idarenin sorumluluğu meydana gelmez⁴⁴.

e. Kamusal görevin ihlali

İdarenin sorumluluğunun doğması için ikinci koşul, kamusal görevi yerine getiren kamu görevlisinin zarara yol açan eyleminin, üçüncü bir kişiye karşı

³⁹ Ipsen, N. 1292, s. 333; Detterbeck, N. 1084, s. 423; Ossenbühl/Cornils, s. 111; Schulze, BGB 839, N. 23; Schmidt, N. 1097, s. 397; Middendorf, s. 41.

⁴⁰ Mayen, § 839, N. 38, s. 3690; Ossenbühl/Cornils, s. 28; Erbguth, N. 7, s. 506; Detterbeck, N. 1058, s. 409; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, N. 49, s. 22- 23; Schulze, BGB 839, N. 9; Reinert, N. 34, s. 1681; Ahrens, N. 29, s. 13; Wöstmann, N. 93, s. 57; Teichmann, § 839, N. 14, s. 1335; Kreft, § 839, N. 124, s. 47; Middendorf, s. 34; Jeromin/Kirchberg, §18, N. 17.

⁴¹ Erbguth, N. 7, s. 507; Detterbeck, N. 1059, 1060, s. 410; Ahrens, N. 30, 31, s. 13.

⁴² Erbguth, N. 7, s. 507; Detterbeck, N. 1059, 1060, s. 410; Ahrens, N. 30, 31, s. 13.

⁴³ Mayen, § 839, N. 38, s. 3691; Erbguth, N. 7, s. 506, 507; Ipsen, N. 1264, s. 327; Reinert, N. 34, s. 1681; Ahrens, N. 31, s. 13; Azrak, s. 372. Bizim hukukumuzda ise, kamu görevlisinin kin, düşmanlık, öç alma, kişisel menfaat temini gibi nedenlerle başkalarına zarar vermelerinin hizmet içinde veya hizmetle bağlantılı olarak yapılması halinde, idarenin görev kusuru çerçevesinde sorumluluğunun bulunduğu kabul edilmektedir (Danıştay 10. D., 6.11.2013 T., 2011/985 E., 2013/7802 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Günay, s. 376.

⁴⁴ Detterbeck, N. 1059, s. 410.

yüklenilen bir kamu görevinin ihlali şeklinde gerçekleşmesidir⁴⁵. Davranış ihlali, olumlu bir yapma eylemi şeklinde gerçekleşebileceği gibi yapmama biçiminde de gerçekleşebilir⁴⁶. Kamusal görev yazılı hukuk kurallarından veya idari talimatlardan doğabilir⁴⁷.

Yerine getirilen kamu görevi sadece genel kamu menfaatine yönelik değil, ayrıca zarar gören kişinin menfaatlerini de koruyan bir görev niteliğinde olmalı, ayrıca kamu görevlisi yerine getirmekle yükümlü olduğu bir görevi ihmal etmiş olmalıdır⁴⁸. Burada zarar görenin kamu görevinin koruma alanı kapsamına giren kişilerden olması gerekmektedir⁴⁹. Örneğin, polislerin öğrencilerin yaşamlarını koruma görevi bulunmaktadır. Bu durumda okul binası önünde iki öğrencinin sınıf arkadaşını dövmesine müdahale etmeyen polislerin pasif davranışları, görev ihlali oluşturur ve idarenin sorumluluğu doğar⁵⁰.

f. Kusur

Sorumluluğun doğması için kamu görevlisinin zararın doğmasında değil, fakat kamu görevini ihlal etmesinde kusuru mevcut olmalıdır. Örneğin, bir polis memurunun idari düzenlemelerle yasaklanmasına rağmen, silahını bekleme odasında temizlemesi ve bu sırada silahın emniyetinin açılarak silahın ateş alması ve başka bir memurun yaralanması halinde, polisin silahın ateş almasında kusuru bulunmasa dahi idari görevinin ihlalinde kusuru bulunduğu kabul edilir. Bu nedenle sorumluluk meydana gelir⁵¹.

Alman Anayasası'nda kamu görevi yerine getiren kişinin eyleminin kasıtlı veya ihmali davranışla olması aranmasa da BGB'nin 839. paragrafında memurun

⁴⁵ Palandt Kommentar, § 839, N. 43, s. 1406; Mayen, § 839, N. 58, s. 3695; Ossenbühl/Cornils, s. 60; Erbguth, N. 8, s. 507; Detterbeck, N. 1064, s. 411; Ipsen, N. 1273, s. 328; Pieper, N. 25, s. 1113; Schmidt, N. 1063, 1088 vd., s. 380, 392 vd.; Schulze, BGB 839, N. 13; Gurlit, N. 24, s. 2125; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, N. 68, s. 28; Reinert, N. 56, s. 1687; Ahrens, N. 32, s. 14; Wöckel, s. 13; Fuchs, s. 195; Wöstmann, N. 168, s. 91; Kramarz, § 839, N. 27, s. 1869; Jeromin/Kirchberg, §18, N. 37; Middendorf, s. 34, 40; Sodan/Ziekow, § 89, N. 12.

⁴⁶ Schulze, BGB 839, N. 10.

⁴⁷ Wöckel, s. 13.

⁴⁸ Palandt Kommentar, § 839, N. 44, s. 1406; Ossenbühl/Cornils, s. 61; Detterbeck, N. 1066, s. 412; Erbguth, N. 11, s. 510; Pieper, N. 25, s. 1113; Schmidt, N. 1063, s. 380; Schulze, BGB 839, N. 14; Wöstmann, N. 170, s. 93; Gurlit, N. 25, s. 2126; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, N. 70, s. 29; Fuchs, s. 195; Baldus/Grzeszick/Wienhues, N. 125, s. 31; Ahrens, N. 48, s. 19.

⁴⁹ Palandt Kommentar, § 839, N. 44, s. 1406; Mayen, § 839, N. 58, s. 3695; Ossenbühl/Cornils, s. 61; Pieper, N. 25, s. 1113; Schmidt, N. 1063, s. 380; Schulze, BGB 839, N. 14; Wöstmann, N. 170, s. 93; Gurlit, N. 25, s. 2126; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, N. 70, s. 29; Fuchs, s. 195.

⁵⁰ Detterbeck, N. 1068, s. 413.

⁵¹ Erbguth, N. 19, s. 517; Papier, BGB, N. 282, s. 2640; Detterbeck, N. 1080, s. 421; Wöstmann, N. 191, s. 105.

kasıtlı ve ihmali davranışlarıyla kamu görevini ihlal etmesi sonucu oluşan zararlardan sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Anayasa, sorumluluk bakımından eylemi gerçekleştiren kişileri genişlettiğinden, kusur koşulu memur dışındaki kamu hizmeti yerine getiren diğer kişilerde de aranmalıdır⁵². Kamu görevlisinin kasıtlı davranışları, bilerek ve isteyerek kamu görevini ihlal etmesidir. Örneğin, kamu görevlisinin bilinçli olarak kanuni bir düzenlemeyi dikkate almamasında kasıt bulunur. Kamu görevlisinin ihmali davranışının bulunup bulunmadığının tespitinde, faaliyeti yerine getiren kamu görevlisinin hangi beceri ve bilgiye sahip olduğu önemli olmaksızın, görevine bağlı ortalama bir memurun göstermesi gereken özen ölçüsü dikkate alınır⁵³.

Tazminat davalarında yargılamada taraflarca getirilme ilkesi uygulanır. Bu nedenle zarar görenin idarenin sorumluluğuna ilişkin talebinde iddia, somutlaştırma ve ispat yükü bulunur⁵⁴. Kamu görevlisinin kusurunu da yine zarar gören ispatlamalıdır. Ancak genel hayat tecrübeleri ve hayatın olağan akışına göre, yapılan görev ihlali ve zararlı sonucun kusurlu bir davranışla gerçekleştiği varsayılabilir⁵⁵.

g. Nedensellik bağı

İdarenin sorumluluğunun doğması için, zarar ile kamu görevlisinin kamu görevini ihlali arasında uygun nedensellik bağının da bulunması gerekir. Buna göre zarar, olayların normal seyri dikkate alınarak belirlenen nedensellik bağlantısına göre kamu görevlisinin eyleminden doğmalıdır⁵⁶. Kamu görevi uygun şekilde yerine getirilmiş olsaydı zarar doğmayacaktı ise, eylem ile zarar arasında nedensellik bağı bulunur⁵⁷. İhmali davranışla gerçekleşen zararlarda nedensellik bağlantısının bulunması için, göreve uygun şekilde davranışta bulunulsaydı çok büyük olasılıkla zararın hiç gerçekleşmeyeceği veya bu miktarda meydana gelmeyeceğinin tespit edilmesi gerekir⁵⁸. Görevin uygun şekilde yapılması halinde zararın meydana

⁵² Ossenbühl/Cornils, s. 75; Erbguth, N. 15, s. 515; Ipsen, N. 1279, s. 329; Middendorf, s. 57.

⁵³ Palandt Kommentar, § 839, N. 51, 52, s. 1408; Papier, BGB, N. 288, s. 2641; Erbguth, N. 15, s. 515-516; Detterbeck, N. 1079, s. 421 Pieper, N. 33, s. 1116; Reinert, N. 84-86, s. 1697.

⁵⁴ Mayen, § 839, N. 68, s. 3699; Erbguth, N. 20, s. 517; Schmidt, N. 1102, s. 398; Reinert, N. 122, s. 1707.

⁵⁵ Erbguth, N. 20, s. 517; Schmidt, N. 1102, s. 398; Reinert, N. 122, s. 1707.

⁵⁶ Ossenbühl/Cornils, s. 73; Erbguth, N. 24, s. 518; Detterbeck, N. 1085, s. 423; Ipsen, N. 1276, s. 329; Pieper, N. 36, s. 1116; Wöstmann, N. 223, s. 121; Gurlit, N. 30, s. 2130-2131, Wolff/Bachof/Stober/Kluth, N. 87, s. 34; Ahrens, N. 76, s. 28; Baldus/Grzeszick/Wienhues, N. 155, s. 37; Middendorf, s. 55; Azrak, s. 373.

⁵⁷ Detterbeck, N. 1085, s. 423.

⁵⁸ Mayen, § 839, N. 66, s. 3698; Wöstmann, N. 224, s. 122; Middendorf, s. 56.

gelmeme olasılığının bulunması nedensellik bağlantısının mevcut olması için yeterli değildir⁵⁹.

3. Sorumluluğun Doğmamasına veya Azaltılmasına Yol Açan Haller

Alman Medeni Kanunu'nun 839. paragrafında⁶⁰ bazı durumlarda sorumluluğun doğmayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler idarenin sorumluluğu bakımından da uygulanır. Sorumluluktan kurtulmaya ilişkin ilk düzenlemeye göre, kamu görevlisinin sadece ihmali bir davranışla zarara sebebiyet vermesi ve zararın (başka bir yolla) üçüncü kişilerce karşılanması (tazmin edilmesi) halinde idarenin sorumluluğu meydana gelmez⁶¹. Bu düzenleme nedeniyle, idarenin sorumluluğunun “*tali (ikincil) nitelikte*” olduğu ifade edilmektedir⁶². Ancak bu hüküm dört durumda⁶³ uygulama olanağı bulmaz ve idarenin sorumluluğu devam eder. Bu düzenleme memurun mali sorumluluğunu sınırlamak için getirilmiş bir hüküm olmakla birlikte, hükmün idarenin sorumluluğuna aktarılması sonucu, idare de bu koşulların gerçekleşmesi halinde sorumluluktan kurtulmaktadır⁶⁴. BGB’de ayrıca hâkimlerin verdikleri yargı kararlarında görev ihlallerinin, ancak bu fiilin aynı zamanda ceza kanunu anlamında suç olması halinde sorumluluk doğuracağı düzenlenmiştir. Ancak hâkimin görevini yapmayı reddetmesi veya geciktirmesi halinde bu sorumluluk kısıtlaması uygulama alanı bulmamaktadır (BGB § 839 Abs. 2)⁶⁵. BGB’deki diğer bir sorumluluktan kurtulma düzenlemesini de zarar görenin kasıtlı veya ihmali davranışlarıyla, zararın doğmasını engellemeyi veya düzeltmeyi amaçlayan kanun yollarını kullanmaması hali oluşturmaktadır⁶⁶. Kanun yolu ifadesi

⁵⁹ Mayen, § 839, N. 66, s. 3698; Wöstmann, N. 224, s. 122; Middendorf, s. 56.

⁶⁰ “*Bir memur, üçüncü bir kişiye karşı görevinden doğan bir yükümlülüğünü kasten veya ihmalle ihlal ederse, üçüncü kişinin bundan doğan zararını tazmin etmekle yükümlüdür. Memur sadece ihmali davranışta bulunmuşsa, zarar görenin başka bir şekilde zararını tazmin edememesi halinde, memurdan tazminat talep edilebilir.*” (BGB 839/1).

⁶¹ Erbguth, N. 25, 26, s. 519; Detterbeck, N. 1086, s. 424; Ipsen, N. 1281, s. 330; Pieper, N. 41, s. 1117; Ahrens, N. 80, s. 29; Fuchs, s. 197-198; Wöckel, s. 19.

⁶² Palandt Kommentar, § 839, N. 54, s. 1408; Ipsen, N. 1281, s. 330; Detterbeck, N. 1086, s. 424; Pieper, N. 41, s. 1117; Reinert, N. 88, s. 1699.

⁶³ Bu haller; aynı veya başka bir kamu makamına, başka bir hukuki temele dayanan tazminat talebinde bulunma imkânı, kanuni veya özel bir sigortadan tazminat talep etme imkânı, trafik kazasından kaynaklanan zararlar ile trafik güvenliğini sağlama görevine aykırılık halleridir (Palandt Kommentar, § 839, N. 57, s. 1408, 1409; Mayen, § 839, N. 74-78, s. 3700-3701; Detterbeck, N. 1087, s. 424-425; Erbguth, N. 27, s. 520; Pieper, N. 41, s. 1117, 1118; Schmidt, N. 1105, s. 400; Schulze, BGB 839, N. 31-34; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, N. 100-104, s. 37; Ahrens, N. 82, s. 30).

⁶⁴ Ossenbühl/Cornils, s. 81; Erbguth, N. 27, s. 519-520; Uerpmann-Witzack, N. 392, s. 130.

⁶⁵ Mayen, § 839, N. 83, s. 3702; Erbguth, N. 28, s. 520-521.

⁶⁶ “*Zararın doğmasını önleyecek bir yasal yolu, zarar görenin kasıtlı ya da ihmali davranışla kullanmaması halinde tazminat yükümlülüğü meydana gelmez.*” BGB 839/III.

zararı ortadan kaldırmayı veya düzeltmeyi amaçlayan, iptal davası, geçici hukuki koruma gibi tüm hukuki çareleri ve yargı dışı çözümleri de içermektedir⁶⁷. Sorumluluktan kurtulmaya ilişkin bu hüküm, zararın doğmasını önlemek için kanunen bir çözüm öngörülmediği veya kanunlarda öngörülen imkânın kullanılması halinde bile, başarı şansının düşük ya da şüpheli olması nedeniyle zarar görenin bu yola başvurmasının beklenemez olması durumunda uygulama alanı bulmaz⁶⁸.

BGB'nin 839. paragrafında belirtilen sorumluluktan kurtulmaya ilişkin düzenlemeler dışında başka kanunlarda da, idarenin sorumluluktan kurtulmasına olanak sağlayan düzenlemeler yer alabilir⁶⁹.

Zararın doğmasında veya artmasında zarar görenin de ortak kusurunun bulunması tazminat miktarının azaltılmasına ya da ortadan kaldırılmasına imkân sağlar⁷⁰.

4. Sorumluluğun Süjesi

Kamu hizmetini yerine getiren kamu görevlisinin davranışlarından dolayı sorumlu tutulacak olan tüzel kişi, kamu görevlisinin görev yaptığı idare veya kamu kurumudur⁷¹. Gerçek kişi veya özel hukuk kişilerinin bu hükümlere göre sorumlu olması söz konusu olamaz⁷². Sorumlu olan kişinin belirlenmesi konusunda doktrinde üç teori bulunmaktadır. Atama/istihdam teorisine göre, zarara yol açan kamu görevlisini istihdam eden tüzel kişi zarardan sorumludur⁷³. Görev teorisine göre, kamu görevlisinin somut olayda görev yaptığı kurum tazminat yükümlüsü olmalıdır⁷⁴. Emanet teorisine göre ise, kamu görevini, kamu görevlisine emanet eden, aktaran kurum zarardan sorumludur. Kural olarak bu kurum da kamu

⁶⁷ Mayen, § 839, N. 85, s. 3702; Erbguth, N. 29, s. 521, 522; Stein/Itzel/Schwall, N. 211, s. 101; Ipsen, N. 1286, s. 332; Schulze, BGB 839, N. 40; Pieper, N. 43, s. 1118; Ahrens, N. 93, s. 34; Wöstmann, N. 337, s. 180; Jeromin/Kirchberg, § 18, N. 77; Wöckel, s. 22.

⁶⁸ Mayen, § 839, N. 87, s. 3703; Ossenbühl/Cornils, s. 97; Ipsen, N. 1286, s. 332.

⁶⁹ Mayen, § 839, N. 89, s. 3703; Stein/Itzel/Schwall, N. 225, s. 106.

⁷⁰ Detterbeck, N. 1094, s. 428; Ossenbühl/Cornils, s. 90; Schulze, BGB 839, N. 24; Ahrens, N. 96, s. 35; Middendorf, s. 177.

⁷¹ Palandt Kommentar, § 839, N. 25, s. 1404; Papier, BGB, N. 360, s. 2668; Erbguth, N. 31, s. 522; Schulze, BGB 839, N. 26; Reinert, N. 116, s. 1706; Ahrens, N. 106, s. 37; Kramarz, § 839, N. 15, s. 1867; Sodan/Ziekow, § 89, N. 21.

⁷² Ahrens, N. 105, s. 36.

⁷³ Mayen, § 839, N. 97, s. 3704; Ossenbühl/Cornils, s. 112-113; Erbguth, N. 31, s. 522; Detterbeck, N. 1096, s. 430; Schmidt, N. 1112, s. 404, 405; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, N. 134-137, s. 45; Reinert, N. 116, s. 1706; Stein/Itzel/Schwall, N. 129, s. 64-65; Kreft, § 839, N. 51, s. 23.

⁷⁴ Ossenbühl/Cornils, s. 112-113; Erbguth, N. 31, s. 522; Detterbeck, N. 1096, s. 430; Schmidt, N. 1112, s. 404, 405; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, N. 134-137, s. 45; Reinert, N. 116, s. 1706; Stein/Itzel/Schwall, N. 129, s. 64-65; Kreft, § 839, N. 51, s. 23.

görevlisini istihdam eden tüzel kişidir⁷⁵. Bazı yazarlar⁷⁶ Anayasa'nın 34. maddesindeki kavrama emanet teorisinin daha uygun olduğu görüşünderken, bazı yazarlar⁷⁷ hükmün atama teorisine dayandığını ifade etmektedirler. Memuru kullanan birden fazla kurumun bulunması halinde, memurun fiilinden dolayı meydana gelen zarardan olayın meydana geldiği zamanda, onu kullanan kurum sorumludur⁷⁸.

Kamu görevinin özel hukuk kişisince görülmesi veya idarenin kamu görevini görürken özel hukuk kişilerini yardımcı olarak kullanması ve bu kişilerin faaliyetlerinden zarar doğması halinde, sorumlu idare bu kişilere görevi veren kurumdur⁷⁹.

Kamu görevlisinin geçici görevlendirmeye başka bir kamu kurumuna gönderilmesi halinde, görevlinin gönderildiği kurumun kamu görevlisi üzerinde sınırsız emir verme yetkisi bulunuyor ise, kamu görevlisinin davranışlarından doğan zarardan gönderilen kurum sorumlu olur⁸⁰.

Zarara yol açan kamu görevlisinin davranışının kendisine verilen hukuka aykırı bir talimata uygun davranması nedeniyle oluşması halinde, zarardan sorumluluk hukuka aykırı talimatı veren kişinin bağlı olduğu tüzel kişiye ait olur⁸¹. Burada kamu görevlisinin hukuka aykırı davranışını kendisinin üstü konumunda birinin talimatına uygun davranması sonucu gerçekleştirmesi, zarardan sorumluluğu

⁷⁵ Mayen, § 839, N. 97, s. 3704; Ossenbühl/Cornils, s. 112-113; Erbguth, N. 31, s. 522; Detterbeck, N. 1096, s. 430; Schmidt, N. 1112, s. 404, 405; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, N. 134-137, s. 45; Reinert, N. 116, s. 1706; Stein/Itzel/Schwall, N. 129, s. 64-65; Kreft, § 839, N. 51, s. 23.

⁷⁶ Palandt Kommentar, § 839, N. 25, s. 1404; Papier, BGB, N. 361, s. 2668; Mayen, § 839, N. 97, s. 3704; Erbguth, N. 31, s. 522-523; Pieper, N. 38, s. 1117; Jeromin/Kirchberg, §18, N. 104; Sodan/Ziekow, § 89, N. 22. Erbguth, ödünç personel çalıştırılması gibi, atama ilişkisiyle görevlendirilmemiş personelin verdiği zararlarda kurum ile personel arasındaki bağlantıyı kurma açısından emanet teorisinin daha uygun olduğu kanaatindedir (Erbguth, N. 31, s. 523).

⁷⁷ Ipsen, N. 1295, s. 333. Ipsen, atipik bazı hallerde personel ile kurum arasında atama ilişkisinin bulunmaması veya kamusal faaliyetin başka bir tüzel kişiyle ilişkilendirilmesi gibi hallerde diğer görüşlerin kabul edilebileceğini belirtmiştir (Ipsen, N. 1295, s. 333).

⁷⁸ Erbguth, N. 31, s. 523.

⁷⁹ Ossenbühl/Cornils, s. 114.

⁸⁰ Erbguth, N. 31, s. 523.

⁸¹ Türk Hukukunda da Anayasanın 137. maddesinin 2. fıkrasında konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilemeyeceği ve yerine getiren kimsenin sorumluluktan kurtulamayacağı düzenlenmiştir. Aynı şekilde, Devlet Memurları Kanunu'nun 11. maddesinin 2. fıkrasına göre de; *“Devlet memuru amirinden aldığı emri, Anayasa, kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, memur bu emri yapmağa mecburdur. Ancak emrin yerine getirilmesinden doğacak sorumluluk emri verene aittir. Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.”*

ortadan kaldırmaz; ancak talimatı veren ile uygulayan kamu görevlisinin farklı kurumda çalışması halinde sorumlu olan süje değişebilir. Bu hallerde sorumluluk hukuka aykırı talimatı veren kamu görevlisinin bağlı olduğu idaredir⁸².

5. Zamanaşımı

Alman Medeni Kanunu'nun haksız fiillere ilişkin zamanaşımı bakımından da geçerli olan 195. paragrafına göre, genel zamanaşımı süresi üç yıldır. Üç yıllık bu süre, zamanaşımının başlangıcı konusunda başka bir belirleme bulunmadığı sürece, talep hakkının doğduğu ve alacaklının talep hakkının doğumuna temel oluşturan hal ve şartlar ile borçlunun kim olduğunu öğrendiği ya da ağır bir özensizliği olmasaydı öğrenebilecek olduğu zamanın gerçekleştiği yılın bitiminde işlemeye başlar (BGB §199 Abs. I). Ancak yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, sağlık ve özgürlüğün ihlal edilmesinden kaynaklanan tazminat talepleri haksız fiilin işlendiği, yükümlülüğün ihlal edildiği veya zarara yol açan başka durumun gerçekleşmesinden itibaren otuz yılda zamanaşımına uğrar. Burada zamanaşımı süresinin başlangıcında zararın ne zaman doğduğu, öğrenildiği veya ağır ihmal nedeniyle öğrenilmediği gibi hususlar önemli değildir (BGB § 199 Abs. II). Otuz yıllık bu süre azami zamanaşımı süresidir⁸³.

6. Tazminatın Ödenme Biçimi

Alman hukukunda idarenin kamu görevlisinin eylemlerinden kaynaklanan sorumluluğu halinde, tazminatın ancak nakden (para ile) ödenmesine karar verilebilir. Aynen ödeme kararı verilemez. Bu kuralın gerekçesini BGB'nin 839. paragrafının ilk olarak memurun sorumluluğuna ilişkin şekilde düzenlenmesi oluşturmaktadır. Memurun kişisel sorumluluğunu düzenleyen BGB'nin 839. paragrafında, kamu gücü bulunmayan memurun zararı giderirken aynen tazmin yapması mümkün olmadığı sadece nakdi olarak zararı giderebileceği düşüncesinden hareketle, nakdi tazminat öngörülmüştür⁸⁴. Anayasa'nın 34. maddesiyle memurun BGB'nin 839. paragrafına göre belirlenen sorumluluğu idareye aktarıldığından, tazminatın sadece para ile ödenmesine ilişkin sınırlandırma da idarenin

⁸² Mayen, § 839, N. 100, s. 3705; Ossenbühl/Cornils, s. 114; Erbguth, N. 11, s. 509-510; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, N. 137, s. 45; Stein/Itzel/Schwall, N. 135, s. 134.

⁸³ Erbguth, N. 32, s. 524; Detterbeck, N. 1095, s. 429; Ipsen, N. 1297, s. 334; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, N. 125, s. 43; Baldus/Grzeszick/Wienhues, N. 212, s. 50; Reinert, N. 105-106, s. 1703.

⁸⁴ Mayen, § 839, N. 91, s. 3703; Ossenbühl/Cornils, s. 111; Erbguth, N. 24, s. 519; Detterbeck, N. 1093, s. 428; Ipsen, N. 1291, s. 333; Schmidt, N. 1095, s. 397; Schulze, BGB 839, N. 23; Uerpmann-Witzack, N. 398, s. 132; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, N. 128, s. 44; Reinert, N. 115, s. 1705; Ahrens, N.103, s. 36; Kramarz, § 839, N. 55, s. 1874; Jeromin/Kirchberg, §18, N. 111; Kannowski, N. 85, s. 2901.

sorumluluğuna transfer edilmiştir⁸⁵. Nitekim idarenin sorumluluğu belirlenirken Anayasa'nın 34. maddesi ile BGB'nin 839. paragrafı birlikte değerlendirilmektedir. Tazminat belirlenirken, zarar görenin malvarlığının mevcut hali ile kamu görevlisi göreve uygun davransaydı zarar görenin mal varlığının olacağı farazi durum arasındaki fark dikkate alınır⁸⁶.

II. İSVİÇRE HUKUKUNDA

A. Genel Olarak

Federal bir devlet yapısı bulunan İsviçre'de, egemenlik yetkisi kantonlar ile federal devlet arasında paylaştırılmıştır. İsviçre'de her kanton idarenin, kamu hizmetinin yerine getirilmesinden kaynaklanan sorumluluğu konusunda, kendi kantonuna ait düzenleme yapma hakkına sahip kılınmıştır⁸⁷. Bu nedenle İsviçre idare hukuku sisteminde çok fazla kanun ve farklı uygulama söz konusu olabilmektedir. Hangi sorumluluk sisteminin uygulanacağını belirlemede öncelikle zarara yol açan faaliyetin kamusal bir görevin yerine getirmesi sırasında gerçekleşip gerçekleşmediği dikkate alınır. Zira idarenin kamusal görevin yerine getirilmesi dışında gerçekleştirdikleri faaliyetlerinde gerçekleşen zararlardan sorumluluk özel hukuk hükümlerine göre gerçekleşmektedir⁸⁸.

İsviçre idare hukuk sisteminde sorumluluk süjesi Federasyon, Kanton, Belediye ya da kamu hukuku kapsamındaki diğer tüzel kişilerdir (şirketler, vakıflar veya bağımsız kuruluşlar)⁸⁹.

⁸⁵ Mayen, § 839, N. 91, s. 3703; Ossenbühl/Cornils, s. 111; Erbguth, N. 24, s. 519; Detterbeck, N. 1093, s. 428; Ipsen, N. 1291, s. 333; Schmidt, N. 1095, s. 397; Schulze, BGB 839, N. 23; Uerpmann-Witzack, N. 398, s. 132; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, N. 128, s. 44; Reinert, N. 115, s. 1705; Ahrens, N.103, s. 36; Kramarz, § 839, N. 55, s. 1874; Jeromin/Kirchberg, §18, N. 111; Kannowski, N. 85, s. 2901.

⁸⁶ Mayen, § 839, N. 91, s. 3703.

⁸⁷ Gürsoy, s. 95.

⁸⁸ Karl Oftinger/ Emil W, Schweizerisches *Haftpflichtrecht*, *Zweiter Band: Besonderer Teil*, 5. Auflage, Schulthess, 1995, N. 32, 34, 40 s. 286, 287, 290; Heinz Rey, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4. Auflage, Schulthess, 2008, N. 134, s. 29; Joss Gross/Volker Pribnow, *Schweizerisches Staatshaftungsrecht*, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, 2013, N. 15, s. 6; Hans Rudolf Schwarzenbach, "Haftet das Gemeinwesen für Schäden aus Tumulten und Terrorakten?" *ZBI* 77/1976, s. 228; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5. vollständig überarbeitete Auflage, Schulthess, 2006, N. 2243, s. 477; Emil W Stark, "Einige Gedanken zur Haftpflicht für Staatliche Verrichtungen", *SJZ*, 86/1990, s. 5; Christoph Müller, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (Herausgeber: Andreas Furrer, Anton K. Schnyder), 2. Auflage, Schulthess, 2012, Art. 61, N. 20, s. 411; Patrick Sutter, "Die Haftung des Staates für Schäden aus Naturgefahren", *Sicherheit&Recht*, 3/2009, s. 185.

⁸⁹ Gross/Pribnow, N. 3, s. 3; Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 2237, s. 476; Stark, s. 10.

İsviçre hukukunda federal devletin sorumluluğu ile kantonların sorumluluğu farklı esaslara tâbidir. Federal devletin kamu hizmetlerinin görülmesinden kaynaklanan zararlardan sorumluluğu Federal Devlete İlişkin Sorumluluk Kanunu'na [Verantwortlichkeitsgesetz (VG)] göre belirlenirken, Kantonların sorumluluğu ise, kantonların çıkardıkları özel sorumluluk kanunlarına göre çözümlenmektedir⁹⁰. İdarenin sorumluluğunu doğuran olay, kanton, belediye ya da diğer kamu tüzel kişileri için çalışan kişiler tarafından meydana getirilmiş ise, zararın tazmini bakımından kantonların sorumluluk hukuku kuralları uygulanır. Zarar federal devletin kamu görevini yerine getirmesi sırasında meydana gelmiş ise, federal devletin sorumluluk kuralları uygulama alanı bulacaktır⁹¹.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun [Obligationenrecht (OR)] 61. maddesinin ilk fıkrasında, memurların veya kamu görevlilerinin kamu görevini yerine getirdikleri sırada sebep oldukları zararların tazmin yükümlülüğü hakkında, Konfederasyon⁹² ve kantonların İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemelerden farklı hükümler getirebileceği belirtilmiştir. Birçok kantonun kendine ait bir “sorumluluk kanunu” bulunmaktadır. Bu kanunlarda sadece kamu görevlisinin sorumluluğu değil, ayrıca kantonun da kendi sorumluluğu düzenlenmektedir⁹³.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 61. maddesi, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin kişisel sorumluluklarına ilişkin olup, devletin kamu görevlilerinin davranışlarından doğan sorumluluğu ve memurun devlete karşı olan sorumluluğu bu hüküm kapsamına girmez (ZGB Art. 59 Abs. 1). Bu tür sorumluluklar VG ve kantonların çıkardıkları Kanunlar çerçevesinde kamu hukuku kurallarınca düzenlenmiştir⁹⁴. Düzenlemenin ikinci fıkrasında ise, kamu görevlileri veya çalışanları sayesinde yürütülen ticari faaliyetler için kanton kanunlarıyla bu bölümün düzenlemelerinin değiştirilemeyeceği ifade edilerek, ticari işlemlerden kaynaklanan zararlardan sorumluluk, kantonların takdir alanı dışında bırakılmıştır. Dolayısıyla

⁹⁰ Alfred Keller, *Haftpflcht im Privatrecht Band I*, sechste Auflage, Stämpfli Verlag, 2002, s. 56; Sutter, s. 184.

⁹¹ Annete Guckelberger, “Die Staatshaftung in der Schweiz” *Recht Zeitschrift für Juristische Weiterbildung und Praxis*, 2008, s. 175; Franz Schön, *Staatshaftung als Verwaltungsrechtsschutz*, Helbing & Lichtenhahn, 1979, s. 9-10.

⁹² İsviçre'deki tüm federasyonların birleşiminden oluşan tüzel kişi, İsviçre'nin resmi adı (Schweizerische Eidgenossenschaft) İsviçre Konfederasyonu'dur (<<https://de.wikipedia.org/wiki/Schweiz>>, Erişim Tarihi 18.2.2022).

⁹³ Rey, N. 113, s. 24; Christian Heierli/Anton K Schnyder, *Basler Kommentar Obligationenrecht I Art 1-529 OR* (herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand), 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011, Art. 61, N. 2, s. 468; Müller, Art. 61, N. 8, s. 408.

⁹⁴ Müller, Art. 61, N. 3, s. 407; Heierli/Schnyder, Art. 61, N. 1, s. 467-468; Fischer, OR 61, N. 1, s. 243; Roland Berner Brehm, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR*, 4. überarbeitete Auflage, Stämpfli Verlag, 2013, N. 5c, s. 984.

memurun kamu görevi dışında yaptığı faaliyetlerden sorumluluğu genel haksız fiil sorumluluğu hükümlerine göre belirlenir⁹⁵. Hükümün kapsamına giren ticari işlemlerden kasıt, idarenin kamu görevleri dışında kâr amacıyla yaptığı işlemler ile özel hukuk kişisi gibi hareket ettiği işlemlerdir⁹⁶. Hükümdeki sınırlama sadece kantonlar için getirildiğinden, konfederasyonun bu tür zararlar da farklı düzenleme yapma yetkisi bulunmaktadır⁹⁷.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 61. maddesindeki düzenleme sonucunda, kamu görevini yerine getiren kişilerin, görevini yerine getirirken sebebiyet verdiği zararlardan kişisel sorumluluğunu belirleyen hükümlere yetkili kanton ya da federasyon karar verecektir. Kanton veya federasyon hukuk düzenlemelerinde özel bir düzenlemenin bulunmaması halinde ise, kamu görevlileri için İsviçre Borçlar Kanunu'nun 41. ve devamındaki maddelerinde düzenlenen haksız fiil sorumluluğu hükümleri uygulanır⁹⁸.

Federal Devlete İlişkin Sorumluluk Kanunu'nda, İsviçre Konfederasyonu'nun özel hukuk kişisi gibi hareket ettiği fiillerden doğan zararlar da özel hukuk hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir (VG Art. 11/I). Bu nedenle yukarıda da belirttiğimiz üzere idarenin özel hukuk alanında yaptığı faaliyetlerden kaynaklanan zararlar da, idare, adam çalıştırmanın sorumluluğu gibi özel hukuk düzenlemelerine göre sorumludur⁹⁹.

Kural olarak devletin kamusal faaliyetlerinden sorumluluk kamu hukukuna tâbi ise de; bazı tipik sorumluluk hallerinde sorumluluğu doğuran faaliyet kamusal faaliyet olsa da, devlet, özel hukuka ilişkin kanunlarda düzenlenen sorumluluk kurallarına tâbi olarak sorumlu tutulabilmektedir. Örneğin, caddeler için bina ve yapı eseri malikinin sorumluluğuna göre sorumluluk, hayvan bulunduranın sorumluluğu, tapu kütüğünün tutulmasından kaynaklanan sorumluluk hükümlerinin

⁹⁵ Rey, N. 140, s. 30; Heierli/Schnyder, Art. 61, N. 6, s. 468; Fischer, OR 61, N. 5, s. 244; Brehm, N. 26, s. 990.

⁹⁶ Rey, N. 132, s. 28; Müller, Art. 61, N. 22, s. 411; Stark, s. 4; Fischer, OR 61, N. 8, s. 245; Brehm, N. 28, s. 991.

⁹⁷ Müller, Art. 61, N. 24, s. 411; Funk, s. 106.

⁹⁸ Heinrich Honsell/ Bernhard Isenring/Bernhard, Martin Kessler, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 5. neu bearbeitete und ergänzte Auflage, Schulthess, 2013, s. 161-162; Heierli/Schnyder, Art. 61, N. 4, s. 468; Rey, N. 132, s. 28; Fischer, OR 61, N. 2, s. 243.

⁹⁹ Oftinger/Stark, N. 32, 34, 40 s. 286-287, 290; Rey, N. 134, s. 29; Gross/Pribnow, N. 15, s. 6; Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 2243, s. 477; Stark, s. 5; Müller, Art. 61, N. 20, s. 411.

kapsamına giren olaylarda devlet bu sorumluluk kurumlarındaki düzenlemelere göre sorumlu olur¹⁰⁰.

Kantonların belirledikleri idarenin sorumluluğu sistemlerinde kamu görevlilerinin kamu hizmetini yerine getirirken sebep oldukları zararlarda ya görevlinin doğrudan sorumluluğu ya kamu görevlisi ile idarenin müteselsil sorumluluğu ya da idarenin tek başına sorumluluğu gibi farklı sorumluluk sistemleri bulunmaktaydı¹⁰¹. Ancak son yıllarda yapılan değişikliklerle, artık Kantonların çoğunda kamu görevlisinin kişisel sorumluluğu değil, idarenin aslî, tek başına sorumluluğu benimsenmiştir¹⁰². İsviçre’de kantonlar genellikle, kamu görevlisinin eyleminden dolayı kusursuz olarak sorumlu tutulmaktadır. Ancak bazı kantonlarda, idarenin kusurlu sorumluluğu kabul edilmiştir¹⁰³. Örneğin, Luzern Kantonunda, kusur karinesine dayanan hafifletirilmiş bir sebep sorumluluğu öngörülmüştür. Buna göre, idare kamu görevlisinin zarar veren eylemde kusurunun bulunmadığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilmektedir¹⁰⁴.

Bern, Glarus, Luzern, Schaffhausen ve Zürich Kantonlarında, kamu görevini idarenin verdiği yetkiye dayalı olarak özel hukuk kişinin yürütmesi halinde, bu faaliyetten doğan zararlardan özel hukuk kişisi sorumlu olmaktadır. İdarenin sadece ikincil olarak, kamu hizmetinin aksamasını üstlenmesinden kaynaklanan sorumluluğu bulunur¹⁰⁵.

İdarenin, kamu görevlisinin hizmet sırasındaki davranışlarından kaynaklanan zararlarından sorumlu olmasına ilişkin zamanaşımı süreleri Kantonlara göre farklılık gösterebilmektedir. Kantonların on beş tanesinde bir yıllık kısa ve on yıllık uzun zamanaşımı süreleri öngörülmüştür¹⁰⁶. Örneğin, Luzern, Obwalden, St. Gallen gibi bazı Kantonlarda ise, kısa zamanaşımı süresi iki yıllık olarak uygulanmaktadır¹⁰⁷. Bazı Kantonlarda ise, süreler hak düşürücü süre olarak belirlenmiştir¹⁰⁸.

¹⁰⁰ Rey, N. 121, s. 26; Müller, Art. 61, N. 20, s. 410-411; Schwarzenbach, s. 228; Fischer, OR 61, N. 3, s. 244; Guckelberger, s. 176; Sutter, s. 185; Brehm, N. 10, s. 985.

¹⁰¹ Gross/Pribnow, N. 373, s. 127; Jürg Wichtermann, *Bernisches Verwaltungsrecht* (Herausgegeben von: Markus Müller, Reto Feller), 2. Auflage, Stämpfli, 2013, N. 6-9, s. 105-107; Müller, Art. 61, N. 8, s. 408.

¹⁰² Gross/Pribnow, N. 373, s. 127; Wichtermann, N. 6-9, s. 105-107; Müller, Art. 61, N. 8, s. 408.

¹⁰³ Gross/Pribnow, N. 381, s. 130; Honsell/Isering/Kessler, N. 7, s. 163; Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 2229, 2306, s. 475, 491; Wichtermann, N. 47, s. 120; Stark, s. 10-11.

¹⁰⁴ Gross/Pribnow, N. 382, s. 130.

¹⁰⁵ Gross/Pribnow, N. 383, s. 130-131.

¹⁰⁶ Gross/Pribnow, N. 389, 391, s. 135, 136.

¹⁰⁷ Gross/Pribnow, N. 395, s. 136.

¹⁰⁸ Gross/Pribnow, N. 396, s. 136

İsviçre’de sorumlu olan idareye karşı açılan davalarda, uygulanacak yargılama usulü kurallarını da Kantonlar belirlemektedir¹⁰⁹. Sorumlu olan idare, idari mahkeme veya adli mahkemelerde yargılanabilmektedir. Genellikle Kantonlarda idari yargı görevli kılınmıştır¹¹⁰. Fakat örneğin Zürih Kantonu’nda idarenin sorumluluğunda kural olarak adli yargı görevli kılınmıştır¹¹¹. Bazı Kantonlar özel bir yargılama sistemi öngörmüşken, bazı Kantonlarda Medeni Usul Hukuku kurallarıyla tamamlanan İdari Yargılama Usulü kuralları uygulanmaktadır¹¹².

Federal devlette idarenin sorumluluğu ise, İsviçre Federal Anayasası’nın 146. maddesine¹¹³ göre çıkarılan, Federal Devlete İlişkin Sorumluluk Kanunu’nda düzenlenmiştir. Sorumluluk Kanunu’nun 3. maddesinin 1. fıkrasında, memurların kamusal faaliyeti yerine getirirken üçüncü kişilere karşı sebebiyet verdikleri hukuka aykırı eylemlerden doğan zararlarda memurların kusuru dikkate alınmaksızın Federal Devlet sorumlu kılınmıştır¹¹⁴.

VG’ye göre idarenin sorumluluğu, esasen adam çalıştırmanın sorumluluğuna yakın nitelikte ve idarenin özen gösterme yükümlülüğüne aykırılığundan kaynaklanan kusursuz sorumluluğu şeklinde bir sorumluluk sistemidir¹¹⁵.

B. Kanunilik Kuralı

İdarenin kamusal faaliyetlerinden sorumlu olması için, kanton veya federasyonların sorumlu olmasına ilişkin bir düzenlemenin bulunması gerekir. Bu ilke “*kanunilik ilkesi*” olarak ifade edilmektedir¹¹⁶. Bu ilke gereği, sorumluluğa ilişkin bir hüküm yoksa idarenin sorumluluğu söz konusu olmaz. Dolayısıyla,

¹⁰⁹ Gross/Pribnow, N. 104, s. 39.

¹¹⁰ Gross/Pribnow, N. 104, s. 39.

¹¹¹ Haftungsgesetz § 19; Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 2304, s. 490.

¹¹² Gross/Pribnow, N. 384, 385, s. 131-132.

¹¹³ Hükümde, organının kamusal faaliyet yerine getirirken hukuka aykırı fiilleri nedeniyle oluşan zararlardan Konfederasyonun sorumlu olacağı düzenlenmiştir.

¹¹⁴ Gross/Pribnow, N. 14, s. 6; Guckelberger, s. 176; Marianne Ryter, *FHB Fachhandbuch*, (Herausgeben: Giovanni Biaggini, Isabelle Häner, Urs Saxer, Markus Schott), Schulthess, 2015, N. 29.3, s. 1214; Sutter, s. 184. Bu sorumluluk türünün aynı zamanda adam çalıştırmanın “*Organizasyon Sorumluluğu*”nda (OR 55) olduğu gibi organizasyon hatası olduğu kabul edilmektedir (Oliver Waespi, “Organisationshaftung - mit ungleichen Ellen gemessen Wertungswidersprüche bei der Geschäftsherrenhaftung gemäss Art. 55 OR im Vergleich mit der Haftung aus positiver Vertragsverletzung, der Staatshaftung und der Werkeigentümerhaftung”, *HAVE*, 2004, s. 54).

¹¹⁵ Waespi, s. 60.

¹¹⁶ Honsell/Isering/Kessler, N. 4, s. 162; Heierli/Schnyder, Art. 61, N. 3, s. 468; Ofinger/Stark, N. 39, s. 288-289; Schwarzenbach, s. 229; Rey, N. 119, s. 26; Wichtermann, N. 10, s. 107; Stark, s. 2; Brehm, N. 8, s. 984; Schön, s. 5.

federal devlet ve kantonlar hukuka aykırı eylem ve işlemlerinden dolayı ancak kanunların izin verdiği durumlarda sorumlu tutulabilmektedirler¹¹⁷. Bu kural nedeniyle, hukuk yaratma yoluyla idarenin sorumlu tutulması büyük ölçüde zorlaşmıştır¹¹⁸. Kamu hukuku alanında idarenin sorumluluğuna ilişkin hüküm bulunmaması halinde, idarenin sorumluluğu açısından özel hukuk sorumluluk hükümleri de ikincil nitelikte uygulanmaz¹¹⁹. Ancak özel bir düzenleme olmaması halinde kamu görevlisinin kişisel sorumluluğu bakımından uygulanacak olan OR'nin 41-61 hükümleri gereği, kamu görevlisinin özel hukuk hükümlerine göre sorumluluğu söz konusu olabilir¹²⁰.

C. Sorumluluk Kanunu'na Göre Federal Devletin Sorumluluğu

1. Genel Olarak

Sorumluluk Kanunu'nun 3. maddesinin 1. fıkrasında, memurların kamusal faaliyeti yerine getirirken üçüncü kişilere karşı sebebiyet verdikleri hukuka aykırı eylemlerden doğan zararlarda memurların kusuru dikkate alınmaksızın Federal Devlet sorumlu kılınmıştır. Bununla birlikte diğer kanunlarda özel sorumluluk düzenlemeleri bulunmaktaysa, federal devletin sorumluluğu hakkında bu özel düzenlemeler uygulanır (Art. 3/II VG)¹²¹. Bu nedenle federal devletin sorumluluk kanununa göre oluşan sorumluluğu ikincil nitelikte kabul edilmektedir¹²².

Bu kanun hükümleri devletin kamusal faaliyetleri sırasında meydana gelen zararlarda uygulama alanı bulur. Devletin özel hukuk kişisi olarak hareket etmesi halinde, devletin sorumluluğu özel hukuk hükümlerine göre belirlenir (Art. 11 VG)¹²³. Bu hallerde de zarar gören kişi, kamu görevini yerine getiren memura değil, idareye karşı dava açmalıdır (Art. 11/II VG).

Özelleştirmeler nedeniyle devlet kurumu olma niteliğini kaybetmiş demiryolu, posta hizmetleri kurumu gibi şirketler ile ordunun eylemleri (Art 1/II VG) VG'nin uygulama alanı dışında kalmaktadır¹²⁴.

Kusurlu kamu görevlisine karşı zarar gören tazminat talebinde bulunamaz (Art. 3/III VG). Ancak, idare tazminatı ödedikten sonra kasıtlı veya ağır ihmali

¹¹⁷ Sutter, s. 184; Heierli/Schnyder, Art. 61, N. 3, s. 468; Schwarzenbach, s. 229; Gürsoy, s. 97.

¹¹⁸ Gürsoy, s. 99.

¹¹⁹ Sutter, s. 184.

¹²⁰ Schwarzenbach, s. 228.

¹²¹ Keller, s. 57; Schön, s. 12-13; Gürsoy, s. 119.

¹²² Guckelberger, s. 176; Schwarzenbach, s. 230.

¹²³ Guckelberger, s. 177; Müller, Art. 61, N. 7, s. 408; Ryter, N. 29.20, s. 1218; Gürsoy, s. 106.

¹²⁴ Schön, s. 10.

davranışıyla zarara sebebiyet veren memura, memurluk ilişkisi sona ermiş olsa bile tazminatı rücu edebilir (Art. 7 VG)¹²⁵. Memurun bağlı olduğu Federal Hükümet, kendisinden tazminat istendiğinde, rücu ihtimaline karşı, memura derhal ihbarda bulunmalıdır (Art. 3/IV VG).

2. Sorumluluğun Koşulları

a. Zarara yol açan fiilin kamu görevinin emanet edildiği kişiler tarafından gerçekleştirilmesi

VG'nin 1. maddesinde bu kanun hükümlerinin uygulanacağı kişiler sayılmış ve memurlar dışında da federal devlet tarafından kamu görevinin doğrudan emanet edildiği kişiler de kanun kapsamına dâhil edilmiştir. Böylece kamu görevinin emanet edildiği tüm kişilerin kamu görevinin yerine getirilmesi sırasındaki zarar verici fiillerinden dolayı, idare sorumlu tutulabilir (işlevsel memur kavramı)¹²⁶. Ancak burada federal devletin yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu görevlerinde memurun eylemlerinden dolayı, devletin sorumluluğu bulunur. Kantonlar tarafından yerine getirilen hizmetlerde federal devletin bu kanuna göre sorumluluğu bulunmaz¹²⁷.

Federal devletin sorumluluğu konusunda idare sadece kamu görevlisinin kamu hizmetini yerine getirdiği sıradaki zararlarından sorumlu tutulmamış; kamu hizmetinin üçüncü bir kişiye gördürülmesi sırasında meydana gelen zararlarda da idare sorumlu kılınmıştır (Art. 19 VG)¹²⁸.

Zarar gören kişinin, zarara yol açan kamu görevlisinin kim olduğunu ispatlaması gerekmemektedir¹²⁹. Zarara yol açan fiil tek bir kamu görevlisinin fiilinden kaynaklanabileceği gibi, birden fazla kamu görevlisi tarafından da meydana getirilmiş olabilir¹³⁰.

b. Fonksiyonel bağ

VG'nin 3. maddesinde idarenin sorumluluğu için, kamu hizmeti ile zarar verici fiil arasında fonksiyonel bağ olması aranmaktadır. Bu doğrultuda, kamu görevinin yerine getirilmesi sırasında ve bu görevin ifası dolayısıyla meydana gelen fiillerden zarar doğmuş olmalıdır. Kamu görevlisinin görevini yerine getirmediği,

¹²⁵ Guckelberger, s. 184; Keller, s. 58; Müller, Art. 61, N. 5, s. 408.

¹²⁶ Gross/Pribnow, N. 23, s. 9; Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 2240, s. 476; Guckelberger, s. 177; Waespi, s. 55; Ryter, N. 29.44, s. 1222; Schön, s. 15; Gürsoy, s. 101.

¹²⁷ Guckelberger, s. 177.

¹²⁸ Gross/Pribnow, N. 295, s. 99; Ryter, N. 29.156 vd., s. 1245.

¹²⁹ Guckelberger, s. 176.

¹³⁰ Gürsoy, s. 102.

ancak görev yaptığı sırada zarar verici fiili gerçekleştirmesi halinde, fiil ile kamusal faaliyet arasında fonksiyonel bağ bulunmaz ve idare kamu görevlisinin davranışından sorumlu tutulamaz¹³¹. Örneğin, kamu görevlisinin mesai saatleri içinde, çalıştığı masadan uzaklaşıp mutfağa gittiği sırada bir kişiye çarpıp telefonunun kırılmasına sebebiyet vermesi halinde, kamusal faaliyet ile fiil arasında fonksiyonel bağ bulunmaz. Keza memurun mesai saatleri dışında (boş zamanında) verdiği zararlarda da bu kanun hükümleri değil, özel hükümler uygulanır¹³². Ancak örneğin, bir memurun inceleyeceği önemli bir evrakı eve götürmesi ve akşam evde evrakı incelerken sigara ile evrakı yakması halinde de resmi faaliyetin hala bulunduğundan söz edilmelidir¹³³.

c. Hukuka aykırı fiil

İdarenin kamu görevlisinin davranışı nedeniyle sorumlu olması için, görevlinin zarar verici davranışı hukuka aykırı olmalıdır¹³⁴. Kamu görevlisinin hukuka aykırı davranışı ihmali şekilde de gerçekleşebilir. Ancak bunun için, ihmali davranışın kendi başına kamu görevinin ihmali sayılması ya da idarenin bir koruma yükümlülüğünün olması gerekir¹³⁵.

İsviçre idare hukuku sisteminde, hukuka aykırılık kavramı ihlal edilen hakka göre ikili bir ayırımla değerlendirilmektedir. Yaşam, mülkiyet gibi mutlak (temel) hakları ihlal eden davranışlar hukuka aykırı sayılırken, sadece malvarlığı haklarının ihlali halinde hukuka aykırılık ancak o malvarlığı değerini koruyan bir hukuki düzenleme varsa söz konusu olmaktadır¹³⁶. Örneğin, askeri bir uçağın havada başka bir uçakla çarpışması ve yolcuların ölmesi halinde, pilot uçağı doğru kullanmış olsa bile, temel hak niteliğindeki yaşam hakkını kaybeden yolcuların mevcudiyeti nedeniyle sadece ölüm olayı bile resmi faaliyetin hukuka aykırı olması sonucunu

¹³¹ BGE 130 IV 27, http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_docid=atf%3A%2F%2F130-IV-27Ade, Erişim Tarihi 11 Nisan 2021; Gross/Pribnow, N. 32, s. 12; Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 2244, s. 477; Rey, N. 117b, s. 25; Waespi, s. 55, 56; Guckelberger, s. 179; Müller, Art. 61, N. 18, s. 410; Schön, s. 14; Gürsoy, s. 102-103.

¹³² Guckelberger, s. 179.

¹³³ Guckelberger, s. 179.

¹³⁴ Gross/Pribnow, N. 37, s. 14; Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 2248, s. 478; Guckelberger, s. 180; Ryter, N. 29.83, s. 1230; Schön, s. 17; Gürsoy, s. 107.

¹³⁵ BGE 123 II 577, 583, http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_docid=atf%3A%2F%2F123-II-577%3Ade, Erişim Tarihi 11 Nisan 2021; Gross/Pribnow, N. 37, s. 14; Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 2249, s. 478; Ryter, N. 29.103, s. 1234.

¹³⁶ Gross/Pribnow, N. 43, s. 16; Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 2248, s. 478; Guckelberger, s. 180; Sutter, s. 189-190.

doğurur¹³⁷. Yine devlet hastanesinde tedavi olan bir hastaya (aydınlatılmış onamı alınarak) yapılan ameliyat sonucu kaçınılmaz olan risk gerçekleşmiş ve hastada bir sakatlık oluşmuşsa, doktorun ameliyatta kusuru bulunmasa dahi, idarenin gerçekleşen bu riskten dolayı sorumluluğu doğar¹³⁸. Buna karşın mutlak hakları ihlal etmeden sadece malvarlığı hakkını zedeleyen davranışlarda, sadece zararın mevcut olması davranışın hukuka aykırı olduğu sonucunu doğurmaz. Ayrıca mağduru böyle zararlardan koruyacak resmi görevin de ihlal edilmiş olması, hukuka aykırı bir davranışın bulunması gerekir. Örneğin, bir yargılamanın haklı bir sebep olmaksızın uzun sürmesi nedeniyle davacının malvarlığının zarara uğraması halinde, Anayasa'nın 29. paragrafına göre davaların makul bir süre içinde karara bağlanması gerektiğinden bu kuralın ihlali hukuka aykırılık oluşturur¹³⁹.

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haklı savunma, rıza gibi sebeplerin varlığı halinde de idarenin sorumlu tutulduğu fiilin hukuka aykırılık unsuru bulunmaz¹⁴⁰.

d. Kusur

Devletin sorumluluğu için zarara yol açan hukuka aykırı fiilin kural olarak kusurlu olması gerekmez. Bu nedenle idarenin kamu görevlisinin davranışlarından doğan sorumluluğu esasen kamu hukukuna dayanan kusursuz sorumluluk oluşturmaktadır¹⁴¹. Bununla birlikte idarenin eylemi sebebiyle bir kişinin yaralanması veya ölmesi halinde oluşan manevi zararların istenebilmesi için, memurun eyleminin kusurlu olması aranmaktadır (Art. 6/I VG). Buradaki kusur ihmal veya kasıt şeklinde olabilir¹⁴².

e. Zarar

İdarenin sorumluluğu için, özel hukuktaki sorumluluk sisteminde olduğu gibi idarenin eylemi sebebiyle maddi veya manevi bir zararın meydana gelmesi gerekir¹⁴³.

Kamusal faaliyetin yerine getirilmesi sırasında zarar gören kişinin zararın doğması veya artmasında sorumlu olması veya zarara razı olması halinde idarenin tazminat yükümlülüğü azalabilir veya tamamen ortadan kalkabilir (Art. 4 VG)¹⁴⁴.

¹³⁷ Guckelberger, s. 180.

¹³⁸ Gross/Pribnow, N. 45, s. 16-17.

¹³⁹ Guckelberger, s. 180.

¹⁴⁰ Guckelberger, s. 181.

¹⁴¹ Gross/Pribnow, N. 36, s. 14; Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 2262, s. 481; Wichtermann, N. 36, s. 116, 117; Waespi, s. 54; Müller, Art. 61, N. 6, s. 408; Schön, s. 23; Gürsoy, s. 107.

¹⁴² Guckelberger, s. 183.

¹⁴³ Guckelberger, s. 177; Ryter, N. 29.62, 29.78, s. 1226; Schön, s. 18; Gürsoy, s. 112.

f. Nedensellik bağı

Sorumluluğun doğması için, kamu görevlisinin hukuka aykırı fiilinin hayatın olağan akışı ve genel hayat tecrübelerine göre o zararı doğurmaya elverişli olması, yani nedensellik bağlantısının bulunması gerekir¹⁴⁵. Bu bağlantının mevcut olduğunu zarar gören ispatlayacaktır¹⁴⁶.

VG düzenlemelerine göre idarenin sorumluluğunda idarenin kurtuluş kanıtı getirme imkânı bulunmamaktadır. Ancak idarenin sorumluluğunun doğması için, zarar ile kamu görevlisinin davranışı arasında uygun nedensellik bağı bulunması gerektiğinden, idare nedensellik bağının bulunmadığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilir¹⁴⁷.

3. Sorumluluğun Süjesi

VG'ye göre sorumluluğun süjesini kamu görevlisine ödeme yapan İsviçre Konfederasyonu oluşturur¹⁴⁸. Burada kamu görevlisinin kişisel bir sorumluluğu bulunmaz ve kamu görevlisine doğrudan dava açılmaz¹⁴⁹. Ancak kamu görevlisinin fiillerinden dolayı idarenin sorumluluğu bulunmakla birlikte, idare kasıtlı veya ağır ihmaliyle zarara yol açan çalışanına zararı rücu edebilmektedir (Art. 7 VG)¹⁵⁰.

4. Zamanaşımı Süresi

VG'nin 20. maddesinin 1. fıkrasında, zarar görenin Borçlar Kanunu'nun 41. vd hükümlerindeki haksız fiil zamanaşımı sürelerine göre dava açması gerektiği düzenlenmiştir. Bu kapsamda tazminat talebi zararın ve failin öğrenilmesinden üç yıl, her halde zarar verici davranışın gerçekleştiği veya sona erdiği günden itibaren on yıl içinde zamanaşımına uğramaktadır. Bir kişinin bedensel olarak yaralanması veya ölümüne yol açan zararlarda ise, tazminat talebi zararın ve tazminat yükümlüsünün öğrenilmesinden itibaren üç yıl herhalde zarar verici davranışın gerçekleştiği veya sona erdiği tarihten itibaren yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar (Art. 60 OR).

İdarenin memura rücu talebi ise, idarenin zarar görene tazminat ödemeyi kabul etmesi veya yasal olarak bağlayıcı bir tazminat kararının kesinleşmesi üzerinden üç yıl, her halde zarar verici davranışın gerçekleşmesinden on yıl;

¹⁴⁴ Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 2267, s. 482; Guckelberger, s. 183.

¹⁴⁵ Guckelberger, s. 182; Ryter, N. 29.117, s. 1237; Sutter, s. 191.

¹⁴⁶ Guckelberger, s. 183; Ryter, N. 29.127, s. 1239.

¹⁴⁷ Gross/Pribnow, N. 60, s. 22; Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 2260, s. 480; Waespi, s. 56.

¹⁴⁸ Waespi, s. 55.

¹⁴⁹ Waespi, s. 60.

¹⁵⁰ Gross/Pribnow, N. 82, s. 31; Ryter, N. 29.208 vd., s. 1256.

bedensel zarar veya ölüm halinde ise her halde zarara yol açan eyleminin gerçekleşmesinden itibaren yirmi yıl sonra zamanaşımına uğramaktadır (Art. 21 VG).

SONUÇ

Toplumların sosyal refahı, güvenliği, sağlığı, özgürlükleri gibi haklarını koruma görevi olan idare, bu görevlerini gerçekleştirmek için çeşitli örgütler kurar ve bu amaçlara yönelik faaliyetlerde bulunur. İdarenin bu faaliyetlerini yerine getirdiği sırada meydana gelen zararlardan sorumluluğu Almanya ve İsviçre’de Türk hukukundan farklı şekillerde düzenlenmiştir.

Alman hukukunda, idarenin kamu görevini yerine getiren kamu görevlisinin görev sırasındaki kusurlu davranışlarından kaynaklanan sorumluluğu Medeni Kanun esaslarına göre adli mahkemelerde karara bağlanmaktadır. Alman Medeni Kanunu’nun 839. paragrafında, memurların görevlerini yerine getirirken sebep oldukları zararlardan sorumluluk kişisel olarak memura yüklenmiştir. Ancak Alman Anayasası’nın 34. maddesinde, sorumluluğun süjesini değiştirici ve sorumluluğun kapsamını genişletici nitelikte bir hüküm getirilmiş ve kamu hizmetini yerine getiren kişilerin, görevlerinden doğan bir yükümlülüğü ihlal etmesi halinde meydana gelen zararlardan sorumluluğun devlet veya hizmeti yerine getirenin bağlı bulunduğu kuruluşa ait olması esası kabul edilmiştir. Bu doğrultuda kamu görevlisinin görevini yerine getirirken sebebiyet verdiği zararlardan sorumluluk öncelikle görevlinin şahsında doğmakla birlikte, bu sorumluluk Anayasa’nın 34. madde hükmü gereği idareye aktarılmaktadır. Sonuç olarak kamu görevlisinin bu zararlardan dolayı artık kişisel bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Ancak idare ödediği tazminatı, kastı veya ağır ihmali bulunan kamu görevlisine rücu edebilir.

Alman hukukunda, idarenin kamu hizmeti ile görevlendirilmiş kimsenin davranışından kaynaklanan sorumluluğunun doğması için, kamu görevlisinin kamusal faaliyet içerisinde görevini yerine getirirken zarara yol açmış olması aranmaktadır. Sorumluluğun doğması için, tazminat talep eden kişinin zarara uğraması gerekmekte, ayrıca zarara yol açan davranışın kamu hizmetinin yerine getirilmesi sırasında ve hizmet vesilesi ya da sebebiyle gerçekleşmesi gerekir. İdarenin sorumluluğunun doğması için diğer bir koşul, kamusal görevi yerine getiren kamu görevlisinin zarara yol açan eyleminin, üçüncü bir kişiye karşı yüklenilen bir kamu görevinin ihlali şeklinde gerçekleşmesidir.

Alman hukukunda idarenin sorumluluğu bakımından üç ve otuz yıllık farklı zamanaşımı süreleri öngörülmüştür.

Federal devlet yapısına sahip olan İsviçre’de, sorumluluk sisteminin belirlenmesinde öncelikle zarara yol açan faaliyetin idarenin kamusal bir görevi yerine getirmesi sırasında gerçekleşip gerçekleşmediği dikkate alınır. İdarenin

kamusal görevleri dışında yerine getirdikleri faaliyetlerinden sorumluluğu ise özel hukuk hükümlerine göre gerçekleşmektedir.

İdarenin kamusal faaliyetlerinden sorumlu olması için, kanunilik ilkesi gereği, kanton veya federasyonların sorumlu olmasına ilişkin bir düzenlemenin bulunması gerekir. Zarar kanton, belediye ve diğer kamu tüzel kişileri için çalışan kişiler tarafından meydana getirilmiş ise, zararın tazmini bakımından kantonların sorumluluk hukuku kuralları uygulanır. Federal devletin kamusal faaliyetlerden sorumluluğu Federal Devlete İlişkin Sorumluluk Kanunu'na göre belirlenirken, Kantonların sorumluluğu ise, kantonların çıkardıkları özel sorumluluk kanunlarına göre çözümlenmektedir. Her kanton idarenin sorumluluğu konusunda kendisi düzenleme yapma hakkına sahip kılınmıştır. İsviçre hukukunda kantonlar genellikle, memurun eyleminden dolayı kusursuz olarak sorumlu tutulmaktadır. Ancak bazı kantonlarda, idarenin kusurlu sorumluluğu kabul edilmiştir.

Sorumlu olan kantona karşı açılan davalarda, uygulanacak yargılama usulü kurallarını da Kantonlar belirlemektedir. Sorumlu olan idare, idari mahkeme veya adli mahkemelerde yargılanabilmektedir. Kantonlarda genellikle idari yargı görevli kılınmıştır.

Federal devletteki kamu görevlilerinin kamusal faaliyeti yerine getirirken üçüncü kişilere karşı sebebiyet verdikleri hukuka aykırı eylemlerden doğan zararlarda ise, Sorumluluk Kanunu, kamu görevlilerinin kusurunu dikkate almaksızın Federal Devleti sorumlu kılmıştır. Bununla birlikte diğer kanunlarda özel sorumluluk düzenlemeleri bulunmaktaysa, federal devletin sorumluluğu hakkında bu özel düzenlemeler uygulanır. Sorumluluk kanununda idare, kamu görevlileri dışında, federal devlet tarafından kamu görevinin doğrudan emanet edildiği kişilerin davranışlarından da sorumlu tutulmuştur.

Federal Devletin sorumluluğu için, kamu görevinin yerine getirilmesi sırasında ve bu görevin ifası dolayısıyla meydana gelen fiillerden bir zarar doğmuş olmalıdır. Ayrıca görevlinin zarar verici davranışı hukuka aykırı olmalıdır. İdarenin sorumluluğu için, idarenin eylemi sebebiyle maddi veya manevi bir zararın meydana gelmesi, kamu görevlisinin hukuka aykırı fiili ile zarar arasında nedensellik bağlantısının bulunması da gerekir.

Sorumluluk Kanunu'nda sorumluluğun süjesini, kamu görevlisine ödeme yapan merkez konfederasyon oluşturur. Kamu görevlisinin fiillerinden dolayı idarenin sorumluluğu bulunmakla birlikte, idare kasıtlı veya ağır ihmaliyle zarara yol açan çalışanına zararı rücu edebilmektedir.

KAYNAKÇA

- Ahrens M, *Staatshaftungsrecht*, 2. Auflage, C.F. Müller, 2013.
- Azrak A Ü, “Alman İdare Hukukunda Devletin Âmme Hukuku Sahasındaki Faaliyetlerinden Doğan Mesuliyeti”, *İÜHFİM*, 28 (2), 1962, s. 367-381.
- Çağlayan R, *İdare Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, 2013.
- Bähr P, *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*, 12. Auflage, Vahlen, 2013.
- Baldus M/ Grzeszick B/ Wienhues S, *Staatshaftungsrecht*, 4. neu bearbeitete Auflage, C.F. Müller, 2013.
- Brehm R, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR*, 4. überarbeitete Auflage, Stämpfli Verlag, 2013.
- Detterbeck S, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, 13. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2015.
- Erbguth W, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozess-und Staatshaftungsrecht*, 7. Auflage, Nomos, 2014.
- Fuchs M, *Deliktsrecht*, Sechste Auflage, Springer, 2006.
- Gross J/ Pribnow V, *Schweizerisches Staatshaftungsrecht*, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, 2013.
- Guckelberger A, “Die Staatshaftung in der Schweiz” *Recht Zeitschrift für Juristische Weiterbildung und Praxis*, 2008, s. 175-186.
- Gurlit E, *Grundgesetz Kommentar Band 1: Präambel bis 69*, Begründet von, Ingo von Münch, Herausgegeben von, Philip Kunig, 6. neubearbeitete Auflage, C.H. Beck, 2012.
- Günday M, *İdare Hukuku*, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, 2013.
- Gürsoy K T, “İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları”, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, Ayrı Basım, 1980, s. 71- 133.
- Häfelin U/ Müller G/ Uhlmann F, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5. vollständig übergearbeitete Auflage, Schulthess, 2006.
- Heierli C/ Schnyder A K, *Basler Kommentar Obligationenrecht I Art 1-529 OR* (herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand), 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011.

- Honsell H /Isenring B /Kessler M, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 5. neu bearbeitete und ergänzte Auflage, Schulthess, 2013.
- Ipsen J, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9. Auflage, Verlag Franz Vahlen, 2015.
- Jeromin C M/ Kirchberg C, *Verwaltungsrecht* (Herausgegeben von: Heribert Johlen, Michael Oerder), 3. Auflage ,C.H. Beck, 2012.
- Kaiser G, *Bürgerliches Recht*, 11. neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller, 2007.
- Kannowski B, *Kommentar zum BGB* (Herausgegeben von: Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann), Band III Schuldrecht Besonderer Teil, §§ 433-853, Mohr Siebeck, 2013.
- Keller A, *Haftpflicht im Privatrecht Band I*, sechste Auflage, Stämpfli Verlag, 2002.
- Kramarz H, *BGB Kommentar* (Herausgegeben von: Hanns Prütting, Gerhard Wegen, Gerd Weinreich), 10. Auflage, Lüchtherhand Verlag, 2015.
- Kreft F, *Das Bürgerliche Gesetzbuch Kommentar*, Band II 6. Teil §§ 832-853 (bearbeitet von: Karlheinz Boujong, Friedrich Kreft, Karl Nüßgens), 12. neubearbeitete Auflage, Walter de Gruyter, 1989.
- Mayen T, *Erman Bürgerliches Gesetzbuch II* (herausgegeben von: Harm Peter Westermann, Barbara Grunewald, Georg Maier-Reimer), 14. Auflage, Dr. Otto Schmidt Verlag, 2014.
- Middendorf T M M, *Amtshaftung und Gemeinschaftsrecht*, Carl Heymanns Verlag, 2001.
- Müller C, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (Herausgeber: Andreas Furrer, Anton K. Schnyder), 2. Auflage, Schulthess, 2012.
- Kaplan G, “İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler”, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, 19, Kitap: 1, 2004, s. 173-199.
- Oftinger K/ Stark E W, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Zweiter Band: Besonderer Teil, 5. Auflage, Schulthess, 1995.
- Ossenbühl F/ Cornils M, *Staatshaftungsrecht*, C. H. Beck, 2013.
- Palandt *Bürgerliches Gesetzbuch*, Band 7, 72. neubearbeitete Auflage, C. H. Beck, 2013.
- Papier J, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5 Schuldrecht, Besonderer Teil III, §§ 705-853 Partnerschaftsgesellschaftsgesetz. Produkthaftungsgesetz*, (Herausgegeben

- von: Franz Jürgen Sächer, Roland Rixecker, Hartmut Oetker), 6. Auflage, C. H. Beck., 2013.
- Pieper S U, *GG Kommentar zum Grundgesetz*, 13. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2014.
- Reinert P, *Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, Band 2, §§ 611-1296 (herausgegeben von: Heinz Georg Bamberger, Herbert Roth), 3. Auflage, C. H. Beck, 2012.
- Rey H, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4. Auflage, Schulthess, 2008.
- Ryter M, *FHB Fachhandbuch*, (Herausgeben: Giovanni Biaggini, Isabelle Häner, Urs Saxer, Markus Schott), Schulthess, 2015.
- Schmidt R, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18. Auflage, C. H. Verlag, 2015.
- Schön F, *Staatshaftung als Verwaltungsrechtsschutz*, Helbing&Lichtenhahn, 1979.
- Schulze R, *Nomos Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar*, 8. Auflage, Nomos, 2014.
- Schwarzenbach H R, “Haftet das Gemeinwesen für Schäden aus Tumulten und Terrorakten?” *ZBI* 77/1976, s. 225-251.
- Sodan H/ Ziekow J, *Grundkurs Öffentliches Recht*, 6. Auflage C. H. Beck, 2014.
- Spindler G, *Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, Band 2, §§ 611-1296 (herausgegeben von: Heinz Georg Bamberger / Herbert Roth), 3. Auflage, C. H. Beck, 2012.
- Stark E W, “Einige Gedanken zur Haftpflicht für Staatliche Verrichtungen”, *SJZ* 86/1990, s. 1-12.
- Stein C /Itzel R/ Schwall K, *Praxishandbuch des Amts und Staatshaftungsrechts*, 2. Auflage, Springer, 2012.
- Sutter P, “Die Haftung des Staates für Schäden aus Naturgefahren”, *Sicherheit&Recht*, 3/2009, s. 175-192.
- Teichmann A, *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz (Auszug) Kommentar* (herausgegeben von: Rolf Stürner), 15. neubearbeitete Auflage, C. H. Beck, 2014.
- Uerpmann-Witzack R, *Examens-Repetitorium Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, 4. neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller, 2013.
- Ulusan İ, Alman Kamu Hukukunda Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi”, *IÜHFİM*, Ayrı Bası, XLIII (1-4), 1978.

Waespi O, “Organisationshaftung - mit ungleichen Ellen gemessen Wertungswidersprüche bei der Geschäftsherrenhaftung gemäss Art. 55 OR im Vergleich mit der Haftung aus positiver Vertragsverletzung, der Staatshaftung und der Werkeigentümerhaftung”, *HAVE*, 2004, s. 271-281.

Wichtermann J, *Bernisches Verwaltungsrecht* (Herausgegeben von: Markus Müller, Reto Feller), 2. Auflage, Stämpfli, 2013.

Wolff H/ Bachof O/ Stober R/ Kluth W, *Verwaltungsrecht II*, 7. Auflage, C. H.Beck, 2010.

Wöckel H, *Grundzüge des deutschen Staatshaftungsrecht*, IÖR, 2006.

Wöstmann H J, *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2*, §§839, 839 a, Sellier de Gruyter, 2013.

ANONİM ŞİRKETLERİN KURULUŞ AŞAMASINDA MARKANIN SERMAYE OLARAK KONULMASI

Onur SARI*
Pelin ATILA YÖRÜK**

ÖZET

Marka, ayırt edilebilir işaretlerden oluşan bir fikri mülkiyet hakkıdır. Teşebbüsler, markayla ürün ve hizmetlerini tanıtabilmekte, ayırt edilebilirlik kazanmakta ve ürün ve hizmetin kaynağını gösterebilmektedir. Teşebbüsün ortakları, markayı sermaye olarak da şirkete koyabilir. Sermaye olarak konulan marka, mahkeme nezdinde seçilen bilirkişiler tarafından çeşitli yöntemlerle değerlemeye tabii tutulmaktadır. Değerleme neticesinde ortaya çıkan markanın değeri, sermaye olarak ana sözleşmede yer alacaktır. Markalar tescilli olabileceği gibi tescilsiz de olabilir. Hem tescilli hem tescilsiz markalar sermaye olarak konulabilir. Bununla birlikte markaların değeri dinamik ve değişkendir. Ayrıca markalar hükümsüz kılınabilir veya iptal edilebilir. Marka değerlemesi yapılırken bu hususlara dikkat edilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Marka, Aynı Sermaye, Marka Değerlemesi, Ticaret Hukuku, Fikri Mülkiyet Hukuku.

* **Dr. Öğr. Üyesi**, İstanbul Kent Üniversitesi, Adalet Meslek Yüksekokulu/İSTANBUL, **e-posta:** dronursari@outlook.com,

ORCID: 0000-0002-9026-7600

** **Dr. Öğr. Gör.**, Ankara Üniversitesi, Adalet Meslek Yüksekokulu/ANKARA, **e-posta:** pelinatila@gmail.com,

ORCID: 0000-0001-9474-4454

DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1130108

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 13/06/2022

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 18/06/2022

PUTTING THE TRADEMARK AS CAPITAL IN THE ESTABLISHMENT OF JOINT STOCK COMPANIES

ABSTRACT

A trademark is an intellectual property right consisting of distinguishable signs. The businesses can promote their products and services with the brand, gain distinctiveness and show the source of the product and service. The partners of the incorporation can also put the trademark in the company as capital. The trademark which put as capital is valued by various methods by the experts selected by the court. The value of the trademark resulting from the valuation will be included in the main contract as capital. Trademarks can be registered or unregistered. Both registered and unregistered trademarks could be put as capital. However, the value of brands is dynamic and volatile. In addition, trademarks can be void or cancelled. These points should be taken into consideration while making trademark valuation.

Keywords: *Trademark, Capital in Kind, Trademark Valuation, Commercial Law, Intellectual Property Law.*

GİRİŞ

Marka özü itibariyle ayırt edici işaretlerdir. Bu işaretler belirli bir teşebbüse ait mal veya hizmeti diğer mal veya teşebbüslerden ayırt etmeye yarar. Markalar aynı zamanda nakden değerlendirilebilir değerlerdir. Bu değerler, aynı sermaye olarak şirketlere konulabilir.

Özü itibariyle bir mal veya hizmeti diğerlerinden ayırt etmeye yarayan marka günümüzde önemli bir değer haline gelmiştir. Özellikle sosyal medya ve internet teknolojisinin hızlı gelişimi markanın önemli bir ürün olması sürecini tetiklemiştir. Markanın bir değer haline gelmesi yeni iş hayatına giren girişimciler için önem teşkil etmektedir. Bu tip girişimcilerin sermaye birikimi zayıf olmakla birlikte kuvvetli fikirleri bulunmaktadır. Bu kuvvetli fikirlerini genellikle marka aracılığıyla kamuoyuna sunmaktadırlar. Sermayesi zayıf olan girişimcilerin, markalarını sermaye olarak koymaları da mümkündür. Böylelikle önemli ölçüde tasarruf edebilmektedirler. Ayrıca sermaye olarak konulan markalar, yatırımcıları da cezbetmektedir. Çünkü yatırımcı şirkete ortak olurken, sermaye olan marka üzerinde de hakimiyet kurabilecektir. Aynı zamanda markanın değeri, şirketin değerini arttıracaktır.

Biz de çalışmamızda kuruluş aşamasında markaların şirketlere sermaye olarak konulabilmesi konusunu inceledik. Birinci bölümde marka hakkında bilgi verdik. İkinci bölümde aynı sermaye olarak konulan markaların değerlendirilmesi konusunu inceledik. Üçüncü bölümdeyse markanın aynı sermaye olarak konulması sürecini değerlendirdik.

Çalışma konumuzda birtakım sınırlandırmalarda bulunduk. Konu kapsam ve sınırlandırmamız çerçevesinde markanın kuruluş aşamasında aynı sermaye olarak konulmasını inceledik. Oysa marka sermaye artırımlarında da sermaye olarak konulabilmektedir. Markalar üzerinde lisans hakkı da tesis edilebilir. Lisans hakkıyla lisans alan başkasına ait marka üzerinde süreli bir kullanım hakkı elde eder. Konu kapsam ve sınırlarını aşmamak amacıyla lisans hakkının aynı sermaye olarak konulmasını araştırmamızda yer vermedik.

I. MARKA

İnternet çağıyla birlikte markalar önemli bir ekonomik değer haline gelmiştir. Şirketlerin asli ekonomik değeri marka olmuştur. Markayla teşebbüslerin ürün veya hizmetleri, anonimlikten kurtarılarak ferdileşmekte ve alıcı kitle bu markalı mal veya hizmetleri diğerlerinden ayırt ederek seçebilmektedir.¹ Marka, ayırt edici ve sicilde gösterilebilen işaretlerden oluşur.

Her işaret marka olarak korunamayacaktır. Bir işaretin marka olarak korunabilmesi için başka bir teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt edilebilir niteliğe sahip olması gerekir.² Markanın ayırt ediciliğine ilişkin bu unsur markanın ana unsurudur.³ Ayırt edicilik genellikle markanın doğuşundan itibaren vardır. Ancak bazı tip işaretler kullanım neticesinde de ayırt edicilik niteliğine sahip olabilir. Bu işaretler, belirli bir süre marka olarak kullanılırsa ve ilgili olduğu çevre için ayırt edicilik gücüne kavuştuysa marka olarak korunabilir. Markanın ayırt edicilik gücüne kavuşup kavuşmadığı değerlendirmesini somut olayda bilirkişi incelemesi, kamuoyu araştırmaları ve meslek odaları görüşleriyle tespit edilmesi mümkündür.⁴ Markanın korunması için sicilde açık ve kesin şekilde gösterilebilir olması da gerekir. SMK. m. 4/1’de örnek olarak kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve mal veya ambalajların biçimi sayılmıştır. Fakat bu sayım numerus clausus değildir. Koku, tat, üç boyutlu şekiller, sesler de marka olarak korunabilir.

Marka, kendi içerisinde kullanım amaçlarına göre mal ve hizmet markası, sahiplerine göre ferdi marka, garanti markası, ortak marka, vekil markası; tanınmışlık durumuna göre standart marka, tanınmış marka, tescil amacına göre ihtiyat markası, seri marka, koruyucu marka ve hukuki niteliğine göre tescilli marka

¹ Rauf Karasu / Cahit Suluk/ Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2020, s.155.

² Ahmet Kılıçoğlu, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, 6. Bası, Turhan Kitabevi, 2020, s.11.

³ Kılıçoğlu, s.11.

⁴ Beşir Fatih Doğan, “Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edici Güç Kazanma”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 24(1), 2007, s.233.

ve tescilsiz marka diye kategorilere ayrılabilir.⁵ Aynı sermaye olarak konulabilecek markalar konusunda en önemli ayırım tescilli marka – tescilsiz marka ayırımıdır. Ülkemiz hukukunda markanın tescilli olması ihtiyari olmakla birlikte tescilli marka SMK'daki korumadan yararlanan markadır.⁶ Tescilli marka bir dizi idari işlem ve bazı hallerde yargı süreci sonunda elde edilen bir marka tipidir. TÜRK PATENT markanın tescil edilebilirlik koşullarını taşıdığına karar verirse marka tescillenecektir. Marka sicile kaydedilecek ve Bülten'de yayımlanacaktır.⁷ Ancak kurum, başvuru konusu işaretin koşulları taşımadığına kanaat getirirse marka başvurusu ret edilecektir. Marka, tescille birlikte, SMK bağlamında marka korumasından yararlanabilecektir. Markanın tescili kurucu işlemdir. Ayrıca marka hakkı, şekli bir hak olması nedeniyle, hükümsüzlük veya iptal davaları neticesinde sona erebilir.⁸

Marka hakkının birtakım özellikleri de bulunmaktadır. Marka hakkı gayri maddi bir haktır. Bu nedenle marka eşya hukuku anlamında mülkiyet veya zilyetliğe konu oluşturmayacaktır.⁹ Marka hakkı sahibine korunduğu mal veya hizmet sınıfları bağlamında inhisari hak da bahşeder. İnhisari hakkın müspet ve menfi olmak üzere iki yönü bulunmaktadır. Müspet yönü gereği hakkın sahibi, hakkın üzerinde dilediği gibi tasarruflarda bulunabilmekte; menfi yönü gereği ise hak sahibinin izni olmaksızın markayı kimse kullanamaz.¹⁰ Aynı zamanda marka hakkı mutlak bir haktır. Bu nedenle sadece belirli kişilere karşı değil herkese karşı ileri sürülebilir. Marka hakkı süreli de bir haktır. Başvuru tarihinden itibaren on yıl boyunca korunur. Patent ve tasarım gibi sınai haklardan farklı olarak markanın azami koruma süresi bulunmamaktadır. Marka koruması sürekli olarak onar yıllık dönemlerle uzatılabilir. Bununla birlikte kanunda belirtilen dönemlerde marka koruma süresinin yenilenmesi talep edilemezse marka hakkı sona da erebilir.

⁵ Ayrıntılı bilgi için bakınız; Arslan Kaya, *Marka Hukuku*, Arıkan Yayınevi, 1.Bası, 2006, s.50 vd.; Karasu (Suluk, Karasu & Nal), s.166 vd.; Hayrettin Çağlar / Rıza Ayhan / Burçak Yıldız / Dilek İmirlioğlu, *Sınai Mülkiyet Hukuku*, 1. Bası, Adalet Yayınevi, 2021, s.37 vd.

⁶ Arslan Kaya, (Hüseyin Ülgen / Mehmet Helvacı / Arslan Kaya / N. Füsün Nomer Ertan), *Ticari İşletme Hukuku*, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, 2019, s.469.

⁷ Marka başvurusu sürecine ilişkin olarak bakınız; Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü Yayınları, 25. Bası, 2018, s.313 vd.

⁸ Hayri Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s.10.

⁹ Rıza Ayhan / Hayrettin Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, 11. Bası, Yetkin Yayınevi, 2018, s.278 Doktrinde Kaya, gayri maddi malların genel özelliklerini; zamandan ve mekândan mücerret olma, istendiği zaman ve yerde muhtevasının tekrar edilebilir olması, eşya olmama ve ayrıca somutlaştığı eşyadan farklı olma şeklinde saymıştır. Bakınız; Kaya, (Ülgen / Helvacı / Nomer Ertan), s.459.

¹⁰ Hayrettin Çağlar, *Marka Hukuku*, 2. Bası, Adalet Yayınevi, 2015, s.35.

Ülkesellik ilkesi gereği marka hakkı sadece hakkın varlığını tanıyan ülkede korunmaktadır.¹¹ Bununla birlikte hakkın korunmasının talep edildiği devlet uluslararası antlaşmalar gereği başka bir devlette korunan markayı da koruyabilir. Fakat böyle bir korumanın doğması için korunma talep edilen devlet ile diğer devlet arasında anlaşma bulunması gerekir. Ülkesellik ilkesi sadece markanın korunmasını da etkilememektedir. Markanın ihlali halinde başvurulabilecek yollar, marka olarak tescil edilebilecek işaretler ve marka koruması gibi markaya ilişkin tüm düzenlemeleri etkileyebilmektedir. Örneğin bir ülkede şişe, marka olarak korunabilirken başka bir ülkede sadece tasarım olarak korunabilir. Marka hakkı gayri maddi hak olmakla birlikte parayla ölçülebilen bir değer olduğu için malvarlığı hakkına da girmektedir.¹² Marka hakkı parayla ölçülebildiği için anonim şirketlere aynı sermaye olarak konulabilir.

Marka hakkı; rehin, lisans, devir ve aynı sermaye koymak gibi hukuki işlemlere konu olabilir. Özellikle de markanın sermaye olarak konulması şirketlere önemli bir değeri sermaye olarak katacaktır.

II. SERMAYE

Kuruluş sürecinde şirket ortaklarının temel borcu şirkete sermaye koymaktır. Anonim ortaklıklarda sermaye; *ortaklık amacının gerçekleştirilmesi için, ortakların ortaklığa getirmeyi taahhüt ettikleri malvarlığı toplamının nakit olarak ifadesidir*.¹³ Şirketi kuranlar belirli bir miktar sermaye koymakta, karşılığında da koydukları sermaye oranında şirket payı elde etmektedir. Bu nedenle her ortaklığı kurmak isteyen, malvarlığındaki belirli bir değeri şirkete sermaye olarak koyma yönünde taahhütte bulunması gerekir.

Ortaklar, ticari amaçlarla şirketler kurarlar. Bu amacın gerçekleşmesi için sadece irade yeterli değildir. Belirli bir sermayeye ihtiyaç duyulur. Ortaklığın sermayesinin bir kısmı para, bir kısmı ayın olabileceği gibi tamamı da ayın olabilir.¹⁴ Aynı sermaye, paradan başka getirilen her türlü ekonomik değeri kapsar¹⁵. Marka da aynı sermaye olarak değerlendirilir.

¹¹ Ayhan / Çağlar, s.280.

¹² İbrahim Hamdi Yasaman / Anlam Altay / Tolga Ayoğlu / Fülürya Yusufoglu / Sinan Yüksel, *Marka Hukuku, Cilt 1*, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, 2004, s.175.

¹³ Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2017, s.295.

¹⁴ Oğuz İmregün, *Kara Ticareti Hukuku Dersleri*, Filiz Kitapevi, 12. Bası, 2001, s.270.

¹⁵ Tuğrul Ansay, *Anonim Şirketler Hukuku Dersleri*, 3. Bası Ajans Türk Matbaası, 1970, s. 28-29.

Sermaye ile şirketin malvarlığı kavramları birbiriyle karıştırılmamalıdır¹⁶. Şirketin malvarlığı şirketin belirli bir dönemde tüzel kişi sıfatıyla sahip olduğu hak, alacak, borç ve yedekleri içeren ve şirketin faaliyetleriyle bağlantılı olarak değişen değerlerdir.¹⁷ Oysa sermaye kurucuların getirdiği sabit bir bedeldir. Bu nedenle sermaye durağan bir yapıdadır. Malvarlığı unsuruysa sürekli değişebilen ve dinamik bir kavramdır¹⁸. Sermayenin durağan yapıda olması neticesinde sermaye, şirketin mali durumunu ve borç ödeme kabiliyetini yansıtmaz. Malvarlığıysa değişen ve dinamik yapıda olmasının etkisiyle sürekli değiştiği için şirketin güncel durumunu yansıtır.¹⁹

Anonim şirketlerde sermayenin korunması gerekir. Çünkü şirketlerin borçlarından ötürü şirketin ortakları kural olarak sorumlu tutulmaz. İstisnai olarak tüzel kişilik perdesi aralanırsa sorumlu tutulabilirler. Dolayısıyla alacaklıların tek güvencesi anonim şirketin malvarlığıdır.²⁰ *Sermayenin korunması ilkesi, şirketin kuruluş safhası için öngörülen asgarî sermaye şartını karşılama, kuruluşta ve sermaye artırımında pay sahiplerince taahhüt edilen katılma paylarının tam ve gerçeğe uygun değeriyle şirkete getirilmesini, pay sahiplerine yapılabilecek dağıtımın esas sermayeyle “kanunen bağlı yedek akçelerin” toplamının öz kaynak olarak korunması esasına dayanan kurallara bağlanmasını ve esas sermayenin kısmen veya tamamen kaybı hâlinde alınması gereken tedbirleri ifade eder.*²¹

Sermayenin korunması ilkesinin Ticaret Hukuku’nda birtakım sonuçları vardır. Bu sonuçlardan bazıları aynı sermaye konusunda da önem arz eder. Öncelikle sermayenin korunması ilkesi gereği aynı sermayenin değerlendirilmesi, ortaklar tarafından yapılamamaktadır. Şirkete sermaye olarak konulmak istenen aynı sermayenin değerlendirilmesi mahkemelerin atadığı bilirkişiler aracılığıyla yapılır.²² Bilirkişiler anlaşarak değer taktirinde usulsüzlük yapmaları halinde TTK. m. 551/1 gereği sorumlu tutulurlar. Kanunda özel bir sorumluluk düzenlenmiştir. İkinci olarak şirkete getirilecek aynı sermayelerin sicillerine şerh konulmakta ve ticaret sicil

¹⁶ Ansay, s. 31, Nevin Soygür, *Ticaret Hukuku Prensipleri (Şirketler)*, Marmara Üniversitesi Nihat Sayar Yayınları, 2002, s.55.

¹⁷ Ansay, s.31, Ertan Bilgili / Fatih Demirkapı, *Şirketler Hukuku Dersleri*, 4. Bası, Dora Yayınevi, 2015, s.148.

¹⁸ Soygür, s.55.

¹⁹ Çağlar Manavgat, (İsmail Kırca / Feyzan Hayal Şehirli Çelik / Çağlar Manavgat), *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1*, 1. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013, s.345.

²⁰ Bilgili / Demirkapı, s.152.

²¹ Mehmet Mülazımoğlu, *Anonim Şirketler Hukukunda Sermayenin Korunması İlkesi*, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s.106, 107.

²² Mülazımoğlu, s.42.

müdürü ilgili sicile tescil talebinde bulunabilmektedir.²³ Böylelikle sermayeyi taahhüt eden, taahhüdünü yerine getirmekten imtina edemeyecektir.

Ortaklık sermayesinin şirketin kuruluşu sırasında tamamen taahhüt edilmiş olması gerekir. Şirket sermayesine konulması düşünülen ancak üstlenilmeyen kısmın bulunması halinde sözleşme hukuka aykırı olacağı için şirket kurulamayacaktır.²⁴ Sermaye olarak konulan ayınlar esas sözleşmede açıklanmalıdır.²⁵ Bu nedenle marka değerinin mutlaka esas sözleşmede gösterilmesi gerekir. Ayrıca marka için verilecek pay türü ve miktarı da esas sözleşmede gösterilmelidir.²⁶ Bununla birlikte esas sözleşmede gösterilen sermaye her ne kadar sabit bir bedel olarak gösterilse de zamanla değiştirilmesi mümkündür. Esas sermaye artırımı veya azaltımı yöntemiyle esas sözleşmede gösterilen sermaye oranı değiştirilebilir.

Şirketin sermayesinin belirli olması, nakitle ifade edilebilmesi, tamamen taahhüt edilmiş olması ve paylara bölünmüş olması gerekir²⁷. Sermayenin belirli olması gereği şirket sermayesi esas sözleşmede sabit bir rakam olarak gösterilir. Bu rakamın Türk Lirası olarak gösterilmesi gerekir. Değerlemeye tabii tutulan markanın da değeri TL cinsinden gösterilmelidir.

Ayınların parasal karşılığı esas sözleşmede gösterilir. Ancak sermaye olarak konulan ayınların karşılığı nakdi olarak ödenmemelidir.²⁸ Sermaye koyan, ilgili aynı şirkete devretmelidir. Aynı ve nakdi sermaye koyma borcunun şirket tüzel kişilik kazandıktan sonra yerine getirilmemesi halinde şirket tarafından borçludan talep edilmesi mümkündür.²⁹ Bununla birlikte sermaye olarak konulan aynı sermayelere ilişkin olarak ticaret sicil müdürünce tescil bildirim yapılacağı için dava yoluna başvurulmasına gerek kalmayabilecektir.³⁰

Marka, geçmişte belirli bir ürün veya hizmeti diğer ürün ve hizmetlerden ayırt eden ve ürün ve hizmetin kökenini gösteren ayırt edici işaretlerken, günümüzde İnternet ve teknolojinin yaygınlaşmasıyla birlikte önemli bir değer ve yatırım aracı

²³ Bilgili / Demirkapı, s.152.

²⁴ Bilgili / Demirkapı, s.149.

²⁵ Mehmet Fatih Arıcı, *Anonim Ortaklıkta Nakit Dışı Sermaye Taahhüdünün İmkânsızlığının Hükümleri*, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Seçkin Yayıncılık, 2006, s.103.

²⁶ İmregün, s.270.

²⁷ Ansay, s. 30.

²⁸ Aynı sermayelerin parasal karşılığı esas sözleşmede gösterilmekle birlikte aynı sermaye borcu ortadan kalkmaz. Sermaye koyanın tek borcu aynı sermaye koymaktır. Ancak aynı sermaye koyma borcu ifasının imkansız olması gibi hallerde sermaye koyan payın nominal değerinden sorumlu tutulabilir. Bakınız; Arıcı, s.103-126.

²⁹ Manavgat (Kırca / Şehirali Çelik / Manavgat), s.356.

³⁰ Manavgat (Kırca / Şehirali Çelik / Manavgat), s.356.

haline gelmiştir. Nitekim yapılan bir araştırmada da Venture Capitalist denilen yatırım şirketlerinin, Start – Up girişimlerini değerlerken markanın önemli bir belirleyici fonksiyonu olduğu tespit edilmiştir.³¹

A. Tescilli Markanın Aynı Sermaye Olarak Konulması

Aynı, eşya anlamında genellikle kullanılmaktadır. Aynı sermayeyse eşya hukuku bağlamında sadece taşınmaz veya taşınır gibi eşyalardan oluşmaz. Eşya dışında kalan fikri mülkiyet hakları, alan adları gibi değerlerde aynı olarak değerlendirilebilir.³²

Şirketlere sermaye olarak konulabilecek aynı değerler ise TTK. m. 127/1’de para, alacak, kıymetli evrak ve sermaye şirketlerine ait paylar, kişisel emek, taşınırlar ve her çeşit taşınmaz, taşınır ve taşınmazların faydalanma ve kullanma hakları, ticari itibar, ticari işletmeler, haklı olarak kullanılan devredilebilir elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerler, devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü değer, maden ruhsatnameleri ve bunun gibi ekonomik değeri olan diğer hakları ve fikri mülkiyet hakları³³ olarak sayılmıştır. Kanunda yapılan sayım sınırlayıcı değil örnekleyici bir sayıdır.³⁴ Dolayısıyla başka değerlerde şirkete sermaye olarak konulabilecektir. Bununla birlikte hizmet

³¹ Araştırma sonuçları ve ilgili makale için bakınız; H. Joern Block / Geertjan De Vries / H. Jan Schumann, / Philipp Sandner, “Trademarks and Venture Capital Valuation”, *Journal of Business Venturing*, 29(4), 2014, s.539.

³² Doktrinde aynı ve aynı sermaye deyiminin birçok yerde işletme ve haklar sözcükleriyle birlikte kullanılması neticesinde taşınır ve taşınmaz malların çağrıştırıldığı ifade edilmiştir. Bu nedenle "Aynı Sermaye" kenar başlığı yerine "Paradan başka sermaye", alt başlık olaraksa "Aynı sermaye konulabilecek malvarlığı unsurları" yerine "Paradan Başka Sermaye Olarak Konulabilecek Malvarlığı Unsurları" ifadesinin kullanılabilmesi tavsiye edilmiştir. Bakınız; Erdoğan Moroğlu, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı Değerlendirme ve Öneriler*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2006, s.148 Marka bakımından konuyu ele alırsak markanın devrinin gerçekleşmesi için devir sözleşmenin yazılı bir şekilde yapılması ve noter tarafından onaylanması gerekecektir. Oysa resmi şekil şartı aranmaz denilerek ilgili devir sözleşmesi koşullarının yerine getirilmesine gerek kalmayacaktır. Markanın esas sözleşmede taahhüt edilmesi ve bu esas sözleşmenin noter tarafından onaylanması yeterli olacaktır.

³³ Fikri Mülkiyet Haklarının alt başlığında yer alan markanın da değerlendirilmesi gerekir. Marka, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununda, sınai hak olarak düzenlenmiştir. SMK. m. 148/1’deyse sınai hakların devredilebileceği, miras yoluyla intikal edebileceği, lisansa konu edilebileceği, rehin verilebileceği, teminat olarak gösterilebileceği, haczedilebileceği veya diğer hukuki işlemlere konu olabileceği belirtilmiştir. Kanunun lafzından sayımın sınırlı sayı olmadığı, örnekleyici olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca bakınız; Çağlar, (Çağlar /Ayhan, Yıldız / İmirlioğlu), s.308.

³⁴ Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, 11. Bası, Beta Yayınevi, 2016, s.52, Şaban Kayıhan, *Ticaret Hukuku*, Umuttepe Yayınları, 2018, s.195, Seniha Dal, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 342’ye Göre Fikri Mülkiyet Haklarının Anonim Şirkete Aynı Sermaye Olarak Konulması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 18, 2012, s.374.

edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacaklar ise sermaye olarak anonim şirketlere konulamayacaktır (TTK. m. 342/1).

Aynı sermaye olarak konulacak hakların, maddi edim özelliği taşıması gerekir. Maddi edim, malvarlıksal değer taşıyan taşınır, taşınmaz gibi eşya şeklinde maddi bir mal olabileceği gibi hak da olabilir.³⁵ Ayrıca TTK. m. 342/1'e göre aynı sermaye olarak konulacak hakların üzerinde sınırlı aynı hak, haciz veya tedbir bulunmaması, nakden değerlendirilebilir ve devrolunabilir olması gerektiği düzenlenmiştir.

Markanın aynı sermaye olarak konulması bir tür marka devir işlemi olarak değerlendirilebilir.³⁶ Ancak marka hakkı, nakit karşılığı değil sermaye payı karşılığında şirkete devredilmektedir.³⁷ Aynı sermaye konusu marka üzerinde birden fazla kişi de hak sahibi olabilir. Markanın aynı sermaye olarak konulması için tüm paydaşların rızasının alınması gerekir. Bununla birlikte SMK. m. 148/3 gereği marka üzerinde birden fazla hak sahibinin olması durumunda paydaşlardan biri kendi payını satmak isterse diğer paydaşların ön alım hakkı olduğu düzenlenmiştir. Paydaşlardan biri, kendi payını aynı sermaye olarak koymak isterse diğer paydaşlar ön alım hakkı gereği bu payın kendilerine satılmasını talep edebilecektir. Diğer paydaşlar, kendilerine alıcı veya satıcı tarafından yapılan bildirimden itibaren üç ay herhâlde satışın üzerinden iki yıl geçmeden ön alım haklarını kullanmalıdır. Taraflar anlaşamazsa bu durumda ön alım hakkı alıcıya karşı dava açılarak kullanılabilir. Mahkemece satış bedelinin ne zamana kadar nereye yatırılacağı belirlenir. Kanundaki bu ön alım hakkı düzenlemesi, MK'daki paylı mülkiyet düzenlemesindeki gibi, yasal bir ön alım hakkıdır.³⁸ Sözleşmesel ön alım hakkı mevzubahis değildir.

Yasal ön alım markanın sermaye olarak konulmasını engelleyebilir. Çünkü hukuki niteliği itibarıyla ön alım hakkı, paydaşların tasarruf yetkisini kısıtlamaktadır.³⁹ Nitekim hak kullanıldığında payını devretmek isteyen paydaş hakkını üçüncü kişiye devretmekle yükümlü olacaktır.⁴⁰ Bu nedenle markanın sermaye olarak konulması sürecinde tüm paydaşlarının rızasının varlığı önem arz

³⁵ Dal, s.374.

³⁶ Dal, s.104.

³⁷ Sevilay Uzunallı, *Marka Hukuku*, Adalet Yayınevi, 1. Bası, 2019, s.104.

³⁸ Vehbi Umut Erkan / Selin Özden Merhacı, "6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Markada Paydaşların Ön alım Hakkı (SMK md. 148/3)", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 35(1), 2019, s.74.

³⁹ Erkan / Özden Merhacı, s.77.

⁴⁰ Erkan / Özden Merhacı, s.77.

edecektir. Yasal önalım hakları nitelik itibariyle yenilik doğuran bir haktır.⁴¹ Bu yenilik doğuran haklar, düzenleme haklarındanır. Önalım hakkını kullanan kanımızca tedbir talep ederek marka üzerindeki tasarrufları engelleyebilir. SMK. m. 148/3'de "... kendi payını satmak..." ifadesi kullanılmıştır. Doktrinde bizimde katıldığımız görüşe göre satış işlemine eşdeğer bir ekonomik hukuki işlemin varlığı halinde de önalım hakkı kullanılabilir.⁴² İlgili düzenlemeyi sadece satışla sınırlı olarak düşünmemek gerekir.

Aynı sermayenin nakden değerlendirilebilir bir özelliğe sahip olması gerekir. Sermayenin nakden değerlendirilebilir olmasından kasıt, aynı sermayenin parayla ölçülebilir olması, bilançoda yer alabilmesi ve paraya çevrilebilmesi anlamına gelmektedir.⁴³ Kanun metninde geçen "değer" ifadesiyse haktan daha geniş ve ileride ortaya çıkabilecek sermaye unsurlarını kapsayabilecek bir ifadedir.⁴⁴ Sermayenin parayla ölçülebilir olmasında elde edilen değer doğrulanabilir ve tespit edilebilir olması önem arz eder.⁴⁵ Aynı sermayenin değeri hem şirketin sermayesini etkiler hem de ayın karşılığı oluşturulacak payların belirlenmesini sağlar.⁴⁶ Marka hakkının da günümüzde değerlemesinin yapılması ve parasal karşılığının tespit edilmesi mümkündür. Fakat markanın değerlemesinde birçok metot bulunmaktadır. Her metot farklı değişkenleri dikkate aldığı için farklı sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Ayrıca hangi değişkenlerin doğru sonucu verdiği de bilinmemektedir. Bir de marka dinamik bir yapıda olduğu için tam ve gerçek değerinin tespiti mümkün değildir. Bu nedenle markanın nakden değerlendirilebilir olma özelliği zayıftır. Bununla birlikte doktrinde Yusifoğlu'nun da belirttiği üzere parasal değer zor tespit edilmesi ve değişken olması sermaye konulamayacağı anlamına gelmeyecektir.⁴⁷ Bizim görüşümüze göre her değerlendirme metodunda farklı sonuçların ortaya çıkması ve yasal düzenlemelerce kabul edilmiş bir metodun bulunmaması markanın nakden değerlendirilebilir olma özelliğine zarar vermektedir. Bu nedenle kanunlarda belirli bir metodun düzenlenmesi gerekmektedir.

⁴¹ Önalım hakkının niteliği konusunda aynı hak görüşü de bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bakınız; Gözdenur, Güllü, *Yasal Önalım Hakkının Markada Uygulanması*, 1.Bası, Yetkin Yayıncılık, 2020, s.51

⁴² Erkan & Özden Merhacı, s.87.

⁴³ Fülürya Yusifoğlu, *Anonim Şirketlerde Gayri Maddi Hakların Sermaye Olarak Konulması*, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, 2016, s.38.

⁴⁴ Manavgat (Kırca / Şehirli Çelik / Manavgat), s.351.

⁴⁵ Yusifoğlu, s.39.

⁴⁶ Dal, s.375.

⁴⁷ Yusifoğlu, s.39.

Sermaye olarak konulan değer devredilebilir nitelikte de olması gerekir. Bir başka deyişle taahhüt konusunun taahhüt edenin yedinden çıkıp şirketin tasarruf alanına girebilmesi gerekir.⁴⁸ Devredilebilme özelliği taşımayan haklar, anonim şirket tarafından iktisap edilemeyeceği için aynı sermaye olarak konulamayacaktır. Devredilmeyen bir hakka ilişkin aynı sermaye koyma taahhüdünde bulunulsa bile bu taahhüt yerine getirilemeyecektir. Aynı sermaye olarak koyulacak değerlerin, devrolunabilme niteliği özellikle alacaklılar için güvence şirket içinse faaliyetlerinde kullanılabilme işlevine hizmet eder.⁴⁹ Bir fikri hakkın devri için hakkın, devreden malvarlığından çıkacak ve devralanın malvarlığına dahil olabilecek nitelikte olmalıdır.⁵⁰ Bununla birlikte devir konusu aynı müstakilen devredilebilir olması gerekir.⁵¹ Her fikri hakkın devredilebilmesiye mümkün değildir. Devredilemeyen fikri mülkiyet hakları sermaye olarak konulamayacaktır. Örneğin coğrafi işaretlerin devri mümkün olmadığı için sermaye olarak konulamaz. Ticaret unvanları da müstakilen devredilemeyen haklardan olduğu için sermaye olarak konulamayacaktır.

Devredilebilirlik marka için de önem arz eden bir unsurdur. Tescilli markaların devri SMK. m. 148 gereği mümkündür. Bazı markalar henüz başvuru aşamasındayken de devredilebilir. Örneğin kurucu, sermaye konusu markayı uzun yıllardan beri kullanıyorsa ve daha sonra şirkete sermaye olarak koyma sürecinde tescil başvurusu yaptıysa bu marka başvurusunu da sermaye olarak taahhüt edebilir. Fakat bu durumda bilirkişiler markanın değerlemesini yaparken aynı sermaye konusunun marka başvurusu statüsünü dikkate alması ve somut duruma göre değerlendirme yapması gerekir. Bilirkişiler özellikle markanın her sınıfta tescil edilemeyeceği olasılığını da dikkate almalıdır.

Şirkete konulacak aynı sermayenin üzerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir bulunmaması da gerekir. Kanundaki bu sınırlama genel niteliktedir ve anonim şirkete konulacak tüm aynı sermayeler için geçerli bir kuraldır.⁵² Bununla birlikte

⁴⁸ Yusifoğlu, s.41.

⁴⁹ Bakınız; Manavgat (Kırca / Şehirli Çelik / Manavgat), s.351.

⁵⁰ Dal, s.382.

⁵¹ Hayrettin Çağlar, "Anonim Şirketlerde Aynı Sermayeye Değer Biçilmesi", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 26(2), 2010, s.37.

⁵² Ali Paşlı, "Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (III) YTK Kitap 2 - Kısım 4 - Bölüm 1 Kuruluşun Hükümleri", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 28(3), 2012, s.198. Fikri mülkiyet hakları üzerinde haciz veya tedbir gibi yüklerin bulunması halinde sermaye olarak konulamayacaktır. TTK. m. 342/1'in gerekçesinde de kanun koyucu "Fikri mülkiyet hakları" ibaresinin, fikir ve sanat eserlerini, bağlantılı hakları, markaları, tasarımları, patentleri, coğrafi işaretleri, tescil edilmemiş haklar ile bilgileri, bitki geliştirilmesini, yani ıslahçı haklarını, yarı iletkenlerin topografyalarını kapsayacak şekilde geniş anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. (Bakınız; TTK. m. 342/1 Gerekçesi) Marka da bir fikri mülkiyet hakkı olması nedeniyle bu kapsamda değerlendirilebilir.

doktrinde Bahtiyar; sınırlı aynı hak bulunan malvarlığı unsurlarının sermaye olarak konulmasının kabul edilmeyeceği yönündeki düzenlemenin yerinde olmadığını belirtmiştir.⁵³ Yazara göre sınırlı aynı hakkın türü ve özelliği dikkate alınarak düzenleme yapılmalıdır.⁵⁴ Paslı'ya; sermaye olarak konulmak istenen malvarlığının parayla ölçülebilen bir değeri olduğu sürece sermaye olarak konulabileceğini, rehin, intifa, sükna, haczin varlığı halinde bu durumların aynı değerinde yaratacağı azalmanın hesaplanabileceğini ve bu nedenle sermaye olarak konulmak istenen aynı üzerinde sırf yükün varlığı sebebiyle sermaye olarak kabul edilmemesi yaklaşımının doğru olmadığını belirtmiştir.⁵⁵ Yazara göre sermaye konulmak istenen aynı sermaye üzerindeki yükün, ilgili aynı anonim ortaklık açısından nakde değerlendirilebilme vasfına etkisine göre karar verilmelidir.⁵⁶ Bizim görüşümüze göreyse marka gibi fikri mülkiyet hakları üzerinde, haciz, tedbir gibi yüklerin bulunması halinde bu hakların aynı sermaye olarak konulması somut olayda değerlendirilmelidir. Örneğin marka hakkına hükümsüzlük davası açıldıysa dava neticesinde marka hakkı sona erebilecektir. Bu durumda marka üzerine konulan tedbir, bu markanın aynı sermaye olarak konulmasına engel olacaktır.

Marka hakkı, lisans sözleşmelerine de konu edilebilir. Lisans sözleşmeleri, sicile tescil de edilmektedir. Bu durumda lisansa konu edilmiş markanın, aynı sermaye olarak konulup konulmayacağı ayrı bir tartışma konusudur. SMK'da lisans, inhisari lisans ve basit lisans olarak temelde ikiye ayrılmıştır. Basit lisansta marka sahibi, markasını birden fazla kişiye lisans verebilmektedir. Oysa inhisari lisansta böyle bir imkân yoktur. Marka sahibi sadece tek bir tarafa lisans hakkı tanır. Sözleşmede özel bir düzenleme yapılmadıkça kendisi dahi markayı kullanamaz. Bizim görüşümüze göre iki tip lisanslanmış marka da sermaye olarak konulabilir.

Sermaye olarak konulacak markanın şirketin iştiğal konusuyla bağlantılı olması ve şirkete yararlı olup olmayacağı da değerlendirilmelidir. 6102 Sayılı TTK yürürlüğe girdiği dönemde TTK. m. 349/1'de sermaye olarak aynı konuluyorsa, bir aynı ya da işletme devralınıyorsa, bunlara verilecek karşılığın uygunluğuna; bu tür sermayenin ve devralmanın gerekliliğine, bunların şirkete olan yararlarına ilişkin belgeli, gerekçeli ve kesin ifadeli açıklamaların yer alması gerektiği düzenlenmişti. İlgili düzenleme nedeniyle kurucular beyanında; aynı sermaye olarak konulan değerler için sadece değerlendirme yapılmamakta bir de aynı sermaye konusunun

⁵³ Mehmet Bahtiyar, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Kayıtlı Sermaye Sistemi", *MÜHF-HAD Doç. Dr. Mehmet Somer Armağanı Özel Sayısı*, 2006, s.62.

⁵⁴ Bahtiyar, *Kayıtlı Sermaye Sistemi*, s.62.

⁵⁵ Paslı, s.199.

⁵⁶ Paslı, s.200.

ortaklığa yararlı ve gerekli olduğunun da gösterilmesi gerekmektedir.⁵⁷ Dolayısıyla sermayenin korunması ilkesi bakımından sadece rakamsal değil, içeriksel bir denetim de yapılması gerekiyordu.⁵⁸ Ancak ilgili düzenleme 15/7/2016 tarihli 6728 sayılı kanunla birlikte kaldırılmıştır. İlgili düzenlemeyle birlikte sermaye olarak konulacak markanın şirket için yararlı olup olmayacağı değerlendirilmeyecektir. Sermaye olarak konulamayacak haklar konusunda devredilebilir olma, nakden değerlendirilebilme ve hak üzerinde sınırlı aynı hak, haciz veya tedbir bulunmaması bakımından inceleme yapılacaktır.⁵⁹ Dolayısıyla aynı sermayenin işletme amacıyla uyumlu olmasından ziyade parasal değeri dikkate alınacaktır. ⁶⁰ Şirketin faaliyet alanına girsin girmesin her tür marka sermaye olarak konulabilecektir. Kanımızca TTK. m. 349 düzenlemesinin kaldırılması özellikle girişimciler için önemli bir düzenleme olmuştur. Girişim ortamı dinamik yapıdadır. Bu eko sistemde henüz iştiğal sahasına girmeyen markalar zamanla ortaklığın ana faaliyet konusu haline gelebilir.

Kanun koyucu TTK. m. 342’de aynı sermayenin unsurlarını düzenlemiş olmakla birlikte TTK. m. 343’de bilirkişinin aynı sermayeyi nasıl değerleyeceğine ilişkin kıstaslarda geliştirmiştir. TTK. m. 343 gereği bilirkişi değerlendirme yaparken değerlendirme yönteminin somut olayın özellikleri bakımından herkes için en adil ve uygun olanını seçmelidir.

Aynı sermaye, nakdi sermayeden farklı olarak kısım kısım konulamaz. Bu nedenle marka hakkı sahibi esas sözleşmede taahhüt etmesiyle birlikte borç altına girecektir. Şirket ise tüzel kişilik kazanmasıyla birlikte markayı elde eder.

B. Tescilsiz Markaların Aynı Sermaye Olarak Konulması

Tescilsiz markalar hukuken korunabilir. Bu tip markalar kullanım neticesinde ayırt edilebilir hale gelen işaretlerden oluşur. Fakat tescilsiz markalar SMK bağlamında düzenlenen marka hakkına tecavüz hükümleri gereği korunamayacaktır. Haksız rekabet hükümleri gereği korunabilir. Nitekim başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak ayrı bir haksız rekabet durumu olarak TTK. m. 55/a-1-4’de düzenlenmiştir.

Tescilsiz markaların aynı sermaye olarak konulup konulamayacağını da değerlendirilmesi gerekir. Doktrinde Dal, her ne kadar TTK. m. 127 hükmünde sermaye olarak konulabilecek haklar sayılırken tescilsiz markalar sayılmamış olsa da

⁵⁷ Mustafa Halil Çonkar, *Aynı Ortaklıkta Aynı Sermaye*, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s.444.

⁵⁸ Çonkar, s.444.

⁵⁹ Kapsamlı değerlendirmeler için bakınız; Yusufoglu, s.53.

⁶⁰ Manavgat (Kırca / Şehirali Çelik / Manavgat), s.350.

TTK. m. 127'nin gerekçesinde tescil edilmemiş haklar ile bilgiler denilerek tescilsiz markalarında sermaye olarak konulabileceği görüşündedir.⁶¹ Çağlar da tescilsiz markaların, sermaye olarak getirilebilme koşullarını taşımak kaydıyla anonim şirketlere sermaye olarak konulabileceği görüşündedir.⁶² Yargıtay ise emsal bir kararında; aynı sermaye konusu olan tasarımın tescil alıp almadığının tespit edilmesi gerektiğini ve tescilliye bilirkişi nezdinde değerlemesinin yapılacağını tescilli olmaması halindeyse tescilsiz olarak aynı sermaye değerinin bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerektiğine içtihat etmiştir.⁶³ Bu yaklaşım marka hukukunu da etkileyecektir.

Bizim görüşümüze göre marka sahibi, markasının aynısını veya benzerini kullanan kişileri haksız rekabet hükümleri gereği men edebilir ve uğramış olduğu zararın tazminini talep edebilir (TTK. m.56). Ayrıca kendi kullandığı markasının aynısını veya benzerini, marka başvurusu konusu haline getiren kişilerin başvurularına, itiraz edebilir (SMK. m.18). Bu marka tescil olursa hükümsüzlük davası açabilir. Bu nedenle marka sahibinin, tescilsiz markası üzerinde de bir hakkı vardır ve bu hakkın parasal karşılığı bulunmaktadır.

Bir kimse, başkası tarafından kullanılan tescilsiz markaya ilişkin, marka başvurusu yaparsa kullanan hak sahibi başvuruya itiraz edip markanın tesciline mani olabilir. Eğer bu marka tescillendiyse hükümsüzlük davası açabilir. Ayrıca marka hakkı ihlal edilirse haksız rekabet hükümleri gereği engelleyebilir. Dolayısıyla tescilsiz markalar üzerinde de hak sahibinin bir tür inhisari kullanım hakkı vardır. Bununla birlikte tescilsiz markalar, her ne kadar belirli bir sicile tescil edilmemiş

⁶¹ Dal, s.378.

⁶² Çağlar, *Aynı Sermaye*, s.40, Murat Sevi, *Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı*, Seçkin Yayıncılık, 2003, s.184.

⁶³ "6102 sayılı TTK'nın 342. maddesinin "nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen fikri mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dahil malvarlığı unsurları aynı sermaye olarak konulabilir", hükmü yanında, aynı Kanununun 128. maddesi "fikri mülkiyet hakları ve diğer değerler varsa özel sicillerine bu hüküm uyarınca kaydedildikleri takdirde aynı sermaye kabul olunur hükmünü içermekte olup, bu düzenlemeler uyarınca, tescil zorunluluğu aranmaksızın da fikrî ve sınaî mülkiyet haklarının aynı sermaye olarak taahhüt edilebilecekleri sonucuna varılmaktadır. Bu açıklamalardan sonra somut olaya gelindiğinde, söz konusu tasarım tescil başvurusunda hak sahibi olarak davacı belirtildiğine göre, bu başvurunun sonuçlanarak davacı lehine tescil belgesi düzenlenip düzenlenmediği hususunun TPE'den sorulması ve tescilin varlığı halinde TTK 343.madde uyarınca bilirkişi incelemesi ve değerlendirmesinin yapılması; tescilin gerçekleşmemesi durumunda ise söz konusu tasarımın tescilsiz olarak aynı sermaye değeri bulunup bulunmadığı tespit ettirilerek hasil olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir." Yarg. 11.H.D. 09.10.2017 Tarihli, 2016/1756 E., 2017/5174 K. Sayılı kararı, Bakınız; Abuzer Kendigelen / Nurgül Yıldız / Necdet Uzel / Savur Asena Demirkaya, Müge Evlek, *Yargıtay Hukuk ve Ceza Dairelerinin Türk Ticaret Kanununa İlişkin Kararları*, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s.159, Ayrıca bakınız; Ünal Tekinalp, (Reha Poroy / Ünal Tekinalp / Ersin Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku*, C.1, Vedat Kitapçılık, 2020, s.341,342.

olsalar da devri mümkündür. Bu nedenle devredilebilir, nakden değerlendirilebilir ve üzerlerinde sınırlı bir aynı hak, haciz, tedbir gibi kısıtlama bulunmayan tescilsiz markalar, aynı sermaye olarak konulabilir.

Tescilsiz markaların değerlemesi yapılırken nitel ve nicel değerlendirme kriterlerine başvurulabilir. Elbette markanın tescilli olmaması değeri düşüren bir faktör olarak dikkate alınacaktır.

C. Garanti ve Ortak Markanın Aynı Sermaye Olarak Konulması

Ferdi markaların yanı sıra garanti markaları ve ortak markalarda bulunmaktadır. Anonim şirketlere, ortak ve garanti markalarının sermaye olarak konulup konulamayacağıysa bu markaların niteliği gereği tartışmalıdır.

Garanti markası, “*marka sahibinin kontrolü altında birçok işletme tarafından o işletmelerin ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi menşelerini ve kalitesini garanti etmeye yarayan işarettir.*” (SMK. m. 31/1). Garanti markalarının işlevi belirli bir mal ve hizmeti diğerlerinden ayırt etmekten ziyade mal veya hizmetin kalitesini garanti etmektir.⁶⁴ Bu tip markalı mal veya hizmetler belirli asgari koşulları devamlı olarak taşımaktadır.⁶⁵

“*Ortak marka, üretim veya ticaret ya da hizmet işletmelerinden oluşan bir grup tarafından kullanılan işarettir.*” (SMK. m. 31/3). Ortak markayı taşıyan ürünler, belirli teşebbüsler tarafından üretilen, satılan, dağıtılan ve belirli nitelikleri taşıyan ürünlerdir.⁶⁶ Ortak markalar tescil edilirken ortak marka teknik şartnamesinin sunulması zorunludur. Teşebbüsler ilgili teknik şartnameye uygun olarak markayı kullanmalıdır. Kullanım zorunluluğuyla ortak markayı kullanan teşebbüslerin belirli kalite ve standartlara uyması sağlanır.⁶⁷ Ortak markalarla holding markaları karıştırılmamalıdır. Holding markasında marka sahibi holdingdir.⁶⁸ Ortak markadaysa marka sahibi, birliği oluşturan teşebbüslerdir. Ortak markayı kullanabilecek kişiler yönetmelikle düzenlendiği ve ferdi markadan farklı olarak sınırlı sayıda oldukları için ortak marka sahibi hakkını serbestçe devredemez.⁶⁹ Tüm ortak marka sahiplerinin rızasıyla devir gerçekleşebilir.

⁶⁴ Onur Sarı, *Marka Hakkı Edinme Süreci*, Seçkin Yayıncılık, 2019, s.114.

⁶⁵ Kaya, (Ülgen / Helvacı / Nomer Ertan) s.463.

⁶⁶ Bozgeyik, s.19.

⁶⁷ Uzunallı, s.31.

⁶⁸ Sabih Arkan, *Marka Hukuku C.1*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü Yayınları, 1997, s.46, Karasu (Suluk / Karasu / Nal), s.166.

⁶⁹ Yusufoglu, s.76.

Ortak ve garanti markalarının teknik şartnameye aykırı kullanımı iptal sebebidir. Ortak ve garanti markalarının sermaye olarak konulması meselesiyse tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre ortak ve garanti markaları sermaye olarak konulamaz.⁷⁰ Diğer görüşe göre ortak ve garanti markaları sermaye olarak konulabilir.⁷¹ Bu hususta Yusufoglu garanti markasının devrini yasaklayan bir düzenlemenin mevcut olmadığını ve markanın, diğer anonim şirketler gibi sermaye olarak anonim şirketlere konulabileceğini belirtmiştir.⁷² Garanti markasının sermaye olarak konulması, kullanma hakkı sahiplerini etkilemeyecektir.⁷³ Ortak markalardaysa her bir grup üyesi, yönetmelikteki koşullara uymak şartıyla, ortak marka üzerindeki hakkını devredebileceği gibi sermaye olarak da koyabilir.⁷⁴ Çonkar'a göre de ortak ve garanti markaları tıpkı diğer markalar gibi sermaye olarak konulabilecektir.⁷⁵ Şirket TTK. m.128/4 gereği tescilsiz olarak mülkiyeti kazanacak, TK. m.128/6 gereğiye ticaret sicili müdürü şirketin tescilinden hemen sonra tescilin yapılması için bildirimde bulunacak ve sermaye borcunun ifası gerçekleşmiş olacaktır.⁷⁶

Bizim görüşümüze göre ortak marka ve garanti markaları sermaye olarak konulabilecektir. Çünkü SMK. m. 148/1'de sınai mülkiyet haklarının üzerinde yapılabilecek işlemler örnekler halinde sayılmıştır. Bu işlemler arasında sınai mülkiyet haklarının aynı sermaye olarak konulması da vardır. Bununla birlikte kanun koyucu coğrafi işaretler ve geleneksel ürün adlarının lisansa konu edilmesini, devredilmesini, haciz yapılmasını ve benzeri hukuki işlemlere konu edilmesini yasaklamıştır. Bu sayımda ortak marka ve garanti markaları yer bulmamıştır. Bu nedenle kanun koyucunun ortak ve garanti markalarının aynı sermaye olarak konulabileceğine cevaz verdiği söylenebilir.

III. MARKANIN AYNİ SERMAYE OLARAK ORTAKLIĞA KONULMASI

Marka haklarının sermaye olarak konulmasında taahhüt aşaması ve tasarruf aşaması olmak üzere iki önemli aşama bulunmaktadır.⁷⁷ Aynı sermayenin şirketlere

⁷⁰ Çağlar, *Aynı Sermaye*, s.40.

⁷¹ Yusufoglu, s.76, Çonkar, s.497,498.

⁷² Yusufoglu, s.77.

⁷³ Yusufoglu, s.77 vd.

⁷⁴ Yusufoglu, s.76.

⁷⁵ Çonkar, s.498.

⁷⁶ Çonkar, s.498.

⁷⁷ Ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bakınız; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt 1*, Adalet Yayınevi, 2018, s.187, Dal, s.390.

konulmasına ilişkin taahhüt ve tasarruf işlemleri TTK. m. 128’de özel olarak düzenlenmiştir.⁷⁸

A. Markanın Aynı Sermaye Olarak Taahhüt Edilmesi

Şirket, kurucuların, kanuna uygun olarak düzenlenmiş bulunan, sermayenin tamamını ödemeyi, şartsız taahhüt ettikleri, imzalarının noterce onaylandığı veya ticaret sicili müdürü yahut yardımcısı huzurunda imzaladığı esas sözleşmede, anonim şirket kurma iradelerini açıklamalarıyla kurulur (TTK. m. 335/1). Bu düzenleme, şirketin kuruluş anı ile tüzel kişilik kazanması anını ayırmıştır.⁷⁹

Sermaye olarak konulacak marka hakkının öncelikle bilirkşi tarafından değerlemesinin yapılması gerekir. Arkasından bilirkşi raporundaki değerin esas sözleşmeye yazılması ve noter tarafından onaylanmasından sonra, sicile kayıt için başvurulması gerekecektir.⁸⁰ Dolayısıyla borçlandırıcı işlem, esas sözleşmede aynı sermayenin taahhüt edilmesidir.⁸¹ Bununla birlikte usulüne uygun olarak yapılan taahhüt yeterli değildir. Markanın özel sicile kaydı da gerekecektir.⁸² Eğer ki marka hakkı ilgili sicile kaydedilmezse esas sözleşmeye yazılmış olsa bile aynı sermaye olarak kabul edilmeyecektir.⁸³ Şerhle birlikte üçüncü kişilerin iyi niyeti ortadan kalkacaktır. Şirketin sermayesi korunabilecektir. Bununla birlikte Çonkar’a göre bu süreçte sermaye taahhüdünde bulunan kişi, şirket tescil edene kadar marka sahibi olarak kalması ve taahhüdün niteliğinin kişisel nispi hak olması nedeniyle üçüncü kişilerin iyi niyetlerini bertaraf etmenin ortaklık lehine olmayacağı görüşündedir.⁸⁴ Üçüncü kişi markayı, sermaye koyandan iktisap edebilir ve ortaklık nispi hakkını üçüncü kişiye karşı ileri süremez.⁸⁵ Bu nedenle iyi niyeti bertaraf edici bir etki tanınmasının faydası bulunmamaktadır. Yazara göre özel sicile yapılan kaydın

⁷⁸ Manavgat (Kırca / Şehirli Çelik / Manavgat), s.354.

⁷⁹ Mehmet Bahtiyar, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Dili ile Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *TBB Dergisi*, 61, 2005, s.68.

⁸⁰ Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, Adalet Yayınevi, 5. Bası, 2017, s.63, Dal, s.393.

⁸¹ Manavgat (Kırca / Şehirli Çelik / Manavgat), s.354.

⁸² Manavgat (Kırca / Şehirli Çelik / Manavgat), s.354, Uzunallı, s.105 Doktrinde Pulaşlı, aynı sermayenin ilgili sicile şerh ve kayıt edilmemesi halinde sermaye olarak kabul edilmeyeceğini belirtmiştir. TTK. m. 128/2’nin emredici bir hüküm olduğunu belirtmiştir. Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, s.186.

⁸³ Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, 2020, s.191, Manavgat (Kırca / Şehirli Çelik / Manavgat), s.354.

⁸⁴ Ayrıntılı bilgi için bakınız; Çonkar, s.426, 427.

⁸⁵ Çonkar, s.426.

ortaklığa aynı bir etki tanınması gerekir.⁸⁶ Dal ise; fikri mülkiyet haklarının özel sicillere kaydedilmesi halinde aynı sermaye olarak kabul edilebileceğini ve kanun koyucunun sicilde yer alacak şerh sayesinde, aynı sermaye üzerinde malikin tasarruf yetkisinin kısıtlandığını alenileştirdiğini, bu şekilde şirketin sermayesini koruduğunu belirtmiştir.⁸⁷ Pulaşlı'da şerhin üçüncü kişilerin iyi niyetini ortadan kaldıracağını ve sermayenin korunması açısından önem arz ettiğini belirtmiştir.⁸⁸ Yusufoglu'ya özel sicile yapılan kaydın iyi niyeti kaldıracağını, şerhin yapılmasından sonra üçüncü kişinin fikri devralması halinde iyi niyet iddiasında bulunamayacağını ve hakkı kazanamayacağını belirtmiştir.⁸⁹ Bununla birlikte Yusufoglu "*esas sözleşmenin ticaret siciline tescili ve şirketin tüzel kişilik kazanması, aynı hakların devri ile tasarruf işleminin gerçekleşmesi bakımından kanuni geciktirici koşul niteliği taşıdığını*" belirtmiştir.⁹⁰ Yazara göre esas sözleşmenin onaylanmasıyla birlikte ön şirket kurulmuş olacaktır.⁹¹ Şirket tüzel kişilik kazanana kadarsa fikri hak sahibi dilediği tasarruflarda bulunabilir. Ancak koşulun gerçekleşmesiyle birlikte yapılan tasarruf işlemleri geçersiz olabilir. Bununla birlikte şirket tescil edilene kadar yapılan tasarrufların iyi niyetli olabileceği ve bu nedenle üçüncü kişilerin iyi niyetinin korunabileceği de akla gelebilir. Fakat TTK. m. 128/2 gereği tescilli fikri haklar sicile kaydedilir ve bu nedenle askı döneminde yapılan tasarruflarda iyi niyet iddiası dinlenmez.⁹² Biz de Yusufoglu'nun görüşüne katılıyoruz. Gerçekten de esas sözleşmenin noter tarafından onaylanması ile şirket tüzel kişilik kazanana kadar ki dönemde marka hakkı sahibi, bir takım tasarruflarda bulunabilir. Şirketin tüzel kişilik kazanırsa geciktirici koşul gerçekleşmiş olacaktır. Koşulun gerçekleşmesiyle birlikte askı süresince yapılan işlemler geçersiz kılınacaktır. Tasarrufu yapanların iyi niyet iddiasıysa kabul edilemeyecektir. Çünkü TTK. m. 128/2 gereği marka hakkının aynı sermaye olarak konulması sicilde gözükmemektedir.

Şirketlerde Yapı Değişikliği ve Aynı Sermaye Konulmasında Siciller Arası İşbirliği Tebliği'nde aynı sermaye taahhütü konusunda tartışmalı bir düzenleme yapılmıştır. ŞYDASKT m. 4/6'ya "*kanuna uygun olarak yapılmış bir ticaret şirketi sözleşmesinde; aynı sermaye olarak konulan mal ve hakların ilgili sicillere şirkete aynı sermaye olarak konulduklarını belirten bir şerh verilerek belirgin duruma getirilmesine rağmen, ilgili müdürlükçe tescil edilinceye kadar söz konusu mal ve*

⁸⁶ Çonkar, s.427.

⁸⁷ Dal, s.390.

⁸⁸ Pulaşlı, *Genel Esaslar*, s.63.

⁸⁹ Yusufoglu, s.178.

⁹⁰ Yusufoglu, s.216.

⁹¹ Yusufoglu, s.216.

⁹² Yusufoglu, s.217 vd.

hakların başkasına devredilmesi veya üzerinde aynı bir sınırlama getirilmesi halinde ilgili sicilleri tutan kurumlar durumu derhal ilgili müdürlüğe bildirir. Bildirim üzerine, müdürlük bu hususu gerekçe olarak belirterek tescil talebini reddeder.” düzenlemesi yer bulmuştur.⁹³ Doktrinde Manavgat; ilgili düzenlemenin, TMK m. 1009 bağlamında değerlendirilebileceğini, şirketin tesciline kadar olan süreçte, taahhütte bulunanın aynı sermaye konusu üzerinde tasarrufta bulunabileceğini ancak şirket lehine verilmiş şerh olduğu için şirketin aynı sermaye üzerindeki hakkını üçüncü kişilere ileri sürebileceğini bu nedenle tescil talebinin reddedilmesine gerek olmadığını belirtmiştir.⁹⁴ Yusufoglu’ysa ŞYDASKT m. 4/6’daki düzenlemenin TTK. m. 128/2’yle uyumlu bir düzenleme olmadığını ve TTK. m. 128/2’nin amacının ŞYDASKT m. 4/6’daki gibi devir işlemlerine engel olmak olduğunu belirtmiştir.⁹⁵ Yazara göre esas sözleşmenin imzalanmasından sonra şirketin tesciliyle birlikte geciktirici koşul gerçekleşmiş olur ve bu durumda iyiniyetli iktisaplar hukuk düzeni tarafından korunmayacaktır.⁹⁶ Biz de Manavgat ve Yusufoglu’nun görüşüne katılmaktayız. TTK. m. 128/2’yle taahhüt aşamasında sermaye konulan marka gibi fikri hakların şirketin tesciline kadar olan dönemde başkasına devredilmesinin engellenmesi amaçlanmaktadır. Bu nedenle şirkete sermaye olarak konulan marka, şirket tescil edilene kadar olan dönemde başkasına devredilse dahi şirket tescil edilince bu marka hakkını talep edebilir. Burada TÜRKPATENT nezdinde tutulan marka sicili de önem arz etmektedir. SMK m. 148/4’e göre markanın devri için yazılı sözleşme yapılması, bu sözleşmenin noter tarafından onaylanması ve devrin sicile tescilli şarttır. Bu süreçte devir sözleşmesinin yapılması kurucu işlem, tescil ise açıklayıcı işlemidir. Aynı sermaye olarak konulan marka şirket tüzel kişilik kazanana kadar üçüncü kişiye geçebilir. Fakat üçüncü kişi iyi niyetli bir kazanımda bulunmamıştır. Çünkü TÜRKPATENT sicili alenidir. Üçüncü kişi devralmadan önce sicili incelemesi gerekir.⁹⁷

TÜRKPATENT siciline başvurması gereken ise taahhütte bulunan ve hakkın sahibi olan kurucu ortaktır.⁹⁸ Bununla birlikte Moroğlu taahhütte bulunanın sicile başvurmadan imtina edebileceğini bu nedenle şirketin kuruluşunda, kurucu

⁹³ Ayrıntılı bilgi için bakınız; Soner Altaş, *Anonim Şirketler*, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021, s.102.

⁹⁴ Manavgat (Kırca / Şehirli Çelik / Manavgat), s.355.

⁹⁵ Yusufoglu, s.178.

⁹⁶ Yusufoglu, s.179.

⁹⁷ Garanti markasının veya ortak markanın devri konusunda sicile yapılan kayıt açıklayıcı değil kurucu işlemidir (SMK. m. 148/7). Bu nedenle garanti markası veya ortak markanın devri için devir sözleşmesinin kurulması yeterli değildir. Devir için sicile kayıt da gerekir.

⁹⁸ Pulaşlı, *Genel Esaslar*, s.63.

imzalarını onaylayan noterin de sicile başvurusu gerektiğini önermiştir.⁹⁹ Şerhin ne zaman verileceği de tespit edilmelidir. Sermaye koyma taahhüdünde bulunan kurucu, şerhi noter tarafından kurucuların imzasını taşıyan esas sözleşmenin onaylanmasından sonra talep edebilecektir.¹⁰⁰

1. Bilirkişi Raporu

Aynı sermaye değerlemesinde, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesince bilirkişi atanır (TTK. m. 343/1). Bu bilirkişiler markanın değerlemesi yapıp rapor haline getirirler. Doktrinde bilirkişiler tarafından değerlendirilmesinin esas sermaye rakamına denk bir malvarlığı oluşturması ve sermayenin korunması ilkesine uygun olduğu gibi alacaklıların ve ortakların da menfaatlerini korumaya yönelik olduğu belirtilmiştir.¹⁰¹

Bilirkişi raporunda ilgili aynı sermayenin değerlemesini yapacaktır. Bilirkişiler tarafından düzenlenen değerlendirme raporunda uygulanan değerlendirme yönteminin somut olayın özellikleri bakımından herkes için en adil ve uygun seçimi içermelidir. Sermaye olarak konulan alacakların gerçekliğinin, geçerliliğinin ve 342 nci maddeye uygunluğunun belirlendiği, tahsil edilebilirlikleri ile tam değerleri; aynı olarak konulan her varlık karşılığında tahsis edilmesi gereken pay miktarı ile Türk Lirası karşılığı, tatmin edici gerekçelerle ve hesap verme ilkesinin icaplarına göre açıklanması gerekir (TTK. m. 343/1). Hesap verme ilkesi gereği bilirkişi raporunda karşılaştırmalı ve gerekçeli açıklamada bulunmalıdır.¹⁰² Bununla birlikte değerlendirme sürecinde tahsis edilmesi gereken pay miktarının tespit edilmesinde birtakım sorunlar çıkabilir. Örneğin şirkete birden fazla aynı sermaye konulmak istenmesi halinde değerlemenin nasıl yapılacağı ve pay miktarının hesaplanması konuları belirsizdir. Ayrıca henüz şirketin kurulmadığı aşamada bilirkişilerin pay miktarını belirlemesi de oldukça güç olacaktır.

Bilirkişi değerlendirme yaparken markanın tam değerini tespit etmesi de oldukça güçtür. Çünkü tescil edilmiş bir marka içerdiği mutlak veya nispi ret nedenleri neticesinde hükümsüz kılınabilir. Tescil edilen sıhhatli bir marka zamanla gerçekleşen birtakım sebeplerle iptal de edilebilir. Ayrıca marka değeri yapısı gereği değişken ve dinamiktir. Bazı dönemlerde değeri hızla artarken bazı dönemlerde değersiz hale gelebilir. Tüm bu hususlar nazara alındığında markanın tam değerinin tespiti oldukça güç olacaktır.

⁹⁹ Moroğlu, s.79.

¹⁰⁰ Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, s.186.

¹⁰¹ Kendigelen / Yıldız / Uzel / Demirkaya / Evlek, s.312.

¹⁰² Manavgat (Kırca / Şehirli Çelik / Manavgat), s.353.

Değerleme şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi tarafından atanan bilirkişilerce yapılır. Bununla birlikte Çonkar esas sözleşme hazırlanmadan ortaklığın şirket merkezinin tespit edilemeyeceğini, hukuki olarak böyle bir merkezin bulunmayacağını, sadece zihnen söz konusu olabileceğini belirtmiştir.¹⁰³ Yazar aynı sermaye değerlemesine ilişkin davaların bir tür çekişmesiz yargı işi olduğunu ve bu nedenle HMK. m. 384 gereği talepte bulunanların veya ilgililerin oturduğu yer mahkemesinin yetkili olabileceği görüşündedir.¹⁰⁴ Biz de yazarın görüşlerine katılmaktayız. Henüz esas sözleşme düzenlenmediği için tasarlanan şirket merkezinin de değişmesi olasıdır. Bu nedenle talepte bulunanın veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesinin yetkili kılınması daha doğru bir yaklaşım olacaktır. Mahkemece tek bilirkişi atanabileceği gibi bilirkişi heyeti de oluşturulabilir. Bilirkişilerin her somut olayda aynı hakkın özelliğini de dikkate alınarak uzman kişilerden seçilmesi gerekir.¹⁰⁵

Bilirkişi raporuna kurucular ve menfaat sahipleri itiraz edebilir.¹⁰⁶ Bilirkişi raporlarına itiraz edilebilmesi için raporun kuruculara ve menfaat sahiplerine tebliğ edilmesi gerekir.¹⁰⁷ Bununla birlikte bilirkişi raporuna itiraz süresi ve şekli konusunda kanunda bir düzenleme yapılmamıştır. Sadece TTK m. 343/1'in gerekçesinde bilirkişi değerlemesine yapılan itirazların mahkemece en hızlı şekilde sonuçlandırılması ratio legis gereği olduğu belirtilmiştir.¹⁰⁸

İtirazın süresi konusunda doktrinde tartışmalar bulunmaktadır. Karaman Coşgun'a göre TTK. m. 343/1'in son cümlesinde mahkemenin onayladığı raporun kesin olduğu düzenlendiği için bilirkişi raporuna itiraz mahkemece raporun

¹⁰³ Çonkar, s.322,323.

¹⁰⁴ Çonkar, s.323.

¹⁰⁵ Mehmet Özdamar, "6102 Sayılı TTK Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlere Aynı Sermaye Konulmasına İlişkin Çeşitli Sorunlar", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 1(1), 2015, s.149.

¹⁰⁶ TTK'nın yürürlüğe girdiği ilk halinde işlem denetçilerinin de itiraz edebileceği düzenlenmişti. Ancak 26/6/2012 tarihli ve 6335 sayılı Kanunun 41 inci maddesiyle, bu fıkrada yer alan, "işlem denetçisi" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. Bununla birlikte kanunun görüşmeleri sırasında değerlemenin yeminli veya serbest mali müşavirler tarafından gerçekleştirilmesi düşünülmüştür. Ancak bu raporların her zaman doğru sonuç vermeyeceği başka uzmanlara da başvurulması gerekliliği nedeniyle mahkeme nezdindeki bilirkişilerin değerlendirilmesi düzenlenmiştir. Ayrıca TTK'da mahkemece atanan bilirkişiler tarafından hazırlanan raporların sicile tescilli düzenlenmişken 6335 sayılı kanunla birlikte sicile tescil şartı kaldırılmış yerine tevdi koşulu getirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bakınız; Gönen Eriş, *Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku, Cilt 2*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2014, s.2150.

¹⁰⁷ Şener, s.320.

¹⁰⁸ TTK. m. 343/1 Gerekçesi.

onaylanmasına kadar mümkündür.¹⁰⁹ Özdamar'a göre kanunda açık bir şekilde düzenlenmemekle birlikte işlem güvenliğini tesis edebilmesi amacıyla bilirkişi raporlarına itirazın belirli bir süreyle sınırlandırılması gerekmektedir. Bu itiraz süresinin anonim şirketin kuruluşuna kadar veya sonraki sermaye artırımında esas sözleşmenin ya da değişiklik kararının ticaret siciline tescil ve ilanına kadar olması gerekir.¹¹⁰ Tekinalp ve Manavgat'a göre bilirkişi raporuna itirazı, tescil ve ilana kadar kurucular veya menfaat sahipleri tarafından yapılabilir.¹¹¹ Şener'e göreyse bilirkişi raporuna itirazın süresi konusunda HMK'daki bilirkişi raporuna itiraz için belirlenen esaslar ve özellikle HMK m. 281'deki iki haftalık sürenin dikkate alınması gerekir.¹¹² Çonkar'a göreyse aynı sermayenin değerlemesine ilişkin talepler çekişmesiz yargı işi niteliğinde olup HMK. m. 387 gereği hukuki yararı bulunan ilgililer kararı öğrenmesinden itibaren iki hafta içerisinde itiraz edebilir.¹¹³ İtiraz üzerine mahkeme, aynı bilirkişiye raporu tevdi edebileceği gibi farklı bilirkişiye de tevdi edebilir.

Mahkeme tarafından onaylanan bilirkişi raporlarına karşı üst yargı organlarına istinaf veya temyiz başvurusu yapıp yapılmayacağı da değerlendirilmelidir. TTK. m. 343/1'in son cümlesi gereği mahkemenin onayladığı bilirkişi raporu kesindir (TTK. m. 343/1). Doktrinde Özdamar ise TTK. m. 343/1'in son cümlesi gereği mahkemenin onayladığı bilirkişi raporunun içeriğine ilişkin inceleme yapılmayacağını ancak mahkemenin haklı olan itirazı reddetmesi halinde üst mahkemelerin değerlendirme yapabileceğini belirtmiştir.¹¹⁴ Bizim görüşümüze göreyse TTK. m. 343/1'in son cümlesi Anayasamızda güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün ihlalini doğurabilir. Bu nedenle mahkemelerin bilirkişiler aracılığıyla ayın değerlemesi yapmasına ilişkin kararlara karşı üst mahkemeye başvurulmalıdır.

Aynı sermaye değerlemesinin ne zaman yapılacağına da tespit edilmesi gerekir. Sermaye olarak konulacak aynı sermayenin değerlemesi, sözleşmenin kurucular tarafından noterde imzalanmasından önce yapılmalıdır.¹¹⁵ Biçilen değer daha sonra esas sözleşmede yer almalıdır. TTK. m. 343 gereği ilgili rapor, ticaret

¹⁰⁹ Özlem Karaman Coşgun, "Anonim Şirketlerde Sermaye Kavramı ve Aynı Sermaye Değerinin Belirlenmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 18(2), 2012, s.341.

¹¹⁰ Özdamar, s.152.

¹¹¹ Tekinalp, s.192, Manavgat (Kırca / Şehirli Çelik / Manavgat), s.353.

¹¹² Şener, s.320.

¹¹³ Ayrıntılı bilgi ve kapsamlı değerlendirmeler için bakınız Çonkar, s.334 vd.

¹¹⁴ Özdamar, s.152.

¹¹⁵ Çağlar, *Aynı Sermaye*, s.42, Benzer yönde Şener, s.321.

sicil müdürüne tevdi edilir.¹¹⁶ Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 69 gereği de başvuruda; ‘mahkemece atanan bilirkişi tarafından hazırlanmış değerlendirme raporları, konulan aynı sermaye üzerinde herhangi bir sınırlamanın olmadığına dair ilgili sicilden alınacak yazı, aynı sermaye olarak konulan taşınmazın, fikri mülkiyet haklarının ve diğer değerlerin kayıtlı buldukları sicillere şerh verildiğini gösteren belge, aynı varlıkların ve işletmenin devir alınmasına ilişkin olanlar da dahil olmak üzere, kurulmakta olan şirket ile kurucular ve diğer kişilerle yapılan ve kuruluşla ilgili olan sözleşmeler de tevdi edilmelidir.’”

TTK. m. 23 gereği ticaret sicil müdürü şirketin tescili için kanuni şartların yerine getirilip getirilmediğini incelemekle yükümlüdür. Sicil müdürü inceleme yaparken, değerlendirme raporunun TTK. m. 342’deki şartları taşıyıp taşımadığını, raporun gerekçeli ve kesin sonuçlar içerip içermediğini incelemelidir.¹¹⁷ Aynı sermaye TTK. m. 348 bağlamındaki koşulları içermeyen esas sözleşmede yer alıyorsa veya hiç yer almadıysa sicil müdürü TTK. m. 32 gereği tescili reddedebilir. Aynı sermayeye ilişkin değer yazılmadan esas sözleşme tamamlanamayacaktır ve ön ortaklık kurulamayacaktır.¹¹⁸ Bununla birlikte müdür, ortaklığı eksikliğe rağmen tescil etmişse bu eksiklik tamamlanabilecek niteliktedir.¹¹⁹ Fesih davasının açılması halinde öncelikle eksikliğin tamamlanması için süre vermeli süreye rağmen eksiklik tamamlanmazsa şirketin feshine karar vermelidir.¹²⁰

Aynı sermaye değerlemelerinde usule ve hukuka aykırı raporlarda düzenlenebilir. Özellikle de marka hakkı, gerçek değerinin çok üzerinde gösterilebilir. Bu durumda TTK. m. 551 gereği ‘aynı sermayenin veya devralınacak işletme ile ayınların değerlemesinde emsaline oranla yüksek fiyat biçenler, işletme ve ayının niteliğini veya durumunu farklı gösterenler ya da başka bir şekilde yolsuzluk yapanlar, bundan doğan zarardan sorumlu’ tutulmuştur. Dolayısıyla kuruculara ve bilirkişiye karşı sorumluluk davası açılabilir. Ayrıca şirketin kuruluşunda yolsuzluk olup olmadığını denetlemekle yükümlü olan ilk yönetim kurulu üyeleri de ihmali davranışlarının varlığı halinde sorumlu tutulabilecektir.¹²¹

¹¹⁶ Doktrinde Tekinalp, bilirkişi raporunun ticaret sicil müdürüne tevdi edilmemesi halinde ilgili raporun varlığını anonim şirketin ispat edeceğini belirtmiştir. Eğer ilgili raporun varlığı ispat edilemezse TTK. m. 210/3 gereği ortaklığın feshi söz konusu olabilir veya TTK. m. 549 gereği kurucuların sorumluluğuna başvurulabilir. Bakınız; Tekinalp (Poroy / Çamoğlu), s.340.

¹¹⁷ Paslı, s.201.

¹¹⁸ Tekinalp (Poroy / Çamoğlu), s.340.

¹¹⁹ Tekinalp, s.192.

¹²⁰ Tekinalp, s.192.

¹²¹ Ayrıntılı bilgi için bakınız; Çağlar, *Aynı Sermaye*, s.42.

Bununla birlikte TTK. m. 551 düzenlemesi kusur esasına dayalıdır.¹²² Bu nedenle kurucuların ve bilirkişilerin kusurlu bir değerlendirme yapması halinde sorumluluklarına başvurulabilir. Örneğin beklenmedik şekilde marka hükümsüz kılınırsa bu durumda bilirkişi ve kurucuların sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Ancak bilirkişi ve kurucular, özellikle de teknik bilgileri gereği markanın hükümsüz kılınacağını biliyorsa ve buna rağmen markayı tescilli marka bağlamında değerlendirme yaptılarsa sorumluluk davası açılabilir.

Bilirkişi ve kurucuların sorumluluğuna başvurulması için hileli işlem yapmış olmaları şart değildir. Değerleme konusu aynı hak için emsiline nazaran yüksek fiyat biçilmesi, aynı niteliğinde hata yapılması, aynı mevcut durumu hakkında hatalar yapılması sorumluluk davası açılması için yeterlidir.¹²³ Örneğin marka başvuru aşamasındayken tescilli marka gibi değerlendirilmesi, kısıtlı mal veya hizmetlerde koruma sağlayan markanın tanınmış marka gibi değerlemesinin yapılması halinde sorumluluk davası açılabilir. Değer biçilmesinde yolsuzluk yapanların cezai sorumluluğu da bulunmaktadır. TTK. m. 551'e aykırı hareket eden kişiler doksan günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılabilir (TTK. m. 562/10).

2. Markaya Değer Biçilmesi

Aynı sermaye olarak konulacak marka, TTK. m. 343/1 bağlamında değerlemesinin yapılması gerekir. Muhasebe ve finans bakımından, değerlemenin amacı, marka hakkının makul karşılığını belirlemektir.¹²⁴

Değer kavramıyla fiyat kavramıysa karıştırılmamalıdır. Değer ilgili hakkın yapısal özellikleri nedeniyle ortaya çıkan, anlık piyasa koşullarından etkilenmeyen ve öze ilişkin bir kavramdır.¹²⁵ Fiyat ise piyasa gibi dış etkenlerden ötürü değeri değişebilen ve üçüncü kişilerin atfettiği önemle biçimlenen bir kavramdır.¹²⁶

Şirketin, alacaklıları ve şirket ortaklarının menfaatleri zarar görmemesi için sermaye olarak konulmak istenen aynı değerinin tartışmaya yer vermeyecek şekilde tespit edilmesi gerekir.¹²⁷ Ancak bu hedefin markalar açısından tutturulması güçtür. Çünkü markanın değeri gerek nicel gerekse nitel değerlendirme metotlarında istikrarlı

¹²² TTK. m. 551 Gerekçesi.

¹²³ TTK. m. 551 Gerekçesi.

¹²⁴ Celine Lagrost / Martin Donald / Dubois Cyrille / Serge Quazzotti, "Intellectual Property Valuation: How to Approach the Selection of an Appropriate Valuation Method", *Journal of Intellectual Capital*, 11(4), 2010, s. 484.

¹²⁵ Manavgat (Kırca / Şehirli Çelik / Manavgat), s.352.

¹²⁶ Manavgat (Kırca / Şehirli Çelik / Manavgat), s.352.

¹²⁷ Çağlar, Aynı Sermaye, s.40.

değildir. Bu nedenle markanın değerlemesi konusunda birtakım standartların getirilmesinde fayda vardır. Ayrıca bu standartların, bağlayıcı hükümlerle düzenlenmesi de yararlı olacaktır. Böylelikle farklı yöntemlerle farklı değerlerin tespit edilmesinin önüne geçilebilecektir. Bu konuda örnek olarak Uluslararası Standardizasyon Örgütü tarafından markaların değerlemesi konusunda 10668 standardı verilebilir. ISO standartlarıyla markanın değerlemesine ilişkin metodolojinin kuralları belirlenmiş, değerlendirme yöntemleri düzenlenmiş, hangi verilerin kullanılacağı tespit edilmiş ve değerlendirme yapanların takdir sınırlarının azaltılması ve bir tür değerlendirme protokolü oluşturulması hedeflenmiştir.¹²⁸ ISO standartlarında değerlendirme yapılırken; pazarın ve finansal verilerin; davranışsal yönleri ve eğilimleri, yasal düzenlemeler ve statüler, sağlıklı ve güvenilir verilerin dikkate alınacağı düzenlenmiştir.¹²⁹

Markanın değerlemesinde farklı yöntemler görülmektedir. Bu yöntemler; markanın değerini hesaplamayı amaçlayan finansal marka değerlendirme yöntemleri, alıcı davranışları ile psikolojik yaklaşımları esas alan davranışa dayalı marka değerlendirme yöntemleri ve iki yöntemin özelliklerini taşıyan bileşik marka değerlendirme yöntemleri geliştirilmiştir.¹³⁰ Bu yöntemlerin altında da farklı farklı yöntemler geliştirilmiştir. Biz çalışmamızda her bir yöntemin özelliklerini açıklamayacağımızı belirtiriz. Ancak ilgili yöntemlerin temel özelliklerini, nicel yöntem ve nitel yöntem olmak üzere ikiye ayrı başlıkta açıklayacağız.

Nitel yöntemler, sayısal ve hesaplanabilen verilere dayalı olan ve fikri mülkiyet varlığının derecelendirilmesiyle değerlendirme yapılan yöntem olup nicel yöntemler ise fikri mülkiyet haklarının niteliklerini ve kullanımını dikkate alan ve fikri mülkiyet hakkı varlığının parasal değerini hesaplamaya çalışan yöntemdir.¹³¹

a. Nitel yöntem

Nitel yöntemlerde markanın tanınmış marka olması, tescilli olduğu sınıflar, alıcı kitlenin yaklaşımı, tescilli olarak korunduğu ülkelerin sayısı gibi özellikleri dikkate alınmaktadır.

¹²⁸ Roberto Moro Visconti, *The Valuation of Digital Intangibles*, Palgrave Macmillan, 2020, s.243 Ayrıca bakınız; ISO 10668:2010

Brand Valuation — Requirements for Monetary Brand Valuation, <<https://www.iso.org/standard/46032.html>> Erişim Tarihi: 09.08.2021.

¹²⁹ Brand Valuation — Requirements for Monetary Brand Valuation, <<https://www.iso.org/standard/46032.html>> Erişim Tarihi 01 Şubat 2021.

¹³⁰ Ayrıntılı bilgi için bakınız; Arzum Erken Çelik, “Marka Değerleme”, *Muhasebe ve Finansman Dergisi*, 31, 2006, s.197.

¹³¹ Lagrost / Martin / Dubois / Quazzotti, s. 484.

Nitel yöntemlerde dikkate alınacak hususları incelersek öncelikle markanın tescil edildiği sınıflara bakabiliriz. Marka sahibi, Nis Sınıflandırması¹³² esas alınarak düzenlenen Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ bağlamında markanın tescil edeceği mal veya hizmet sınıflarını belirler. Başka kişiler, ilgili mal veya hizmet sınıflarında markanın aynısını veya benzerini kullanamaz. Bununla birlikte tescil sırasında belirlenen mal veya hizmet sınıfları benzerlik incelemesinde tek başına dikkate alınmaz. Benzerlik incelemesi yapılırken karşılaştırılan markaların halk nezdinde karıştırılmaya neden olup olmadığına bakılır.¹³³ Başvuru neticesinde başvuran tek bir mal veya hizmet sınıfında markasını tescil ettirebileceği gibi birden fazla mal veya hizmet sınıflarında da tescil ettirebilir. Marka birden fazla mal veya hizmet sınıfında tescilliye bu sınıflardan sadece birkaç tanesi sermaye olarak konulabilir. Markanın tescilli olduğu mal veya hizmet sınıfları markanın değerini de etkileyecektir. Marka ne kadar çok mal veya hizmetler sınıflarında tescil edildiyse markanın değeri o kadar çok artacaktır. Daha kısıtlı olan mal veya hizmet sınıflarında tescil edilen markaların değerlemesi düşük olacaktır.¹³⁴

Markalar, ürün veya hizmeti pazarlama amaçlı gayri maddi varlıklar olarak sınıflandırılırsalar bile bunlar genellikle teknolojik veya İnternet temelli maddi olmayan varlıklarla (örneğin Know-how veya alan adlarıyla) yakın bir etkileşim içindedirler.¹³⁵ Bu nedenle marka değerlemesi yapılırken diğer teknolojilerle olan ilişkileri veya alan adlarıyla olan ilişkileri de dikkate alınmalıdır.

Değerlemede markanın tanınmışlığı önemli faktörlerden biridir. Tanınmış markaların tüketici nezdindeki etkisi neticesinde sadece tescilli oldukları mal veya hizmet sınıflarında değil mal veya hizmetle ilgisiz görülen alanlarda da koruma sağlamaktadır.¹³⁶ Bu nedenle markanın değeri hesaplanırken tanınmışlık seviyesi

¹³² Nis Anlaşması'nın amacı taraf devletler arasında ortak bir mal veya hizmet sınıfı kurulmasıdır. Bakınız Arkan, Ticari İşletme, s.300.

¹³³ "...mahkemece, 556 Sayılı KHK'nin ve atıf yapılan uluslararası anlaşmanın hükümleri gözetilerek benzerlik, iltibas ve halk nazarında karıştırılma olasılığı açısından somut olaya ilişkin durum ve veriler birlikte değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, salt tebliğ hükümlerine dayanılarak taraf markalarının farklı sınıflar için tescilli olduğu gerekçesiyle yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması doğru görülmemiş, davalı T.Patent Enstitüsü Başkanlığı vekilinin karar düzeltme itirazının kabulü ile Dairemizin 2004/6405 esas, 2005/2823 sayılı onama ilamının kaldırılarak kararın davalı Enstitü Başkanlığı yararına bozulması gerekmiştir." Yarg. 11. H.D. 04.10.2005 tarihli 2005/9108 E, 2005/9203 K. sayılı kararı aktaran Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html>> Erişim Tarihi 01.02.2021.

¹³⁴ Heather Hamel, "Valuing the Intangible: Mission Impossible? An Analysis of the Intellectual Property Valuation Process", *Cybaris*, 5(1), 2014, s.198.

¹³⁵ Visconti, s.241.

¹³⁶ Hamel, s.198.

dikkate alınmalıdır.¹³⁷ Markanın tanınmışlığı arttıkça değeri artacaktır. Bununla birlikte tanınmışlık seviyesi marka için risk de teşkil edebilir. Eğer ki marka ulaştığı tanınmışlık seviyesi nedeniyle jenerikleşmeye başlarsa ve bu duruma karşı gerekli tedbirler alınmazsa marka iptal edilecektir. Kanımızca marka değerlemesi yapılırken tanınmışlık seviyesi yüksek markaların jenerikleşmesi ihtimali de nazara alınmalıdır.

Markanın korunduğu ülke sayısının fazla olması da marka değerini arttıracaktır. Nitekim mülklik ilkesi gereği tescilli marka hakkı elde etmek için her ülkede başvuruda bulunmak gerekir. Bununla birlikte koruma talep edilen devletler karşılıklı anlaşması veya uluslararası anlaşmalarla başka ülkelerde korunan markaları da kendi ülkelerinde marka olarak korumaya alabilir.

Markanın koruma süresi de marka değerlemesinde dikkate alınmalıdır. Markalar başvuru tarihi itibarıyla on yıl boyunca korunmaktadır. Fakat marka sahibi, koruma süresini uzatabilir. Koruma süresi dolmak üzere olan ve marka sahibi tarafından bu sürenin uzatılmayacağı anlaşılan markaların değerinin düşük olması gerekir.

Tüketici davranışlarının öngörülmezliğiye marka değerlemesi için risk teşkil etmektedir. Bazen tüketiciler tarafından tercih edilen bir marka, bir anda popülerliğini kaybedebilir.

b. Nicel yöntemler

Nitel değerlendirme yöntemlerinin yanı sıra sayısal verileri esas alan nicel yöntemlerde bulunmaktadır. Çeşitli nicel değerlendirme yöntemleri bulunmakla birlikte en sık olarak başvuru alanlar; gelir metodu, pazar metodu ve maliyet metodudur.

Pazar metodunda benzer niteliklere sahip olan markalar karşılaştırılarak değerlendirilmektedir. Özellikle de piyasadaki benzer markalı ürünlerin satışının veya marka lisanslamasının değerlendirilmesi faydalı bir kıyaslama sağlayabilir.¹³⁸ Pazar metodunda ne kadar çok karşılaştırma yapılabilecek veri varsa o kadar başarılı bir şekilde değerlendirme yapılabilecektir. Ancak karşılaştırma yapılabilecek markaların sayısı azsa veya karşılaştırma yapılabilecek pazar henüz oluşmadıysa pazar metodu doğru bir değerlendirme yöntemi olmayacaktır. Bununla birlikte marka gibi fikri mülkiyet haklarına ilişkin yapılan işlemler genellikle gizli olarak yapılmaktadır.¹³⁹ Ayrıca fikri hak pazarının özelliği gereği aynı konuda birden fazla fikri mülkiyet

¹³⁷ Hamel, s.198.

¹³⁸ U.K. Intellectual Property Office, Guidance: Valuing Your Intellectual Property, <<https://www.gov.uk/guidance/valuing-your-intellectual-property>> Erişim tarihi 01 Ekim 2021.

¹³⁹ Kelvin King, "The Value of Intellectual Property, Intangible Assets and Goodwill", *Journal of Intellectual Property*, 7, 2002, s.246.

hakkının bulunması da zordur. Bu nedenle değerlemesi yapılan fikri hakkın mukayese edilebileceği işlemlerin bulunması oldukça güçtür.

Maliyet metodundaysa markanın oluşturulma maliyetleri dikkate alınır.¹⁴⁰ Maliyet metodu fikri mülkiyet varlığının geliştirilmesi sırasında ortaya çıkan maliyetler ile bu varlığın nihai değeri arasında bir bağlantı olması ilkesine dayanır.¹⁴¹ Maliyet metodunda genellikle markanın geliştirilmesi için gerekli olan enstrümanların maliyeti hesaplanarak markanın değerlendirilmesi yapılmaktadır. Örneğin günümüzde markanın reklamı, tanıtımı, geliştirilmesi, pazarlaması için ne kadar masraf yapılacaksa bu masraf esas alınarak marka değerlendirilmesi yapılır. Maliyet olarak ise marka için harcanan emek, materyaller ve ekipmanlar, araştırma ve geliştirme, tescil belgeleri, sertifikalar ve genel giderler dikkate alınabilir.¹⁴² Bununla birlikte maliyet metodunda paranın zamanla değer kaybı ve yıpranma payı ile yönetim giderleri dikkate alınmadığı için pek de isabetli bir değerlendirme yöntemi değildir.¹⁴³

Gelir metoduysa günümüzde en çok kullanılan değerlendirme yöntemidir. Gelir metoduyla markayla ilişkili mal / hizmetlerin geçmiş ve beklenen gelecekteki karlarına dayalı olarak değerlendirme yapılmaktadır.¹⁴⁴ Bu yöntem, bir varlığın değerinin mevcut ve beklenen gelir akışlarına özgü olduğu ilkesine dayanmaktadır.¹⁴⁵ Dolayısıyla markanın potansiyel ve mevcut gelirleri dikkate alınarak değerlendirme yapılır. Gelir metodunun hesaplanması genel olarak üç aşamadan oluşur. Öncelikle markanın yarattığı ve yaratacağı gelir akışını, markanın ömrü dikkate alınarak hesaplanır. Arkasından bu gelir, markanın maliyetleriyle (işçilik, gerekli sermaye yatırımı gibi) dengelenir. Son olarak iskonto oranı veya kapitalizasyon oranı kullanılarak hesaplanan gelir miktarının bugünkü değeri tespit

¹⁴⁰ Canadian Intellectual Property Office, Intellectual Property Valuation, 11.09.2019, <https://www.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/eng/h_wr04688.html> Erişim tarihi 01 Temmuz 2021.

¹⁴¹ Lagrost, Martin / Dubois / Quazzotti, s. 489.

¹⁴² U.K. Intellectual Property Office, Guidance: Valuing Your Intellectual Property, <<https://www.gov.uk/guidance/valuing-your-intellectual-property>> Erişim tarihi 01 Ekim 2021.

¹⁴³ King, s.247.

¹⁴⁴ International Trademark Association, "Assignments, Licensing, and Valuation of Trademarks", Fact Sheet: Introduction to Trademarks, 09 Kasım 2020, <<https://www.inta.org/fact-sheets/assignments-licensing-and-valuation-of-trademarks/>> Erişim tarihi 05 Ağustos 2021.

¹⁴⁵ European IPR, Intellectual Property Valuation (Fact Sheet), Haziran 2015, s.4,5, <<https://www.iprhelpdesk.eu/Fact-Sheet-IP-Valuation>> Erişim tarihi 05 Temmuz 2021.

edilir.¹⁴⁶ Gelirin hesaplanmasındaysa; brüt veya net gelirler, brüt kazanç, net işletme geliri, vergi öncesi gelir, net gelir (vergi sonrası), işletme nakit akışı, net nakit akışı, arttırımlı gelir ve tasarruf maliyetleri dikkate alınabilir.¹⁴⁷

c. Uygulanabilecek yöntem

Nitel ve nicel değerlendirme metodlarında hangi verilerin esas alınacağı ve bu verilerin değerlemeye ne kadar etkili olacağıysa önemli bir sorunsaldır. Bu nedenle marka değerlemesinde farklı modeller ortaya çıkmıştır.

Marka değerlemesi farklı sektörlerde sıklıkla başvurulan bir yoldur. Özellikle finans, yiyecek-içecek, perakende zincirleri, haberleşme ve ulaşım alanlarında marka değerlemesine sıklıkla başvurulmaktadır.¹⁴⁸ Marka değerlendirme yapılırken her sektörün kendi iç yapısı dikkate alınarak yapılması gerekir. Nitekim her sektörün hitap ettiği kitle, marka değerini etkileyen hususlar ve sektörün yapısı farklıdır.

Marka değerlendirme uzmanlık ve teknik bilgi gerektiren bir meseledir. Bu nedenle ilgili alanda uzmanlığı ve deneyimi olan bilirkişiler tercih edilmelidir. Bilirkişiler raporlarında, özellikle seçtikleri değerlendirme yönteminin somut olay için hem en adil hem de en uygun yöntem olduğunu açıklaması gerekir.¹⁴⁹ Seçilen yöntem konusunda tarafları ikna etmekte de fayda vardır. Yapılan açıklamanın ayrıntılı ve karşılaştırmalı olması gerekir. Bununla birlikte bilirkişi raporlarında aynı sermaye karşılığında tahsis edilmesi gereken pay miktarı ile Türk Lirası karşılığının tatmin edici gerekçe ve hesap verme ilkelerine uygun olarak belirtilmesi de gerekir.¹⁵⁰

Marka değerlendirme yapılırken birçok metod uygulanmaktadır. Bu metotlarda her değerlemede farklı sonuçlar yansıtmaktadır. Bu durumun temel sebebi doktrinde, kullanılan kriterlerin sübjektif olarak belirlenmesi ile kriterlerin temelsiz olarak seçilimi olduğu belirtilmiştir.¹⁵¹ Nitekim hesaplamada kullanılan değerlerin sadece ne anlama geldiği açıklanmakta ancak neye göre belirlendiği ve hesaplamasının nasıl yapıldığı açıklanmamaktadır.¹⁵² Bu durumda markaların farklı farklı değerlendirilmesine

¹⁴⁶ Singh Guriqbal Jaiya, IP Valuation (Module 11), Third WIPO-KIPO-KWIA Korea International Women's Invention Forum 2010, 07.05.2010 <<https://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp>? Erişim tarihi 01 Şubat 2021.

¹⁴⁷ Jaiya, s.22,23.

¹⁴⁸ Çelik Erken, s.197.

¹⁴⁹ TTK. m. 343/1 Gerekçesi.

¹⁵⁰ Şener, s.320.

¹⁵¹ Duygu Fırat / Cemkut A. Badem, "Marka Değerleme Yöntemleri ve Marka Değerinin Mali Tablolara Yansıtılması", *Muhasebe ve Finansman Dergisi*, 38, 2008, s.218.

¹⁵² Fırat / Badem, s.218.

sebebiyet vermektedir. Farklı değerlemelerin önüne geçilmesi için objektif yöntemlerin bulunması ve uygulanması gerekir. Bu durumun çözümü yeknesak ve standartlara bağlanmış bir yöntem geliştirilmesi olacaktır. Yeknesak ve standart model geliştirirken her sektörün kendine özgü yapısı dikkate alınmalıdır. Örneğin mobilya sektöründeki bir markanın değerlendirme yöntemiyle yazılım sektörü bir olmayabilir. Ayrıca her değerlemede, ilgili metottun neden seçildiğinin de açıklanması gerekir.

Marka değerlemesi yapılırken tek bir metotsa uygulanmamalıdır. Birden fazla metoda yer verilen bir uygulama daha doğru sonuçlar verebilecektir. Nitekim markanın en sağlıklı değerini, hem davranışsal yaklaşımlar hem de finansal yöntemler birlikte belirleyecektir. Marka değerlemesi için kullanılan yöntemler belirlenirken, birbirini tamamlayabilecek birden fazla yöneme yer verilmesi, bu yöntemlerdeki varsayımların açıkça belirtilmesi, kullanılan oranların nasıl belirlendiğinin ayrıntılı bir şekilde açıklanması ve esas alınan bilgilerin doğruluğu önem arz edecektir.¹⁵³

Markanın değerlendirilmesi hukuk kurallarıyla ekonomi bilimini bir araya getiren bir süreçtir.¹⁵⁴ Bu süreçte, değerlendirme yapan en adil ve doğru yöntemi seçmelidir. Özellikle de ülkemizde markalara ilişkin günlük piyasa değerleri atanabilen borsaların kurulması, marka değerlendirilmesi konusundaki birçok soruna çare olabilecektir.¹⁵⁵ Bu tür borsalardaki veriler, zamanla markanın değeri konusunda bir kriter olabilecektir.

3. İhtiyati Tedbir

TTK. m. 128/8 gereği kurucular, marka sermayesi koyma taahhüdünde bulunan ortaklara karşı taahhüt edilen hakların korunması amacıyla ihtiyati tedbir talebinde bulunabilir. Tedbir halebende bulunan HMK. m. 397/1 gereği ilgili kararın uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren iki hafta içinde esas hakkındaki davasını açmalıdır. Dava açtığına ilişkin belgeleriye memura ibraz etmesi gerekir.¹⁵⁶ İhtiyati tedbir özellikle tescilsiz markalar üzerindeki hakların korunması için başvurulabilecek bir yoldur. Tescilsiz markalara ilişkin herhangi bir sicil tutulmadığı için, sermaye koyma işlemi şerhi tesis edilemeyecektir. Bu durumda kurucular, sermaye olarak konulmak istenen tescilsiz markanın korunması amacıyla ortaklar aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilmesini talep edebilir.¹⁵⁷

¹⁵³ Çelik Erken, s.207.

¹⁵⁴ King, s.246.

¹⁵⁵ Çelik Erken, s.208.

¹⁵⁶ Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, s.187.

¹⁵⁷ Dal, s.395.

4. Şirketin Sermaye Olarak Konulan Markayı İktisabı

Marka hakkına ilişkin taahhüdün muacceliyetti de önem arz eder. Marka hakkını aynı sermaye olarak koyan, geçerli bir şekilde taahhütte bulunup markayı devretme borcu altına girse de anonim şirket bu devri talep edebilmesi için borcun muaccel olması gerekir. Şirket için aynı sermaye koyma borcunun muaccel olması, ortaklığın taahhüt konusu olan ekonomik değerler üzerindeki mülkiyet, faydalanma ve kullanma hakkının devredilmesini talep etme hakkına sahip olması anlamına gelir.¹⁵⁸

Şirketin markayı ne zaman iktisap ettiğinin değerlendirilmesi gerekir. Dal'a göre marka hakkının şirket üzerine geçmesi için esas sözleşmede taahhüt edilmiş olması, şerh verilmesi ve esas sözleşmenin ticaret siciline tescili yeterli olmayıp hak sahibinin veya şirketin talebiyle veya sicil memurunun resen işlemiyle yapılan tescil neticesinde marka şirkete geçecektir.¹⁵⁹ Dinç'de sermaye olarak taahhüt edilen markanın, esas sözleşmede taahhüt edilmesi, ilgili sicile şerh düşülmesi ve şirket sözleşmesinin ticaret sicili usulüne uygun şekilde tescil edilmesi, fikrî mülkiyet hakkının şirkete geçmesi için yeterli olmayıp sınaî haklar üzerinde hak sahibi olabilmek için, ilgili sicile kayıt edilmesi görüşündedir.¹⁶⁰ Kayıt için marka hakkı sahibinin TÜRKPATENT'e başvurması gerekir.¹⁶¹ Çonkar'da ortaklığın aynı sermaye konusu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilmesi için sicile kaydın gerekli olduğunu belirtmiştir.¹⁶² Diğer görüşe göreyse şirketin fikri hakları iktisap etmesi için şirketin tüzel kişilik kazanması gerekmektedir. Doktrinde Yusufoglu şirketin tescilliyle birlikte aynı sermaye konusu marka şirketin malvarlığına geçeceği için SMK'da düzenlenen markanın devrine ilişkin koşulların yerine getirilmesine gerek bulunmayacağı görüşündedir.¹⁶³ Manavgat'a göre de şirket tüzel kişilik kazandığı andan itibaren sermaye olarak konulan marka hakkı üzerinde tasarrufta bulunabilecektir.¹⁶⁴ Özel sicillere yapılan kayıt ise sermaye olarak konulan hakkın üçüncü kişilere yönelik ileri sürülmesi açısından önem arz edecektir.¹⁶⁵ Uzunallı'ya göre de anonim şirket, tüzel kişilik kazanmasıyla birlikte para dışındaki aynı

¹⁵⁸ Sevi, s.271.

¹⁵⁹ Dal, s.394.

¹⁶⁰ Habibe Dinç, *Fikri Mülkiyet Haklarının Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Konulması*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2016, s.127.

¹⁶¹ Dinç, s.127.

¹⁶² Çonkar, s.496.

¹⁶³ Benzer yönde; Yusufoglu, s.207.

¹⁶⁴ Manavgat (Kırca / Şehirali Çelik), s.354.

¹⁶⁵ Manavgat (Kırca / Şehirali Çelik), s.354.

sermayeler üzerinde malik sıfatıyla istediği tasarruflarda bulunabilir.¹⁶⁶ Dolayısıyla şirket tüzel kişilik kazanmakla birlikte bir tür aynı sermaye olan markayı iktisap etmiş olur. TÜRKPATENT nezdinde tutulan sicile yapılan kayıt ise açıklayıcıdır.¹⁶⁷

Anonim şirket tescille birlikte tüzel kişilik kazanır. Bu nedenle tescil kurucu işlemdir.¹⁶⁸ Ticaret sicil müdürü, sermaye olarak konulan markaya ilişkin kayıt bildirimini ilgili sicile resen ve hemen yapar. Bu hüküm emredicidir.¹⁶⁹ Bununla birlikte ticaret sicil müdürü, şirketi tescil etmeden önce sermaye koyma borcunun yerine getirilmesini tespit etmek amacıyla sermaye olarak konulan marka gibi fikri mülkiyet hakların ilgili sicillere kaydının yapılıp yapılmadığını incelemesi gerekir.¹⁷⁰ Müdür ayrıca sermaye olarak konulmak istenen aynı mahkeme tarafından atanan bilirkişilerce değerinin biçilip biçilmediğini de kontrol etmesi gerekir.¹⁷¹

Şirkete aynı sermaye olarak konulan marka, tescili yapan müdürlük tarafından şirketin tescili ile eş zamanlı olarak ilgili sicillere şirketin esas sözleşmesi, değerlemeye ilişkin rapor ve ŞYDASKT m. 5'teki belgelerle birlikte bildirilir. *“Müdürlüklerin bildirimini alan ilgili sicili tutan kurum tarafından, kendi kayıtlarında resen işlem yapılabilmesine imkan tanıyan durumlarda mal ve haklar yeni sahipleri adına tescil edilir. Resen tescilin mümkün olmadığı durumlarda ise; ilgili sicil memurluğunca bildirim alındığı anda kendi kayıtlarına, mal ve hakların geçişinin dayanağı olan işlemin Kanun hükümlerine göre tamamlandığına ilişkin şerh konulur ve ilgililerin başvurusu üzerine gerekli harç ve giderler alındıktan sonra, mal ve hakların yeni sahipleri adına tescili yapılır.”* (ŞYDASKT m. 6). Bununla birlikte TÜRKPATENT bildirimini aldığı tarihten itibaren eski marka hakkı sahibi tarafından şirketin aleyhine sonuçlar doğuran işlemleri yapamaz (ŞYDASKT m. 6/2). Örneğin marka sahibi, markasından vazgeçerse bu talebi reddetmelidir.

¹⁶⁶ Uzunallı, s.105.

¹⁶⁷ Uzunallı, s.105.

¹⁶⁸ Tekinalp (Poroy / Çamoğlu), s.349 Mülga TTK döneminde aynı sermaye konulan marka hakkının şirkete devri için şirketin tüzel kişilik kazanmasından sonra talepte bulunması gerekecektir. Dolayısıyla ortağın esas sözleşmede aynı sermaye taahhüdü yeterli değildir. Devir için şirketin talepte bulunması gerekecektir. Bununla birlikte taahhütte bulunan ortağın rıza veya muvafakat bildirmesine gerek yoktur. Ayrıntılı bilgi için bakınız; İsmail Doğanay, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, Cilt 1, 4. Bası, Beta Yayınevi, 2004, s.641.

¹⁶⁹ Tekinalp (Poroy / Çamoğlu), s.115.

¹⁷⁰ Kaythan, s.197.

¹⁷¹ Ufuk Ünlü, “Anonim Şirketlerde Sermaye Unsurunun İncelemesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 10, 2015, s.137.

Anonim şirketlerde tescille muacceliyet ilkesi benimsenmiştir.¹⁷² Tescille muacceliyet ilkesi gereği şirket, tescil neticesinde tüzel kişilik kazanmasıyla birlikte malik sıfatıyla marka üzerinde tasarrufta bulunabilecektir.¹⁷³ Markanın devri için SMK'daki resmi şekil şartının gerçekleşip gerçekleşmemesi hususu da değerlendirilmelidir. Aynı sermaye konusu markanın şirkete bırakılmasına ilişkin esas sözleşmede yer alan kayıt, şekil şartının yerini tutacağı için ayrıca markanın devrine ilişkin sözleşme yapılmasına gerek bulunmamaktadır.¹⁷⁴

SONUÇ

Ticari hayatta markaların önemli bir rolü bulunmaktadır. Günümüzde birçok girişimin asli değerinin marka olduğu sıklıkla görülmektedir. Bu markaların şirketin sermaye olarak konulabilmesi de mümkündür.

Markalar, tescilli ve tescilsiz olmak üzere ikiye ayrılabilir. TTK'da tescilli markaların aynı sermaye olarak konulmasına yönelik düzenlemeler yapılmıştır. Ancak tescilsiz markalarda aynı sermaye olarak konulabilecektir.

Markaların aynı sermaye olarak konulmasındaysa birtakım hususların açıklığa kavuşturulmasında fayda vardır. Öncelikle markaların değerlendirilmesi taşınır ve taşınmaz mallara göre daha güçtür. Çünkü markalar dinamik yapıdadır. Zamanla tanınmış hale gelebilir veya tanınmışlığını kaybedebilir. Ayrıca soyut yapıda olduğu için değerlendirme yapılırken maddi mallar gibi objektif ve kıyasa dayalı yöntemlere başvurulamayacaktır.

Türk Hukuku'nda aynı sermaye olarak konulacak markaların değerlemesini, mahkemeler nezdinde atanan bilirkişilerin yapacağı düzenlenmiştir. Bilirkişiler değerlendirme yaparken, değerlendirme raporunda, uygulanan değerlendirme yönteminin somut olayın özellikleri bakımından herkes için en adil ve uygun seçim olduğunu belirtmeli ve aynı sermaye konusunun gerçek değerini tespit etmelidir. Ancak günümüzde markanın değerlendirilmesi konusunda birçok yöntem ve formül ortaya koyulmuştur. Her formül ve yöntem, değerlendirme sürecine markanın farklı özelliklerini dikkate almaktadır. Bu nedenle marka değerlendirme yöntemleri neticesinde ortaya çıkan değerler birbiriyle tutarsızdır. Bu durumda TTK. m. 343'ye aykırı sonuçlar doğurabilir. Örneğin TTK. m. 343 gereği değerlendirme yapılan markanın tam değerinin yansıtılmış olması gerekir. Oysa markalarda farklı değerlendirme yöntemleri farklı sonuçlar vermektedir. Kanımızca farklı sonuçların önüne geçilmesi için yeknesak bir değerlendirme yönteminin kabul edilmesi doğru bir yaklaşım olacaktır. Her sektörün farklı

¹⁷² Dinç, s.131.

¹⁷³ Kayıhan, s.198.

¹⁷⁴ Çonkar, s.493.

dinamikleri olması nedeniyle sektör bazında değerlendirme metodlarının da geliştirilmesinde fayda vardır.

Marka değerlemesi yapılırken nitel ve nicel veriler dikkate alınmalıdır. Bizim görüşümüze göre nitel veriler değerlendirmesi yapılırken marka mevzuatı da dikkate alınmalıdır. Özellikle de markanın hükümsüzlük riski, markanın yaygın ad haline gelmesi neticesinde iptal edilmesi riski, markanın koruma kapsamı, marka değerlemesi sırasında göz önünde tutulmalıdır.

Markanın sermaye olarak konulması hususunda açık olmayan düzenlemelerde tespit edilmiştir. Öncelikle şirket henüz kurulmamışken hangi mahkemenin değerlendirme yapabileceği belirsizdir. Ayrıca marka değerlemesine ilişkin bilirkişi raporlarına karşı ne kadar sürede itiraz edileceği net bir şekilde kanunda düzenlenmemiştir. Bu hususlarında kanunda değişiklik yapılarak açıklığa kavuşturulmasında fayda vardır.

KAYNAKÇA

- Altaş S, *Anonim Şirketler*, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Ansay T, *Anonim Şirketler Hukuku Dersleri*, 3. Bası, Ajans Türk Matbaası, 1970.
- Arıcı M F, *Anonim Ortaklıkta Nakit Dışı Sermaye Taahhüdünün İmkânsızlığının Hükümleri*, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Seçkin Yayıncılık, 2006, s.103-126.
- Arkan S, *Marka Hukuku C.1*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü Yayınları, 1997.
- Arkan S, *Ticari İşletme Hukuku*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü Yayınları, 25. Bası, 2019.
- Ayhan R / Çağlar H, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, 11. Bası, Yetkin Yayınevi, 2018.
- Bahtiyar M, *Ortaklıklar Hukuku*, 11. Bası, Beta Yayınevi, 2016.
- Bahtiyar M, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Kayıtlı Sermaye Sistemi", *MÜHF-HAD Doç. Dr. Mehmet Somer Armağanı Özel Sayısı*, 2006, s.53-66.
- Bahtiyar M, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili ile Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *TBB Dergisi*, 61, 2005, s.47-106.
- Bilgili E / Demirkapı F, *Şirketler Hukuku Dersleri*, 4. Bası, Dora Yayınevi, 2015.
- Block H J / De Vries G, Schumann J, / Philipp S, "Trademarks and Venture Capital Valuation", *Journal of Business Venturing*, 29(4), 2014, s.525-542.
- Bozgeyik H, *Marka Hakkının Korunması*, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Canadian Intellectual Property Office, Intellectual Property Valuation, 11.09.2019, <https://www.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/eng/h_wr04688.html> Erişim Tarihi 01 Temmuz 2021.
- Çağlar H, "Anonim Şirketlerde Ayni Sermayeye Değer Biçilmesi", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 26(2), 2010, s.35-53.
- Çağlar H, *Marka Hukuku*, 2. Bası, Adalet Yayınevi, 2015.
- Çağlar H / Ayhan R / Yıldız B / İmirlioğlu D, *Sinai Mülkiyet Hukuku*, 1. Bası, Adalet Yayınevi, 2021.
- Çelik Erken A, "Marka Değerleme", *Muhasebe ve Finansman Dergisi*, 31, 2006, s.195-208.
- Çonkar M H, *Ayni Ortaklıkta Ayni Sermaye*, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2016.

- Dal S, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 342’ye Göre Fikri Mülkiyet Haklarının Anonim Şirkete Ayni Sermaye Olarak Konulması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 18, 2012, s.371-398.
- Diñç H, *Fikri Mülkiyet Haklarının Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Konulması*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Doğan B F, “Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edici Güç Kazanma”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 24(1), 2007, s.219-238.
- Doğanay İ, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt 1*, 4. Bası, Beta Yayınevi, 2004.
- Eriş G, *Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku Cilt 2*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Erkan V U / Merhacı S Ö, “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Markada Paydaşların Önalım Hakkı (SMK md. 148/3)”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 35(1), 2019, s.69-91.
- European IPR, Intellectual Property Valuation (Fact Sheet), Haziran 2015, <<https://www.iprhelpdesk.eu/Fact-Sheet-IP-Valuation>> Erişim Tarihi 05 Temmuz 2021.
- Fırat D. / Badem C A, “Marka Değerleme Yöntemleri ve Marka Değerinin Mali Tablolara Yansıtılması“, *Muhasebe ve Finansman Dergisi*, 38, 2008, s.210-219
- Gözdenur G, *Yasal Önalım Hakkının Markada Uygulanması*, 1.Bası, Yetkin Yayıncılık, 2020.
- Hamel H, “Valuing the Intangible: Mission Impossible? An Analysis of the Intellectual Property Valuation Process”, *Cybaris*, 5(1), 2014, s.183-210.
- İmregün O, *Kara Ticareti Hukuku Dersleri*, Filiz Kitapevi, 12. Bası, 2001.
- Jaiya S G, IP Valuation (Module 11), Third WIPO-KIPO-KWIA Korea International Women’s Invention Forum 2010, 07.05.2010 <<https://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?>> Erişim Tarihi 01 Şubat 2021.
- Karaman Coşgun Ö, “Anonim Şirketlerde Sermaye Kavramı ve Ayni Sermaye Değerinin Belirlenmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 18(2), 2012, s.333-348.
- Kaya A, *Marka Hukuku*, Arıkan Yayınevi, 1.Bası, 2006.
- Kayihan Ş, *Ticaret Hukuku*, Umuttepe Yayınları, 2018.

- Kendigelen A / Yıldız N / Uzel N / Demirkaya S A / EVLEK M, *Yargıtay Hukuk ve Ceza Dairelerinin Türk Ticaret Kanununa İlişkin Kararları*, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Kılıçoğlu A, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, 6. Bası, Turhan Kitabevi, 2020.
- King K, “The Value of Intellectual Property, Intangible Assets and Goodwill”, *Journal of Intellectual Property*, 7, 2002, s.245-248.
- Kırca İ / Şehirali Çelik F H / Manavgat Ç, *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1*, 1. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013.
- Lagrost C / Martin D / Dubois C / Quazzotti S, “Intellectual Property Valuation: How to Approach the Selection of an Appropriate Valuation Method”, *Journal of Intellectual Capital*, 11(4), 2010, s.481-503.
- International Trademark Association, “Assignments, Licensing, and Valuation of Trademarks”, Fact Sheet: Introduction to Trademarks, 09 Kasım 2020, <<https://www.inta.org/fact-sheets/assignments-licensing-and-valuation-of-trademarks/>> Erişim Tarihi 05 Ağustos 2021.
- Moroğlu E, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı Değerlendirme ve Öneriler*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2006.
- Mülazımoğlu M, *Anonim Şirketler Hukukunda Sermayenin Korunması İlkesi*, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Özdamar M, “6102 Sayılı TTK Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlere Ayni Sermaye Konulmasına İlişkin Çeşitli Sorunlar”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 1(1), 2015, s.143-156.
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt 1*, Adalet Yayınevi, 2018.
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, Adalet Yayınevi, 5. Bası, 2017.
- Sarı O, *Marka Hakkı Edinme Süreci*, 1. Bası Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Sevi M, *Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Soygür N, *Ticaret Hukuku Prensipleri (Şirketler)*, Marmara Üniversitesi Nihat Sayar Yayınları, 2002.
- Suluk C / Karasu R / Nal T, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2020.

- Şener O H, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Poroy R, Tekinalp Ü & Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku Cilt 1*, Vedat Kitapçılık, 2020.
- Tekinalp Ü, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, 2020.
- Ülgen H / Helvacı M / Kaya A / Nomer Ertan N F, *Ticari İşletme Hukuku*, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, 2019.
- Paslı A, “Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (III) YTK Kitap 2 - Kısım 4 - Bölüm 1 Kuruluşun Hükümleri”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 28(3), 2012, s.193-234.
- U.K. Intellectual Property Office, Guidance: Valuing Your Intellectual Property, <<https://www.gov.uk/guidance/valuing-your-intellectual-property>> Erişim Tarihi 01 Ekim 2021.
- Uzunallı S, *Marka Hukuku*, Adalet Yayınevi, 1. Bası, 2019.
- Ünlü U, “Anonim Şirketlerde Sermaye Unsurunun İncelemesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 10, 2015, s.134-143.
- Visconti R M, *The Valuation of Digital Intangibles*, Palgrave Macmillan, 2020.
- Yasaman İ H / Altay A / Ayoğlu T / Yusufoglu F / Yüksel S, *Marka Hukuku Cilt 1*, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, 2004.
- Yusufoğlu F, *Anonim Şirketlerde Gayri Maddi Hakların Sermaye Olarak Konulması*, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, 2016.

EVLİ OLMAYAN KİŞİNİN TEK BAŞINA EVLAT EDİNMESİ

Ayşe KARACA ÖZ*

ÖZET

Evlât edinme, soybağının kurulmasının yollarından biridir. Ancak evlat edinme ile kurulan soybağı kan bağına dayanmayan yapay bir soybağıdır. Evlat edinme, eşlerin birlikte evlat edinmesi ya da tek başına evlat edinme şeklinde gerçekleştirilebilir. Evli olmayan kişinin kanunda aranan şartları yerine getirmesi hâlinde tek başına evlat edinmesi mümkündür. Evli olmayan kadın veya erkek tek başına evlat edinebilir. Tek başına evlat edinmeye doktrinde ve bazı yargı kararlarında evlat edinilen küçüğün aile ortamında yetişemeyeceği ve ebeveynlerinden birinin eksik olacağı düşüncesiyle mesafeli yaklaşmıştır. Ancak evli olmayan kişinin tek başına evlat edinmesine önyargılı yaklaşılmamalı ve hâkim somut olayın şartlarını dikkatlice değerlendirerek evlat edinilenin yararına olması durumunda tek başına evlat edinme kararına hükmetmelidir.

Anahtar Kelimeler: Soybağının Kurulması, Evlat Edinme, Evli Olmayan Kişinin Tek Başına Evlat Edinmesi, Evlat Edinmenin Koşulları, Küçüğün Yararı

SINGLE ADOPTION OF UNMARRIED PERSON

ABSTRACT

Adoption is one of the ways lineage is established. However, the lineage established by adoption is an artificial lineage that is not based on blood ties. Adoption can be done as a joint adoption or as a single adoption. It is possible for an unmarried person to adopt a child alone, provided that he or she fulfills the conditions sought in the law. An unmarried woman or man can adopt alone. In the doctrine and in some judicial decisions, it is considered that the adopted child will not be able to grow up in the family environment and one of the parents will be missing. However, the single adoption of an unmarried person should not be prejudiced and the judge

* **Arş. Gör. Dr.**, Adana Alparslan Türkeş Bilim ve Teknoloji Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi /ADANA, **e-posta:** akaraca@atu.edu.tr,

ORCID: 0000-0002-4806-0171

DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1091572

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 22/03/2022

Yayımlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 26/06/2022

should consider the circumstances of the concrete case carefully and decide on the adoption alone if it is in the benefit of the adopted person.

Keywords: *Establishment of Lineage, Adoption, Single Adoption of Unmarried Person, Conditions of Adoption, Benefit of Minor*

GİRİŞ

Evlat edinmenin türleri Türk Medeni Kanunu'nda yer almaktadır. Bunlar; eşlerin birlikte evlat edinmesi veya tek başına evlat edinmedir. Eşler kural olarak birlikte evlat edinebilirler. Ancak bazı istisnai hâllerde eşlerden birinin aranan şartları sağlayarak tek başına evlat edinmesi de mümkündür. Diğer yandan evli olmayan kimseler de tek başına evlat edinebilirler. Evlilik oranlarının azaldığı günümüzde tek başına evlat edinmeye çocuğun yararı göz önünde bulundurularak önyargı ile yaklaşılmamalıdır. Zira bazı durumlarda her iki ebeveynin sahip olan çocuklar huzurlu bir ortamda yaşama imkânı elde edemez ve bakım ihtiyaçları gereğince yerine getirilmezken; bazı çocuklar ise tek ebeveyn ile bakımı ve eğitimi yeterince karşılanmış şekilde mutlu ve huzurlu bir ortamda yaşayabilirler. Tek başına evlat edinmenin gerçekleşip gerçekleşmemesi kararı ancak küçüğün yararı bağlamında mevcut şartların değerlendirilmesiyle ulaşılabilecek bir karardır. Bu sebeple evlat edinmenin şartları değerlendirilirken yalnızca birlikte evlat edinme ya da tek başına evlat edinme kapsamında değerlendirilme yapılması yerine küçüğün üstün yararının hangi ortamda daha fazla korunacağı değerlendirilmelidir.

I. GENEL OLARAK EVLAT EDİNME

Evlat edinme, soybağını kuran hâllerden biridir¹. Hukukumuzda evlat edinme ilk defa 743 sayılı Medeni Kanun'da düzenleme bulmuştur². 743 sayılı Medeni Kanun döneminde evlat edinme, bir sözleşme niteliğinde idi³. Yargıtay uygulaması da bu yöndeydi. Evlat edinmeye ilişkin hükümler, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

¹ Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Aile Hukuku*, 23. Bası, Beta Yayınları, 2021, s. 369; Mustafa Dural/Tufan Ögüz/ Mustafa Alper Gümüş, *Aile Hukuku*, 15. Bası, Filiz Kitabevi, 2020, s. 315 vd.; Ali Er, *Küçüklerin Evlat Edinilmesi*, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, 2020, s. 3; Kudret Güven, "Evlat Edinmeye İlişkin Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *Yargıtay Dergisi*, 32(4), 2006, s. 540; Cem Baygın, "Evlat Edinmenin Koşulları", *AÜEHFD*, 7(3-4), 2003, s. 591.

² Kemal Fikret Arık, "Evlat Edinme Bakımından Türk ve İsviçre Doktrin ve Tatbikatı Arasında Bir Mukayese", *AÜSBFD*, 13(4), 1958, s. 95; Akıntürk/Ateş, s. 369. Amerikan Hukuku'nda evlat edinmeye ilişkin bkz. Gözde Çağlayan Aygün, "Amerikan Hukukunda Evlat Edinmeye Bir Bakış: Vermont Eyaleti Örneği", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 27(1), 2021, s. 717 vd.

³ Bülent Köprülü/Selim Kaneti, *Aile Hukuku*, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, 1989, s. 228; Gözde Çağlayan Aygün, *Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Evlat Edinme ve Sonuçları*, Tıpkı 2. Baskı, Yetkin Yayınları, s. 23; Akıntürk/Ateş, s. 370; Dural/Ögüz/Gümüş, s. 316.

ile İsviçre Hukuku doğrultusunda büyük ölçüde değişmiştir⁴. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na göre evlat edinme, hâkim kararı ile yapılmaktadır⁵. Doktrinde bu yüzden evlat edinme bir görüşe göre⁶ “hâkim kararıyla kurulan hukuki işlem” olarak adlandırılırken; diğer bir görüşe göre⁷ ise, “hâkim kararı ile meydana gelen hakimiyet tasarrufu, bir maddi fiil” olarak nitelendirilmektedir.

İsviçre Hukuku'nda tam evlat edinme sistemi benimsenmesine rağmen Türk Hukuku'nda bazı konularda sınırlı evlat edinme sistemi kabul edilmektedir⁸. Tam evlat edinme sistemine göre, evlat edinmeyle birlikte evlat edinilen ile biyolojik ailesi arasındaki aile bağı tamamen sona ermekte ve evlat edinilen artık evlat edinene aile bağı ile bağlanmaktadır⁹. Tam evlat edinme sisteminin aksine sınırlı evlat edinme sisteminde evlat edinilenin biyolojik ailesi ile bağı devam etmekle beraber yeni bir aile bağı daha ortaya çıkar¹⁰.

II. EVLAT EDİNEN BAKIMINDAN EVLAT EDİNMENİN TÜRLERİ

Evlat edinme, eşlerin birlikte evlat edinmesi veya belirli koşullarda istisnai olarak eşlerden birinin tek başına evlat edinmesi veya evli olmayan kişinin tek başına evlat edinmesi şeklinde gerçekleşebilir.

A. Birlikte Evlat Edinme

Eşler kural olarak ancak birlikte evlat edinebilirler (TMK m. 306). Eşlerin tek başına evlat edinmeleri kural olarak mümkün değildir. Diğer yandan birlikte evlat edinme yalnızca eşler tarafından birlikte gerçekleştirilebilir¹¹. Örneğin, iki arkadaş veya iki kuzen birlikte evlat edinemezler. Eşlerin birlikte evlat edinebileceği kuralına kanun koyucu bazı istisnalar tanımıştır. Bu istisnalar; diğer eşin çocuğunun

⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 317.

⁵ Oğuz Sadık Aydos, “Yeni Medeni Kanuna Göre Evlat Edinme”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(2), 2000, s. 119; Akıntürk/Ateş, s. 369; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 317.

⁶ Mahmut Kızır, “Türk Hukukunda Evlat Edinme”, *SÜHFD*, 17(1), 2009, s. 155; Akıntürk/Ateş, s. 369.

⁷ Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, 2014, s. 567.

⁸ Doktrinde çifte soybağının neden olduğu sorunlar sebebiyle tam evlat edinme sisteminin kabul edilmesi gerektiği görüşü bulunmaktadır. Bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 339; Er, s. 10; Kızır, s. 152-153.

⁹ Ingeborg Schwenzer/Andrea Büchler/Michelle Cottier, *Die Praxis des Familienrechts Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen*, Stämpfli Verlag, 2014, <<https://www.swisslex.ch/>> Erişim Tarihi 10 Eylül 2021, s. 966; Kızır, s. 152.

¹⁰ Ingeborg /Büchler/Cottier, s. 966; Kızır, s. 152; Er, s. 8 vd.

¹¹ Aydos, s. 122.

evlat edinilmesi ve eşlerin birlikte evlat edinmelerinin mümkün olmamasıdır¹². Söz konusu durumlar bulunmadan eşlerden biri, diğer eşin rızasını alarak bile tek başına evlat edinemez¹³.

Eşlerin birlikte evlat edinebilmeleri için, en az beş yıldan beri evli olmaları veya otuz yaşını doldurmuş olmaları gerekir (TMK m. 306/II). Eşlerin kanunda yer alan süreye ilişkin şartlardan birini sağlamaları hâlinde evlat edinmeleri mümkündür¹⁴. Her iki şartı da sağlıyor olmaları aranmaz.

B. Tek Başına Evlat Edinme

Tek başına evlat edinmede evlat edinilen tek bir ebeveyne sahip olup, evlat edinilenin bütün sorumluluğu tek başına evlat edinen kişidedir¹⁵. Tek başına evlat edinme farklı şekillerde gerçekleşebilir. Bunlardan ilki, eşlerden birinin istisnai olarak tek başına evlat edinmesidir. Eşlerden biri, en az iki yıldan beri evli olmaları ya da otuz yaşını doldurmuş olması şartıyla diğer eşin çocuğunu yani üvey çocuğunu evlat edinebilir (TMK m. 306/III). Öte yandan eşlerden biri eğer otuz yaşını doldurduysa, diğer eşin sürekli olarak ayırt etme gücünün bulunmaması ya da iki yıldan fazla süredir nerede olduğundan haberdar olunmaması veya mahkeme kararı ile iki yılı aşkın süredir ayrı yaşamaları sebebiyle birlikte evlat edinmenin mümkün olmaması hâlinde tek başına evlat edinme hakkına sahiptir (TMK m. 307/II). İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) Art. 264b/II hükmüne göre eşlerden biri yirmi sekiz yaşını doldurmuşsa, diğer eşin sürekli olarak ayırt etme gücünün bulunmaması veya iki yıldan fazla süredir nerede olduğu bilinmemesi ya da mahkeme kararıyla üç yılı aşkın süredir eşlerin birbirlerinden ayrı yaşaması hâlinde tek başına evlat edinmesi mümkündür. Hukukumuzda İsviçre Hukuku'ndan farklı olarak evlat edinme yaşı olarak yirmi sekiz yerine otuz, mahkeme kararıyla ayrı yaşama süresi ise üç yıl değil iki yıl şeklinde düzenlenmiştir.

Eşlerden biri ancak TMK m. 307/II hükmünde yer alan durumların birinin bulunması hâlinde tek başına evlat edinebilir. Bu düzenlemenin temel amacı, TMK m. 307/II hükmündeki durumlar dışında diğer eşin evlat edinmeye sıcak bakmaması hâlinde karşılaşılabilecek sıkıntıların önlenmesi ve çocuğun menfaatinin korunmasıdır¹⁶.

¹² Dural/Öğüz/Gümüş, s. 321; Akıntürk/Ateş, s. 374; Aydoğdu, s. 293.

¹³ Aydoğdu, s. 308.

¹⁴ Fikriye Ceren Sadioğlu, “Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Eşlerin Birlikte Evlat Edinmesi Kuralı”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10(2), 2020, s. 739.

¹⁵ Cyril Hegnauer, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch Familienrecht 1. Teilband Die Entstehung des Kindesverhältnisses Artikel 252- 269c*, Stämpfli Verlag, 1984, Art. 264b, s. 470; Aydoğdu, s. 306; Çağlayan Aygün, *Evlat Edinme ve Sonuçları*, s. 81.

¹⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 320.

Evli olmayan kişilerin de tek başına evlat edinebilmesi mümkündür.

III. EVLİ OLMAYAN KİŞİNİN TEK BAŞINA EVLAT EDİNMESİ

A. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu'na göre, evli olmayan kişilerin tek başına evlat edinmesi mümkündür (TMK m. 307/I). Alman Medeni Kanunu BGB §1741 ve İsviçre Medeni Kanunu ZGB Art. 264b hükümlerinde de evli olmayan kişilerin tek başına evlat edinebileceği düzenlenmiştir. Evli olmayan kişi ile kastedilen, bekar, boşanmış ya da dul kişidir¹⁷. Kanunda cinsiyet bakımından herhangi bir ayırım bulunmamaktadır. Kadın veya erkek şartların mevcut olması durumunda tek başına evlat edinebilir. Ülkemizde de hem bekar kadınların hem de bekar erkeklerin tek başına evlat edildiğine rastlanmaktadır¹⁸. Öte yandan evli olmayan kişi yalnızca tek başına evlat edinebilir. Evli olmayan kimsenin, örneğin kardeşiyle kuzeniyle ya da erkek arkadaşıyla birlikte evlat edinmesi mümkün değildir¹⁹.

Tek başına evlat edinmek için başvuruda bulunan kişi daha sonra evlendiğinde evlat edinmenin seyri bakımından herhangi bir değişiklik meydana gelmez²⁰. Evlat edinme başvurusunda bulunan kimse, evlilik sebebiyle birlikte evlat edinme için başvurmak zorunda değildir; fakat tek başına evlat edinme birlikte evlat edinme hükümlerini dolanmak amacıyla yapılmamalıdır²¹. Tek başına evlat edinen kişinin eşinden izin alması gerekmez. Hâkim, evlilik sonucunda evlat edinilecek

¹⁷ Cyril Hegnauer, "Das Neue Schweizerische Adoptionsrecht", *Juristen Zeitung*, 28. Jahrg., 1973, <<https://www.jstor.org/stable/20813104>> Erişim Tarihi 7 Eylül 2021, s. 583; Monika Pffafinger/Ingeborg Schwenzer, *Internationale Adoption. Workshop 4: Adoption durch Einzelpersonen sowie homosexuell ausgerichtete Personen*. FamPra.ch- Schriftenreihe zum Familienrecht Band/Nr. 1, Stämpfli Verlag AG, 2009, <<https://www.swisslex.ch/>> Erişim Tarihi 10 Ocak 2022, s. 153; Hegnauer, *Familienrecht*, s. 471.

¹⁸ Her ne kadar bekar kadınların evlat edinme sayısı daha fazla olsa da ülkemizde bekar bir erkeğin de evlat edildiği görülmektedir. Devlet korumasındaki çocuğu evlat edinen ilk bekar erkek konulu haberin detayları için bkz. <<https://www.armanayse.com/devlet-korumasindaki-bir-cocugu-evlat-edinen-ilk-bekar-erkek/>> Erişim Tarihi 7 Eylül 2021.

¹⁹ Gernhard Schlitt/Gabriele Müller, *Handbuch Pflichtteilsrecht*, 2. Auflage, C.H. Beck Verlag, 2017, <<https://beck-online.beck.de/Home>> Erişim Tarihi 7 Eylül 2021, Rn. 142.

²⁰ Rumeysa Sağlam, Türk Medeni Hukukunda Evlat Edinme, *Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, 2019, s. 48; Hande Deniz, Küçüklerin Evlat Edinilmesinin Şartları, *Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, 2009, s.107; Hegnauer, *Familienrecht*, s. 471; Aydoğdu, s. 307; Çağlayan Aygün, *Evlat Edinme ve Sonuçları*, s. 83.

²¹ Hegnauer, *Familienrecht*, s. 471. Aksi görüş, Aydoğdu, tek başına evlat edinme başvurusunun sonrasında evlilik gerçekleşmişse hâkimin küçüğün yararını dikkate alarak evlat edinme kararına hükmetmemesi ya da eşlerden diğerinin de evlat edinme talebinde bulunması gerektiğini kabul etmektedir. Aydoğdu, s. 307.

çocuğun menfaatinin zedelenmeyeceğine ilişkin kanaate varırsa evlat edinme kararına hükmetmelidir²².

B. Şartları

Evlat edinme için TMK m. 305 hükmünde yer alan şartlar tek başına evlat edinme için de aranır. Evli olmayan kişinin evlat edinmesi durumunda kanunda yer alanlar haricinde başka özel şartlar aranmamaktadır. Örneğin, evlat edinecek kişinin bakım ilişkisinden evvel evlat edinenle kişisel ilişki kurup kurmadığı ya da önceden çocuk büyütüp büyütmediği gibi konular incelenmemektedir²³.

1. Küçüklerin Evlat Edinilmesi Bakımından Aranılan Şartlar

Küçüklerin evlat edinilmesi için bazı şartlar aranmaktadır. Ancak bu şartların bulunması durumunda evlat edinme gerçekleşir.

a. Küçüğün evlat edinen tarafından en az bir yıllık süre ile bakılmış ve eğitilmiş olması

Bir küçüğün evlat edinilebilmesi için evlat edinen tarafından en az bir yıl süre ile bakılmış ve eğitilmiş olması gerekir (TMK m. 305/I). Bu süre esasen her iki tarafın da menfaatindedir. Evlat edinen bu süre içerisinde evlat edinilene bakma ve eğitme imkânına sahip olur. Taraflar bu süre içerisinde birbirlerini daha iyi tanıma şansı elde ederler. Böylelikle taraflar arasında arzu edilen ana-baba ve çocuk ilişkisinin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine ilişkin bir fikir de ortaya çıkar²⁴.

Bir yıllık süre, asgari bakım süresi olduğundan kısaltılması mümkün değildir²⁵. Söz konusu bakım süresi içerisinde evlat edinen ve evlat edinilen sürekli bir ilişki kurmuş olmalıdır. Sürekli nitelik taşımayıp yalnızca boş zamanların değerlendirilmesi söz konusuysa bu hâlde sürekli bir ilişkinin varlığından bahsedilemez²⁶.

²² Hegnauer, *Familienrecht*, s. 471; Sağlam, s. 48.

²³ Aydoğdu, s. 308; Çağlayan Aygün, *Evlat Edinme ve Sonuçları*, s. 83.

²⁴ Eda Şahin Şengül, “Alman Hukukunda Küçüklerin Evlat Edinilmesinde Yeni Dönem”, *YHBD*, 6(1), 2021, s. 335-336; Aydos, s. 120; Er, s. 36; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 317-318, Akıntürk/Ateş, s. 371; Kizir, s. 155-156.

²⁵ Aydos, s. 119 vd.; Çağlayan Aygün, *Evlat Edinme ve Sonuçları*, s. 54; Sadioğlu, s. 736.

²⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 318.

b. Evlat edinmede küçüğün yararının bulunması

Evlat edinmenin belki de en önemli şartı, evlat edinmede küçüğün yararının bulunmasıdır²⁷. Küçüğün yararına olmayacağı kabul edilen hâllerde evlat edinmenin diğer şartları yerine getirilmiş olsa bile evlat edinme kararına hükmedilmez. Bu sebeple, küçüğün yararının bulunması evlat edinme için olmazsa olmaz şartlardan birisidir de denilebilir²⁸. Zira “çocuğun yararına olma ilkesi”, çocuk hukukunun en temel ilkelerinden birisidir²⁹. Kanunda evlat edinmede “küçüğün yararı” ifadesi kullanılmış olsa da bu erginlerin evlat edinmesi bakımından da uygulama bulur³⁰.

Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 3/I hükmüne göre, “*kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar ve yasama organları tarafından gerçekleştirilip çocukları ilgilendiren tüm etkinliklerinde çocuğun yararı ana fikir oluşturur*”. Çocuğun yararı kavramından kısa vadede, dar anlamda bir "çıkar" değil geniş kapsamda, gelecekteki ve toplumsal çevredeki "çocuk yararı" anlatılmak istenmektedir³¹. Bu bağlamda Medeni Kanunumuzda da çocuğun yararına büyük önem atfedilerek Çocuk Hakları Sözleşmesi ile aynı doğrultuda düzenleme yapılmıştır.

Evlat edinilenin yeteneklerinin istismar edilmesi, ucuz işgücü amacıyla yapılmak istenmesi, evlat edinen kişinin haysiyetsiz bir yaşam tarzına sahip olması, alkol, uyuşturucu ya da kumara bağımlı olması, evlat edinilenin evlat edinilene iyi şekilde bakacak maddi ve manevi güce sahip olmaması, evlat edinilenin eski eşini evlat edinmek istemesi, evlat edinmenin mirasçılardan mal kaçırma amacıyla yapılması gibi durumlar evlat edinilenin yararının bulunmadığı hâllere örnek olarak gösterilebilir³². Diğer yandan tek başına evlat edinen kimsenin, boşandığı ya da ölen eşinin çocuğunu evlat edinmek istemesi durumunda çocuğun yararının bulunup bulunmadığı somut duruma göre değerlendirilmelidir³³.

Küçüğün evlat edinmeden sonraki durumunun, yaşam şartlarının evlat edinmeden önceki durumu ile karşılaştırılarak evlat edinmede çocuğun üstün

²⁷ Hegnauer, *Adoptionsrecht*, s. 583; Akıntürk/Ateş, s. 371; Baygın, *Evlat Edinmenin Koşulları*, s. 598; Aydoğdu, s. 136; Çağlayan Aygün, *Evlat Edinme ve Sonuçları*, s. 49.

²⁸ Deniz, s. 46; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 318; Akıntürk/Ateş, s. 371; Aydoğdu, s. 137.

²⁹ Ingeborg/Büchler/Cottier, s. 975; Aydoğdu, s. 137; Baygın, *Evlat Edinmenin Koşulları*, s. 592; Er, s. 41.

³⁰ Aydoğdu, s. 136.

³¹ Aynı şekilde Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 21 hükmüne göre, evlat edinme sistemini benimseyen ülkeler çocuğun yüksek yararını temel bir ilke olarak kabul etmektedirler. Deniz, s. 47.

³² Aydoğdu, s. 143-144; Çağlayan Aygün, *Evlat Edinme ve Sonuçları*, s. 51; Er, s. 42.

³³ Aydoğdu, s. 143-144.

yararının bulunup bulunmadığı tespit edilebilir. Eğer mevcut şartlar değerlendirildiğinde evlat edinmeden sonra küçüğün yaşam şartlarının ve gelişiminin daha iyi olacağı düşünülüyorsa, evlat edinmenin küçüğün yararına olacağı söylenebilir³⁴.

Evlat edinme bakımından küçüğün yararının bulunup bulunmadığını hâkim kendiliğinden araştırır³⁵. Evlat edinmeye ilişkin diğer şartların tamamı gerçekleşmiş olsa dahi hâkim evlat edinmenin küçüğün yararına olmadığını saptarsa evlat edinme talebini reddedebilir³⁶. Fakat evlat edinmenin neden küçüğün yararına olmadığını açıklanması gerekir.

c. Küçüğün ve ailesinin rızasının alınmış olması

Evlat edinme bakımından aranan şartlardan biri de ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızasının alınmasıdır (TMK m. 308/II). Küçüğün rızası eski Medeni Kanun döneminde de aranmaktaydı.

Küçüğün evlat edinilmesinde evlat edinmenin şartlarından biri de anne babanın rızasının alınmasıdır. Zira evlat edinme ile beraber anne babanın çocuk üzerinde velayet hakları son bulur³⁷. Hem annenin hem de babanın evlat edinmeye ilişkin rızasının bulunması gerekir³⁸. Rıza, sözlü veya yazılı şekilde küçüğün anne babasının oturdukları yer mahkemesinde beyan edilir ve tutanak altına alınır. Rıza, anne ve babanın şahsına sıkı sıkıya bağlı bir hak niteliğinde olduğundan, taraflarca bizzat verilmesi gerekir. Anne ve baba mahkemede rıza beyanını açıklaması için bir vekil tayin edemezler³⁹. Rıza beyanını bizzat kendileri açıklamak zorundadırlar.

Kanun koyucu rızanın verilme zamanı açısından belirli bir süre şartı öngörmüştür⁴⁰. TMK m. 310/I hükmüne göre, rızanın geçerli olarak verilmesi için küçüğün doğumundan itibaren en az altı hafta geçmesi gereklidir. Bu hükümle anne babanın hızlı karar vermelerinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Diğer yandan verilen rızanın tutanağa yazıldığı tarihten itibaren altı hafta içinde geri alınması mümkündür. Rızanın geri alınması, rızanın verilmesi ile aynı usule göre gerçekleştirilir. Rızayı geri alan anne ve babanın tekrardan evlat edinme için rıza

³⁴ Şahin Şengül, s. 332; Aydoğdu, s. 192; Çağlayan Aygün, *Evlat Edinme ve Sonuçları*, s. 50; Er, s. 42.

³⁵ Deniz, s. 46.

³⁶ Baygın, *Evlat Edinmenin Koşulları*, s. 598; Aydoğdu, s. 138; Er, s. 41.

³⁷ Aydoğdu, s. 192; Çağlayan Aygün, *Evlat Edinme ve Sonuçları*, s. 55; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 323-324; Er, s. 57.

³⁸ Aydoğdu, s. 199; Er, s. 59; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 324.

³⁹ Doktrindeki tartışmalar için bkz. Er, s. 65 vd.; Deniz, s. 64; Aydoğdu, s. 216.

⁴⁰ Akıntürk/Ateş, s. 375; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 325.

vermesi kanunda hüküm altına alınmıştır. Fakat ikinci defa verilen rıza kesin olduğundan bir daha geri alınması söz konusu olamaz (TMK m. 310/III)⁴¹.

Bazı durumlarda istisnai olarak küçüğün evlat edinilmesinde anne ve babadan birinin rızasının aranmayacağı kanunda düzenlenmiştir. TMK m. 311 hükmüne göre, “kim olduğu ya da uzun süredir nerede oturduğu bilinmemekteyse veya ayırt etme gücünü sürekli olarak kaybetmişse ya da küçüğe olan özen yükümlülüğünü gerektiği ölçüde ifa etmiyorsa anne ve babadan birinin rızası aranmaz”.

d. Evlatlık ile evlat edinen arasında onsekiz yaş farkın bulunması

Gerek birlikte evlat edinmede gerekse tek başına evlat edinme durumunda evlat edinen ile evlat edinilen arasında on sekiz yaş fark bulunması gerekmektedir⁴². Evlat edinilen evlat edinenden on sekiz yaş küçük olmalıdır⁴³ (TMK m. 308/I). Kanunun on sekiz yaş aramasının evlat edinen için bir aile ortamının oluşmasını sağlamak ve ahlaki suistimalleri engellemek gibi nedenleri bulunmaktadır⁴⁴. İsviçre Medeni Kanunu ZGB Art. 264d/I hükmünde evlat edinme için yaş farkı kanunî değişikliklerle on altı olarak belirlenmiştir. Ancak çocuğun yararının bulunması durumunda evlat edinen tarafından gerekçelendirilerek bu kuraldan ayrılmanın mümkün olduğu da ilgili düzenlemede yer almıştır.

e. Vesayet dairelerinin izni

Evlat edinilecek küçüğün vesayet altında olması durumunda vesayet daireleri olan vesayet makamı ve denetim makamının izni aranmaktadır⁴⁵. Vesayet dairelerinden izin alınması şartı, hem ayırt etme gücüne sahip küçük hem de ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük için söz konusudur. Küçüğün ayırt etme gücüne sahip olması vesayet dairelerinden izin alınması gerekliliğini ortadan kaldırmamaktadır⁴⁶.

⁴¹ Herdem Belen, *Yeni Medeni Kanun Hükümleri Uyarınca Evlat Edinme*, Beta Yayıncılık, 2005, 46; Akıntürk/Ateş, s. 377; Aydoğdu, s. 229; Er, s. 68; Aydos, s. 125.

⁴² Dural/Öğüz/Gümüş, s. 322; Akıntürk/Ateş, s. 375; Er, s. 47.

⁴³ “4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 308/1 maddesindeki hükme göre evlat edinilenin, evlat edinenden en az on sekiz yaş küçük olması şarttır. Dosyada mevcut nüfus örneklerinden, 20.08.1966 doğumlu F. Ç. ile 27.06.1984 doğumlu evlat edinilmek istenen S. A. arasındaki yaş farkının onsekiz yıldan az olduğu anlaşılmaktadır... Mahkemede sözü edilen maddede öngörülen şart gerçekleşmediği hâlde davanın kabulüne karar verilmesi de doğru bulunmamıştır” Y. 2. HD. E. 2004/ 9167, K. 2004/10742, <<https://legalbank.net/>> Erişim Tarihi 7 Eylül 2021.

⁴⁴ Aydoğdu, s. 334; Çağlayan Aygün, *Evlat Edinme ve Sonuçları*, s. 67; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 322; Akıntürk/Ateş, s. 375; Er, s. 47.

⁴⁵ Akıntürk/Ateş, s. 378; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 323.

⁴⁶ Akıntürk/Ateş, s. 378.

2. Erginlerin Evlat Edinilmesi Bakımından Aranılan Şartlar

Erginlerin evlat edinilmesi TMK m. 313 hükmünde düzenlenmiştir. İlgili hükme göre, “Evlât edinenin altsoyunun açık muvafakatiyle ergin veya kısıtlı aşağıdaki hallerde evlât edinilebilir:

1. Bedensel veya zihinsel engeli sebebiyle sürekli olarak yardıma muhtaç ve evlât edinen tarafından en az beş yıldan beri bakılıp gözetilmekte ise

2. Evlât edinen tarafından, küçükken en az beş yıl süreyle bakılıp gözetilmiş ve eğitilmiş ise,

3. Diğer haklı sebepler mevcut ve evlât edinilen, en az beş yıldan beri evlât edinen ile aile hâlinde birlikte yaşamakta ise.”

Erginlerin evlat edinilmesi durumunda evlat edinenin eğer altsoyu bulunuyorsa evlat edinme hususunda açık rızasının bulunması gereklidir. Erginlerin evlat edinilmesi küçüğün evlat edinilmesine göre daha sıkı şartlara tabi tutulmuştur. İlgili hükme göre, erginlerin evlat edinilmesine ilişkin şartların bulunup bulunmadığı araştırılır. Şartların bulunmaması durumunda evlat edinme kararına hükmedilmez⁴⁷. Evlat edinme durumunda evlat edinilenin eşi de bu durumdan hukuki olarak ciddi şekilde etkileneceğinden evlat edinilen evli ise ancak eşinin rızasının bulunması durumunda evlat edinilebilir (TMK m. 313/II). Bunlar dışında küçüklerin evlat edinilmesine ilişkin hükümler erginlerin evlat edinilmesinde de kıyas yoluyla uygulanır. Söz konusu kıyas hükümleri, evlat edinmenin gerçekleşmesi için evlat edinilenin yararının bulunması, TMK m. 306 hükmüne göre birlikte evlat edinme durumunda eşlerin en az beş yıllık evli olmaları ya da otuz yaşını doldurmuş

⁴⁷ “Evlât edinme başvurusunda bulunan kişi 70 yaşında ve evli değildir. Evlat edinilmek istenen X ise, 40 yaşındadır ve 1994 yılından beri evlat edinme başvurusunda bulunan kişiye ait çiftlikte yaşamakta ve çalışmaktadır. X’in fiziksel ve zihinsel olarak sağlıklı olduğuna ilişkin sağlık raporu bulunmaktadır. Bu sebeple, sürekli yardıma ihtiyaç duyacağı fiziksel ya da zihinsel bir rahatsızlığı bulunmadığı söylenebilir. X’e ergin olmadan beş yıl boyunca da bakılmamıştır. Bu sebeple ZGB Art. 266/1-2 hükümlerinde yer alan şartlar sağlanmamıştır. Beş yıl aynı evde yaşama ve önemli nedenlerin bulunması durumunda evlat edinme mümkün olabilir. Önemli nedenler evlat edinmeyi haklı hâle getirmelidir. Önemli nedenler evlat edinilen ve evlat edinen arasındaki kişisel ilişki esas alınarak saptanmalıdır. Raporda, evlat edinme başvurusunda bulunan kişinin tüm hayatını çiftlikte geçirdiğini ve bu süreç boyunca çok severe çiftçilik yaptığı yer almaktadır. X, ise son 14 yılda onu bu konuda desteklemiştir. X de artık süreçleri kendi başına yönetecek duruma gelmiştir. Evlat edinme başvurusunda bulunan kişinin endişesi çiftliğin gelecekte de yönetiminin sağlanması hususudur. Raporda yer alan bu durumlar, evlat edinme konusunda ekonomik ve miras nedenlerinin ön plânda olduğunu gösterir niteliktedir. Diğer yandan evlat edinme başvurusunda bulunan kişinin mirasçıları arasında arazi konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Hâl böyle olunca, evlat edinme başvurusunun ekonomik sebeplerle yapıldığının söylenmesi yanlış olmaz. Özetle ZGB 266/1 hükmünde yer alan haklı nedenler şartının mevcut olayda bulunmadığı söylenebilir ve bu sebeple kanunda aranan şartlar sağlanmadığından evlat edinme talebinin reddi gerekir.” Luzern Obergericht, LGVE 2009 III, <<https://www.swisslex.ch/>> Erişim Tarihi 10 Eylül 2021, Nr. 4.

olmaları, eşlerden birinin diğerinin çocuğunu evlat edinebilmesi için en az iki yıldır evli olmaları veya otuz yaşını doldurmuş olmaları, TMK m. 307 gereği tek başına evlat edinme gerçekleşiyorsa evlat edinenin otuz yaşını doldurmuş olması yine evli çiftlerden birinin ancak TMK m. 307/II hükmünde şartların gerçekleşmesi durumunda tek başına evlat edinebileceği, TMK m. 308 hükmüne göre evlat edinen ile evlat edinilen arasında en az 18 yaş farkının bulunması, evlat edinilenin kısıtlı olması hâlinde vesayet dairelerinin izninin aranması gerekliliği ergin ve kısıtlıların evlat edinilmesi bakımından da aranan şartlardır⁴⁸.

3. Tek Başına Evlat Edinmenin Evlat Edinen Bakımından Şartları

Tek başına evlat edinme için evlat edinenin otuz yaşını doldurmuş olması ve ayırt etme gücüne sahip olması gerekmektedir.

Evlat edinmenin evlat edinen bakımından genel bir şartı ise, küçüklerin evlat edinilmesi durumunda evlat edinenin diğer çocuklarının yararlarının hakkaniyete aykırı olarak zedelenmemesidir (TMK m. 305/II). Esasen ilgili düzenlemeyle aranan çocukların yararlarının hiç zedelenmemesi değil hakkaniyete aykırı olarak⁴⁹ zedelenmemesidir⁵⁰. Hâkim somut olayın şartlarını detaylı şekilde inceleyerek evlat edinme durumunda evlat edinenin diğer çocuklarının yararlarının hakkaniyete aykırı zedelenip zedelenmediğine ilişkin bir karar vermelidir.

a. Evlat edinenin otuz yaşını doldurmuş olması

Evli olmayan evlat edinenin otuz yaşını doldurması aranmaktadır (TMK m. 307/I). Otuz yaşını doldurmayan kişinin evlat edinme başvurusu reddedilir⁵¹. Ancak evlat edinecek kişi başvurusu sonuçlanıncaya kadar otuz yaşını doldurmuş olursa bu durumda yaş şartı sağlanmış olur. Otuz yaş, tek başına evlat edinen kişi bakımından belirli bir olgunluğa ulaşma yaşı olarak kabul edilmiştir. Kanundaki açık ifade sebebiyle yaş şartının hafifletilmesi mümkün değildir⁵². Bu yaşa erişmiş kişinin evlat

⁴⁸ Fakat ergin ve kısıtlıların evlat edinilmesinde ana ve babanın rızasına ilişkin hükümler uygulanmaz. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 333-334; Kızır, s. 164.

⁴⁹ Geçim sıkıntısı bulunan kimsenin evlat edinmek istemesi, yoğun işleri nedeniyle çocuklarıyla yeterince ilgilenemeyen kimsenin evlat edinmek istemesi veya hastalık ya da engeli sebebiyle özel bakıma muhtaç çocuğu bulunan kişinin evlat edinmek istemesi gibi durumlarda diğer çocukların yararlarının hakkaniyete aykırı olarak zedelenme ihtimalinin bulunduğu söylenebilir. Aydos, s. 321; Aydoğdu, s. 345; Er, 2020, s. 45.

⁵⁰ Zira evlat edinme durumunda diğer çocukların maddi veya manevi yararlarında illa ki belirli ölçüde bir azalma meydana gelecektir. Hakkaniyete aykırılık şartının gerçekleşmesi için yararın aşırı bir şekilde ya da kabul edilemez ölçüde azalması aranır. Er, s. 44.

⁵¹ 743 sayılı eski Medeni Kanun, evlat edinme için otuz beş yaş koşulunu aramaktaydı. 4721 sayılı Yeni Medeni Kanunda bu yaş şartı otuza düşürülmüştür.

⁵² Aydoğdu, s. 307.

edinilenin sorumluluğunu alabilecek yeterliğe eriştiği varsayılmaktadır. İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) Art. 264b/I hükmünde ise evli olmayan evlat edinenin yirmi sekiz yaşını doldurmuş olması şartı aranmaktadır. Alman Medeni Kanunu'nda (BGB) ise yaş şartı § 1743 hükmüne göre yirmi beştir. Doktrinde⁵³ tek başına evlat edinmede, evlat edinenin evlat edinilecek kişi ile bağının bulunması veya evlat edinme için haklı bir nedenin olması durumunda kanunda yapılacak bir değişiklikte otuz yaşın düşürülebilmesine imkân sağlanması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁴.

Kanunumuz, evlat edinen bakımından asgari yaşı otuz yaş olarak belirlemekle beraber azami bir yaş belirlememiştir⁵⁵. İsviçre Medeni Kanunu ZGB Art. 246d/I hükmünde, evlat edinen ile evlat edinilen arasında en fazla kırk beş yaş olabileceği düzenlenmiştir. Ancak ilgili hükme göre, evlat edinilenin yararı bulunduğu takdirde bu kuralın uygulanmaması mümkündür. Hukukumuzda evlat edinenin yaşının üst sınırı konusunda herhangi düzenleme yer almamakla beraber kanaatimizce evlat edinenin yaşı evlat edinilenin yararı gözetilerek hâkim tarafından değerlendirilmelidir. Hâkim, çok yaşlı kimse tarafından evlat edinmenin gerçekleşmesi durumunda evlat edinilenin bakımı hususunda eksiklikler ve sıkıntılar yaşanacağına kanaat getirirse evlat edinme başvurusunu reddedebilir⁵⁶. Özellikle tek başına evlat edinme durumunda evlat edinme talebinde bulunan kişinin çok yaşlı olması evlat edinme başvurusunun reddi için bir sebep olarak gösterilebilir⁵⁷.

b. Evlat edinenin ayırt etme gücüne sahip olması

Evlat edinecek kişinin hak ehliyetinin bulunması gerekir. Diğer yandan evlat edinme kurumunun niteliği gereği yalnızca gerçek kişiler evlat edinebilir⁵⁸.

Evlat edinmenin şartlarından birisi de evlat edinecek kişinin ayırt etme gücüne sahip olmasıdır⁵⁹. Evlat edinme yönünden ayırt etme gücü ile kastedilen, evlat edinenin evlat edinilen ile sağlıklı bir evlat edinme ilişkisi kurabilme yeteneğine sahip olmasıdır⁶⁰. Tam ehliyetli bir kişi evlat edinebilirken, tam ehliyetsiz bir kimsenin evlat edinmesi mümkün değildir. Diğer yandan sınırlı ehliyetsiz evlat edinecek kişi ayırt etme gücüne sahip fakat vesayet altındaysa

⁵³ Deniz, s. 108.

⁵⁴ Deniz, s. 108.

⁵⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 323; Er, s. 46.

⁵⁶ Er, s. 46.

⁵⁷ Er, s. 46.

⁵⁸ Aydoğdu, s. 287; Çağlayan Aygün, *Evlat Edinme ve Sonuçları*, s. 65; Er, s. 32.

⁵⁹ Çağlayan Aygün, *Evlat Edinme ve Sonuçları*, s. 65; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 322; Aydoğdu, s. 288.

⁶⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 322; Aydoğdu, s. 291.

vesayet makamı ve denetim makamından izin alınması gerekir⁶¹. Sınırlı ehliyetsizlerden ayırt etme gücüne sahip küçük ise, tek başına evlat edinme şartlarını (otuz yaşını doldurmuş olma, evlat edinilen ile arasında on sekiz yaşın farkın bulunması gibi) zaten sağlayamayacağından evlat edinmesi söz konusu olamaz⁶².

Kendisine yasal danışman atanan kimsenin evlat edinebilmesi için yasal temsilciden izin alması gerekmez. Zira evlat edinme TMK m. 429 kapsamında yer alan işlemlerden değildir⁶³.

C. Evlat Edinmenin Sonuçları

1. Mirasçılık Bakımından

Evlat edinme ile beraber evlat edinilen evlat edinenin yasal mirasçısı olur⁶⁴. TMK m. 500/I hükmüne göre, evlat edinilen ve altsoyu evlat edinene kan hısımları gibi mirasçı olmaktadır. Yine maddenin devamına göre, evlat edinilen biyolojik ailesinin de mirasçısı olmaya devam eder. Böylece evlat edinilenin hem biyolojik ailesine hem de evlat edinene olmak üzere iki adet mirasçılığı bulunur. Diğer yandan evlat edinen, evlat edinilenin mirasçısı konumunda değildir (TMK m. 500/II). Burada evlat edinen ile tek yönlü bir mirasçılık ilişkisi kurulmaktadır. Ayrıca, evlat edinilen ve altsoyu evlat edinenin diğer hısımları bakımından da mirasçı sıfatı taşımamaktadır⁶⁵.

2. Evlat Edinilenin Adı ve Soyadı Bakımından

Esasen evlat edinme, evlat edinilenin adına kural olarak etkide bulunmamaktadır. Fakat TMK m. 314/III hükmüne göre, evlat edinen dilediği takdirde evlat edinilene yeni bir isim verebilir. Bu durum ayırt etme gücüne sahip evlat edinilen bakımından sınırlandırılmıştır. Ayırt etme gücüne sahip olmayan evlat edinilene evlat edinen kendisi bir isim verebilir. Ancak ayırt etme gücüne sahip evlat edinilene yeni bir isim verilirken evlat edinilenin rızası alınmalıdır⁶⁶. İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) Art. 267 hükmünde, evlat edinilen 12 yaşını doldurmuş ise yeni bir

⁶¹ Hegnauer, *Familienrecht*, s. 460; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 322; Aydoğdu, s. 290 vd.

⁶² Er, s. 33.

⁶³ Aydoğdu, s. 293; Çağlayan Aygün, *Evlat Edinme ve Sonuçları*, s. 66.

⁶⁴ Jürgen Rieck, *Ausländisches Familienrecht*, C.H. Beck Verlag, 2021, <<https://beck-online.beck.de/Home>> Erişim Tarihi 5 Eylül 2021, Rn. 152; Arık, s. 111.

⁶⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 340.

⁶⁶ Er, s. 111.

isim verilirken onun rızasının alınması gerektiği ve haklı sebepler bulunması hâlinde evlat edinilenin önceki adını kullanabileceği düzenlenmiştir⁶⁷.

Türk Medeni Kanunu m. 314/III hükmüne göre, evlat edinilen küçük ise, evlat edinilenin soyadını alır. Burada küçüğün evlat edinilenin soyadını kullanması hem hak hem de yükümlülük olarak düzenlenmiştir⁶⁸. Fakat evlat edinilenin öz anne babasının soyadını taşımakta menfaati bulunuyorsa bu durumda dava yoluyla buna ilişkin talepte bulunulması mümkün kabul edilmektedir⁶⁹. Evlat edinilen ergin ise, eğer isterse evlat edinilenin soyadını alabilir. Kanun koyucu ergin evlat edinilene bu konuda bir seçim hakkı tanımıştır.

Evli olmayan kimsenin tek başına evlat edinmesi durumunda evlat edinen erkek ise, evlat edinilen küçük, evlat edinilenin soyadını alır. Evlat edinilen ergin ise, bu durumda dilerse evlat edinilenin soyadını alabilir. Evli olmayan tek başına evlat edinen kadın ise, bu durumda evlat edinilen küçük, kadının mevcut soyadını alır⁷⁰. Fakat evlat edinilen ergin ise, evlat edinen kadının soyadını dilediği takdirde alabilir. Evlat edinilen eğer evli bir erkek ise, evlat edinilenin soyadını kullanmak istediğinde, eşi ve varsa çocukları da evlat edinilenin soyadını kullanır⁷¹.

Evlat edinen kadının evlenmesi durumunda dahi evlat edinilenin soyadı değişmez ve evlat edinilen, evlat edinen kadının bekârlık soyadını kullanmaya devam eder⁷². Zira evlat edinilen, kadının evlilik soyadını kullandığı takdirde sanki diğer eşle birlikte evlat edinme söz konusu gibi yanlış bir izlenim verilebilir⁷³. Fakat evlat edinen kadının soyadı eğer mahkeme kararıyla değişmişse bu durumda evlat edinilenin soyadı da değişir⁷⁴.

⁶⁷ Rieck, N. 151.

⁶⁸ Evlat edinmeye ilişkin mahkeme kararı ile birlikte evlat edinilen küçüğün soyadı değişir. Evlat edinilen küçük buna itiraz edemez veya anne babasının soyadını kullanmayı talep edemez. Hüküm emredici niteliktedir. Cem Baygın, “Evlat Edinmenin Sonuçları”, *AÜEHFD*, 7(3-4), 2003, s. 629; Akıntürk/Ateş, s. 383; Aydoğdu, s. 565; Er, s. 113.

⁶⁹ Aydoğdu, s. 576.

⁷⁰ Aydoğdu, s. 573; Er, s. 115.

⁷¹ Akıntürk/Ateş, s. 382; Er, s. 116; Aydoğdu, s. 577 vd.

⁷² Başak Başoğlu, “Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi”, *İnönü Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1), 2017, s. 368; Akıntürk/Ateş, s. 384.

⁷³ Aydoğdu, s. 575.

⁷⁴ Er, s. 115; Aydoğdu, s. 574.

Evlad edinen kadının önceki evliliği sebebiyle iki soyadı taşıması hâlinde ise, TMK m. 321 hükmü gereği, evlat edinilen, evlat edinen kadının bekârlık soyadını taşır⁷⁵.

Evlad edinilenin evli bir kadın olması durumunda, evlat edinilen kocasının soyadının önünde evlat edinilenin soyadını kullanabilir.

Evlad edinilenin ölümü hâlinde evlat edinilenin soyadı değişmez⁷⁶.

3. Evlat Edinilenin Ana Adı ve Baba Adı Bakımından

Eşlerin birlikte evlat edinmeleri durumunda evlat edinilenin ayırt etme gücüne sahip olmaması durumunda nüfusuna ana ve baba adı olarak evlat edinen eşlerin adları yazılır (TMK m. 314/IV). Ancak kanun koyucu hükmü tek başına evlat edinmeyi kapsar şekilde düzenlememiştir⁷⁷. Yargıtay da verdiği bir kararda⁷⁸, evli olmayan evlat edinenin ana adı olarak evlat edinilenin nüfus kütüğüne yazılamayacağını belirtmiştir. Ancak verilen başka bir kararda⁷⁹ ise tek başına evlat edinme durumunda evlat edinenin adının anne olarak yazılması gerektiği yer almıştır. Diğer yandan Nüfus Hizmetleri Kanunu'na 19.10.2017 tarihinde yapılan

⁷⁵ Aydoğdu, s. 575; Er, s. 116.

⁷⁶ Aydoğdu, s. 571.

⁷⁷ Er, s. 119.

⁷⁸ "...Tek başına evlat edinme durumunda, küçüğün ana ve baba adı olarak evlat edinilenin adının yazılacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu itibarla, mahkemece evlat edinme kararının verilmesi ile yetinilmesi gerekirken, idareyi işlem yapmaya zorlayacak şekilde evlat edinilen küçüğün anne adı ve soyadına ilişkin olarak da hüküm kurulması usul ve yasaya uygun bulunmamıştır..." Y. 2. HD. E. 2008/1914, K. 2009/13138, T. 02.07.2009, <www.kazancı.com> Erişim Tarihi 7 Eylül 2021.

⁷⁹ "...Davacı, davalı Raziye ile dava dışı F. İ.nin kızları İ. İ.'yi evlatlık aldığını, ancak İ. E.'ün nüfus kaydında gerçek annesinin adının yazıldığını, nüfus kaydına anne adının farklı olması nedeni ile sorunlar yaşadıklarını bildirerek İ. E.'ün "Raziye" olan anne adının "Ayşegül" olarak düzeltilmesini istemiştir. Mahkemece, davacının tek başına evlat edindiği, Medeni Kanun'un 314/2.maddesinde eşler tarafından birlikte evlat edinme halinde, nüfus kaydına evlat edinen eşlerin adının yazılacağına düzenlendiği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. ...4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 314. maddesinin dördüncü ve Nüfus Yönetmeliğininin 105. maddesinin dördüncü fıkra hükümlerine göre, eşler tarafından birlikte evlat edinilen ve ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüklerin nüfus kaydına ana ve baba adı olarak evlat edinen eşlerin adları yazılır. 15.03.2009 günlü Resmi Gazete'de yayımlanan Küçüklerin Evlat Edinilmesinde Aracılık Faaliyetlerinin Yürütülmesine İlişkin Tüzüğün 20. maddesinin dördüncü bendinde "eşler tarafından birlikte evlat edinilen ve ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüklerin nüfus kaydına, ana ve baba adı olarak evlat edinen eşlerin adları yazılır. "Tek başına evlat edinilmesi halinde de aynı yöntem uygulanır" şeklinde düzenleme yapıldığı anlaşıldığından, evlat edinme ve tüzük tarihleri dikkate alınarak ana adı yönünden davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir." Y. 18. HD. E. 2014/4981, K. 2014/11378, T. 26.06.2014, <<https://legalbank.net/>>, Erişim Tarihi 7 Eylül 2021.

değişiklikle yeni bir hüküm eklenmiştir⁸⁰. İlgili hükme göre, “*bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce birlikte veya tek başına evlat edinilen çocuk veya erginlerin bu maddenin yürürlüğünü izleyen beş yıl içinde nüfus müdürlüklerine başvurmaları hâlinde nüfus kaydında ana ve/veya baba adı ya da soyadı olarak evlat edinenlerin ad ve soyadları yazılır.*” Küçüklerin Evlat Edinilmesine Aracılık Faaliyetlerinin Yürütülmesine İlişkin Tüzük m.20/IV hükmünde de tek başına evlat edinme durumunda evlat edinilen eğer ayırt etme gücüne sahip değilse, küçüğün nüfus kaydına evlat edinenin adının ana veya baba olarak yazılacağı düzenlemesi yer almıştır⁸¹. Türk Medeni Kanunu ile Nüfus Hizmetleri Kanunu ve Küçüklerin Evlat Edinilmesine Aracılık Faaliyetlerinin Yürütülmesine İlişkin Tüzükte yer alan düzenlemeler birbirleriyle örtüşmemektedir.

Türk Medeni Kanunu’nda birlikte evlat edinme ile tek başına evlat edinme arasında böyle bir farklılığa gidilmesi kanunun güttüğü amaç ile örtüşmemektedir. Tek başına evlat edinen kişi ile birlikte evlat edinenler arasında böyle bir eşitsizliğin yaratılması hükmün amacı ile bağdaşmaz. Böyle bir durum tek başına evlat edinilen küçüğün mağduriyet yaşamasına sebep olur. Küçüğün üstün yararı gereği hem birlikte hem de tek başına evlat edinme için ortak bir hükmün oluşturulması gerekir⁸². TMK m. 314/IV hükmü, hem tek başına hem de birlikte evlat edinmeyi kapsar şekilde değiştirilmelidir. Diğer yandan doktrinde yer alan katıldığımız görüşe göre⁸³, evlatlığın yaşı veya ayırt etme gücü dikkate alınmaksızın nüfus kayıtlarında evlat edinenin adının ana veya baba olarak yer alması daha da isabetli olur. Evlat edinen ile evlat edinilen arasındaki ilişkinin doğal ve gerçek bir ana baba ilişkisi olarak yansımaları sağlayan bir hüküm olması sebebiyle küçüğün yaşı ya da ayırt etme gücünün bulunup bulunmaması konusunda bir ayrıma gidilmemelidir⁸⁴.

4. Vatandaşlık Bakımından

Evlat edinme esasen kural olarak vatandaşlığı etkilememektedir. Ancak özel bir kanuni düzenlemenin bulunması durumunda evlat edinilenin vatandaşlığının etkilenmesi söz konusu olabilir⁸⁵. Evlat edinilenin vatandaşlığına ilişkin ne eski ne de yeni Medeni Kanun’da bir düzenleme yer almamaktadır. Vatandaşlığa ilişkin

⁸⁰ Er, s. 119.

⁸¹ Er, s. 120.

⁸² Er, s. 120.

⁸³ Mehmet Işık, *Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Evlat Edinme*, Adalet Yayınevi, 2005, s. 99; Aydoğdu, s. 483; Er, s. 120.

⁸⁴ Er, s. 122.

⁸⁵ Aydoğdu, s. 583-584, Er, s. 122.

düzenleme 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda yapılmıştır⁸⁶. Türk Vatandaşlığı Kanunu m. 17 hükmüne göre, “*Bir Türk vatandaşı tarafından evlat edinilen ergin olmayan kişi, millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak şartıyla, karar tarihinden itibaren Türk vatandaşlığını kazanabilir*”.

Evlat edinilen eğer erginse, evlat edinmenin vatandaşlığa etkisi bulunmaz. Evlat edinmede vatandaşlığa ilişkin düzenleme ergin olmayan küçükler için yapılmıştır. Vatandaşlığın etkisi tek taraflı olup evlat edinilenin vatandaşlığı evlat edinenin vatandaşlığına etki etmez⁸⁷.

Vatandaşlık kazanıldıktan sonra evlat edinme ilişkisinin çeşitli nedenlerle sona ermesi hâlinde evlat edinilenin sonradan evlat edinme sebebiyle kazandığı Türk vatandaşlığı ortadan kalkmaz⁸⁸. Diğer yandan evlat edinen herhangi bir sebeple vatandaşlığı kaybettiğinde evlat edinilenin Türk vatandaşlığını kaybedip kaybetmeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁸⁹, evlat edinen vatandaşlığını kaybetse dahi evlat edinilenin vatandaşlığı etkilenmez. Aksini savunan diğer bir görüşe göre⁹⁰ ise, evlat edinenin vatandaşlığı kaybetmesi durumunda evlat edinilen de vatandaşlığını kaybeder. Zira Türk Vatandaşlık Kanunu'nda bu konuya ilişkin açık düzenleme bulunmaktadır.

5. Hısımlık Bakımından

Soybağının kurulması yollarından birisi de evlat edinmedir. Evlat edinme ile beraber evlat edinen ve evlat edinilen arasında kendiliğinden soybağı kurulur. Fakat soybağı kan bağına dayanmadığından hısımlık yalnızca evlat edinen ile evlat edinilen arasında doğup evlat edinenin kan ve kayın hısımlarına sirayet etmez⁹¹.

Evlat edinen ile evlat edinilenin alt soyu arasında bir hısımlık meydana gelmez. Her ne kadar TMK m. 500/I hükmünde, evlatlık ve altsoyu evlat edinene kan hısımlığı gibi mirasçı olur şeklinde düzenleme bulunsa da burada bir hısımlık

⁸⁶ Akıntürk/Ateş, s. 384; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 341; Aydoğdu, s. 583; Er, s. 122.

⁸⁷ Aydoğdu, s. 584, Er, s. 122.

⁸⁸ Er, s. 126.

⁸⁹ Ahmet Cemal Ruhi, *Türk Hukukunda Evlat Edinme ve Evlat Edinme İle İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye'de Tanınması*, Seçkin Yayıncılık, 2002, s. 53, Belen, s. 80.

⁹⁰ Aydoğdu, s. 585; Er, s. 127.

⁹¹ Aydoğdu, s. 512; Aydos, s. 135; Akıntürk/Ateş, s. 384.

ilişkinin var olmadığı doktrinde kabul görmektedir⁹². Evlat edinen kimse, iki kişiyi evlat edindiği takdirde evlat edinenler arasında da kardeşlik ilişkisi bulunmaz⁹³.

Evlat edinme durumunda evlat edinilenin anne babası ile olan soybağı ortadan kalkmamaktadır⁹⁴. Bu durum Türk hukukunda bazı konulara ilişkin olarak sınırlı evlat edinme sisteminin kabul edilmiş olmasının bir sonucudur. Bunun neticesinde evlat edinme ilişkisi kurulduktan sonra da evlat edinilen ile anne babası arasında nafaka yükümlülükleri ve mirasçılık devam eder⁹⁵.

6. Evlenme Yasağı Bakımından

Evlat edinme kararı mahkeme tarafından verildikten sonra evlat edinen ve evlat edinilen ile onların altsoyu ve eşi arasında evlenme engeli meydana gelir. Eski Medeni Kanundan farklı olarak⁹⁶ buradaki evlenme engeli, kesin evlenme engeli niteliğindedir⁹⁷. Bu sebeple evlat edinen ve evlat edinilen arasında gerçekleşen evlilik mutlak butlanla batıldır⁹⁸.

7. Velayet ve Bakım Yükümlülüğü Bakımından

Tek başına evlat edinmede velayete evlat edinen sahip olur. TMK m. 314/I hükmüne göre, “*anne babanın sahip olduğu haklar ve yükümlülükler evlat edinene geçer*”. Böylece biyolojik anne babanın evlat edinilen üzerindeki velayeti son bulur⁹⁹. Evlat edinme durumunda biyolojik anne babanın velayetinin akıbetine ilişkin doktrinde tartışmalar bulunmaktadır. Bir görüşe göre¹⁰⁰, evlat edinme durumunda velayet hakkının devri söz konusudur. Diğer bir görüşe¹⁰¹ göre, böyle bir durumda biyolojik anne babanın velayet hakkı sona erer ve evlat edinme ile beraber

⁹² Akıntürk/Ateş, s. 384-385.

⁹³ Akıntürk/Ateş, s. 385.

⁹⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 339.

⁹⁵ Fakat burada evlat edinilenin nafaka talebi ikincil durumdadır. Evlat edinilen öncelikle evlat edinenden nafaka talebinde bulunur ve evlat edinen eğer nafaka yükümlülüğünü yerine getirmezse evlat edinilenin biyolojik anne babasından nafaka talebinde bulunabileceğinin kabulü doktrinde daha isabetli bulunmaktadır. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 340.

⁹⁶ Eski Medeni Kanun döneminde evlat edinen ve evlat edinilen ve eşleri arasında kesin bir evlilik engeli bulunmamaktaydı. Böyle bir evlilik gerçekleşmesi hâlinde evlilik geçerli kabul edip evlatlık ilişkisi ortadan kalkmaktaydı. (MK. m. 121).

⁹⁷ Akıntürk/Ateş, s. 384; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 340.

⁹⁸ Türker Yalçınduran, “Evlatlık İlişkisinde Evlenme Yasağı”, *Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan*, 2006, s. 633 vd; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 340; Aydos, s. 135; Er, s. 104.

⁹⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 338.

¹⁰⁰ Aydoğdu, s. 535.

¹⁰¹ Akıntürk/Ateş, s. 385; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 338; Er, s. 96.

evlat edinilen için yeni bir velayet hakkı doğar. Velayet hakkının son bulması biyolojik anne babanın evlat edinilenle kişisel ilişki kurmasına mâni değildir¹⁰².

SONUÇ

Evlad edinme bakımından öncelikli dikkate alınan unsur evlat edinilenin yararlıdır. Tek başına evlat edinmede evlat edinilenin fiziksel ve duygusal gelişimi için bakım ve eğitimi özveriyle sağlayan ebeveyne sahip olması ihtimali çok da uzak gözükmemektedir. Bu yüzden tek başına evlat edinmenin daima evlat edinilenin yararına olmayacağına ilişkin yapılan değerlendirme her zaman yerinde olmaz. Evlat edinilenin özellikle de çocuğun üstün yararı gözetildiğinde tek başına evlat edinmenin yapılması uygun görülüyorsa tek başına evlat edinme kararı verilmelidir. Diğer yandan hâkim zaten tek başına evlat edinme başvurusunda bulunan evli olmayan kişinin bu sorumluluğu alacak yeterlikte olduğuna kanaat getirirse evlat edinme gerçekleşeceğinden her somut durum kendi içerisinde değerlendirilmelidir. Ayrıca tek başına evlat edinme hâli evlat edinilene her iki ebeveynin bulunduğu bir aile ortamı sağlayamıyor olsa da evlat edinmeden önceki duruma göre yine de daha tercih edilebilir olabilir. Kanaatimizce birlikte evlat edinme- tek başına evlat edinme arasında öncelik sırası yapılması yerine evlat edinilenin yararının hangi hâllerde daha ön plânda olacağı somut olaylara göre münferit olarak değerlendirilmelidir. Eğer evlat edinilen evlat edinmeden önceki durumuna göre daha iyi bir durumda olacaksa tek başına evlat edinme kararına hükmedilmelidir.

Birlikte evlat edinme durumunda eğer küçük ayırt etme gücüne sahip değilse nüfus kütüğüne evlat edinilen eşlerin adları ana ve baba olarak yazılmakta iken TMK m. 314/IV hükmü bu hakkı tek başına evlat edinilen kişiye tanımamıştır. Diğer yandan Nüfus Hizmetleri Kanunu'na 19.10.2017 tarihinde yapılan değişiklikle yeni bir hüküm eklenmiş ve ilgili hüküm tek başına evlat edinilen kişinin de küçüğün nüfus kütüğüne ana veya baba olarak yazılmasına imkân sağlamıştır. Küçüklerin Evlat Edinilmesine Aracılık Faaliyetlerinin Yürütülmesine İlişkin Tüzük m.20/IV hükmünde de tek başına evlat edinme durumunda evlat edinilen eğer ayırt etme gücüne sahip değilse, küçüğün nüfus kaydına evlat edinilenin adının ana veya baba olarak yazılacağı düzenlemesi bulunmaktadır. Hâl böyle olunca TMK ile Nüfus Hizmetleri Kanunu arasında bir farklılık ortaya çıkmıştır. Zaten kanaatimizde de evlat edinileni koruma amacıyla getirilen hükmün tek başına evlat edinme ile birlikte evlat edinme arasında farklı uygulamaya sebep olması da hükmün amacı ile bağdaşmamaktadır. Çocuğun yararı ilkesi gözetilerek tek başına evlat edinilen için oluşacak olumsuzlukların önüne geçilmesi bakımından yeni bir düzenleme

¹⁰² Akıntürk/Ateş, s. 385; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 338; Er, s. 100.

yapılmalıdır. Bu sebeple TMK m. 314/IV hükmü hem tek başına evlat edineni hem de birlikte evlat edinenleri kapsayacak şekilde tekrar düzenlenmelidir. Hatta evlat edinilenin küçük ya da ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı hususunda bir ayırım yapılmaksızın her iki durumda da evlat edinenin adının ana ya da baba olarak yazılması daha da uygun olacaktır. Böylece taraflar arasında gerçek bir ana baba ilişkisinin yansımaları nüfus kaydında da pekişecektir.

KAYNAKÇA

- Akıntürk T/Ateş D, *Aile Hukuku*, 23. Bası, Beta Yayınları, 2021.
- Arık K F, “Evlat Edinme Bakımından Türk ve İsviçre Doktrin ve Tatbikatı Arasında Bir Mukayese”, *AÜSBFD*, 13(4), 1958, s. 95-114.
- Aydos O S, “Yeni Medeni Kanuna Göre Evlat Edinme”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(2), 2000, s. 117-141.
- Başoğlu B, “Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi”, *İnönü Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1), 2017, s. 351-378.
- Baygın C, “Evlat Edinmenin Koşulları”, *AÜEHFD*, 7(3-4), 2003, s. 591- 626 (Evlat Edinmenin Koşulları).
- Baygın C, “Evlat Edinmenin Sonuçları”, *AÜEHFD*, 7(3-4), 2003, s. 628-650.
- Belen H, *Yeni Medeni Kanun Hükümleri Uyarınca Evlat Edinme*, Beta Yayınları, 2005.
- Çağlayan Aygün G, “Amerikan Hukukunda Evlat Edinmeye Bir Bakış: Vermont Eyaleti Örneği” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 27(1), 2021, s. 716- 740.
- Çağlayan Aygün G, *Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Evlat Edinme ve Sonuçları*, Tıpkı 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021, (Evlat Edinme ve Sonuçları)
- Deniz H, Küçüklerin Evlat Edinilmesinin Şartları, *Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, 2009.
- Dural M/ Ögüz T/Gümüş M A, *Aile Hukuku*, 15. Bası, Filiz Kitabevi, 2020.
- Er A, *Küçüklerin Evlat Edinilmesi*, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, 2020.
- Güven K, “Evlat Edinmeye İlişkin Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *Yargıtay Dergisi*, 32(4), 2006, s. 529- 552.
- Hegnauer C, “Das Neue Schweizerische Adoptionsrecht”, *Juristen Zeitung*, 28. Jahrg., 1973, <<https://www.jstor.org/stable/20813104>>Erişim Tarihi 7 Eylül 2021, s. 583-585 (Adoptionsrecht).
- Hegnauer C, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch Familienrecht 1. Teilband Die Entstehung des Kindesverhältnisses Artikel 252- 269c*, Stämpfli Verlag, 1984, Art. 264b (Familienrecht).
- Işık M, *Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Evlat Edinme*, Adalet Yayınevi, 2005.
- Kizir M, “Türk Hukukunda Evlât Edinme”, *SÜHFD*, 17(1), 2009, s. 151-184.
- Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXVI. Y. 2022 Sa. 3 273

- Köprülü, B/ Kaneti S, *Aile Hukuku*, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, 1989.
- Öztañ B, *Aile Hukuku*, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, 2014.
- Pffafinger M/Schwenzer I, *Internationale Adoption. Workshop 4: Adoption durch Einzelpersonen sowie homosexuell ausgerichtete Personen*, FamPra.ch-Schriftenreihe zum Familienrecht Band/Nr. 1, Stämpfli Verlag AG, 2009, <<https://www.swisslex.ch>> Erişim Tarihi 10 Ocak 2022, s. 151-160.
- Rieck J, *Ausländisches Familienrecht*, C.H. Beck Verlag, 2021, <<https://beck-online.beck.de/Home>>Erişim Tarihi 5 Eylül 2021, Rn. 151-153.
- Ruhi A C, *Türk Hukukunda Evlat Edinme ve Evlat Edinme İle İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye’de Tanınması*, Seçkin Yayıncılık, 2002.
- Sadioğlu F C, “Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Eşlerin Birlikte Evlât Edinmesi Kuralı”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10(2), 2020, s. 730-759.
- Sağlam R, Türk Medeni Hukukunda Evlat Edinme, *Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, 2019.
- Schlitt G/Müller G, *Handbuch Pflichtteilsrecht*, 2. Auflage, C.H. Beck Verlag, 2017, <<https://beck-online.beck.de/Home>> Erişim Tarihi 7 Eylül 2021.
- Schwenzer I/Büchler A/Cottier M, *Die Praxis des Familienrechts, Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen*, Stämpfli Verlag, 2014, <<https://www.swisslex.ch/>> Erişim Tarihi 10 Eylül 2021, s. 966-1008.
- Şahin Şengül E, “Alman Hukukunda Küçüklerin Evlat Edinilmesinde Yeni Dönem”, *YHBD*, 6(1), 2021, s. 327- 364.
- Yalçınduran T, “Evlatlık İlişkinde Evlenme Yasağı”, *Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan*, 2006, s. 631-653.

**DİJİTAL ÇAĞDA GENEL KURUL
(ANONİM ŞİRKET GENEL KURUL TOPLANTILARINA İLİŞKİN
İSVİÇRE BORÇLAR KANUNU DEĞİŞİKLİĞİ HAKKINDA
DEĞERLENDİRMELER)**

M. Fatih CENGİL*
Ömer KORKUT**

ÖZET

Bu çalışmada İsviçre Şirketler Hukuku Revizyonu'nun anonim şirket genel kurul toplantısına ilişkin hükümleri incelenmiştir. Genel kurulun toplantıya çağrılmasında pay sahiplerinin incelemesi için hazır edilen faaliyet raporu ile denetim raporu hakkındaki düzenlemeler yanında, daha düşük bir orana sahip azınlık pay sahiplerine gündeme madde ekletme ve gündem maddeleriyle ilgili öneride bulunma hakkı tanındığı görülmüştür. Genel kurul toplantısının aynı anda farklı yerlerde ve/ya da yurt dışında yapılabilmesine ilişkin hükümler getirilmiştir. Pay sahipleri elektronik forumu kabul edilmemiştir. Elektronik katılımlı genel kurula ilişkin bazı düzenlemeler getirildiği gibi genel kurul toplantısının tamamen sanal ortamda yapılması imkânı da getirilmiştir. Sanal genel kurul toplantısının düzenlenmesinde kullanılacak elektronik araçlar, teknik problemler ve genel kurul kararlarının geçersizliğine ilişkin özel hükümler de öngörülmüştür. Genel kurul tutanağına ilişkin düzenlemelerin yanı sıra genel kurul karar nisabı, genel kurul başkanının üstün oyu genel kurulun azil hakkı gibi konuların da yeni düzenlenen konulardan olduğu görülmüştür. Bu düzenlemeler Türk hukuku bakımından değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Gündem maddeleriyle ilgili öneride bulunma hakkı, sanal genel kurul, birden fazla toplantı yerli genel kurul, sanal genel kurul kararlarının geçersizliği, genel kurul kararlarının tasdiki.*

* **Arş. Gör. Dr.** Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı/ADANA, **e-posta:** m.fatihcengil@gmail.com,

ORCID: 0000-0002-6443-1075

** **Prof. Dr.** Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı/ADANA, **e-posta:** okorkut@cu.edu.tr,

ORCID: 0000-0001-8835-7298

DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1101884

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 12/04/2022

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 23/06/2022

**THE GENERAL MEETING IN THE DIGITAL AGE
(EVALUATIONS ABOUT THE AMENDMENT OF THE SWISS CODE OF
OBLIGATIONS WITH REGARDS TO THE GENERAL MEETING OF THE
JOINT STOCK COMPANY)**

ABSTRACT

Provisions regarding the general meeting of the joint stock company are addressed in the Revision of the Swiss Company Law. In the call for the general meeting to convene, besides the amendments regarding the annual and audit report made available for the inspection of shareholders, minority shareholders with a lower share are granted the right to place an item on the agenda and make proposals regarding the agenda items. Provisions allowing the general meeting to be held at multiple locations simultaneously and also abroad have been introduced. An electronic forum for shareholders has not been adopted. In addition to some amendments regarding participation in the general meeting through electronic means, the Revision also provides the opportunity for the general meeting to be held purely virtual. Particular provisions have been adopted with regards to the electronic means to be used in the organisation of the virtual general meeting, technical problems, and nullity of the general meeting decisions. Besides the regulations in relation to the minutes of the general meeting, among the newly amended subjects are the quorum for the general meeting, the casting vote of the chair of the general meeting, and the general right of dismissal of the general meeting. These amendments have been analysed in this paper with respect to Turkish Law.

Keywords: *The right to make proposals on the agenda items, virtual general meeting, general meeting with multiple locations, the nullity of virtual general meeting resolutions, approval of general meeting resolutions.*

GİRİŞ

Uzunca bir süredir üzerinde çalışılan büyük anonim şirketler hukuku revizyonu 19 Haziran 2020 tarihinde İsviçre Parlamentosu tarafından yasalaştırıldı. Birkaç düzenlemesi 1 Ocak 2021 tarihinde yürürlüğe giren revizyonun çalışmamız bakımından önem arz eden geriye kalan esaslı bölümünün ise 1 Ocak 2023 tarihinde yürürlüğe gireceği açıklandı¹. Revizyonun amacı mevcut anonim şirketler hukukunun daha modern ve esnek olmasını sağlamak ve özellikle pay sahipleri

¹ İlgili açıklama için bkz. Schweizerische Eidgenossenschaft, “Aktienrecht: flexiblere Gründungs- und Kapitalvorschriften ab dem 1. Januar 2023”, <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/mm.msg-id-87016.html>>, Erişim tarihi: 11.04.2022.

haklarını güçlendirmektir. Bununla birlikte anonim şirketlerin temel yapısında bir değişiklik söz konusu değildir.

Çalışmamızda revizyonun genel kurul bağlamındaki değişiklikleri ele alınmaktadır. Özellikle revizyonun genel kurulun toplantıya çağırılmasına, genel kurul toplantı yerine, genel kurulun dijitalleşen icrasına ilişkin yenilikler çalışmada ayrıntılı bir şekilde açıklanmaktadır. Ayrıca değişikliklere konu temel hususlarla ilgili Türk hukukundaki durum incelenmektedir.

Pay Sahibinin Katılım ve Denetim Haklarının Revizyon Öncesi ve Sonrası Kanuni Durumu²

Katılım/Denetim Hakları	Mevcut Düzenleme	Revizyon ile Getirilen Düzenleme	Hüküm
Genel Kurulun Toplantıya Çağırılması Hakkı	Esas sermayenin en az %10'una sahip pay sahipleri.	Borsaya kote edilmemiş şirketlerde esas sermayenin ya da oyların en az % 10'una sahip pay sahipleri. Borsaya kote edilmiş şirketlerde esas sermayenin ya da oyların en az %5'ine sahip pay sahipleri	RevOR m. 699/f. 3.
Gündeme Madde Eklenmesi ve Gündem Maddeleriyle İlgili Öneride Bulunma Hakkı	Esas sermayenin en az %10'una sahip pay sahipleri ya da en az 1 milyon İsviçre Frangı tutarında esas sermaye payına sahip pay sahipleri.	Borsaya kote edilmemiş şirketlerde esas sermayenin ya da oyların en az %5'ine sahip pay sahipleri. Borsaya kote edilmiş şirketlerde esas sermayenin ya da oyların en az %0.5'ine (binde birine) sahip pay sahipleri.	RevOR m. 699b/f. 1.
Genel Kurul Dışında Bilgi Alma Hakkı	Bir hüküm bulunmamaktadır.	Borsaya kote edilmemiş şirketlerde esas sermayenin ya da oyların yüzde 10'una sahip pay sahipleri. Borsaya kote edilmiş şirket pay sahipleri için bu hak öngörülmemiştir.	RevOR m. 697/f. 2.
Şirket Defterlerini İnceleme Hakkı	Bir eşik bulunmamaktadır.	Oyların ya da payların % 5'ine sahip pay sahipleri.	RevOr m. 697a/f. 1.
Özel Denetim İsteme Hakkı	Payların en az % 10'una ya da itibari değeri 2 milyon İsviçre Frangı olan esas sermaye payına sahip pay sahipleri.	Borsaya kote edilmemiş şirketlerde esas sermayenin ya da oyların en az % 10'una sahip pay sahipleri. Borsaya kote edilmiş şirketlerde esas sermayenin ya da oyların en az %5'ine sahip pay sahipleri.	RevOR m. 697d/f. 1.
Haklı Sebeplerle Mahkemeden Şirketin Feshini Talep Etme Hakkı	En az esas sermayenin %10'una sahip pay sahipleri	En az esas sermayenin ya da oyların %10'una sahip pay sahipleri.	RevOR m. 736/f. 1-b.4.

² Bu tabloya temel teşkil eden tablo için bkz. <<https://home.kpmg/ch/de/blogs/home/posts/2020/07/aktienrechtsrevision-verabschiedet.html>>, Erişim tarihi: 11.04.2022).

I. GENEL KURULUN TOPLANTIYA ÇAĞRILMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

A. Toplantıya Çağrıda Yetkili Kişiler

Olağan genel kurul Genel kurul yönetim kurulu ve icabında denetçiler tarafından toplantıya çağrılır. Toplantıya çağrı hakkı tasfiye memurlarına ve tahvil sahiplerinin (alacaklılarının) temsilcilerine de tanınmıştır (19 Haziran 2020 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu Revizyonu [RevOR] m. 699/f. 1). Bu hüküm İsviçre Borçlar Kanunu (OR) m. 699/f. 1'in tekrarı niteliğindedir.

Olağan genel kurul her yıl faaliyet döneminin bitiminden itibaren altı ay içinde yapılır (RevOR m. 699/f. 2). Bu hüküm aynen OR 699/f. 2'de yer almaktadır³. Bununla birlikte OR 699/f. 2'de öngörülen “olağanüstü toplantı/genel kurul ihtiyaca göre/gerektiğinde/ihtiyaca bağlı olarak çağrılır” ibaresi RevOR m. 699/f. 2'de bulunmamaktadır.

RevOR m. 699/f. 3-b.1 uyarınca payları borsaya kote edilmiş şirketlerde oyların ya da esas sermayenin yüzde beşine (%5) tek başına ya da birlikte sahip olan pay sahipleri genel kurulu toplantıya çağrılmasını talep edebilirler. RevOR m. 699/f. 3-b. 2 uyarınca payları borsaya kote edilmemiş şirketlerde oyların ya da esas sermayenin yüzde onuna (%10) tek ya da birlikte sahip olan pay sahipleri genel kurulun toplantıya çağrılmasına ilişkin talep hakkını haizdirler. Onlar çağrıyı yazılı olarak talep etmek zorundadır. Toplantı konuları ve öneriler talepte yer almak zorundadır (RevOR m. 699/f. 4). Azlığın genel kurulun toplantıya çağrılması talebi yönetim kurulu tarafından makul süre içerisinde, en fazla 60 gün içerisinde yerine getirilmez ise, azlık genel kurulun toplantıya çağrılması talebiyle mahkemeye başvurabilir (RevOR m. 699/f. 5). Eski düzenlemeden farklı olarak burada makul süreye 60 günlük bir üst limit konulmuştur.

B. Faaliyet ve Denetim Raporunun Pay Sahiplerinin İncelemesine Sunulması

Genel kuruldaki en az 20 gün önce faaliyet raporu ile denetim raporunun pay sahiplerinin erişimine ve incelemesine sunulması gerekmektedir. Şayet elektronik olarak erişilebilir değilse her pay sahibi, faaliyet raporu ile denetim raporunun süresi içerisinde kendisine gönderilmesini talep edebilecektir (RevOR m. 699a/f. 1). Bu

³ OR m. 699/f. 2'de “Generalversammlung” (genel kurul) ibaresi yerine “Versammlung” (toplantı) ibaresi yer almaktadır.

teslim ivedilikle ve ücretsiz olarak gerçekleştirilir⁴. Bu hüküm, OR m. 696 f. 1 ve 2’de yer almakta ve onların içeriğini modernize etmektedir⁵. Şirket faaliyet raporunun ilanı için elektronik araç kullanırsa (*örneğin pay sahiplerine şirketin internet sitesinde yer alan belgelere kullanıcı adı ve şifre ile erişim imkânı verilmişse*) yönetim kurulu, hakkın kötüye kullanılması saklı kalmak koşuluyla, pay sahiplerinin belgelerin bireysel teslim talebini reddedebilir⁶.

Şayet belgeler elektronik olarak ulaşılabilir değilse her pay sahibi genel kuruldan sonra bir yıl içinde genel kurul tarafından onaylanmış şekilde faaliyet raporunun ve denetim raporlarının kendisine verilmesini isteyebilecektir (RevOR m. 699a/f. 2).

C. Gündeme Madde Eklenmesi ve Gündem Maddeleriyle İlgili Öneride Bulunma Hakkı

Revizyonda genel kurul toplantısıyla ilgili azınlık haklarında değişiklik yapılmıştır. Dikkat çeken husus, azınlığın genel kurulu toplantıya davet etmesinde aranan orandan (%10 ve % 5) çok daha düşük bir oran (% 5 ve % 0,5) belirlenerek azınlığın gündeme madde eklenmesini talep hakkı ve gündem maddeleriyle ilgili öneride bulunma hakkı tanınmış olmasıdır.

Payları borsaya kote edilmiş şirketlerde oyların ya da esas sermayenin binde beşini (%0,5)’ine tek başına ya da birlikte sahip olan pay sahipleri, genel kurul toplantı gündemine madde eklenmesini talep edebilirler (RevOR m. 699b/f. 1-b. 1). Payları borsaya kote edilmemiş şirketlerde oyların ya da esas sermayenin yüzde beşini (%5)’ine tek ya da birlikte sahip olan pay sahipleri, gündem maddeleriyle ilgili öneride bulunma hakkına sahiptirler (RevOR m. 699b/f. 1-b. 2).

Pay sahipleri aynı şartlar altında toplantı gündeminde yer alan konulara ilişkin önerilerinin genel kurulun toplantıya çağrı metnine dahil edilmesini talep edebilirler (RevOR m. 699b/f. 2).

Azınlık pay sahipleri, gündeme madde eklenmesi ve öneride bulunma taleplerinin ekinde kısa bir gerekçe sunabilirler (RevOR m. 699/f. 3). Sunulan gerekçenin genel kurulun toplantıya çağrı metnine dahil edilmesi gerekir (RevOR m. 699b/f. 3).

⁴ 23 Kasım 2016 tarihli Anonim Şirketler Hukukuna İlişkin İsviçre Borçlar Kanunu Revizyonu Gerekçesi (“vom 23. November 2016 Botschaft zur Revision des Obligationenrechts [Aktienrecht]”). Kısaca Botschaft olarak anılacaktır. Botschaft, s. 550.

⁵ Botschaft, s. 550.

⁶ Botschaft, s. 550.

Azınlık pay sahiplerinin gündeme madde eklenmesi ve gündem maddeleriyle ilgili öneride bulunma talebinin yönetim kurulunca yerine getirmemesi hâlinde, talepte bulunan azınlık pay sahipleri gündeme madde eklenmesi ve önerilerinin çağrı metnine dahil edilmesi için mahkemeye başvurabileceklerdir (RevOR m. 699b/f. 4).

Genel kurulda her pay sahibi toplantı konuları çerçevesinde öneri verebilir (RevOR m. 699b/f. 5).

D. Toplantıya Çağrının İçeriği

Yönetim kurulunun toplantı gününden en az 20 gün önce genel kurulun toplantıya çağrısını pay sahiplerine bildirmesi gerekir (RevOR m. 700/f. 1). Genel kurulun toplantıya çağrılmasında bildirilmesi gereken hususlar şunlardır:

- ✓ Genel kurulun tarihi, başlangıç saati, türü ve yeri,
- ✓ Toplantı konuları,
- ✓ Yönetim kurulunun önerileri ve payları borsaya kote edilmiş şirketlerde bu önerilerin kısa bir gerekçesi,
- ✓ İcabında kısa gerekçesiyle birlikte pay sahiplerinin önerileri,
- ✓ İcabında bağımsız oy hakkı temsilcilerinin adresleri ve adları (RevOR m. 700/f. 2).

Yönetim kurulu toplantı konularının konu bütünlüğünün korunmasını sağlar ve karar vermesi için gerekli olan tüm bilgileri genel kurula sunar (RevOR m. 700/f. 3).

Yönetim kurulu, pay sahiplerine başka bir yolla ilave bilgileri veriyorsa, toplantıya çağrıda toplantı konularını özet olarak ifade edebilecektir (RevOR m. 700/f. 4).

E. Çağrısız Genel Kurul ve Önerilerin Oylanması

Tüm payların sahipleri veya temsilcileri, aralarından biri itirazda bulunmadığı takdirde, genel kurula katılmaya ve genel kurul toplantılarının yapılmasına ilişkin hükümler saklı kalmak şartıyla, çağrıya ilişkin usule uyulmaksızın genel kurul olarak toplanabilir ve bu toplantı nisabı var olduğu sürece karar alabilirler (OR m. 701/f. 1, 2). RevOR 701'in birinci ve ikinci fıkrası⁷ sırasıyla OR 701'in birinci ve ikinci fıkrasıyla aynı şekilde düzenlenmiştir. RevOR ile birlikte bu hükme üçüncü fıkra eklenmiştir.

⁷ İkinci fıkra elektronik aracın kullanımına ilişkin imkâna uyarlanmıştır. Fıkarda geçen "anwesend sein" ("hazır bulunmak") ibaresi bu yüzden "teilnehmen" ("katılmak") ibaresiyle değiştirilmiştir (Botschaft, s. 555).

Çağrısız genel kurul toplantısında, bir pay sahibi ya da onun temsilcisinin müzakere talebinde bulunmaması hâlinde, genel kurul kararlarının kâğıt üzerinde yazılı olarak veya elektronik şekilde alınması mümkündür (RevOR m. 701/f. 3). Bu hükümde belirtilen genel kurulun yeni karar alma türü mevcut düzenlemeler bağlamında geçerli değildir⁸. Bu hükümle birlikte az pay sahibi bulunan şirketler ve/ya da bir şirketler topluluğuna bağlı olan şirketlere daha fazla esneklik sağlanmaktadır.

II. TOPLANTI YERİ BAKIMINDAN GENEL KURUL TÜRLERİNE İLİŞKİN YENİLİKLER

Mevcut düzenleme anonim şirket genel kurulunun toplantı yerine ilişkin bir hüküm içermemektedir. RevOR m. 701a ve m. 701b hükmünde toplantı yeri düzenlenerek bu boşluk doldurulmuş, hukuki güvenlik sağlanmıştır.

Şirket sözleşmesi farklı bir düzenleme öngörmemişse, RevOR m. 701a/f. 1 uyarınca, yönetim kurulu genel kurulun toplantı yerini belirleyecektir⁹.

Toplantı yerinin belirlenmesi yoluyla hiçbir pay sahibi için genel kurul bağlamında haklarının kullanılması gereksiz şekilde zorlaştırılmaz (RevOR m. 701a/f. 2).

Genel kurul toplantısının eş zamanlı olarak birden fazla yerde yapılması mümkündür (RevOR m. 701a/f. 3). Bu durumda katılımcıların oylarının doğrudan/aracısız ses ve görüntü olarak tüm toplantı yerlerine aktarılması zorunludur.

A. Birden Fazla Toplantı Yerli Genel Kurul

Birden fazla toplantı yerli genel kuruldan kasıt, bir genel kurulun eş zamanlı olarak birden fazla toplantı yerinde icra edilmesidir. Genel kurul farklı toplantı yerlerinde icra edilse de hukuki anlamda şekli olarak tek bir genel kuruldan söz edilir¹⁰. Bu tür genel kurulda pay sahipleri toplantılarda fiziki olarak bulunur¹¹. Ancak bunlar toplantı yerini seçme hakkına sahiptir¹².

⁸ Botschaft, s. 555.

⁹ Botschaft, s. 556.

¹⁰ Roland Müller/Fabian Akeret, “Die Generalversammlung nach revidiertem Aktienrecht”, *SJZ*, Nr. 1, 2021, s. 11; Hans Caspar von der Crone/Sandro Bernet, “Der Tagungsort der Generalversammlung im revidierten Aktienrecht”, *Das Aktienrecht im Wandel zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt*, Dike Verlag, 2020, s. 265.

¹¹ Hans Caspar von der Crone/Thomas Grob, “Die Virtuelle Generalversammlung”, *SZW/RSDA*, 1/2018, s. 6

¹² von der Crone/Grob, s. 6.

Mevcut düzenlemede anonim şirket genel kurul toplantısının eş zamanlı olarak farklı yerlerde yapılabileceğine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanun koyucu genel kurulun bir yerde icra edilmesinden hareket etmesine rağmen Kanunun metni genel kurulun eş zamanlı olarak birden fazla yerde icra edilmesini açık bir şekilde reddetmez¹³. Buna uygun olarak da hâkim görüşe göre genel kurul toplantısının eş zamanlı olarak birden fazla yerde yapılması geçerli kabul edilmektedir¹⁴. Nitekim uygulamada da nadir de olsa bu şekilde genel kurul icra edilmektedir¹⁵.

Bu husus RevOR 701a/f. 3'te açık bir şekilde düzenlenmiştir. Hükme göre genel kurul eş zamanlı olarak farklı yerlerde icra edilebilir. Ancak bunun için iki temel şart bulunmaktadır. Bunlar; toplantı yerinin tespit edilmesi yoluyla pay sahiplerinin genel kurul bağlamındaki haklarını kullanmasının gereksiz şekilde zorlaştırılmaması (RevOR m. 701a/f. 2) ve tüm katılımcıların oylarının doğrudan görüntü ve ses olarak tüm toplantı yerlerine nakledilmesidir (RevOR m. 701a/f. 3).

Genel kurulun birden fazla toplantı yerinde gerçekleştirilmesi için buna ilişkin bir şirket sözleşmesi hükmünün bulunması gerekmez. Zira Kanunda bu hususta bir düzenleme öngörülmemiş sadece farklı yerlerde eş zamanlı olarak genel kurulun icra edilebileceği belirtilmiştir (RevOR m. 701a/f. 3). Ayrıca genel kurulun toplantı yerinin seçimi yönetim kuruluna bırakılmıştır (RevOR m. 701a/f. 1).

Yurt dışında toplantı yapılmasına ilişkin şartlar yerine getirilmişse genel kurul toplantısının eş zamanlı olarak;

- ✓ Yurt dışında farklı yerlerde icra edilmesi ya da
- ✓ Hem yurt dışında hem İsviçre'de bir ya da birden fazla yerde icra edilmesi
- ✓ Sadece İsviçre'de farklı yerlerde icra edilmesi mümkündür.

Toplantı yerinin seçiminde yönetim kurulu hakların özenli kullanılması ilkesine uygun davranmakla yükümlüdür¹⁶. Özellikle pay sahiplerinin önemli bir kısmının toplantıya katılımını engelleyecek şekilde toplantı yeri belirlenemez¹⁷.

¹³ von der Crone/Grob, s. 7.

¹⁴ von der Crone/Bernet, s. 265.

¹⁵ Müller/Akeret, s. 10.

¹⁶ von der Crone/Grob, s. 7.

¹⁷ Botschaft, s. 557; von der Crone/Grob, s. 7.

B. Yurt Dışı Toplantı Yerli Genel Kurul

Mevcut düzenlemede anonim şirket genel kurul toplantısının yurt dışında yapılabileceğine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak hâkim görüşe göre şayet haklı nedenler bulunuyorsa genel kurul toplantısının yurt dışında yapılması mümkündür¹⁸. Yurt dışı toplantı yeri kenar başlıklı İsviçre RevOR m. 701b'de bu husus açık bir şekilde düzenlenmiştir. Böylece mevcut hukuktaki uygulamaya hukuki temel ve güvenlik oluşturulmak istenmiştir. RevOR m. 701b/f. 1 uyarınca genel kurul yurt dışında icra edilebilir. Bunun için şu iki şart öngörülmüştür: (1) Bunun şirket sözleşmesinde açık bir şekilde öngörülmesi ve (2) yönetim kurulunun toplantıya çağrıda bir bağımsız oy hakkı temsilcisini belirtmesi (RevOR m. 701b/f. 1)¹⁹. Ancak payları borsaya kote edilmemiş şirketlerde tüm pay sahipleri rıza gösteriyorsa yönetim kurulu bağımsız bir oy hakkı temsilcisinin belirtilmesinden vazgeçebilir (RevOR m. 701b/f. 2). Bunun için yönetim kurulu, şirket sözleşmesinde düzenlenmemişse, tüm ortakların onayının alınmasıyla ilgili usulleri belirler²⁰.

Şirket sözleşmesinde düzenleme gerekliliğiyle ortakların sonuçlarını düşünerek bu konuda düşünceleri ve iradelerinin ortaya koymaları istenmiştir. Bağımsız oy hakkı temsilcisinin belirlenmesi de yurt dışına seyahat etme imkânı olmayan ve böylece yurt dışındaki genel kurul toplantısına katılamayan pay sahiplerine en azından oy haklarını kullanmalarını sağlamaktadır²¹.

Şirketin kuruluşu sırasında şirket sözleşmesinde genel kurulun yurt dışında yapılabileceğine ilişkin bir hüküm öngörülebilir. Genel kurulun yurt dışında icra edilmesiyle ilgili şirket sözleşmesi hükmüne ilişkin bir genel kurul kararı için ise temsil edilen payların itibari değerinin çoğunluğunun ve temsil edilen oyların 2/3'nün onayı asgari olarak gereklidir (RevOR m. 704/f. 1-b. 11).

Genel kurulun yurt dışında birden fazla toplantı yerinde icra edilmesi mümkündür. Aynı şekilde İsviçre'de ve yurt dışında birden fazla yerde icra edilmesi de geçerlidir. Bu tür hâllerde merkezi İsviçre'de olan şirketin İsviçre anonim

¹⁸ Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Stämpfli Verlag, 1996, § 23 N 84; Hans Caspar von der Crone/Keivan Mohasseb, "Stand der Aktienrechtrevision, Zehn Kernpunkte der ständerätlichen Debatte", *AJP/PJA*, 8/2019, 786.

¹⁹ BBI 2017 Taslağı m. 701b/f. 1'de genel kurulun yurt dışında icra edilebilmesi için tek şart olarak yönetim kurulunun toplantıya çağrıda bir bağımsız oy hakkı temsilcisini belirtmesi yer almaktaydı. Bu düzenleme nedeniyle genel kurulun yurt dışında gerçekleştirilebilmesine ilişkin diğer şart olarak da şirket sözleşmesinde genel kurulun yurt dışında yapılamayacağına ilişkin bir hükmün olmaması ileri sürülmekteydi (Botschaft s. 556; von der Crone/Bernet, s. 261).

²⁰ Botschaft, s. 556; Müller/Akeret, s. 9-10.

²¹ Botschaft, s. 556.

şirketler hukuku hükümlerine tabi olan genel kurulu söz konusudur²². Hemen belirtelim ki genel kurulun birden fazla yerde gerçekleştirildiği hâllerde de hukuki anlamda tek bir genel kurul bulunmaktadır.

RevOR'de genel kurulun yurt dışında icra edilmesine ilişkin hükmün yanı sıra bir genel kurulun tamamıyla bir sanal ortamda icra edilmesine ya da bir genel kurulun fiziki toplantı yeri ve internet yoluyla katılımı birlikte icra edilmesine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Sanal genel kurulun ya da fiziki toplantı yeriyle birlikte internet yoluyla genel kurula katılım imkânının pay sahiplerine yurt dışında fiziki katılıma eş değerli pratik bir alternatif sunduğu ifade edilebilir²³.

Yönetim kurulu, genel kurulun toplantı yerini belirler (RevOR m. 701a/f. 1). Toplantı yerinin belirlenmesi yoluyla hiçbir pay sahibinin genel kurulla ilgili haklarının kullanılması gereksiz bir şekilde zorlaştırılmaz (RevOR m. 701a/f. 2). Buna özellikle yurt dışındaki toplantı yerlerinin seçiminde dikkat edilmelidir²⁴. Aksi takdirde genel kurul kararlarının iptali gündeme gelebilir²⁵.

Son olarak ülkesellik ilkesinden dolayı yurt dışında gerçekleştirilen genel kurul toplantısında alınan kararlar, bir İsviçre tasdik mercii tarafından tasdik edilemeyecektir²⁶. Bu yüzden resmi tasdike tabi olan genel kurul kararlarının toplantı yerindeki hukuka göre yetkili tasdik mercii tarafından tasdik edilmesi geçerlidir. Yurt dışında gerçekleştirilen genel kurulda resmi tasdiklenmeye tabi olan genel kurul kararlarına ilişkin yabancı tasdik mercii tasdikinin kabul edilmesi ve kararların ticaret siciline tescil edilmesi için “yabancı resmî belgeler ve tasdikler” başlıklı İsviçre Ticaret Sicil Yönetmeliği (*Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 [HRegV]*) m. 25 hükmü dikkate alınır²⁷.

III. ANONİM ŞİRKET GENEL KURULU İCRASININ DİJİTALLEŞMESİ

A. Genel Kurulun Elektronik Yolla Toplantıya Çağırılması

Genel kurulun elektronik yolla toplantıya çağırılması halihazırda yürürlükteki anonim şirket hükümlerine göre de mümkündür. OR m. 696 uyarınca faaliyet raporu ve olası denetleme raporu inceleme için pay sahiplerine şirket merkezinde sunulmak

²² Botschaft, s. 556.

²³ Müller/Akeret, s. 10.

²⁴ Botschaft, s. 557.

²⁵ Botschaft, s. 557.

²⁶ Müller/Akeret, s. 10.

²⁷ Botschaft, s. 557; Müller/Akeret, s. 10.

zorundadır. Bu yükümlülüğün pay sahiplerine bildirim yazılı şekilde icra edilmek zorundadır.

RevOR m. 626/f. 1-b. 7 uyarınca şirketin pay sahiplerine bildirimlerinin şekline ilişkin hükümler şirket sözleşmesinde yer almak zorundadır. Bildirim şirket sözleşmesinde öngörülen şekilde gerçekleştirilir. Genel kurulun toplantıya çağrılması da şirket sözleşmesinde belirtilen bildirim şeklinde yapılır²⁸. Böylece yeni düzenlemede genel kurulun elektronik toplantıya çağrılması, şirket sözleşmesi temelinde mümkündür²⁹. Toplantıya çağrı, sadece elektronik şekilde icra edilebilir³⁰. Örneğin çağrı, nama yazılı pay sahiplerine e-mail yoluyla ve hamiline yazılı pay sahiplerine elektronik ticaret sicili ilanı yoluyla yapılabilir³¹. Şirket tarafından çağrı e-mail yoluyla yapılacaksa tüm pay sahiplerinin e-mail adreslerinin bulunduğu bir sicil/kayıt defteri tutulmalıdır³². Bu kayıt defterinin sürekli güncellenmesi gerekir³³. Bu da şirketin büyüklüğü, ortaklarının sayısı ve onların uluslararası yayılımına göre bir çaba gerektirir³⁴.

Diğer yandan anonim şirketler hukuku revizyonu ile birlikte OR m. 696 kaldırılmıştır. Dolayısıyla faaliyet raporunun ya da denetleme raporunun fiziki olarak basılması şartı ve bu baskı şartı ile ilgili ortaklara zorunlu yazılı bildirim kaldırılmıştır³⁵.

RevOR m. 699a/f. 1 uyarınca faaliyet raporunun ya da olası denetleme raporunun genel kuruldan en az 20 gün önce pay sahiplerine kolayca ulaşılabilir kılınmak zorundadır. Şayet belgeler elektronik olarak erişilemezse her pay sahibi, bunların kendisine zamanında ve ücretsiz tebliğ/teslim edilmesini talep edebilir (RevOR m. 699a/f. 1)³⁶.

RevOR m. 700/f. 2’de toplantıya çağrının asgari içeriği düzenlenmektedir. Bu hükme göre toplantıya çağrıda şu bilgilere yer verilmek zorundadır:

- ✓ Genel kurulun yeri (sanal genel kurul söz konusu değilse), türü, tarihi ve başlama saati,

²⁸ Botschaft, s. 553.

²⁹ von der Crone/Grob, s. 13; Müller/Akeret, s. 8.

³⁰ Botschaft, s. 553.

³¹ Botschaft, s. 553.

³² von der Crone/Grob, s. 13.

³³ von der Crone/Grob, s. 13.

³⁴ von der Crone/Grob, s. 13.

³⁵ Müller/Akeret, s. 8.

³⁶ Botschaft, s. 550.

- ✓ Toplantı konuları³⁷,
- ✓ Yönetim kurulunun önerileri ve payları borsaya kote edilmiş şirketlerde bu önerilerin kısa gerekçesi,
- ✓ İcabında kısa gerekçeyle birlikte pay sahiplerinin önerileri,
- ✓ İcabında bağımsız oy hakkı temsilcisinin adresi ve adı.

Görüldüğü üzere toplantıya çağrı bildiriminden genel kurulun olağan mı olağandışı mı olduğu, bir ya da birden fazla fiziki toplantı yerinin bulunup bulunmadığı, elektronik araç kullanılıp kullanılmadığı ya da salt sanal genel kurul bulunup bulunmadığı anlaşılabilir olması gerekir³⁸. Ayrıca RevOR m. 700/f. 2-b. 3, 4 uyarınca artık yönetim kurulunun ve pay sahiplerinin önerileri (bulunmaları hâlinde) genel kurulun toplantıya çağrılmasının zorunlu bileşenidir³⁹.

B. Pay Sahipleri Elektronik Forumu

2014 Ön Taslağı m. 701g'de payları borsaya kote şirketlerde genel kuruldan önce gerçekleştirilecek elektronik pay sahipleri forumu öngörülmüştü. Bu hükme göre yönetim kurulu, olağan ya da olağanüstü genel kurulun toplantıya çağrılmasından sonra ve genel kurul toplantısından iki gün önceye kadar bir elektronik forumu pay sahiplerine sağlaması gerekir. Bu elektronik forumda genel kurul öncesinde gündem konularına ve önerilere ilişkin tartışma imkânı sunulması planlanmaktaydı⁴⁰. Bu projenin önemli ölçüde idari çaba gerektireceğinden ve masraflı olabileceğinden dolayı yönetim kurulu için ağır bir yük oluşturabileceği ve kötüye kullanılma potansiyelinin bulunduğu için danışma ve tartışma sürecinde (“*Vernehmlassung*”) açık bir şekilde reddedildiği belirtilmektedir⁴¹. Böylece Taslak 2016'da elektronik pay sahipleri formuna ilişkin hükümlerden vazgeçilmiştir.

Öte yandan bu forum kapsamında yapılacak açıklamaların etkili karar alma sürecine hangi biçimde dahil edileceği de açıklığa kavuşturulmamıştır⁴². Doktrinde de bu tür bir forumun zorunlu olarak getirilmesine ihtiyaç bulunmadığı ifa

³⁷ Hakkında karar alınması gerekmeyen toplantı konularının önceden bildirilmesi gerekmez (Botschaft, s. 553).

³⁸ Botschaft, s. 553.

³⁹ Botschaft, s. 553; Müller/Akeret, s. 8.

⁴⁰ von der Crone/Grob, s. 13; Lucas Forrer/Mathias P. A Müller/Floris Zuur, “Das Aktienrecht im Wandel der Digitalisierung”, *Das Aktienrecht im Wandel zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt*, Dike Verlag, 2020, s. 10.

⁴¹ Botschaft, s. 427-428; von der Crone/Grob, s. 13.

⁴² von der Crone/Grob, s. 13.

edilmektedir⁴³. Son olarak gerekçede özellikle yönetim kurulunun bir elektronik formu ihtiyari getirmesinin düşünülebilir olduğu vurgulanmıştır⁴⁴.

C. Yönetim Kurulu Tarafından Elektronik Araçların Kullanımının Düzenlenmesi

Sanal genel kurul dışında elektronik araçların kullanımı için şirket sözleşmesinde düzenleme mevcut olması gerekmez (RevOR m. 701c, m. 701d/f. 1). RevOR m. 701e/f. 1 uyarınca yönetim kurulu elektronik araçların kullanımını düzenlemektedir. Bu düzenleme bir uygun iç yönergede ya da en azından yönetim kurulunun bir kararında yapılabilir⁴⁵. Kanun koyucu gelecekteki teknik yenilikleri zorlaştırmamak ya da imkânsız kılmamak için bilinçli olarak elektronik araçların kullanımına ilişkin katı düzenlemeden kaçınmıştır⁴⁶. Bununla birlikte hukuki belirsizliklerin giderilmesi için RevOR m. 701e/f. 2’de elektronik araçların kullanımına ilişkin asgari kanuni şartlar öngörülmüştür. Böylelikle iptal ve geçersizlik davaları yeterli ölçüde engellenir⁴⁷. Bu hüküm uyarınca yönetim kurulu katılımcıların kimliğinin belirlenmesini, genel kurulda oyların aracısız devredilmesini, her katılımcının öneriler sunabilmesini ve tartışmalara katılabilmesini ve oylama sonucunun sahte/hatalı yapılamamasını sağlamak durumundadır (RevOR m. 701e/f. 2). Ayrıca şirket sözleşmesinde yapılacak düzenlemeyle elektronik araçların kullanımı başka şartlara bağlanabilir. RevOR m. 701e/f. 2 hükmü teknolojidenden bağımsız bir şekilde formüle edildiğinden hangi elektronik araçla genel kurulun icra edileceği tali öneme sahiptir⁴⁸. Yeter ki RevOR m. 701c vd. ve özellikle RevOR m. 701e/f. 2 şartları yerine getirilsin.

Sanal genel kurulun icrasında görüntü aktarımı zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu yüzden, elektronik araçların kullanımına ilişkin şartlara uyulması koşuluyla, telefon yoluyla sanal genel kurula katılım imkânı da bulunur⁴⁹. Özellikle az sayıda pay sahibinin bulunduğu şirketlerde bu yola başvurulabilir⁵⁰.

⁴³ von der Crone/Grob, s. 13.

⁴⁴ Botschaft, s. 428.

⁴⁵ Botschaft, s. 557; Müller, s. 260.

⁴⁶ Botschaft, s. 557; von der Crone/Grob, s. 8.

⁴⁷ Botschaft, s. 557.

⁴⁸ Müller/Akeret, s. 13.

⁴⁹ Botschaft, s. 559; Urs Bertschinger, “Aktienrecht im Digitalen Zeitalter”, *Recht im digitalen Zeitalter, Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015*, Dike Verlag, 2015, s. 192 vd.; Müller/Akeret, s. 13.

⁵⁰ Botschaft, s. 559.

Yönetim kurulu elektronik aracın tespiti ve kullanımında pay sahiplerinin haklarını göz önünde bulundurmamak zorundadır. Yönetim kurulu özellikle eşit işlem ilkesine uygun davranmak durumundadır⁵¹.

Elektronik araçların kullanımında yönetim kurulunun ortalama pay sahiplerinden yola çıkması gerekir⁵². Burada ortalama pay sahibinden kasıt, elektronik araçların kullanımında teknik olarak ortalama yeteneğe ve donanıma sahip olan kişidir⁵³. Ancak internete erişim, uygulamalara giriş gibi temel bilgisayar ve internet kullanımı şarttır⁵⁴.

Öte yandan yönetim kurulu teknik gelişmeleri de göz önünde bulundurmalıdır⁵⁵. Öyle ki yönetim kurulunun, bir elektronik aracın ya da yazılımın yaygınlığına ya da bunlardaki gelişime göre elektronik araçların tespiti ya da uyumlaştırılmasına karar vermesi gerekebilir⁵⁶.

IV. ELEKTRONİK GENEL KURUL TÜRLERİ

A. Elektronik Katılımlı Genel Kurul

Elektronik katılımlı genel kurul, klasik fiziki toplantılı genel kurul yanında katılımcılara internet yoluyla genel kurula katılma imkânının sağlandığı genel kurul türüdür⁵⁷. Diğer bir deyişle bu tür genel kurulda, fiziki toplantılı genel kurul yapılmaktadır. Toplantı yerinde hazır bulunmayanlar ise elektronik yolla genel kurula katılım imkânına sahiptir⁵⁸. Elektronik aracın kullanımı fiziki katılıma bir alternatiftir⁵⁹. Görüldüğü üzere geleneksel ve sanal genel kurulun bir karma türü söz konusudur⁶⁰. Fiziki toplantı yerinin bulunması nedeniyle bu şekilde icra edilen genel kurul, sanal genel kuruldan ayrılmaktadır. Zira sanal genel kurulda, genel kurul fiziki toplantı yeri bulunmaksızın sadece elektronik ortamda gerçekleştirilir. Ayrıca

⁵¹ von der Crone/Grob, s. 8.

⁵² Botschaft, s. 557.

⁵³ Botschaft, s. 557.

⁵⁴ Botschaft, s. 557; Bertschinger, s. 169 vd.

⁵⁵ Botschaft, s. 557.

⁵⁶ Krş. Botschaft, s. 557.

⁵⁷ von der Crone/Grob, s. 7.

⁵⁸ von der Crone/Grob, s. 7.

⁵⁹ von der Crone/Bernet, s. 267.

⁶⁰ von der Crone/Grob, s. 7.

pay sahipleri, sanal genel kuruldan farklı olarak, bu tür genel kurulda elektronik ve fiziki katılım arasında serbest seçim hakkına sahiptir⁶¹.

Yürürlükteki anonim şirket hükümlerine göre fiziki genel kurula elektronik katılımın geçerliliği doktrin tarafından kabul edilmektedir. Ancak bu tür sanal katılımın geçerli olabilmesi için toplantıda fiziki bulunan ve elektronik yolla katılan pay sahiplerinin genel kurul esnasında daima aynı seviyede, yani eş zamanlı ve gecikmesiz, birbirleriyle ortak etkileşimde bulunabilmesi gerekmektedir⁶².

RevOR m. 701c uyarınca yönetim kurulu, genel kurulun toplantı yerinde bulunmayan pay sahiplerinin haklarını elektronik yolla kullanabileceğini öngörebilir. Böylece pay sahipleri genel kurul kapsamındaki haklarını ve özellikle oy haklarını (“*direkt voting*”, “doğrudan oy verme”) buldukları herhangi bir yerden aracısız ve doğrudan elektronik yolla genel kurulda kullanabilmektedir⁶³. Bunun için şirket sözleşmesinde bir düzenleme yapılması gerekli değildir⁶⁴. Bu şekilde bir genel kurulun icrasına karar verme yetkisi yönetim kuruluna aittir⁶⁵.

RevOR m. 701e/f. 1 uyarınca yönetim kurulu elektronik araçların kullanımını düzenler. Yönetim kurulu elektronik araçların kullanımında şu dört asgari şartı sağlamak durumundadır:

- ✓ Katılımcıların kimliğinin tespit edilmesini,
- ✓ Oyların genel kurulda aracısız nakledilmesi,
- ✓ Tüm katılımcılara öneride bulunabilme ve müzakerelere katılabilme imkânının sağlanması,
- ✓ Oylama sonucunun hatalı olamamasını (RevOR m. 701e/f. 2).

O hâlde kullanılan elektronik araç, aracısız ve doğrudan katılımı sağlamalı ve pay sahiplerinin karşılıklı eş zamanlı etkileşimini sağlayacak nitelikte olmalıdır⁶⁶. Bunun dışında elektronik aracın türüne ilişkin ise Kanunda bir belirleme yapılmamıştır. Bu husustaki esneklik yerindedir. Elektronik aracın kullanımında bir

⁶¹ von der Crone/Grob, s. 7.

⁶² von der Crone/Grob, s. 7.

⁶³ Botschaft, s. 558; von der Crone/Bernet, s. 266; Müller/Akeret, s. 11.

⁶⁴ von der Crone/Bernet, s. 267; Müller/Akeret, s. 11.

⁶⁵ Müller/Akeret, s. 11.

⁶⁶ von der Crone/Bernet, s. 266.

görüntü aktarımı zorunlu değildir⁶⁷. Dolayısıyla yönetilebilir durumlarda genel kurula telefonla katılmak da mümkün olacaktır⁶⁸.

Öte yandan şirket sözleşmesinde elektronik aracın kullanımının şartlara bağlanması ya da sınırlandırılması mümkündür⁶⁹. Ayrıca RevOR m. 701e'ye dayanılarak ayrıntıların düzenlenmesi için yönetim kurulunun bir uygun iç yönerge çıkarması tavsiye olunur⁷⁰.

B. Sanal Genel Kurul

1. Kavram ve Hukuki Temeli

Sanal genel kurul, elektronik araçlar vasıtasıyla fiziki toplantı yeri olmaksızın icra edilen genel kuruldur⁷¹. Yukarıda açıkladığımız elektronik katılım imkânlı genel kuruldan farklı olarak burada fiziki toplantı yeri bulunmaz ve genel kurul tamamıyla elektronik/sanal ortamda gerçekleştirilir⁷². Sanal genel kurul kavramında belirleyici olan katılımcıların fiziki olarak bir araya gelmemesidir⁷³. Tüm katılımcılar herhangi bir yerden elektronik araçlar vasıtasıyla genel kurula iştirak edebilirler⁷⁴. Böylece tüm pay sahiplerinin genel kurul toplantısı için belirli bir yerde bulunması gerekmeksizin elektronik araçlar vasıtasıyla aktif ve doğrudan genel kurul kapsamındaki haklarını kullanabilmeleri mümkündür⁷⁵.

Doktrindeki hâkim görüşe göre yürürlükteki anonim şirket hükümlerine göre sanal genel kurul geçerli değildir⁷⁶.

Sanal genel kurul ("*Virtuelle Generalversammlung*")⁷⁷ kenar başlıklı RevOR m. 701d ile birlikte bu tür genel kurula ilişkin bir düzenleme öngörülmüştür. RevOR

⁶⁷ von der Crone/Bernet, s. 267.

⁶⁸ Botschaft, s. 559; Bertschinger, s. 193; von der Crone/Bernet, s. 267.

⁶⁹ von der Crone/Bernet, s. 267.

⁷⁰ von der Crone/Bernet, s. 267.

⁷¹ Botschaft, s. 558; von der Crone /Grob, s. 6; Lukas Müller, "Die Online-Gründung der Aktiengesellschaft", *SJZ/RJS 116*, 2020, Nr 16/17, s. 259; von der Crone /Bernet, s. 268.

⁷² Botschaft, s. 558; von der Crone /Grob, s. 6; Forrer/Müller/Zuur, s. 13; Müller, s. 259.

⁷³ von der Crone/Grob, s. 6.

⁷⁴ Müller, s. 259.

⁷⁵ Müller, s. 259.

⁷⁶ Roman Schister/Marisa Walker, "Virtuelle Generalversammlung", <<https://www.alexandria.unisg.ch/248116/1/Virtuelle%20Generalversammlung.pdf>, Erişim Tarihi 8 Nisan 2022,

s. 6.

m. 701d/f. 1 uyarınca bir genel kurul toplantı yeri olmaksızın elektronik araçlarla birlikte icra edilebilir. Ancak bu şu iki şarta bağlanmıştır: Şirket sözleşmesinin bunu öngörmesi ve yönetim kurulunun toplantıya çağrıda bir bağımsız oy hakkı temsilcisini belirlemesi (RevOR m. 701d/f. 1). Payları borsaya kote edilmemiş şirketlerde şirket sözleşmesi bağımsız oy hakkı temsilcisinin belirlenmesinden vazgeçilebileceğini öngörebilir (RevOR m. 701d/f. 2).

Sanal genel kurul için şirket sözleşmesinde hüküm şartının aranması yerindedir⁷⁸. Zira sanal genel kurulda fiziki toplantı yapılmadığından genel kurula hâkim olan ilkelerden doğrudan doğruyalık ilkesi (“*Unmittelbarkeitsprinzip*”) bundan etkilenir⁷⁹. Bağımsız oy hakkı temsilcisinin belirlenmesine ilişkin şart da elektronik araçları kullanma bakımından daha az teknik yatkınlığa sahip pay sahiplerinin sanal genel kurula bizzat katılmaksızın bu kişi vasıtasıyla oyunu kullanmasına imkân tanır⁸⁰.

2. Sanal Genel Kurulun Doğrudan Doğruyalık İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi

İsviçre anonim şirketler hukukunda genel kurulun icrasına ilişkin temel ilkelerden biri doğrudan doğruyalık ilkesidir. Genel kurula ilişkin hükümler bu ilke dikkate alınarak öngörülmektedir⁸¹. Bu ilkeye göre genel kurulda katılımcılar eş zamanlı olarak aktif olmalı, birbirleriyle etkileşime girebilmeli ve gelişmeleri ve alınacak kararları etkileyebilmelidir⁸².

İsviçre Federal Mahkemesi’nin vermiş olduğu bir karara göre pay sahiplerinin ve kanuni organların doğrudan genel kurula katılabilmesi gerekir⁸³. Kararda ele alınan doğrudan doğruyalık zamansal olarak eş zamanlı katılımı ilgilidir⁸⁴.

⁷⁷ Danışma ve tartışma sürecinde (“*Vernehmlassung*”) ön taslakta kullanılan siber genel kurul kavramı (“*Cybergeneralversammlung*”) kavramı belirsiz ifadesinden dolayı reddedilmiştir. Siber kavramı internete atıf yapmaktadır. Hazır bulunma olmaksızın katılmanın diğer türlerinin de, örneğin telefon ve video konferans, Kanun kapsamına alınması istenmektedir. Taslak 2016’da Bundesrat bu yüzden haklı olarak artık siber genel kuruldan söz etmez, aksine daha önce de kullanılan kavram olan sanal genel kurul tercih edilmiştir (von der Crone/Grob, s. 7).

⁷⁸ von der Crone/Grob, s. 7; von der Crone/Bernet, s. 268.

⁷⁹ von der Crone/Grob, s. 7; von der Crone/Bernet, s. 268.

⁸⁰ Müller/Akeret, s. 13.

⁸¹ von der Crone/Grob, s. 13.

⁸² Sascha Daniel Patak, *Die virtuelle Generalversammlung im schweizerischen Aktienrecht*, Dissertation der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern, Luzern, 2004, s. 95.

⁸³ BGE 67 I 342 ff.

Doğrudan doğrualık ilkesinin temel amacı pay sahipleri ve yönetim kurulunun karşılıklı bilgi değişiminde bulunmasının ve genel kurulda irade oluşumunun tartışmalı ve etkileşimli süreç sonucunda gerçekleşmesinin sağlanmasıdır⁸⁵. Diğer bir deyişle bu ilke, pay sahiplerinin bilinçli bir şekilde gerçek iradesinin alınacak kararlara yansımını hedef tutmaktadır⁸⁶. Bu ilke pay sahiplerinin genel kurul toplantısındaki tartışmalar sonucunda görüşünün değişebilmesine imkân tanımaktadır⁸⁷. Bu yüzden doğrudan doğrualık ilkesi uygulanmadan sağlıklı bir genel kurul toplantısı yapılamayacaktır. Gerçekten doktrindeki hâkim görüşe ve mahkeme kararlarına göre sirküler karar, mektupla oy kullanma, delegeler genel kurulu geçerli olarak kabul edilmemektedir⁸⁸.

Doğrudan doğrualık ilkesinin pay sahiplerinin fiziki toplantıda bizzat bulunmasını gerektiren katı bir ilke olduğu söylenemez. Gerçekten bu hususta özellikle bağımsız oy hakkı temsilciliği kurumuna dikkat çekmek gerekir. Bağımsız oy hakkı temsilcisi pay sahibinin genel kuruldan önce kendisine ilettiği irade beyanını genel kurulda yansıtmaktadır⁸⁹. Temsilci, temsil olunan pay sahibinin direktiflerine uymak zorunda olan bir elçi konumundadır⁹⁰. Böylece genel kurul kararları aslında gerçek bir toplantıdan önce alınmış olabilmektedir⁹¹. Diğer bir deyişle genel kurulda bulunan pay sahipleri, tartışma yoluyla kararlara ilişkin oylama sonucuna etki edememektedir⁹². Dolayısıyla doğrudan doğrualık ilkesine uygun olarak genel kurulda kollektif bir karar alma sürecinden söz edilemeyeceğinden doğrudan doğrualık ilkesinin ve şirket organı olarak genel kurulun konumunun zayıfladığı söylenebilir⁹³. Özetle bağımsız temsilcilik doğrudan doğrualık ilkesiyle çatışma hâlinde durmaktadır.

Görüldüğü üzere değişen koşullar ve bunların getirdiği gereksinimler doğrudan doğrualık ilkesiyle çelişen kurum ya da uygulamaların doğmasına sebebiyet vermektedir. Doktrinde doğrudan doğrualık ilkesinde ısrar etmenin

⁸⁴ Patak, s. 95.

⁸⁵ von der Crone/Grob, s. 13.

⁸⁶ von der Crone/Grob, s. 13.

⁸⁷ von der Crone/Grob, s. 14.

⁸⁸ Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 4. Auflage, Schulthess Verlag, 2009, § 12 N 147; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 23, N. 11.

⁸⁹ von der Crone/Grob, s. 14.

⁹⁰ Bağımsız oy hakkı temsilcisine bir direktif verilmemişse oy kullanmaktan kaçınmak zorundadır (von der Crone/Grob, s. 14).

⁹¹ von der Crone/Grob, s. 14.

⁹² von der Crone/Grob, s. 14.

⁹³ von der Crone/Grob, s. 14.

gerçekten zamana uygun olup olmadığı sorusu tartışılrsa da yeni anonim şirketler hukuku kapsamında genel kurulda da bu ilkenin geçerli olduğu kabul edilmelidir⁹⁴.

O hâlde sanal genel kurulun icrasında bu ilkenin temel şartları yerine getirilmelidir. Hemen belirtelim ki doğrudan doğruyalık ilkesi tüm katılan pay sahiplerinin bir toplantı yerinde fiziken bulunmalarını gerektirmez⁹⁵. Daha ziyade bu ilke için önemli olan hususlar pay sahiplerinin eş zamanlı etkileşim içinde bulunabilmeleri ve şirketin irade oluşumuna aktif olarak katılabilmeleridir. Sanal genel kurulda bunlar kullanılan elektronik araçla sağlandığı sürece bu ilkeye aykırılık söz konusu değildir. Gerçekten artık çoğu elektronik araç/uygulama doğrudan doğruyalık ilkesine uygun bir sanal genel kurulun icra edilmesini imkân tanımaktadır⁹⁶. Ayrıca sanal genel kurul, pay sahiplerinin bağımsız oy hakkı temsilcisine ihtiyaç duymaksızın oy hakkını genel kurulda bizzat kullanmalarını sağlamaktadır. Bu nedenle sanal genel kurulun doğrudan doğruyalık ilkesine uygun genel kurulun icrasına pozitif olarak etki ettiği ileri sürülebilir⁹⁷. Sonuç olarak bunun için uygun elektronik aracın kullanılması şartıyla sanal genel kurulun icrasında doğrudan doğruyalık ilkesi bakımından bir sorun bulunmamaktadır.

3. Sanal Genel Kurulun Esas Sözleşmede Öngörölmüş Olması

RevOR m. 701d/f. 1 uyarınca bir sanal genel kurulun icra edilebilmesi için şartlardan biri de şirket sözleşmesinde bu yönde bir hükmün bulunmasıdır. Şirketin kuruluşunda şirket sözleşmesinde buna ilişkin bir hüküm öngörülebilir. Bunun için, doğal olarak, tüm kurucuların onayı gereklidir. Halihazırda kurulmuş şirketlerde ise şirket sözleşmesi değişikliğine ihtiyaç vardır⁹⁸. Dolayısıyla sanal genel kurula ilişkin şirket sözleşmesi değişikliği amacıyla geleneksel fiziki toplantılı genel kurulun toplantıya çağrılıp icra edilmesi icap eder⁹⁹. Mevcut şirketlerde sanal genel kurula ilişkin şirket sözleşmesindeki revizyon yapılırken bir çelişki ortaya çıkmaması için şirket sözleşmesindeki tüm hükümlerin iyi bir şekilde uyumlulaştırılması gerekir¹⁰⁰.

⁹⁴ von der Crone/Grob, s. 14.

⁹⁵ von der Crone/Grob, s. 15.

⁹⁶ Patak, s. 102-103. Doğrudan doğruyalık ilkesi işlevsel olarak sağlandığı sürece elektronik aracın türü tali önemi haizdir (von der Crone/Grob, s. 15).

⁹⁷ von der Crone, s. 14.

⁹⁸ Şirket sözleşmesi değişikliği hususunda bir aciliyet söz konusuysa yeni anonim şirketler hukuku hükümlerinin yürürlüğe girmesinden sonra mümkün olduğu kadar çabuk bir olağanüstü genel kurul yapılabilir ya da en geç ilk olağan genel kurulda bu konu görüşülebilir (Müller/Akeret, s. 14). Bu şirket sözleşmesi değişikliği RevOR m. 647 uyarınca resmi olarak tasdik edilmeli ve ticaret siciline tescil edilmelidir (Müller/Akeret, s. 14).

⁹⁹ von der Crone/Grob, s. 12.

¹⁰⁰ von der Crone/Grob, s. 12; Müller/Akeret, s. 14.

Zira bir yandan sanal genel kurula ilişkin düzenleme yapılırken diğer yandan örtülü de olsa fiziki toplantı yerini şart koşan şirket sözleşmesi hükümleri bulunabilir¹⁰¹.

Elektronik araçlar şirket sözleşmesinde düzenlenebilir. Ancak teknik gelişmeler sonradan şirket sözleşmesinde değişiklik ihtiyacını her zaman için doğurabileceğinden elektronik araçlara ilişkin detaylı belirlemenin şirket sözleşmesinde yapılması tavsiye olunmaz¹⁰². Şirket sözleşmesinde elektronik araçların genel prensip olarak düzenlenmesi daha yerindedir¹⁰³.

Elektronik araçların kullanımı şirket sözleşmesinde belirlenmezse RevOR m. 701e/f. 1 uyarınca yönetim kurulu elektronik araçların kullanımını düzenler. Yönetim kurulu elektronik araçların kullanımını özel olarak oluşturulmuş bir iç yönergede ayrıntılı bir şekilde belirleyebilir¹⁰⁴. Böylece şirketin elektronik araçlarla ilgili teknik yeniliklere uyumluluk ve reaksiyon yeteneği sağlanmış olur¹⁰⁵.

4. Klasik Genel Kurul Karşısında Sanal Genel Kurulun Avantajları ve Dezavantajları

a. Avantajları

Genel kurul anonim şirket ortaklarının iradelerinin ortaya konduğu ve dolayısıyla şirketin iç iradesinin olduğu yerdir. Genel kurul toplantısına katılamayacak durumda olanlar temsilciler vasıtasıyla genel kurulda temsil edilebilmektedirler. Burada pay sahibinin genel kurula dolaylı katılımı söz konusudur. Sanal genel kurul vasıtasıyla pay sahipleri temsilciye ihtiyaç duymaksızın genel kurula katılabilir. Pay sahibinin elektronik araçlar vasıtasıyla doğrudan katılımı şirketin irade oluşumunda görüşünün doğrudan yansımaya olanak sağlamaktadır. Diğer bir deyişle sanal genel kurul, genel kuruldaki tartışma ve irade oluşumu ortamını iyileştirmektedir¹⁰⁶.

Anonim şirketlerde pay sahiplerinin toplantıya katılımı önemli bir sorundur. Bu sorun özellikle farklı uluslardan pay sahipleri ya da çok sayıda pay sahipleri içeren büyük şirketlerde sıklıkla ortaya çıkmaktadır. Bu da genel kurul kararlarının rastgele nisaplarla alınmasına yola açmaktadır¹⁰⁷. Özellikle yukarıda ifade ettiğimiz

¹⁰¹ von der Crone/Grob, s. 12.

¹⁰² Müller/Akeret, s. 13; von der Crone/Grob, s. 12.

¹⁰³ von der Crone/Grob, s. 12.

¹⁰⁴ Botschaft, s. 557; Müller/Akeret, s. 13-14.

¹⁰⁵ Müller/Akeret, s. 14.

¹⁰⁶ Schister/Walker, s. 19.

¹⁰⁷ Schister/Walker, s. 19.

tarzda şirketlerde tüm pay sahipleri için uygun toplantı yeri bulmak da ciddi bir sorun teşkil eder. Klasik genel kurula katılım için ulaşım masrafları da pay sahiplerini toplantıda bulunmadan alıkoyabilmektedir. Sanal genel kurul elektronik araçlar vasıtasıyla bu sorunları çözebilecek potansiyele sahiptir¹⁰⁸. O hâlde sanal genel kurul ile birlikte pay sahiplerinin genel kurul toplantısına katılım oranı artacak ve böylece pay sahipleri demokrasisi güçlenecektir¹⁰⁹.

Bazı şirketlerde klasik genel kurul toplantısına ilişkin hazırlıklar meşakkatli ve uzun sürebilmektedir¹¹⁰. Bu durum aciliyet gerektiren genel kurul toplantıları bakımından önem arz etmektedir. Sanal genel kurul, toplantıya çağrıdan toplantının icra edilmesine kadar genel kurulun daha rahat ve hızlı yapılmasına imkân tanıyarak süreci basitleştirmektedir¹¹¹. Ayrıca elektronik araçlar vasıtasıyla toplantıya çağrı ve sanal genel kurul icrası şirketi klasik genel kurula ilişkin masraflardan (özellikle toplantı yeri ve toplantının yapılmasına ilişkin diğer hazırlıklara ilişkin masraflardan) önemli ölçüde kurtarmaktadır¹¹².

Pay sahipleri bakımından sanal genel kurul klasik genel kuruldan daha konforlu olabilir¹¹³. Zira pay sahiplerinin hareket serbestisi sanal genel kurulda daha fazladır¹¹⁴.

b. Dezavantajları

Sanal genel kurul elektronik araçlar vasıtasıyla icra edildiğinden pay sahiplerinin en azından genel kurula erişim sağlayabilecek düzeyde bu araçların kullanımına vakıf olmaları gerekir. Bu, özellikle eski jenerasyon pay sahipleri bakımından sorun teşkil edebilir. Bundan dolayı da bazı pay sahiplerinin genel kurula katılamaması gündeme gelebilir¹¹⁵. Bu nedenle İsviçre Anonim Şirketler Hukuku Revizyonu gerekçesinde de belirtildiği üzere sanal genel kurul için tüm pay sahiplerinin onayı aranmıştır.

Yine sanal genel kurulun icrasında elektronik araçların kullanımına ilişkin sorunlar meydana gelebilir. Teknik problemler ya da siber saldırılar sonucu genel

¹⁰⁸ Patak, s. 120; Schister/Walker, s. 19.

¹⁰⁹ Schister/Walker, s. 20.

¹¹⁰ Schister/Walker, s. 20.

¹¹¹ Schister/Walker, s. 20-21.

¹¹² Patak, s. 120.

¹¹³ Patak, s. 125.

¹¹⁴ Patak, s. 125.

¹¹⁵ Schister/Walker, s. 26.

kurul tamamen ya da bazı pay sahipleri için kısmen kesintiye uğrayabilir¹¹⁶. Bu yüzden yönetim kurulu, pay sahiplerinin genel kurula erişimini kolay bir şekilde sağlayabilecek ve zikredilen sorunların ortaya çıkmalarını engelleyecek şekilde en uygun elektronik aracı belirlemelidir.

Öte yandan genel kurula katılan pay sahiplerinin kimliklerinin tespit edilmesi ve yetkisiz katılımın engellenmesi sanal genel kurul bakımından çözülmesi gereken diğer sorunlardandır.

Son olarak fiziki ortamda gerçekleşen klasik genel kurul, bağlılık düzeyi ne olursa olsun ortak bir amaç için bir araya gelen pay sahiplerine toplantı öncesi ve sonrası insani duygular paylaşma imkânı tanımaktadır. Bu paylaşma imkânı pay sahiplerinin birbiriyle ve özellikle yönetimle arasında bağlılık ve güven oluşması açısından önemlidir¹¹⁷.

5. Sanal Genel Kurula Katılım

a. Pay sahiplerinin katılım hakkının korunması

Katılım hakkı her pay sahibinin genel kurula katılmaya ilişkin emredici bir hakka sahip olduğunu ifade eder¹¹⁸. Bu hak genel kurulda ortaklık haklarının kullanılması için temel oluşturur¹¹⁹. Katılım hakkında bazı şartlarda sınırlandırılabilen göreceli bir kazanılmış hak (“*wohlerworbenes Recht*”) söz konusudur¹²⁰. Bu sınırlandırmaya örnek olarak genel kurul toplantısının şirket merkezinden farklı bir yerde yapılması gösterilebilir¹²¹. Ancak her hâlde OR m. 717/f. 2 uyarınca pay sahiplerinin eşit işleme tabi tutulması gerekmektedir¹²².

Sanal genel kurul yapılması, pay sahiplerinin genel kurula katılım hakkını engelleyemez ve aşırı ölçüde zorlaştıramaz¹²³. RevOR m. 701e/f. 2’de elektronik araçların pay sahiplerinin katılım hakkını etkilemeyecek nitelikte olması hüküm altına alınmıştır. O hâlde pay sahiplerinin genel kurula katılım hakları ve özellikle aktif bir şekilde konuşma ve soru sorma haklarının muhafaza edilmesi gerekir¹²⁴.

¹¹⁶ Schister/Walker, s. 23-24.

¹¹⁷ Schister/Walker, s. 26-27.

¹¹⁸ von der Crone/Grob, s. 15.

¹¹⁹ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 23, N. 16 ve 58 vd; von der Crone/Grob, s. 15.

¹²⁰ Patak, s. 57; von der Crone/Grob, s. 15.

¹²¹ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 23, N. 84; von der Crone/Grob, s. 15.

¹²² von der Crone/Grob, s. 15.

¹²³ von der Crone/Grob, s. 15.

¹²⁴ Botschaft, s. 559; von der Crone/Grob, s. 16; Müller/Akeret, s. 15.

Her geçen gün pay sahiplerinin temel bilgisayar ve internet kullanım yeteneğinin arttığı düşünüldüğünde sanal genel kurulun pay sahiplerinin genel kurula katılım hakkını zedelediği ve hatta olumlu katkıları olduğu ilke olarak söylenebilir¹²⁵.

b. Elektronik aracın seçilmesi

RevOR m. 701e/f. 1 uyarınca sanal genel kurulda kullanılacak elektronik araç yönetim kurulu tarafından belirlenir. Bu belirlemede RevOR m. 701e/f. 2'deki asgari şartlara uyulması gerekir. Seçilecek iletişim aracı özellikle genel kurulun işleyişine hâkim olan ilkelerden doğrudan doğruyalık ilkesine uygun olmalıdır¹²⁶. Bu nedenle bunlar, genel kurula katılanlar arasındaki iletişimi/etkileşimi mümkün kılmak zorundadır. Bu sayede katılımcılar önerilerini sunabilirler, bilgi talep edebilirler, oy verebilirler ve doğrudan genel kurul işleyişini takip edebilirler¹²⁷. O hâlde örneğin video konferans şeklinde görüntülü chat (*Zoom, Teams, Skype gibi uygulamalar*) ya da telekonferans gibi katılımcıların eş zamanlı olarak etkileşimde bulunması imkânı sunan elektronik araçların doğrudan doğruyalık ilkesine uygun olduğu ifade edilebilir. Buna karşın örneğin e-mail yoluyla bir genel kurul icrasının, zamansal olarak eş güdüm sağlanmadığından, doğrudan doğruyalık ilkesine aykırı olduğu söylenebilir¹²⁸. Yine parça parça gönderilen sesli mesaj ya da görüntülerin doğrudan doğruyalık ilkesinin arzu ettiği pay sahipleri arasındaki doğrudan etkileşimde bulunmayı sağlamadığı ileri sürülebilir¹²⁹.

Öte yandan sanal genel kurulun icrasında görüntü aktarımı zorunluluğu bulunmadığından telekonferans yoluyla sanal genel kurul icra edilebilir¹³⁰. Bu, özellikle az sayıda pay sahibi bulunan şirketlerde tercih olunabilir¹³¹.

Elektronik araçların seçiminde kanun koyucu RevOR m. 701e/f. 2'de genel bir çerçeve çizmekle yetinmiş elektronik araçların türü bakımından bir tercihte bulunmamıştır. Bu nedenle yönetim kurulu, sanal genel kurulun icrası için bu fıkradaki şartları ve yukarıda belirtilen temel ilkeleri karşılayan herhangi bir elektronik aracı serbestçe belirleyebilir¹³².

¹²⁵ von der Crone/Grob, s. 15.

¹²⁶ von der Crone/Grob, s. 16; Müller/Akeret, s. 15.

¹²⁷ Müller/Akeret, s. 15.

¹²⁸ von der Crone/Grob, s. 16; Müller/Akeret, s. 15.

¹²⁹ Müller/Akeret, s. 15.

¹³⁰ Botschaft, s. 559; Müller/Akeret, s. 15.

¹³¹ Botschaft, s. 559; Müller/Akeret, s. 15.

¹³² Müller/Akeret, s. 15.

Elektronik araçların seçiminde teknik olarak ortalama yetkinlikteki ve donanımlı pay sahibi figüründen hareket edilmektedir¹³³. Bu kabul, pay sahiplerinin temel bilgisayar ve internet kullanımını şart koşmaktadır¹³⁴.

c. Genel kurul katılımcılarının kimliğinin tespit edilmesi

Belirli kişiler genel kurula katılım hakkına sahiptir. Katılım hakkı, doğal olarak, genel kurul toplantılarında kimlik tespitinin yapılmasını gerektirir¹³⁵. Zira katılım hakkına sahip olan kişiler genel kurulda iradelerini ortaya koyarlar. Genel kurul şirketin iç iradesinin ortaya konulduğu yerdir. Kimlik tespiti genel kurula katılma hakkını haiz olan kişilerin genel kurulda iradelerini ortaya koymasını sağlar. Böylece hak sahiplerinin haklarına riayet edilerek hukuka uygun bir genel kurul toplantısı icra edilebilir.

Yetkisiz kişilerin genel kurula katılımı genel kurul toplantısını ve kararlarını etkileyebilir. Genel kurul kararlarının alınmasında yetkisiz kişilerin kullandığı oyların etkisi bulunuyorsa bu kararların iptali mümkündür (OR m. 691/f. 3)¹³⁶.

Genel kurula katılacak kişilerin kimlik tespiti yönetim kurulu tarafından yapılır (RevOR m. 701e/f. 2-b. 1).

Klasik toplantı yerli genel kurulda kimlik tespiti şu şekilde yapılır:

Nama yazılı pay sahiplerinin pay defterinde kayıtlı adreslerine bir form gönderilir¹³⁷. Onunla birlikte pay sahipleri genel kurula giriş için bir giriş kartı talep edebilir ya da oy talimatı verebilir¹³⁸. Kural olarak genel kurul kapı kontrolünde giriş kartı ibraz edilmek zorundadır¹³⁹.

Sanal genel kurul bakımından da kimlik tespitinin yapılması ve yetkisiz katılımın önlenmesi aynı şekilde önem taşımaktadır. Sanal genel kurul bağlamında da yönetim kurulunun, katılımcıların kimliğinin tespit edilmesini (RevOR m. 701e/f. 2-b. 1) ve oy verme sonuçlarının sahte olamamasını sağlaması gerekir (RevOR m. 701e/f. 2-b. 1). O hâlde yönetim kurulunun bunları sağlayacak bir elektronik araç ve sistemin kurulması hususunda sorumluluğu bulunmaktadır. Bu, yönetim kurulunun

¹³³ Botschaft, s. 557; von der Crone/Grob, s. 15.

¹³⁴ Botschaft, s. 557; von der Crone/Grob, s. 15.

¹³⁵ Bertschinger, s. 195; von der Crone/Grob, s. 17.

¹³⁶ Müller/Akeret, s. 14; von der Crone/Grob, s. 17.

¹³⁷ von der Crone/Grob, s. 18.

¹³⁸ von der Crone/Grob, s. 18.

¹³⁹ Ancak uygulamada çoğu kez buna ihtiyaç duyulmadığı yönünde bkz. von der Crone/Grob, s. 18.

elektronik araçların kullanımıyla ilgili tüm riskleri taşıdığı anlamına gelmemektedir¹⁴⁰. Yönetim kurulu burada teknik açıdan yapılması beklenebilir şekilde hareket etmek ve güvenli olmayan elektronik araçların kullanımından kaçınmak zorundadır¹⁴¹.

MÜLLER/AKERET'e¹⁴² göre yukarıda belirtilen şartların yerine getirilmesi için yönetim kurulu bir sanal genel kurulun toplantıya çağrılması kapsamında her pay sahibine özel olarak kişiselleştirilmiş bir kullanıcı adı ve şifre vererek yazılıma/sisteme girişini sağlayabilir ya da toplantıya davet ile birlikte kişiselleştirilmiş bir link gönderilebilir¹⁴³. Ayrıca katılımcıların kimliğinin tespit edilmesi bakımından güvenliğin yükseltilmesi için;

- ✓ Toplantıya çağrının şifreli e-mail yoluyla gönderilmesi,
- ✓ Katılımcı pay sahiplerinin video-telefon yoluyla kimlik kartlarını ya da bir vekâletnameyi ibraz etmeleri,
- ✓ Katılımcıların kimliğinin yüz tanıma yazılımı ya da gelecekte daha da gelişen sanal kimlik kartları yoluyla tespit edilmesi düşünülebilir.

Konuyu nama yazılı pay sahipleri ve hamiline yazılı pay sahipleri için ayrı ayrı ele alan von der CRONE/GROB'a göre ise,

Sanal genel kurul kapsamında nama yazılı pay sahiplerinin kimliğinin tespitinde¹⁴⁴;

- ✓ Nama yazılı pay sahiplerine giriş bilgilerinin (kullanıcı adı ve şifre) gönderilmesi sanal genel kurul için yeterlidir. Pay sahipleri bu bilgiler vasıtasıyla ilgili platforma giriş yapabilir¹⁴⁵. Şirket giriş yapan kişinin kimliğinin tespitinin onaylanması için, fiziki genel kurula girişte kişi kimlik cüzdanının kontrollerine benzer şekilde, ama başka bilgilere de gereksinim duyar. Bu yüzden ek olarak nitelikli elektronik imza vasıtasıyla pay sahiplerinin kimliğinin tespit edilmesi tavsiye olunur¹⁴⁶. Bu

¹⁴⁰ Botschaft, s. 560; von der Crone/Grob, s. 17; Müller/Akeret, s. 14.

¹⁴¹ Botschaft, s. 560; von der Crone/Grob, s. 17-18; Müller/Akeret, s. 14.

¹⁴² Müller/Akeret, s. 14.

¹⁴³ Ines Pöschel, "Generalversammlung und Internet: Versuch einer Ent-Täuschung", *Die "grosse" Schweizer Aktienrechtsrevision Eine Standortbestimmung per Ende 2010*, Dike Verlag, 2010, s. 223 vd, 235; Patak, s. 31.

¹⁴⁴ von der Crone/Grob, s. 18.

¹⁴⁵ Pöschel, s. 241.

¹⁴⁶ Kaspar Theiler, "Gedanken zur Zulässigkeit und Durchführbarkeit der virtuellen Generalversammlung de lege lata", *AJP*, 2012, s. 79.

şekilde gerçekleştirilecek kimlik tespiti geleneksel fiziki genel kuruldakinden daha yüksek güvenliğe sahiptir¹⁴⁷. Ancak belirtmek gerekir ki talep edilen dijital imza masrafından dolayı şu an için çok nadir kullanılmaktadır. Bu durum Bundesrat tarafından planlanan elektronik kimlik ispatının getirilmesi projesiyle birlikte (E-ID) değişebilir.

Sanal genel kurul kapsamında hamiline yazılı pay sahiplerinin kimliğinin tespitinde¹⁴⁸;

- ✓ Hamiline yazılı pay sahiplerinin kimliğinin tespiti şirket için, doğal olarak, nama yazılı pay sahiplerinden daha güçtür. Zira bunlar şirketçe bilindik olmayabilir ve hakim görüşe göre onlar kimliklerinin şirkete karşı açığa vurulmasına ilişkin bir yükümlülük altında değildirler¹⁴⁹. Bu yüzden kimlik tespitinin sağlanması için kimlik tespiti kontrolünün payların depo edildiği bankaya bırakılması tavsiye olunur. Şirket emanetçi bankaya giriş bilgilerini tevdi eder. Emanetçi banka da onları pay sahiplerine iletir. Bu sayede pay sahipleri şirkete karşı kendi kimliklerini açığa vurmaya zorunda olmaksızın nama yazılı pay sahipleri gibi aynı giriş bilgilerini elde ederler.

6. Sanal Genel Kurulun İşleyişinde Teknik Problemler ve Siber Saldırıları

RevOR m. 701f/f. 1 uyarınca genel kurul esnasında genel kurulun hukuka uygun olarak icra edilememesine yol açan teknik problemler meydana gelirse genel kurul tekrarlanmak zorundadır. Tekrarlanan genel kurulda RevOR m. 700/f. 1'de öngörülen çağrı süresine uyulmak zorunda değildir¹⁵⁰. Genel kurul için pay sahiplerinin çoğunluğunun katılımını en başında engellemeyen yeni bir tarihin kararlaştırılması yeterlidir¹⁵¹. Ancak en baştaki gündem listesi güncellenir ya da gündeme ilave yapılırsa yeni bir toplantıya çağrı söz konusu olduğundan toplantıya çağrıya ilişkin kanuni ve şirket sözleşmesindeki hükümlere uyulması gerekir¹⁵². Aksi takdirde sözde teknik problemler bahanesiyle toplantıya çağrıya ilişkin katı hükümlerin dolandırılması mümkün olurdu¹⁵³.

¹⁴⁷ Patak, s. 36.

¹⁴⁸ von der Crone/Grob, s. 18.

¹⁴⁹ Böckli, § 12 N. 127.

¹⁵⁰ Botschaft, s. 560.

¹⁵¹ Botschaft, s. 560. Bu husus sadece gerekçede bahsedildiğinden ve OR m. 701f'de açık bir şekilde düzenlenmediğinden genel kurulun tekrarlanmasında OR m. 701f/f. 1 uyarınca 20 günlük toplantıya çağrı süresine riayet edilmesi tavsiye olunur (Müller/Akeret, s. 17).

¹⁵² Botschaft, s. 560; von der Crone/Grob, s. 19; Müller/Akeret, s. 17.

¹⁵³ Botschaft, s. 560; von der Crone/Grob, s. 19.

Teknik problemlerin ortaya çıkmasından önce genel kurulda hukuka uygun olarak alınan kararlar geçerliliğini korumaktadır (RevOR m. 701f/f. 2). O hâlde bunlar için yeniden karar alınması gerekmez¹⁵⁴.

Öte yandan genel kurulun icrası hâlinde meydana gelen önemli teknik problemler tutanakta tespit edilmelidir (RevOR m. 702/f. 2-b. 6)¹⁵⁵.

Elektronik araçların kullanımı imkânı teknik problem riskini de içinde barındırır. Teknik problem elektronik araçların kullanılması kaynaklı genel kurulun icra edilmesine ilişkin her türlü aksaklığı ifade etmektedir.

Teknik problemlerin sonuçları bakımından problemin kimin sorumluluk alanına düştüğü önem arz etmektedir. Bir teknik hata ya şirket tarafından ya da pay sahipleri tarafından meydana gelebilir¹⁵⁶. Dolayısıyla burada iki sorumluluk alanından söz edilir¹⁵⁷. Klasik genel kurulda yönetim kurulu bir pay sahibinin fiili olarak genel kurula ulaştırılmasından sorumlu olmasa da genel kurulun yapılacağı fiziki toplantı yerine erişimin ve genel kurula girişin sağlanabilmesinden sorumludur¹⁵⁸. Bu durum kıyasen sanal genel kurul için de geçerlidir. Genel kurul için kullanılan platforma/uygulamaya bağlantı kurulamaması, yazılımın çalışmaması gibi temel ve genel sorunlar şirketin sorumluluk alanında yer almaktadır. Pay sahiplerinin kullandığı donanım ve yazılımlardan kaynaklı problemler ise onların sorumluluğunda bulunmaktadır¹⁵⁹.

RevOR m. 701f'de teknik problemlerin genel kurula ve genel kurul kapsamında alınan kararlara etkisine ilişkin özel bir düzenleme öngörülmüştür. Bu düzenleme şirketin sorumluluk alanında ortaya çıkan teknik problemlerle ilgilidir¹⁶⁰. Pay sahiplerinin sorumluluk alanındaki problemler RevOR m. 701f anlamında teknik problem olarak sayılmaz¹⁶¹. Bu nedenle teknik problem kendi sorumluluk alanına düşen pay sahibinin RevOR m. 701f uyarınca genel kurulun tekrarlanmasına ilişkin talep hakkı bulunmamaktadır¹⁶². Bununla birlikte pay

¹⁵⁴ Botschaft, s. 560.

¹⁵⁵ Müller/Akeret, s. 16.

¹⁵⁶ von der Crone/Grob, s. 19.

¹⁵⁷ Schister/Walker, s. 23; von der Crone/Grob, s. 19.

¹⁵⁸ Schister/Walker, s. 23.

¹⁵⁹ Botschaft, s. 560. Klasik toplantı yerli genel kurul bakımından gündeme gelen arızalı otomobil ve kayak tren bileti durumlarında olduğu gibi (Schister/Walker, s. 23).

¹⁶⁰ von der Crone/Grob, s. 19. Anonim şirketler hukuku açısından sadece şirketin sorumluluk alanına düşen teknik problemler önemlidir (Müller/Akeret, s. 16).

¹⁶¹ Botschaft, s. 560; Müller/Akeret, s. 16; von der Crone/Grob, s. 19.

¹⁶² von der Crone/Grob, s. 19-20.

sahiplerinin önemli bir kısmının kullandığı iletişim işletmesinin geniş kapsamlı bir sorunu bulunmaktaysa ya da onları ilgilendiren bir bölgesel elektrik kesintisi söz konusuysa yönetim kurulu bu durumları göz ardı edemez¹⁶³. Bu ihtimallerde yönetim kurulu genel kurula kısa bir süreliğine ara vermek ya da icabında genel kurulu başka bir zamana ertelemek durumundadır¹⁶⁴.

Siber saldırı elektronik ortama ilişkin temel bir güvenlik problemidir. Sanal genel kurulda siber saldırı riski bulunmaktadır. Siber saldırılar bilgilerin geçersiz bir şekilde oluşturulmasına, hatalı olmasına ya da silinmesine yol açabilir¹⁶⁵.

Siber saldırılar genel kurulun hukuka uygun bir şekilde icra edilmesine engel teşkil edebilir. Ancak kimi zaman siber saldırıların genel kurulun icrasına herhangi bir etkisi de olmayabilir. Siber saldırıların oylama sonuçlarını etkilememesi özellikle dikkat edilmesi gereken bir husustur¹⁶⁶. RevOR m. 701e/f. 2 hükmü bunun engellenmesi için yönetim kuruluna sorumluluk yüklemektedir. Hem kanun taslağı hem de gerekçe sanal genel kurulun siber saldırılardan korunması için yönetim kurulunun hangi somut tedbirleri alması gerektiğine ilişkin bir ifadeden kaçınmıştır. Burada öncelikle Kanun taslağında elektronik araçların kullanımına ilişkin genel ilkelere ve icabında şirket sözleşmesindeki ve iç yönergedeki taleplere riayet edilmesi gerekir¹⁶⁷. Ayrıca yönetim kurulu teknik gelişmelere uygun olarak kendisinden beklenebilen düzeyde gerekli güvenlik tedbirlerini almak durumundadır¹⁶⁸.

İşaret edilmelidir ki yönetim kurulu teknik problemler nedeniyle oylamayı ya da seçimi tekrar yapmak zorunda olmasına ilişkin yükümlülüğünden teknik problemlerin oylamanın ya da seçimin sonucuna etkisi olmadığını ispat ederek kurtulamaz¹⁶⁹. Pay sahiplerinin gündeme ilişkin oylamaların ve seçimlerin şekli olarak düzgün icra edilmesinde vazgeçilemez bir talep hakkı bulunmaktadır¹⁷⁰.

Son olarak genel kuruldaki oylamanın daha güvenli bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için Blockchain teknolojisinin kullanımı düşünülebilir¹⁷¹. Blockchain teknolojisinin temelleri 1990'ların başında atılsa da bu teknoloji

¹⁶³ Botschaft, s. 560; von der Crone/Grob, s. 20; Müller/Akeret, s. 16.

¹⁶⁴ Botschaft, s. 560; Müller/Akeret, s. 16.

¹⁶⁵ Patak, s. 28; von der Crone/Grob, s. 20; Schister/Walker, s. 23.

¹⁶⁶ von der Crone/Grob, s. 20; Müller/Akeret, s. 16.

¹⁶⁷ Botschaft, s. 560; von der Crone/Grob, s. 20; Müller/Akeret, s. 16-17.

¹⁶⁸ Botschaft, s. 557; von der Crone/Grob, s. 20; Müller/Akeret, s. 17.

¹⁶⁹ Botschaft, s. 560.

¹⁷⁰ Botschaft, s. 560.

¹⁷¹ von der Crone/Grob, s. 20.

günümüzde kripto varlıklarla özdeşleşmiştir¹⁷². Blockchain, blokların birbirine zincir gibi bağlandığı bir dağıtık veri tabanıdır¹⁷³. Bu sistemde işlemler bloklara kaydedilir. Bloklardaki verilerin özeti niteliğinde sabit uzunlukta “Hash” adı verilen bir çıktı oluşturulur. Hash adeta bloğun parmak izi anlamını taşır¹⁷⁴. Bloğun “Hash”i bir sonraki bloğun girdileri arasındadır. İşte her bloğa bir önceki bloğun “Hash”i eklenmek suretiyle bloklardan zincir oluşur¹⁷⁵. Bu yapıya da “Blockchain” Türkçe ifadesiyle “Blokzincir” denir. Her bir bloğun bir sonraki blokla bağlantısının bulunması bloklara yapılan saldırıların başarıya ulaşması için çok fazla hesaplama gücünü gerektirir. Bu durum sisteme saldırılarda çoğu kez menfaat-külfet dengesinde külfet yönünün ağır basmasına yol açar. Bu nedendir ki Blockchain teknolojisi, ilke olarak, güvenlidir¹⁷⁶. Blockchain teknolojisi yoluyla sadece özel anahtar sahibi pay sahipleri oylamaya katılabilir¹⁷⁷. Bu şekilde gerçekleştirilen oylama aynı zamanda şeffaftır¹⁷⁸. Zira oy verenler kendi oylarının sayılıp sayılmadığını ve sonucun doğru meydana gelip gelmediğini bizzat doğrulayabilirler¹⁷⁹. Ayrıca Blockchain teknolojisi güvenli yapısı ve oyların dağıtık bir şekilde farklı bilgisayarlarda saklanması nedeniyle dış saldırılara karşı güvenli bir oylama imkânı sunmaktadır¹⁸⁰.

7. Sanal Genel Kurul Kararının İptali ve Geçersizliği

a. İptale ve geçersizliğe ilişkin ilkeler

OR m. 706 uyarınca yönetim kurulu ve pay sahipleri, kanuna ve şirket sözleşmesine aykırı genel kurul kararının iptalini talep edebilir. OR m. 706/f. 2'nin sınırlayıcı olmayan kataloğu olası iptal nedenlerini göstermektedir. İptal edilebilirliğin aksine OR m. 706b uyarınca bir genel kurul kararının geçersizliği istisnai bir düzenlemedir. Sadece esaslı hatalar bir genel kurul kararının

¹⁷² Fatih Bilgili/M. Fatih Cengil, Blockchain ve Kripto Para Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Dora Yayınevi, 2022, s. 48, 93.

¹⁷³ Atul Kumar Verma/Arpit Garg, “Blockchain: An Analysis On Next-Generation Internet”, *International Journal of Advanced Research in Computer Science*, (8) 8, 2017, s. 429; Bilgili/Cengil, s. 48.

¹⁷⁴ Bilgili/Cengil, s. 48. Her blok kendi hash'i ile tanımlanmaktadır (Bikramaditya Singhal/Gautam Dhameja/Priyansu Sekhar Panda, *Beginning Blockchain*, Apress Berkeley, s. 159).

¹⁷⁵ Bilgili/Cengil, s. 48.

¹⁷⁶ Bilgili/Cengil, s. 48 vd. Elbette burada genel bir anlatım söz konusudur. Yoksa bazı Blockchain sistemleri diğerlerinden daha fazla güvenlidir.

¹⁷⁷ von der Crone/Grob, s. 20; Bilgili/Cengil, s. 56 ve 382-383; Forrer/Müller/Zuur, s. 23.

¹⁷⁸ Bilgili/Cengil, s. 56 ve 382-383.

¹⁷⁹ von der Crone/Grob, s. 20; Bilgili/Cengil, s. 56.

¹⁸⁰ von der Crone/Grob, s. 20; Bilgili/Cengil, s. 56 ve 382-383; Forrer/Müller/Zuur, s. 23.

geçersizliğine yol açabilir. Geçersiz genel kurul kararları iyileşmez ve geçerli olarak sayılamaz. Herkes geçersizlik davası açmaya hak sahibidir¹⁸¹. İlke olarak şirket sözleşmesinin ihlalinin ilgili kararın iptal edilebilirliğine yol açtığı kabul edilir. Bazı hâllerde iptal edilebilirlik yaptırımının esas olduğu ilkesinden ayrılmak gerekmektedir: Eğer (1) şirket sözleşmesi hükmü zorunlu olarak kamu menfaatinden çıkarılmışsa, (2) anonim şirketin esas yapısı ya da sermayenin korunmasının esas yapısı zedelenirse ya da (3) şirket sözleşmesi ihlali yoluyla pay sahiplerine el konulamayan çekirdek haklar elden alınır¹⁸². Sanal genel kurula odaklanıldığında aşağıda açıklanan iptal ya da geçersizlik davasına neden olabilecek olan önemli noktalar bulunur.

b. Sanal genel kurul özelinde kararların iptal edilebilirliği ve geçersizliği

İlkin belirtmek gerekir ki şüphe hâlinde, ilke olarak, toplantıya çağırma hükümlerinin ihlali genel kurul kararlarının geçersizliğine değil aksine ilgili genel kurul yoluyla alınan tüm kararların iptal edilebilirliğine yol açar¹⁸³. RevOR 626/f. 1-b. 7 uyarınca genel kurulun elektronik yolla toplantıya çağırılmasına ilişkin gerekli şirket sözleşmesi hükmü bulunmuyorsa ve buna rağmen bu yolla toplantıya çağrı yapılmışsa ilgili genel kurul kararları genellikle iptal edilebilirdir. Bunlar nadiren geçersiz olabilir¹⁸⁴.

Aynı şekilde RevOR m. 700/f. 1 uyarınca toplantıya çağrı süresinin önemsiz düzeyde riayet edilmemesi hâlinde genel kurulun tüm kararlarının iptal edilebilirliği söz konusudur (OR 706/f. 2-b. 1). Toplantıya çağrı süresinin kasten kısaltılması hâlinde ya da önemli düzeyde daha kısa çağrı süresinin uygulanması hâlinde OR 706b-b. 1 uyarınca genel kurul kararlarının geçersizliği söz konusu olabilecektir¹⁸⁵.

Toplantıya çağrı hâlinde 20 günlük çağrı süresi yanında RevOR m. 700/f. 2 uyarınca içeriksel asgari bilgilere de uyulmalıdır. Gündem maddelerinin yeteri kadar açık olmaması hâlinde de alınan karar için iptal edilebilirlik yaptırımı söz konusudur¹⁸⁶. Genel kurul çağrısında içerikteki önemli eksiklerin olması, alınan kararların geçersizliğine yol açabilir. Toplantı konularına ilişkin bilgi olmaksızın ya da gündem maddeleri olmaksızın bir toplantıya çağrı ya da genel kurulun yeri/yerleri, türü, tarihi ve saati olmaksızın toplantıya çağrı buna örnek olarak

¹⁸¹ Böckli, § 16 N. 99.

¹⁸² Böckli, § 16 N. 157A.

¹⁸³ Müller/Akeret, s. 18.

¹⁸⁴ Müller/Akeret, s. 18.

¹⁸⁵ Schister/Walker, s. 20; Müller/Akeret, s. 18.

¹⁸⁶ Müller/Akeret, s. 18.

gösterilebilir¹⁸⁷. Ayrıca sanal genel kurul için toplantıya çağrıyla birlikte gönderilen sisteme giriş bilgileri eksik/hatalıysa ve bu yüzden pay sahiplerinin büyük kısmı genel kurula katılamazsa genel kurul kararlarının geçersizliği gündeme gelir¹⁸⁸.

Elektronik toplantıya çağrının doğru bir şekilde tebliğ edilmemesi hâlinde, bu duruma pay sahibinin veya şirketin neden olmasına göre hukuki sonuç değişmektedir. Pay sahiplerinin yeni e-mail adresini şirketle paylaşmaması ve bu nedenden kaynaklı hatalı tebliğ durumunda neden pay sahiplerinin etki alanında bulunduğundan sonuçlara ilgili pay sahibi katlanmak durumundadır. Elektronik toplantıya çağrıda tebliğ hatası şirketin etki alanındaysa OR m. 706 uyarınca iptal edilebilirlik söz konusu iken; özellikle ağır ihlallerde OR m. 706b-b. 1 uyarınca geçersizlik yaptırımını da söz konusu olabilecektir¹⁸⁹.

Genel kurula katılma hakkına sahip olmayan kişilerin katılımı kapsamında alınan genel kurul kararları geçersiz değil, iptal edilebilirdir. Bununla birlikte davalı şirket, yetkisiz katılan kişilerin kararın alınmasına etkisi olmadığını ispat ederek ilgili genel kurul kararlarının iptal edilmesini engelleyebilir. Bu durum sanal genel kurul bakımından da geçerlidir¹⁹⁰.

Son olarak sirküler genel kurul kararı, revize edilmiş anonim şirketler hukukunda da geçersiz olarak kabul edilmiştir¹⁹¹.

V. YETKİLİ MAHKEMENİN TESPİTİ SORUNU

Tüm toplantı yerleri İsviçre’de bulunuyorsa şirkete karşı iptal ve geçersizlik davaları için ek yetkili mahkeme yeri söz konusu olmaz. Bu hususlarda şirketin merkezindeki mahkeme yetkili olmayı sürdürür (İsviçre Medeni Usul Kanunu [Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, ZPO] m. 10/f. 1-b). Sorumluluk davaları için de alternatif yetkili mahkemeler değişmeksizin davalı tarafın ikametgahında ve şirketin merkezinde bulunmaya devam eder (ZPO m. 40). İhtiyati tedbirlerle ilgili bir ek yetkili mahkemenin, şirket merkezinden farklı her toplantı yerinde kurulduğu kabul edilir. Ancak bunun için ihtiyati tedbirin o yerde icra edilmesi gerekir (ZPO m. 13).¹⁹²

¹⁸⁷ Müller/Akeret, s. 18.

¹⁸⁸ Müller/Akeret, s. 18.

¹⁸⁹ Müller/Akeret, s. 18-19.

¹⁹⁰ Müller/Akeret, s. 19.

¹⁹¹ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 23 N. 9.

¹⁹² von der Crone/Bernet, s. 266.

Öte yandan bir ya da birden fazla toplantı yeri yurt dışında bulunan birden fazla yerli genel kurul hâlinde ek olarak yurt dışındaki mahkemelerin yetkili olmasının bazı riskleri olabilir¹⁹³.

VI. GENEL KURUL KARARLARININ TASDİKİ

A. Yabancı Ülkede İcra Edilen Genel Kurul Kararlarının Tasdiki

Yabancı bir ülkede icra edilen genel kurul kapsamında alınan kararlar da tasdike tabi olabilir. Bu türden genel kurullarda alınan ve tasdiki gereken kararlar ülkesellik ilkesinden dolayı İsviçre’de görevli tasdik mercii tarafından değil¹⁹⁴, genel kurulun yapıldığı ülkenin hukukuna göre yetkili olan yabancı tasdik mercii tarafından tasdik olunur¹⁹⁵. Yabancı tasdik mercii tarafından yapılan tasdiklemenin kabul edilmesi ve kararın ticaret siciline tescil edilmesi için HRegV m. 25’te belirtilen şartlara uyulması gerekir¹⁹⁶.

B. Birden Fazla Toplantı Yerinde İcra Edilen Genel Kurul Kararlarının Tasdiki

Birden fazla yerde gerçekleşen genel kurul toplantısının tasdike tabi kararları bu toplantı yerlerinden birinde bir yetkili tasdik mercii tarafından tasdik olunur¹⁹⁷. İsviçre’de resmi belgelere ilişkin asgari talepler federal hukuka göre saptanır¹⁹⁸. Şekli oluşum şartları kanton hukukuna göre karar verilir (İsviçre Medeni Kanunu Son Fesıl (“*Schlussitel*”) m. 55/f. 1).

Tasdik merciinin fiziki olarak bulunduğu toplantı yerindeki süreçler onun tarafından doğrudan gözlemlenir¹⁹⁹. Diğer toplantı yerindeki süreçlerle ilgili tasdik mercii oylama sonuçlarının ve görüntü ve sesin amaca uygun şekilde teknik olarak doğru aktarımına kanaat getirmesi gerekir²⁰⁰. Kural olarak İsviçre’deki bir genel kurulun toplantı yerinde tasdiki uygun olacaktır. Ancak tasdik bir yabancı toplantı yerinde yapılması da düşünülebilir²⁰¹.

¹⁹³ von der Crone/Bernet, s. 266.

¹⁹⁴ von der Crone/Bernet, s. 263; Müller/Akeret, s. 10.

¹⁹⁵ von der Crone/Bernet, s. 263; Müller/Akeret, s. 10.

¹⁹⁶ Botschaft, s. 557; von der Crone/Bernet, S. 263; Müller/Akeret, s. 10.

¹⁹⁷ von der Crone/Bernet, s. 265.

¹⁹⁸ von der Crone/Bernet, s. 265.

¹⁹⁹ von der Crone/Bernet, s. 265.

²⁰⁰ Patak, s. 147; von der Crone/Bernet, s. 265-266.

²⁰¹ von der Crone/Bernet, s. 266.

C. Sanal Olarak İcra Edilen Genel Kurul Kararlarının Tasdiki

Sanal genel kurulda da tasdiki gereken kararlar alınabilir. Hangi yerdeki tasdik merciinin yetkili olduğuna ilişkin farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe²⁰² göre sanal genel kurulda fiziki bir toplantı yeri eksik olduğundan tasdik mercii ile ilgili yetkililik, tasdik merciinin genel kurula katılımı esnasında milli topraklarda bulunması hâlinde sanal genel kurula katıldığı yere göre belirlenir. Bir diğer görüşe²⁰³ göre ise tasdik ile ilgili şirketin merkezi varsayımsal toplantı yeridir. Başkanın sanal genel kurula şirketin merkezindeki bir tasdik merciinin bürosundan katılması tavsiye edilmektedir. Böylece ticaret sicil müdürlüğü ve tasdik merciinin yetkililiğiyle ilgili olası sorunlardan kaçınılmaktadır.

MÜLLER/AKERET'e²⁰⁴ göre bu son tavsiye yerinde değildir. Kanun koyucu başkanın ilgili tasdik merciinin bürosunda sanal genel kurula katılımı gerekliliğini şart koşmamaktadır²⁰⁵. Revize edilen kanun metni ve sanal genel kurulun getirilmesindeki amaç ve anlam göz önünde bulundurulduğunda başkanın ilgili tasdik merciinin bürosunda sanal genel kurulun icra edilmesi için tutulması zorunlu değildir. Daha ziyade başkan herhangi bir fiziki yerden pratik nedenlerle genel kurula katılabilmelidir²⁰⁶. Ancak tasdik mercii kendi milli toprağında bulunmak ve sanal genel kurul sürecine ve başkanın belirlenmesine bizzat ve kesintisiz iştirak etmek zorundadır²⁰⁷. Bunun için de elektronik araçların hatasız bir şekilde işlev görmesi gerekir²⁰⁸.

VII. GENEL KURULA İLİŞKİN DİĞER BAZI DÜZENLEMELER

A. Esas Sermayenin Gösterildiği Para Biriminin Değiştirilmesine İlişkin Genel Kurul Kararı

RevOR m. 621/f. 2 uyarınca işletme faaliyeti için önemli olan yabancı para biriminde bir esas sermaye de geçerlidir. Kuruluş (*Errichtung*) anında bu asgari sermaye 100.000 İsviçre Frangı'na eşit olmak zorundadır. Esas sermaye bir yabancı para biriminde gösterilmişse o hâlde defter tutma ve işlemlerin muhasebeleştirilmesi de aynı para biriminde icra edilmek durumundadır. Federal Meclis geçerli para birimlerini belirler.

²⁰² von der Crone/Bernet, s. 269.

²⁰³ Schister/Walker, s. 12.

²⁰⁴ Müller/Akeret, s. 16 ve 17.

²⁰⁵ Botschaft, s. 559.

²⁰⁶ von der Crone/Bernet, s. 270.

²⁰⁷ Patak, s. 147.

²⁰⁸ von der Crone/Bernet, s. 269-270.

RevOR m. 621/f. 3 uyarınca genel kurul esas sermayeyi gösteren para biriminin değişimine bir hesap dönemi başlangıcında karar verebilir. Bu tür bir durumda yönetim kurulu şirket sözleşmesini uyumlulaştırır. Yönetim kurulu bunu yaparken RevOR m. 621/f. 2’de belirtilen şartların yerine getirildiğini tespit eder ve belirlenen döviz kurunu kaydeder.

B. Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Yöneticilerin Genel Kurula Katılım Hakkı

RevOR m. 691/f. 2 uyarınca yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler genel kurula katılım hakkına sahiptirler. O hâlde bu kişiler pay sahibi olmasalar bile genel kurula katılabileceklerdir²⁰⁹.

C. Genel Kurul Tutanağına İlişkin Düzenlemeler

RevOR m. 702/f. 2 uyarınca yönetim kurulu genel kurul tutanağının tutulmasından sorumludur. Ayrıca hüküm tutanağın asgari içeriğini de düzenlemektedir. Elbette icabında somut olaya göre yönetim kurulu belirtilen içerikten başka bilgileri de tutanağa geçirebilir²¹⁰. Öyle ki bu onun özen yükümlülüğünün gereğidir²¹¹.

RevOR m. 702/f. 2-b.1 uyarınca genel kurulun tarihine, başlangıcına ve bitişine, türüne ve yerine ilişkin bilgilerin tutanakta yer alması gerekir. Örneğin: “Olağan genel kurul 5 Mart 2018 tarihinde saat 10.00-13.00 arasında Berner Kulturcasino’da gerçekleştirilmiştir. Toplantıda hazır bulunmayan pay sahipleri oy haklarını elektronik ya da bağımsız oy hakkı temsilcisi yoluyla kullanabilmiştir”²¹².

RevOR m. 702/f. 2-b. 2 uyarınca temsil edilen payların sayısı, türü itibari değerleri ve kategorisi, bağımsız oy hakkı temsilcisi, organ oy hakkı temsilcileri ya da depo temsilcileri tarafından temsil olunan payların bilgisi tutanakta belirtilmek durumundadır.

RevOR m. 702/f. 2-b. 3 uyarınca kararlar ve seçim sonuçları tutanakta gösterilmek zorundadır.

RevOR m. 702/f. 2-b. 4 uyarınca genel kurulda bilgi alma hususunda yapılan taleplerin ve onlar hakkında verilen cevapların tutanakta bulunması gerekir. RevOR

²⁰⁹ Botschaft, s. 538.

²¹⁰ Botschaft, s. 561.

²¹¹ Botschaft, s. 561.

²¹² Botschaft, s. 561.

m. 697/f. 2 ve 3 anlamında yazılı bilgi alma talepleri ek olarak tutulmak zorunda değildir²¹³.

RevOR m. 702/f. 2-b. 5 uyarınca tutanak, pay sahipleri tarafından tutanağa geçirilmek için yapılan beyanları içermek zorundadır.

Genel kurulun yapıldığı esnada meydana gelen önemli teknik problemlerin de tutanakta belirtilmesi gerekir (RevOR m. 702/f. 2-b. 6).

RevOR m. 702/f. 3 uyarınca tutanak, tutanağı tutan kişi ve genel kurul başkanı tarafından imzalanmak zorundadır.

Diğer yandan her pay sahibi, tutanağın genel kuruldan sonra 30 gün içerisinde kendisine erişilebilir kılınmasını talep edebilir (RevOR m. 702/f. 4). Pay sahiplerinin genel kurul tutanağını inceleme hakkı için teknik imkânlardan yararlanılabilir²¹⁴. Örneğin e-mail yoluyla bu gerçekleştirilebilir²¹⁵. Tutanak elektronik olarak erişilebilir kılınmazsa her pay sahibi kendisine ivedilikle ve ücretsiz olarak kâğıt formunda posta yoluyla gönderimin yapılmasını talep edebilir²¹⁶.

Payları borsaya kote edilmiş olan şirketlerde, kararların ve seçim sonuçlarının, tam oy oranlarının bilgisinin, genel kuruldan sonra 15 gün içinde elektronik yolla erişilebilir kılınması gerekir (RevOR m. 702/f. 5).

Ön taslağın aksine RevOR m. 702/f. 4'teki süre (20 günden 30 güne) ve RevOR m. 702/f. 5'teki süre (2 günden 15 güne) uzatılmıştır. 15 günlük yeni süre Avrupa Birliği Hukuku ile uyumlu hâle getirilmiştir²¹⁷. Genel kuruldan sonra iki ay içinde açılmak zorunda olan bir olası iptal davası (OR m. 706a) her iki süre yoluyla gereksiz bir şekilde zorlaştırılmaz²¹⁸.

Son olarak genel kurul tutanağı, işletme defterleri arasında sayılır ve -özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak üzere- on yıl boyunca saklanmak durumundadır. OR m. 958f'nin hükümleri ile 24 Nisan 2002 tarihli İşletme Defterleri Yönetmelik'i hükümleri kıyasen uygulanır. Ayrıca genel kurul tutanağının elektronik olarak uygun bir şekilde saklanması da geçerlidir²¹⁹.

²¹³ Botschaft, s. 561.

²¹⁴ Botschaft, s. 561.

²¹⁵ Botschaft, s. 562.

²¹⁶ Botschaft, s. 562.

²¹⁷ Botschaft, s. 562.

²¹⁸ Botschaft, s. 562.

²¹⁹ Botschaft, s. 562.

D. Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Yöneticilerin Görüş Bildirme Hakkı ve Yönetim Kurulunun Öneride Bulunma Hakkı

RevOR m. 702a/f. 1 uyarınca genel kurula katılan yönetim kurulu üyesi ya da yönetici her toplantı konusuna ilişkin görüş açıklayabilir. Elbette bunun, onların özen ve sadakat yükümlülüğü çerçevesinde gerçekleştirilmesi gerekir²²⁰. Ayrıca yönetim kurulu her toplantı konusuna ilişkin öneri sunabilir (RevOR m. 702a/f. 2).

E. Genel Kurul Karar Nisabı

RevOR m. 703/f. 1 uyarınca kanunda ya da şirket sözleşmesinde farklı bir şekilde belirlenmediği sürece genel kurul, kararlarını temsil edilen paylara tekabül eden oyların çoğunluğuyla alır ve seçimlerini yine bu nisapla gerçekleştirir.

Öte yandan aşağıda gösterilen genel kurul kararlarının geçerli olabilmesi için, asgari olarak, temsil edilen oyların üçte ikisi (2/3) ve temsil edilen payların itibari değerinin çoğunluğunun bir arada bulunması gerekir (RevOR m. 704/f. 1). Bu kararlar şunlardır:

- ✓ Şirket amacının değişikliği,
- ✓ Bunun için tüm ilgili pay sahiplerinin onayı gerekli olmadığı sürece payların birleştirilmesi,
- ✓ Aynı sermaye koyma karşılığında ya da bir alacağın ve özel faydanın sağlanması yoluyla öz sermayeden sermaye artırımı,
- ✓ Rüçhan hakkının sınırlandırılması ya da kaldırılması,
- ✓ 8 Kasım 1934 tarihli Bankacılık Kanunu'nun 12. maddesi uyarınca şartlı sermayenin getirilmesi, sermaye gruplarının getirilmesi, ya da yedek/rezerv sermayenin oluşturulması,
- ✓ Katılma intifa senetlerinin paylara çevrilmesi,
- ✓ Nama yazılı payların devredilebilirliğinin sınırlandırılması,
- ✓ Oy hakkında imtiyazlı payların getirilmesi,
- ✓ Esas sermaye para biriminin değiştirilmesi,
- ✓ Genel kurulda başkanın karar oyunun getirilmesi,
- ✓ Genel kurulun yurt dışında icra edilmesine ilişkin şirket sözleşmesi hükmü,
- ✓ Şirketin katılım senetlerinin düzenlenmesi,

²²⁰ Botschaft, s. 562.

- ✓ Şirket merkezinin değiştirilmesi,
- ✓ Sözleşmesel tahkim hükmünün getirilmesi,
- ✓ Payları borsaya kote edilmemiş şirketlerde sanal genel kurulun icrası için bir bağımsız oy hakkı temsilcisinin belirlenmesinden vazgeçilmesi,
- ✓ Şirketin sona ermesi.

RevOR m. 704/f. 2 uyarınca belirli kararların alınması için Kanun tarafından öngörülenden daha büyük çoğunluk getiren şirket sözleşmesi hükümleri sadece öngörülen çoğunlukla birlikte getirilebilir, değiştirilebilir ya da kaldırılabilir. OR m. 704/f. 2’de benzer bir düzenleme yer almaktadır. RevOR m. 704/f. 2 ile hükme “değiştirilebilir” ve “kaldırılabilir” ibareleri eklenmiştir.

F. Genel Kurul Başkanının Üstün Oy Hakkı

RevOR m. 703/f. 2 uyarınca şirket sözleşmesinde oyların eşitliği hâlinde başkanın üstün oy hakkına sahip olduğu öngörülebilir.

G. Toplantı Konularının Bildirilmesi

Uygun bir şekilde duyurulmamış toplantı konularına ilişkin öneriler hakkında karar alınmaz. Olağanüstü genel kurulun toplantıya çağırılması, özel denetim ve denetçilerin seçilmesi talepleri istisnadır (RevOR m. 704b).

H. Genel Kurulun Azil Hakkı

RevOR m. 705/f. 1’de genel kurulun azil hakkı düzenlenmektedir. Bu hükme göre genel kurul seçmiş olduğu tüm kişileri azledebilir. Hüküm basitleştirilmiş ve genel formüle edilmiştir. İçerik olarak bir değişiklik yoktur.

VIII. İSVİÇRE BORÇLAR KANUNU’NDAKİ DEĞİŞİKLİKLERİN TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

İsviçre şirketler hukuku revizyonunda anonim şirket genel kurul toplantısına ilişkin değişen hükümler ve doktrindeki değerlendirmeler, makalenin önceki bölümünde ortaya konulmuştur. Çalışmanın bu kısmında bahsi geçen değişiklikler Türk hukuku bakımından değerlendirilecektir.

A. Genel Kurulun Toplantıya Çağırılması ve Gündem

Revizyonda genel kurulun toplantıya çağırılmasında pay sahiplerinin incelemesi için hazır edilen faaliyet raporu ile denetim raporu hakkındaki düzenlemeler yanında daha düşük bir orana sahip azınlık pay sahiplerine gündeme madde ekletme ve gündem maddeleriyle ilgili öneride bulunma hakkı tanındığı görülmüştür.

1. Azınlık Pay Sahiplerinin Durumu

Revizyonda genel kurul toplantısıyla ilgili azınlık haklarında değişiklik yapılmıştır. Azınlığın genel kurulu toplantıya davet etmesinde aranan orandan (% 5, % 10) çok daha düşük bir oran (% 5, % 0,5) belirlenerek azınlığın gündeme madde eklenmesini talep hakkı ve gündem maddeleriyle ilgili öneride bulunma hakkı düzenlenmiştir.

TTK m. 411 hükmünde sermayenin en az onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini oluşturan pay sahiplerinin, yönetim kurulundan, yazılı olarak gerektirici sebepleri ve gündemi belirterek, genel kurulu toplantıya çağırmasını veya genel kurul zaten toplanacak ise, karara bağlanmasını istedikleri konuları gündeme koymasını isteyebilecekleri; esas sözleşmeyle, çağrı hakkının daha az sayıda paya sahip pay sahiplerine tanınabileceği öngörülmüştür. Dolayısıyla esas sözleşmeye hüküm koymak kaydıyla %10 değil de %1 veya daha az paya sahip ortaklara genel kurulu toplantıya çağırılmasını ve gündeme madde eklenmesini talep yetkisi tanındığı görülmektedir.

İsviçre hukukunda getirilen yenilik, azınlığın gündeme madde eklenmesini talep hakkı yanında gündem maddeleriyle ilgili öneride bulunma hakkının tanınmış olmasıdır. Gündem maddesiyle ilgili önerinin çağrı metninde yer alması, diğer pay sahiplerinin de toplantı öncesinde öneriden haberdar olmaları bakımından önem taşımaktadır.

2. Çağrısız Genel Kurul Toplantısının Tamamen Elektronik Ortamda Yapılması

Revizyon ile birlikte çağrısız genel kurul toplantısında, bir pay sahibi ya da onun temsilcisinin müzakere talebinde bulunmaması hâlinde, genel kurul kararlarının kâğıt üzerinde yazılı olarak veya elektronik şekilde alınması imkânı getirilmiştir (RevOR m. 701/f. 3).

TTK m. 416 hükmünde öngörülen çağrısız genel kurul toplantısına ilişkin düzenleme, usulüne uygun bir çağrı olmadan bütün pay sahiplerinin katılımıyla genel kurul toplantısı yapma imkânı getirmektedir. Bu düzenlemeye göre bütün payların sahipleri veya temsilcileri, aralarından biri itirazda bulunmadığı takdirde, genel kurula katılmaya ve genel kurul toplantılarının yapılmasına ilişkin hükümler saklı kalmak şartıyla çağrıya ilişkin usule uyulmaksızın genel kurul olarak toplanabilecekler ve bu toplantı nisabı var olduğu sürece karar alabileceklerdir (TTK m. 416).

TTK'da sanal genel kurula izin verilmediğinden yola çıkarak bütün pay sahiplerinin fiziki toplantı olmaksızın elektronik yoldan katılımıyla yapılacak genel kurulda oy birliği ile karar alınsa dahi bu kararlar bakımından yokluk yaptırımını söz

konusu olacaktır²²¹. Dolayısıyla mevcut TTK'da değişiklik yapılmadığı sürece, çağrısız genel kurulun şartları mevcut olsa dahi sanal genel kurul toplantısı yapılması mümkün değildir.

Türk Ticaret Kanunu'nda anonim şirket genel kurul kararlarının elden dolaştırma suretiyle alınmasına imkân tanınmamıştır²²². Dolayısıyla çağrısız genel kurul toplantısında, bir pay sahibi ya da onun temsilcisinin müzakere talebinde bulunmaması hâlinde, genel kurul kararlarının kâğıt üzerinde yazılı olarak alınması imkânı (RevOR m. 701/f. 3) Türk hukuku bakımından mümkün değildir.

3. Genel Kurul Toplantısının Yeri

Revizyonda genel kurul toplantısının aynı anda farklı yerlerde ve yurt dışında yapılabilmesine ilişkin hükümler getirilmiştir.

İlkin belirtmek gerekir ki İsviçre hukukunda yürürlükte olan borçlar kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümleri bağlamında doktrindeki hâkim görüşe göre genel kurul aynı anda birden fazla toplantı yerinde icra edilebilir²²³. Yine yürürlükteki düzenleme bağlamında doktrindeki hâkim görüşe göre haklı bir neden olmaksızın pay sahiplerinin önemli bir kısmının genel kurula erişimini engellemek kaydıyla genel kurul toplantıları yurt dışında gerçekleştirilebilir²²⁴.

TTK m. 409/f. 3 hükmünde aksine esas sözleşmede hüküm bulunmadığı takdirde genel kurulun şirket merkezinin bulunduğu yerde toplanacağı öngörülmüştür. Madde gerekçesinde de Türkiye'de şirket merkezi dışında bir yerde genel kurul toplantısı yapılmasına imkân tanındığı belirtilmiş, yurt dışında yapılması sorunuyla ilgili olarak içtihat ve doktrin kapısının açık olduğu ifade edilmiştir. Madde lafzı ve gerekçe birlikte değerlendirildiğinde genel kurul toplantısının merkez dışında yapılabileceği, yurt dışında yapılması hususunun ise yasaklanmadığı sonucuna varılmakta olup şirket ortaklarının yurt dışında olduğu bir şirkette esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle genel kurul toplantı yerinin yurt dışı olarak belirlenmesinin mümkün olduğu kabul edilmelidir²²⁵. Nitekim Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak

²²¹ Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, Güncellenmiş 14. Bası, Beta Yayınevi, 2020, s. 160.

²²² Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, Cilt 2, Tamamen Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022, s. 911.

²²³ Bertrand G. Schott, *Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln*, Dike Verlag, 2009, s. 107, dpn. 511'de gösterilen yazarlar.

²²⁴ Wolfhart F. Bürgi, *Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar, b/2: Art. 698-738*, Schulthess Verlag, 1969, art. 699, N. 33; Schott, s. 301.

²²⁵ Bahtiyar, s. 162.

Bakanlık Temsilcileri Hakkında Yönetmelik m. 8/f. 2 ve m. 32/f. 1.c hükmünde esas sözleşmede açıkça düzenlenmesi hâlinde yurt dışında genel kurul toplantısı yapılabileceği öngörülmüştür. O hâlde genel kurul toplantısının yurt dışında icra edilmesine ilişkin esas sözleşmeye konulan bir kayıt, kural olarak, TTK m. 447 uyarınca geçersiz değildir. Ancak ilgili kayıt pay sahiplerinin genel kurula katılım hakkını kaldırıyor ya da sınırlandırıyor kesin hükümsüzdür²²⁶. Sınırlandırmanın tespiti her bir şirket özelinde ortakların durumu göz önünde bulundurularak yapılır. Özellikle yurt içinde de ortakların bulunması hâlinde ilgili kaydın TTK m. 447/f. 1.a uyarınca pay sahiplerinin genel kurula katılımını sınırlandırma olarak değerlendirilmemesi için genel kurul toplantısına elektronik ortamda katılım imkânının getirilmesi yerinde olacaktır.

Türk Ticaret Kanunu'nda genel kurul toplantısının aynı anda farklı yerlerde yapılabilmesine ilişkin düzenleme mevcut değildir. TTK m. 409/f. 3 hükmünde aksine esas sözleşmede hüküm bulunmadığı takdirde genel kurulun şirket merkezinin bulunduğu yerde toplanacağı düzenlemesinden birden fazla yerde toplantı yapılabileceği sonucuna varılması da mümkün görünmemektedir. Ancak TTK m. 1527/f. 5 hükmündeki anonim şirketlerde genel kurullara elektronik ortamda katılma, öneride bulunma, görüş açıklama ve oy verme, fizikî katılmanın ve oy vermenin bütün hukuki sonuçlarını doğuracağı düzenlemesi göz önüne alındığında, aslında fiilen toplantının tek yerde yapılması zorunluluğundan vazgeçildiği söylenebilecektir. Dolayısıyla elektronik katımlı genel kuruldaki şartlar sağlanmak kaydıyla birden fazla yerde ortakların fiziken toplantıya katılmaları, elektronik ortamda müzakere imkânı sağlanması ve oy hakkının kullanılması imkânı tanınmasıyla mümkün olabilecektir. Buna karşın elektronik ortamda katılım yolu dışında genel kurul aynı anda farklı yerlerde (birden fazla yerde) icra edilemez ve buna ilişkin bir hüküm emredici hükümler ilkesine (TTK m. 340) aykırı olup şirket sözleşmesine konulamaz²²⁷. Zira mevcut düzenlemeler genel kurulun tek bir yerde yapılması dikkate alınarak oluşturulmuştur. Ayrıca sanal genel kurul imkânı tanınmamış sadece bir yerde icra edilen genel kurula elektronik ortamda katılım imkânı öngörülmüştür.

²²⁶ Şirket sözleşmesinin değiştirilerek genel kurul toplantılarının yurt dışında yapılmasının kabulünün bir kısım pay sahiplerinin genel kurula katılımına engel olmak amacıyla yönelik olması hâlinde ahlaka aykırılık sebebiyle butlan veya en azından iptal edilebilirlik yaptırımı söz konusu olacaktır. Erdoğan Moroğlu, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, Güncellenmiş 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 103.

²²⁷ Aksi yöndeki görüş ve ayrıntılı değerlendirme için bkz. Emre Kalender, "Anonim Şirketlerde Genel Kurul Toplantı Yerinin Esas Sözleşmede Gösterilmesi", *Batider*, (35) 2, 2019, s. 213 vd.

B. Anonim Şirket Genel Kurul Toplantılarının Dijitalleşmesi

Revizyonda elektronik katılımlı genel kurula ilişkin bazı düzenlemeler getirildiği gibi genel kurul toplantısının tamamen sanal ortamda yapılması imkânı da getirilmiştir. Sanal genel kurul toplantısının düzenlenmesinde kullanılacak elektronik araçlar, teknik problemler ve genel kurul kararlarının geçersizliğine ilişkin özel hükümler de öngörülmüştür.

1. Elektronik Katılımlı Genel Kurul- Sanal Genel Kurul

TTK m. 1527/f. 1 hükmünde şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmede düzenlenmiş olması şartıyla sermaye şirketlerinde yönetim kurulu ve müdürler kurulu toplantılarının tamamen elektronik ortamda yapılabileceği öngörülmüş ancak genel kuruldaki bahsedilmemiştir. TTK m. 1527/f. 5 hükmünde ise anonim şirketlerde genel kurullara elektronik ortamda katılma, öneride bulunma, görüş açıklama ve oy verme, fizikî katılmanın ve oy vermenin bütün hukuki sonuçlarını doğuracağı öngörülmüştür. Buradaki ifade toplantının tamamen elektronik ortamda yapılabileceği yönünde değil, genel kurullara elektronik ortamda katılma şeklinde olduğundan düzenlemenin elektronik katılımlı genel kurulu düzenlediği açıktır²²⁸. TTK m. 1527/f. 1 hükmünde yönetim kurulu ve müdürler kurulu toplantılarının tamamen elektronik ortamda yapılabileceği öngörülmüş iken TTK m. 1527/f. 5 hükmünde genel kurullara elektronik ortamda katılma düzenlendiğine göre genel kurul toplantıları bakımından sanal toplantıya izin verilmediği sonucuna varılabilecektir²²⁹.

PULAŞLI, “Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Bakanlık Temsilcileri Hakkında Yönetmelik” m. 9, 14, 17 ve 32 hükmüne işaret ederek murahhas üyeler, en az bir yönetim kurulu üyesi, denetçi, bakanlık temsilcisi, toplantı başkanı, oy toplama memuru ve yazmanın hepsinin fiziken bir arada olması hâlinde elektronik ortamda genel kurul yapılabileceğini ifade etmiştir²³⁰. Esasında murahhas üyeler, en az bir yönetim kurulu üyesi, denetçi, bakanlık temsilcisi, toplantı başkanı, oy toplama memuru ve yazmanın hepsinin fiziken bir arada olması hâlinde tamamen sanal bir genel kurul yapılmış olmayacağından bu toplantının sanal genel kurul olmadığı aksine elektronik katılımlı genel kurul olduğu kabul edilmelidir.

²²⁸ Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku*, Dora Yayınevi, 2013, s. 275.

²²⁹ Bu yönde bkz. Bilgili/Demirkapı, s. 275 vd. Anonim ortaklıklarda sanal genel kurul toplantısına ilişkin bir hükme yer verilmemiş olmasının bir boşluk ya da ihmale değil, kanun koyucunun sanal genel kurula bilinçli şekilde cevaz vermediğine işaret ettiği ifade edilmiştir. Bkz. Şule Özdal, *Anonim Ortaklıkta Elektronik Katılımlı Genel Kurul*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2016, s. 159.

²³⁰ Pulaşlı, s. 906.

TTK m. 1527/f. 5 hükmünde genel kurullara elektronik ortamda katılıma ilişkin hükmün uygulanması esaslarının Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca hazırlanan yönetmelikle düzenleneceği öngörülmüştür. Yönetmelikte, genel kurula elektronik ortamda katılmaya ve oy vermeye ilişkin esas sözleşme hükmünün örneğinin yer alacağı; anonim şirketlerin yönetmelikten aynen aktarılacak olan bu hükümde değişiklik yapamayacakları düzenlenmiştir (TTK m. 1527/f. 5). Ayrıca Yönetmelik oyun gerçek sahibi veya temsilcisi tarafından kullanılmasını sağlayan kurallar ile TTK m. 407/f. 3'te öngörülen Bakanlık temsilcilerinin bu hususa ilişkin yetkilerini içereceği; bu yönetmeliğin yürürlüğe girmesi ile birlikte genel kurullara elektronik ortamda katılma ve oy kullanma sisteminin uygulanmasının, pay senetleri borsaya kote edilmiş şirketlerde zorunlu hâle geleceği öngörülmüştür (TTK m. 1527/f. 5).

Ülkemizde “Anonim Şirketlerde Elektronik Ortamda Yapılacak Genel Kurullara İlişkin Yönetmelik”²³¹ ve “Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Uygulanacak Elektronik Genel Kurul Sistemi Hakkında Tebliğ”²³² çıkarılmış, her iki düzenleme 01.10.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Tebliğin amacı ve kapsamı, anonim şirketlerin genel kurullarına elektronik ortamda katılmaya, öneride bulunmaya, görüş açıklamaya ve oy kullanmaya imkân tanıyan elektronik genel kurul sisteminin kuruluşunu, işleyişini, teknik hususlar ile güvenlik kriterlerine ilişkin usul ve esaslarını belirlemek olarak ifade edilmiştir (Tebliğ m. 1). Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği 01.10.2012 tarihinden itibaren pay senetleri borsaya kote edilmiş anonim şirketlerde genel kurullara elektronik ortamda katılma ve oy kullanma sisteminin uygulanması zorunlu hâle gelmiştir (TTK m. 1527/f. 5). Diğer şirketler ise esas sözleşmelerine hüküm koymak kaydıyla bu sistemi kullanabileceklerdir.

Tebliğde Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından sağlanacak elektronik platformun kurulacağı öngörülmüştür (Tebliğ m. 3/f. 1.ç). Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından Elektronik Genel Kurul Sistemi oluşturulmuş, 30.10.2012 tarihinden itibaren anonim şirket genel kurul toplantılarına elektronik ortamda katılım uygulanmıştır²³³. Ülkemizde elektronik katılımlı genel kurul uygulamasının her geçen gün artarak devam ettiği görülmüştür²³⁴.

²³¹ 28395 sayılı Resmi Gazete, 28 Ağustos 2012 Salı.

²³² 28396 sayılı Resmi Gazete, 29 Ağustos 2012 Çarşamba.

²³³ Elektronik genel kurul sisteminin işleyişi hakkında bkz. Bilgili/Demirkapı, s. 275 vd.; Turgut, s. 105 vd.

²³⁴ Elektronik genel kurul sisteminin internet sayfasında işleyişe ilişkin çeşitli açıklamalar yer almaktadır. 30 Ekim 2012 - 31 Aralık 2019 tarihleri arasında elektronik genel kurul sistemi uygulaması hakkında şu bilgiler paylaşılmıştır. Bkz. Merkezi Kayıt İstanbul, e-GKS (Elektronik Genel Kurul Sistemi), <<https://www.mkk.com.tr/kurumsal-yonetim-hizmetleri/e-gks-elektronik-genel-kurul-sistemi>>, Erişim Tarihi: 01.07.2022.

TTK m.1527/f. 1 ve 5 hükmü ile “Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Uygulanacak Elektronik Genel Kurul Sistemi Hakkında Tebliğ” birlikte değerlendirildiğinde ülkemizde elektronik katılımlı genel kurulun öngörüldüğü ancak sanal genel kurul toplantılarına izin verilmediği sonucu ortaya çıkmaktadır. Nitekim bütün dünyada 2 yıldır devam eden Covid-19 pandemisi sürecinde şirket sözleşmelerinde hüküm bulunmasa dahi şirketlerin pandemi döneminde gerçekleştirmeyi planladıkları genel kurul toplantılarını “Elektronik Genel Kurul Toplantı Sistemi” üzerinden yapmalarına izin verildiği; şirketlerin, elektronik toplantı gerçekleştirilmesine imkân tanıyan sözleşme değişikliğini daha sonra yapacakları ilk genel kurul toplantısında gerçekleştirebileceklerinin duyurulduğu görülmüştür. Salgın koşullarında dahi tamamen elektronik ortamda yapılan genel kurula izin verilmediği dikkati çekmektedir²³⁵. Dolayısıyla TTK m. 1527/f. 1 ve 5 hükmü uyarınca tamamen elektronik ortamda sanal genel kurul toplantısı yapılmasının mümkün olmadığı anlaşılmaktadır²³⁶. TTK m. 1527/f. 1 hükmünde tamamen elektronik ortamda yönetim kurulu yapılmasına izin verilmesi, ülkemizde uygulamanın devam etmesi, bu uygulamadaki tecrübe ve İsviçre’deki düzenleme dikkate alındığında tamamen online ortamda sanal genel kurul yapılmasına izin

-
- E-Gks sisteminin uygulanmaya başlandığı 30.10.2012 tarihinden 31.12.2019 tarihine kadar 2.927 genel kurul toplantısı yapılmıştır.
 - Bu genel kurullara temsilci vasıtasıyla veya asaleten toplam 130.284 kişi E-Gks platformu aracılığı ile elektronik ortamda katılmış ve haklarını kullanmıştır. Aynı toplantılara fiziki katılım sayısı ise 31.248 kişi olarak gerçekleşmiştir.
 - Aynı günde yapılan en yüksek genel kurul sayısı 33 olmuştur.
 - Bu dönemde, Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere başta olmak üzere, E-Gks üzerinden toplantılara 61 farklı ülkeden ortak/yatırımcı katılımı gerçekleşmiştir.
 - E-Gks ile 34 farklı ilimizde, 475 değişik lokasyonda genel kurul toplantısı yapılmış ve toplam 7.612 saat canlı yayın gerçekleşmiştir.
 - Genel kurul toplantılarına E-Gks’den katılan hak sahipleri; 1.495 adet görüş, yapılan oylamalarda ise 2.540 adet muhalefet beyanını sistem üzerinden iletmiştir.
 - Bir genel kurul toplantısına en fazla elektronik katılım 979 hak sahibiyle gerçekleşmiştir.

²³⁵ “Bu çerçevede, elektronik genel kurul sistemini kullanan ve genel kurul toplantısı gerçekleştirmek isteyen şirketlerde fiziki ortamda asgari sayıda kişinin katılımı ile toplantı gerçekleştirilmesini teminen, pay sahiplerinin genel kurul toplantılarına elektronik ortamda katılım sağlayabilecekleri hususunda takdirlerini kullanmaları tavsiye olunmaktadır.” (Türkiye Cumhuriyeti Ticaret Bakanlığı, Covid-19 Ticaret Önlemleri, <<https://covid19.ticaret.gov.tr/ic-ticaret/duyuru/sirket-sozlesmelerinde-kurul-toplantilarinin-elektronik-ortamda-gerceklestirilmesi>>, Erişim Tarihi: 01.07.2022.

²³⁶ Şahin, hangi şartlar altında tamamen elektronik genel kurul yapılabileceği üzerinde düşünülmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Ayşe Şahin, “İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku Revizyonu Kapsamında Genel Kurullara İlişkin Olarak Öngörülen Değişiklikler”, *Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu*, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 20-22 Temmuz 2020, s. 414.

verilmesinin yerinde olacağı hatta böyle bir gelişmenin kaçınılmaz olduğu kanaatindeyiz.

2. Elektronik Katılımlı Genel Kurulda Teknik Problemler

Türk Ticaret Kanunu'nda ve ikincil mevzuatta elektronik katılımlı genel kurul toplantısında arıza çıkması hâline ilişkin özel bir düzenleme mevcut değildir²³⁷.

İsviçre hukukundaki revizyonda teknik problemler ayrı bir başlık altında düzenlenmiştir. Genel kurul toplantısında genel kurulun hukuka uygun olarak icra edilmesine engel olan teknik problemler meydana gelirse genel kurul tekrarlanmak zorundadır (RevOR m. 701f). Tekrarlanan genel kurulda çağrı süresine uyulmak zorunda değildir. Türk hukukunda özel bir düzenleme mevcut olmasa da genel kurul toplantısının devamına engel olan bir teknik arıza var ise toplantı başkanı tarafından genel kurulun ertelenmesi ve yeni bir genel kurul toplantısı yapılması gerekecektir. Böyle bir durumda teknik arıza öncesi hukuka uygun olarak alınan kararlar var ise bunlar geçerli sayılacak ve bunların ertelenecek toplantıda tekrar görüşülmesine gerek olmayacaktır²³⁸.

3. Genel Kurul Kararlarının Geçersizliği

İsviçre hukukunda sanal genel kurul toplantısında alınan kararlarının geçersizliğinin değerlendirildiği, esasen yaptırımın iptal edilebilirlik olduğu ancak hukuka aykırılığın önemli olduğu durumlarda geçersizlik yaptırımının kabul edildiği görülmüştür.

Konuyu TTK bakımından değerlendirdiğimizde elektronik katılımlı genel kurulda çağrı usulü ve toplantının yürütülmesinden kaynaklı hukuka aykırılıklar söz konusu olabilecektir. TTK m. 447'de butlan sebepleri sayılmış olup, bu hükümde sayılanlar dışında kanunun emredici hükümlerine aykırılık hâlinde butlanın ikincilliği ilkesi geçerlidir. Bu ilkeye göre özel sebepler dolayısıyla iptal yaptırımının yeterli ve tatmin edici olmadığı durumlarda butlan yaptırımı söz konusu olacaktır²³⁹. Bu durumda elektronik katılımlı genel kurulda çağrı usulü ve toplantının yürütülmesinden kaynaklı hukuka aykırılıklarda iptal yaptırımı esas olmakla birlikte hukuka aykırılığın niteliğine göre butlan ve yokluk yaptırımı söz

²³⁷ Türk Ticaret Kanunu'nda düzenleme yapılması gerektiği yönünde bkz. Hasan Pulaşlı, "Elektronik Ortamda Anonim Şirket Genel Kuruluna İlişkin Düzenlemelerin Evrimi ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunundaki Durum", *Elektronik Nehir Dergi, Halil Arslanlı Bilim Arşivi*, <<http://www.arslanlibilimarsivi.com/>> (<http://www.arslanlibilimarsivi.com/internet-ortaminda-genel-kurul>), Erişim Tarihi 8 Nisan 2022, s.74.

²³⁸ Pulaşlı, s. 907-908.

²³⁹ Ömer Korkut, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı*, Karahan Kitabevi, 2012, s. 134.

konusu olabilecektir²⁴⁰. Örneğin genel kurul toplantısına çağrıda usulsüzlükler iptal yaptırımına yol açmakla birlikte, çağrının hiç yapılmadığı durumlarda ise yaptırım yokluk olacaktır²⁴¹. Nitekim genel kurulu toplantıya çağırmaya yetkili olan kişileri belirleyen düzenlemeler (TTK m. 410 vd.) emredici nitelikte ve çağrının varlık koşulu olduğundan yetkisiz kişilerce çağrılan genel kurul toplantısında alınan kararlar yok hükmündedir²⁴². Güncel Yargıtay kararlarında da genel kurulun geçersiz yönetim kurulu kararına dayalı olarak toplantıya çağırılması hâlinde yaptırımın yokluk olacağı ifade edilmiştir²⁴³.

Bu durumda elektronik katılımlı genel kurulda hukuka aykırılığın niteliğine göre iptal edilebilirlik yaptırımı esas olmakla birlikte butlan veya yokluk yaptırımı da söz konusu olabilecektir.

C. Genel Kurul Toplantılarına İlişkin Diğer Düzenlemeler

Revizyonda genel kurul tutanağına ilişkin düzenlemelerin yanı sıra genel kurul karar nisabı, genel kurul başkanının üstün oyu genel kurulun azil hakkı gibi konuların da yeni düzenlenen konulardan olduğu görülmüştür. Türk hukuku bakımından yenilik taşıyan hüküm genel kurul başkanına üstün oy hakkı tanınabilmesidir.

İsviçre hukukunda yürürlükte olan Borçlar Kanununun anonim şirketlere ilişkin hükümleri bağlamında doktrindeki hâkim görüşe ve yerleşik yüksek yargı kararlarına göre esas sözleşmeyle başkana üstün oy hakkı tanınabilir²⁴⁴. RevOR m.

²⁴⁰ Kararın kesin hükümsüz olup olmadığı hususunda kuşku duyulan hâllerde iptal yaptırımı kabul edilmelidir. Bkz. Ersin Çamoğlu (Reha Poroy/Ünal Tekinalp), *Ortaklıklar Hukuku, I*, Güncellenmiş yeniden basılmış 14. Bası, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 598-599.

²⁴¹ Korkut, s. 149.

²⁴² Moroğlu, s. 110-111.

²⁴³ “5 kişilik yönetim kurulunun 2 kişi ile toplantı yapılmaksızın karar alındığının anlaşılması hâlinde alınan kararın yok hükmünde olduğu, bu nedenle işbu karara dayalı olarak yapılan genel kurul toplantısında alınan kararların da yok hükmünde olacağının gözetilmesi gerekir.” (*Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 22.10.2019 tarihli, 2018/1112 esas ve 2019/6571 karar sayılı ilamı*)

“Geçersiz yönetim kurulu kararına dayalı olan ve ...'nın 416. maddesi uyarınca toplanmadığı da sabit bulunan davalı şirketin 31.10.2014 tarihli olağanüstü genel kurulunda alınan kararların da geçersiz olduğunun kabulü ile davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken” (*Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 08.11.2018 tarihli, 2016/13709 e., 2018/6884 k.*)

“Geçersiz yönetim kurulu kararına dayalı olan TTK'nın 416. maddesi uyarınca toplanmadığı da sabit bulunan davalı şirketin 07.03.2013 tarihli genel kurulunda alınan kararlarının yok hükmünde olduğu” (*Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 03.04.2018 tarihli, 2016/9770 E., 2018/2368 K.*)

²⁴⁴ Schott, s. 309, dpn. 1440'da belirtilen yazarlar. Schott'a göre şirket ortağı olmayan ve dolayısıyla oy hakkına sahip olmayan başkana da esas sözleşmeyle üstün oy hakkı tanınması

703/f. 2 hükmünde genel kurulda oyların eşitliği hâlinde genel kurul başkanına üstün oy hakkı tanıyan esas sözleşme düzenlemesine izin verilmiştir. Böylece doktrininde ve yargı kararlarında benimsenmiş bir husus yasal düzenlemeye kavuşmuştur.

Türk Ticaret Kanunu'nda genel kurul başkanına üstün oy hakkı hususunda bir hüküm bulunmamaktadır. TTK m. 340 hükmünde öngörülen emredici hükümler ilkesi göz önüne alındığında Türk hukukunda haklı olarak esas sözleşmeyle genel kurul başkanına üstün oy hakkı tanınamayacağı görüşü hakimdir²⁴⁵.

SONUÇ

Anonim şirketler hukukunun daha modern ve esnek olmasını sağlamak ve özellikle pay sahipleri haklarını güçlendirmek amacıyla hazırlanan büyük anonim şirketler hukuku revizyonu 19 Haziran 2020 tarihinde İsviçre Parlamentosu'nda kabul edilmiştir. Bu düzenlemenin bazıları 1 Ocak 2021 tarihinde yürürlüğe girmişken, çalışma konumuzu da oluşturan bazı düzenlemeler 1 Ocak 2023 tarihinde yürürlüğe girecektir. İsviçre Şirketler Hukuku Revizyonu'nun anonim şirket genel kurul toplantısına ilişkin hükümlerinde genel kurulun toplantıya çağrılmasında pay sahiplerinin incelemesi için hazır edilen faaliyet raporu ile denetim raporu hakkındaki düzenlemeler, daha düşük bir orana (binde 5) sahip azınlık pay sahiplerine gündeme madde ekletme ve gündem maddeleriyle ilgili öneride bulunma hakkı tanındığı görülmüştür. Pay sahiplerine, şirket defterlerini inceleme, genel kurul dışında bilgi alma hakkı tanındığı gibi, haklı sebeplerle mahkmeden şirketin feshini talep etme hakkı sermayenin %10'una sahip pay sahipleri yanında oyların %10'una sahip pay sahipleri için de tanınmıştır.

Revizyonda genel kurul toplantısının aynı anda farklı yerlerde ve yurt dışında yapılabilmesine ilişkin hükümler getirilmiştir.

Revizyonda elektronik katılımlı genel kurula ilişkin bazı düzenlemeler getirildiği gibi genel kurul toplantısının tamamen sanal ortamda yapılması imkânı da getirilmiştir. TTK m. 1527/f. 1 hükmünde yönetim kurulu ve müdürler kurulu toplantılarının tamamen elektronik ortamda yapılabileceği öngörülmüş iken TTK m. 1527/f. 5 hükmünde genel kurullara elektronik ortamda katılma düzenlenmiş olup, genel kurul toplantıları bakımından sanal toplantıya izin verilmemiştir.

mümkündür (s. 309, dpn. 1440). İsviçre limited şirketler hukukunda OR m. 808a uyarınca genel kurul başkanı üstün oy hakkına sahiptir. Bununla birlikte şirket sözleşmesiyle başkanın üstün oy hakkı kaldırılabilir ya da üstün oy hakkı üçüncü kişiye ya da bir başka ortağa tanınabilir. Buna karşın Türk limited şirketler hukukunda genel kurul başkanının kanun gereği üstün oy hakkı bulunmamaktadır. Ancak TTK m. 577/f. 1-e uyarınca şirket sözleşmesiyle ortaklara üstün oy hakkı verilebilir.

²⁴⁵ Mehmet Bahtiyar/Esra Hamamcıoğlu, *Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları*, Beta Yayınevi, 2014, s. 98, dpn. 267; Pulaşlı, s. 932.

Sanal genel kurul toplantısının düzenlenmesinde kullanılacak elektronik araçlar, teknik problemler ve genel kurul kararlarının geçersizliğine ilişkin özel hükümler de öngörülmüştür. Türk Ticaret Kanunu'nda ve ikincil mevzuatta elektronik katılımlı genel kurul toplantısında arıza çıkması hâline ilişkin özel bir düzenleme mevcut değildir.

Revizyonda genel kurul tutanağına ilişkin düzenlemelerin yanı sıra genel kurul karar nisabı, genel kurul başkanının üstün oyu genel kurulun azil hakkı gibi konuların da yeni düzenlenen konulardan olduğu görülmüştür. Türk Ticaret Kanunu'nda genel kurul başkanına üstün oy hakkı hususunda bir hüküm bulunmamaktadır. Emredici hükümler ilkesi esas sözleşmeyle genel kurul başkanına üstün oy hakkı tanınmasına imkânı vermemektedir (TTK m. 340).

İsviçre'deki anonim şirketler hukuku revizyonunda özellikle genel kurul toplantısına ilişkin hükümler incelenmiştir. Pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme hakkının genişletilmesi, azınlık pay sahiplerine tanınan haklar, sanal genel kurul toplantısı imkânı tanınması ve teknik sorunların yol açabileceği geçersizlikler hakkında düzenlemeler dikkate alındığında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda yapılacak değişiklikte bu düzenlemelerin de gündeme alınmasının yararlı olacağı düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- Bahtiyar M, *Ortaklık Hukuku*, Güncellenmiş 14. Bası, Beta Yayınevi, 2020.
(*Ortaklık Hukuku*)
- Bahtiyar M/Hamamcıoğlu E, *Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları*, Beta Yayınevi, 2014.
- Bertschinger U, “Aktienrecht im Digitalen Zeitalter”, *Recht im digitalen Zeitalter, Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015*, Dike Verlag, s. 167-202.
- Bilgili F/Demirkapı E, *Şirketler Hukuku*, Dora Yayınevi, 2013.
- Bilgili F/Cengil M F, *Blockchain ve Kripto Para Hukuku*, Güncellenmiş 2. Baskı, Dora Yayınevi, 2022.
- Böckli P, *Schweizer Aktienrecht*, 4. Auflage, Schulthess Verlag, 2009.
- Bürgi W F, *Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar*, b/2: Art. 698-738, Schulthess Verlag, 1969.
- von der Crone H C, “Die Internet-Generalversammlung”, *Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht: Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag*, Schulthess Juristische Medien, 2003, s. 155-167.
- von der Crone H C/Bernet S, “Der Tagungsort der Generalversammlung im revidierten Aktienrecht”, *Das Aktienrecht im Wandel zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt*, Dike Verlag, 2020, s. 259-275.
- von der Crone H C/Grob T, “Die Virtuelle Generalversammlung”, *SZW/RSDA*, 1/2018, s. 5-20.
- von der Crone H C/Mohasseb K, “Stand der Aktienrechtrevision, Zehn Kernpunkte der ständerätlichen Debatte”, *AJP/PJA*, 8/2019, s. 781-794.
- Çamoğlu E (Poroy R/Tekinalp Ü), *Ortaklıklar Hukuku, I*, Güncellenmiş yeniden basılmış 14. Bası, Vedat Kitapçılık, 2019.
- Forrer L/Müller M P A/Zuur F, “Das Aktienrecht im Wandel der Digitalisierung”, *Das Aktienrecht im Wandel zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt*, Dike Verlag, 2020, s. 1-27.
- Forstmoser P/Meier-Hayoz A/Nobel P, *Schweizerisches Aktienrecht*, Stämpfli Verlag, 1996.
- Kalender E, “Anonim Şirketlerde Genel Kurul Toplantı Yerinin Esas Sözleşmede Gösterilmesi”, *Batider*, 35 (2), 2019, s. 213-232.
- Korkut Ö, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı*, Karahan Kitabevi, 2012.

- Moroğlu E, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, Güncellenmiş 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Müller L, “Die Online-Gründung der Aktiengesellschaft”, *SJZ/RJS* 116, 2020, Nr 16/17, s. 555-568.
- Müller R/Akeret F, “Die Generalversammlung nach revidiertem Aktienrecht”, *SJZ*, Nr. 1, 2021, s. 7-21.
- Özdał Ş, *Anonim Ortaklıkta Elektronik Katılımlı Genel Kurul*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2016.
- Patak S D, *Die virtuelle Generalversammlung im schweizerischen Aktienrecht*, Dissertation der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern, Luzern, 2004.
- Pulaşlı H, “Elektronik Ortamda Anonim Şirket Genel Kuruluna İlişkin Düzenlemelerin Evrimi ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunundaki Durum”, *Elektronik Nehir Dergi, Halil Arslanlı Bilim Arşivi*, <<http://www.arslanlibilimarsivi.com/>> (<http://www.arslanlibilimarsivi.com/internet-ortaminda-genel-kurul>>, Erişim Tarihi 8 Nisan 2022, s. 1-76.
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi*, Cilt 2, Tamamen Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022. (Şirketler Hukuku Şerhi)
- Pöschel I, “Generalversammlung und Internet: Versuch einer Ent-Täuschung”, *Die “grosse” Schweizer Aktienrechtsrevision Eine Standortbestimmung per Ende 2010*, Dike Verlag, 2010, s. 223-245.
- Schister R/Walker M, “*Virtuelle Generalversammlung*”. <<https://www.alexandria.unisg.ch/248116/1/Virtuelle%20Generalversammlung.pdf>>, Erişim Tarihi 8 Nisan 2022, s. 1-30.
- Schott B G, *Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln*, Dike Verlag, 2009.
- Singhal B/Dhameja G/Panda P S, *Beginning Blockchain*, Apress Berkeley, 2018.
- Şahin A, “İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku Revizyonu Kapsamında Genel Kurullara İlişkin Olarak Öngörülen Değişiklikler”, *Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu*, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 20-22 Temmuz 2020, s. 395-416.
- Theiler K, “Gedanken zur Zulässigkeit und Durchführbarkeit der virtuellen Generalversammlung de lege lata”, *AJP*, 2012, s. 69-85.
- Turgut M, *Borsaya Kote Anonim Ortaklıklarda Elektronik Genel Kurul*, On İki Levha Yayıncılık, 2015.

Verma A K/Garg A, "Blockchain: An Analysis On Next-Generation Internet",
International Journal of Advanced Research in Computer Science, 8(8),
2017, s. 429-432.

KİRA SÖZLEŞMESİNDE TARAF DEĞİŞİKLİĞİNİN MEVCUT TEMİNATLARA ETKİSİ

Özlem SARI FİDAN*

ÖZET

Kiraya verenin, kiralananın sözleşme süresince kiracının kullanımına elverişli bir şekilde bulundurulmasına ilişkin asli yükümlülüğü, kira sözleşmesinin taraflar arasında sürekli borç ilişkisi oluşturmaya sebep olmaktadır. Ancak kira sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi niteliğinde olmasından, sözleşme sona erinceye kadar, hiçbir değişikliğe uğramadan ve kurulduğu hâliyle devam etmesi gerektiği anlamı çıkarılmamalıdır. Elbette sözleşme devam ederken kira sözleşmesinde bazı değişiklikler meydana gelebilir. Bu değişikliklerden biri de sözleşmenin taraflarında yaşanan değişikliktir. Kira sözleşmesi kurulduktan sonra, çeşitli sebeplerle, sözleşmeyi akdeden tarafların değişmesi ve yerine üçüncü kişilerin sözleşme ilişkisine dahil olması mümkündür. Kira sözleşmesinin taraflarında yaşanan değişiklikler ise çeşitli hukuki sonuçları beraberinde getirmektedir. Bu sonuçlardan biri de mevcut teminatlara ilişkindir. Fakat kira sözleşmesinde görülebilecek tüm taraf değişikliği hâllerinde ve mevcut tüm teminatlar hakkında uygulanabilir tek bir hüküm mevcut değildir. Taraf değişikliğinin hangi tarafta gerçekleştiğine ve teminatın türüne göre değişikliğe bağlanan sonuçlar da değişmektedir.

Anahtar Kelimeler: Kira sözleşmesi, taraf değişikliği, teminat, sözleşmenin devri, kanuni halefiyet

* Arş. Gör. Dr., Kütahya Dumlupınar Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Kamu Yönetimi Bölümü /KÜTAHYA, e-posta: ozlem.sari@dpu.edu.tr,

ORCID: 0000-0002-9101-6096

DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1078470

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 24/02/2022

Yayımlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 15/04/2022

THE EFFECT OF CHANGE OF PARTY IN THE LEASE AGREEMENT ON CURRENT GUARANTEES

ABSTRACT

The principal obligation of the lessor to keep the leased object available to the lessee for the duration of the contract causes the lease agreement to create a permanent debt relationship between the parties. However, the fact that the lease agreement is a permanent debt relationship does not mean that it should not undergo any changes until the agreement is terminated and should remain as it was established. Of course, some changes may occur in the lease agreement while the contract is in progress. One of them is the change in the parties to the contract. After the lease agreement is established, the contracting parties can change for various reasons and for third parties to be included in the contractual relationship. Changes in the parties to the lease agreement bring along various legal consequences. One of these results is related to existing guarantees. However, there is no single applicable provision on the party changes in the lease agreement and on all existing guarantees. The results also vary depending on which party the party change takes place and the type of guarantee.

Keywords: Lease agreement, change of party, guarantee, transfer of contract, statutory subrogation

GİRİŞ

Kira sözleşmelerinde, kiraya veren tarafından da teminat sağlanması mümkün olmakla birlikte, teminat sağlamakla yükümlü olan tarafın çoğu zaman kiracı olduğu görülmektedir. Zira kiralananın teslimiyle birlikte daha fazla risk altına giren taraf kiraya verendir. Hatta kiraya verenlerin daha sözleşmesinin başında, kira sözleşmesinin akdedilmesinin bir şartı olarak kiracılardan teminat istemelerine sıklıkla rastlanılmaktadır. Kiracı ise söz konusu teminat yükümlülüğünü, bazen kendi mal varlığında yer alan değerlerle bizzat kendisi ifa etmekte; bazen de üçüncü kişiler, kiracının kira sözleşmesinden doğan borçlarının ödenmesi konusunda kiraya verene teminat sağlamaktadır. Kiracı ya da üçüncü kişilerce sağlanan teminatların, kira sözleşmesinin taraflarından birinin değişmesi hâlinde sona mı ereceği, yoksa devam mı edeceğinin tespiti, uygulama açısından da önemli bir mesele oluşturmaktadır. Zira özellikle üçüncü kişilerce teminat sağlanmasının söz konusu olduğu hâllerde, bir yanda kiralananın devri sebebiyle risk altında bulunan ve teminat ihtiyacı bulunan kiraya veren; diğer yanda ise kiracıya güvenerek ve çoğu zaman da herhangi bir karşılık almadan, hatır sebebiyle teminat sağlamış olan bir kişi ya da kişiler bulunmaktadır. Bu anlamda menfaatler arasında makul bir dengenin sağlanması önem arz etmektedir. Nitekim Kanunkoyucunun da bu dengeyi sağlamak adına, hem kira sözleşmesine özgü olarak hem de tüm sözleşmelere

uygulanabilecek şekilde genel nitelikte, sözleşmede taraf değişikliğini ve mevcut teminatların durumunu düzenlediği hükümler mevcuttur. Fakat bu konuda bir belirleme yapabilmek için hem taraf değişikliğinin sözleşmenin hangi tarafında gerçekleştiğinin belirlenmesi hem de sağlanan teminatın türüne göre bir değerlendirilme yapılması gerekir. Dolayısıyla daha anlaşılır olması adına çalışmamızda, öncelikle kiracının daha sonra ise kiraya verenin değişmesi ve bu değişikliklerin mevcut teminatlar üzerindeki etkileri ele alınmıştır.

I. KİRACININ DEĞİŞMESİNİN TEMİNATLARA ETKİSİ

Kira sözleşmesinde taraf değişikliği bazen tarafların iradesi sebebiyle bazen de kanun hükmü gereği gerçekleşebilmektedir. Kira sözleşmesinin iradi ve kanuni devrinin gerçekleşebilmesi farklı şartlara tabi tutulduğu ve iki değişiklik hâlinde farklı hukuki sonuçlar öngörüldüğü için kiracının iradi işlemle değişmesi ve kanun gereği değişmesi olarak ikili bir ayırım yapmak gerekir.

A. Kiracının İradi İşlemle Değişmesi

Türk Borçlar Kanunu m. 323'te kira sözleşmelerinde kiracının değişmesi durumu, özel olarak düzenleme altına alınmıştır. Çalışmamızda kiracının hukuki işlem yoluyla değişmesine yol açacak bu düzenlemeye öncelikle yer verilmiş, daha sonra TBK m. 323'ün benzer hukuki düzenlemelerden ayırt edilebilmesi için söz konusu düzenlemeler incelenmiş ve tüm bu hâllerde mevcut teminatlar ve henüz ifa edilmemiş teminat yükümlüğü hakkında değerlendirmeler yapılmıştır.

1. Türk Borçlar Kanunu m. 323 Gereğince Kira İlişkisinin Devri

a. Genel olarak

İsviçre Borçlar Kanunu m. 263 esas alınarak oluşturulan TBK m. 323, mülga Borçlar Kanunu'nda yer almayan, yeni bir düzenlemedir¹. Kira ilişkisinin devri, EBK'da düzenlenmemiş olmakla birlikte, o dönemde konut ve çatılı işyeri kiralari açısından uygulama alanı bulan GKHK m. 12'de sözleşmede aksi açıkça kararlaştırılmadığı sürece, kiracının kira sözleşmesini başkasına devredemeyeceği düzenlenmiştir.

“*Kira İlişkisinin Devri*” kenar başlığı altında düzenlenen TBK m. 323'e göre: “*Kiracı, kiraya verenin yazılı rızasını almadıkça, kira ilişkisini başkasına*

¹ 6353 sayılı 04.07.2012 tarihli “*Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*”un 53. maddesi ile belirli özellikleri taşıyan kira sözleşmelerinde kira ilişkisinin devrini düzenleyen TBK.m. 323'ün uygulanması, 01.07.2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle ertelenmiştir. Dolayısıyla TBK m. 323, tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralalarında 01.07.2020 tarihine kadar uygulanmamıştır.

devredemez. Kiraya veren, işyeri kiralalarında haklı sebep olmadıkça bu rızayı vermekten kaçınmaz (f. 1). Kiraya verenin yazılı rızasıyla kira ilişkisi kendisine devredilen kişi, kira sözleşmesinde kiracının yerine geçer ve devreden kiracı, kiraya verene karşı borçlarından kurtulur (f. 2). İşyeri kiralalarında devreden kiracı, kira sözleşmesinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle devralanla birlikte müteselsilen sorumlu olur (f. 3)”.

Hüküm, kira sözleşmesinin genel hükümlerinin düzenlendiği birinci ayırda yer almaktadır. Bu nedenle söz konusu hüküm, tüm kira sözleşmelerinde uygulama alanı bulur². Ancak söz konusu düzenleme, kira sözleşmelerinde kiracı tarafının değişmesi niteliğindeki devirlere uygulanır. Dolayısıyla kiraya verenin değişmesi sonucunu doğuran devirler, hükmün uygulama alanı dışında kalır. Kira ilişkisinin devri başlığı altında yer alan TBK m. 323'teki düzenleme, sözleşmenin devri niteliğinde olmakla birlikte tüm sözleşmelere uygulanabilir nitelikte olan TBK m. 205'e göre özel hüküm niteliğinde olduğu için öncelikle uygulama alanı bulur³.

Kira ilişkisinin devrinin gerçekleşebilmesi için TBK m. 323 gereğince gerekli şartlar, geçerli bir kira sözleşmesi bulunması, devreden eski kiracı ile devralan yeni kiracı arasında bir devir anlaşmasının yapılması ve kiraya verenin devir anlaşmasına

² TBK m. 323'ün karşılığını oluşturan İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemenin sadece işyeri kiralaları için geçerli olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Peter Higi / Wildisen Christoph, ZK - Zürcher Kommentar, *Die Miete - Art. 266-268b OR Art. 266-268b OR*, 5. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, 2020, Art. 263, N. 3; Beat Rohrer, *SVIT - Schweizer Schriften zur Immobilienwirtschaft, Das schweizerische Mietrecht Kommentar*, 4. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, 2018, Art. 263, N. 1; Richard Permann, *OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht*, 3. Aufl., Orell Füssli Verlag AG, 2016, Art. 263, N. 1; Roger Weber, *Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529, Die Miete Art 253-274*, 5. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011, Art. 263, N.1; Peter Zihlmann, *Das Mietrecht*, 2. Aufl., Schulthess Polygraphischer Verlag, 1995, s. 96; Roger Weber, *Der Gemeinsame Mietvertrag*, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1993, s. 153; Maja Blumer, *Schweizerisches Privatrecht Band VII, Teilband 3, Gebrauchsüberlassungsverträge (Miete/Pacht)*, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2012, s. 183. Bir diğer görüş ise hükmün işyeri kiralaları için geçerli bir düzenleme olduğunu kabul etmekle birlikte devir anlaşmasının kiraya veren, devreden kiracı ve devralan kiracının katılımıyla üç taraflı olarak yapılması hâlinde, diğer kira sözleşmelerinde de uygulanacağını ifade etmektedir. Bkz. Urban Hulliger/Peter Heinrich, *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe Art. 184-318 OR, Die Miete*, 3. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, 2016, Art. 263, N. 2; Hans Giger, *BK- Berner Kommentar, Die Miete, Art. 253-273c. Art. 260-266o OR*, Stämpfli Verlag AG, 2020, Art. 263, N. 33.

³ Nalan Kahveci, “6098 Sayılı TBK'nun 323. Maddesi Çerçevesinde Kira İlişkisinin Devri Durumunda Kira Sözleşmesinden Doğan Borçlardan Sorumluluk”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan*, 19 (3), 2017, s. 698; Seçkin Topuz/Ferhat Canbolat, “Kira İlişkisinin Devri- (Yeni) Türk Borçlar Kanununun İlgili 323'üncü Maddesinin Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 95, 2011, s. 102.

yazılı olarak onay vermesidir⁴. İşyeri kiralarında kiraya veren, haklı sebep olmadıkça kira ilişkisinin devrine onay vermekten kaçınamaz⁵. Diğer kira sözleşmelerinde ise kiraya veren devre onay verip vermemekte kural olarak serbesttir.

Devir için gerekli şartların mevcut olup devrin gerçekleşmesiyle birlikte, sözleşmeyi devralan üçüncü kişi, kira ilişkisinde kiracının yerini alır ve kira ilişkisinden ve kanundan doğan bütün hak ve borçlar üçüncü kişiye ait olur⁶. Aynı zamanda devreden kiracı, kira ilişkisinin devrinin gerçekleştiği anda kiracılık sıfatına bağlı tüm haklarını kaybedeceği gibi sözleşmeden doğan borçlardan da kurtulmuş olur. Ancak TBK m. 323/III'te işyeri kiraları açısından buna istisna getirilmiş ve devreden kiracının da kira sözleşmesinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle devralanla birlikte borçlardan müteselsilen sorumlu olacağı kabul edilmiştir⁷.

⁴ Bkz. Hulliger / Heinrich, Art. 263, N. 4; Topuz / Canbolat, s. 103 vd.; Mustafa Alper Gümüş, "Yeni" 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 228 vd.; M. Murat İnceoğlu, *Kira Hukuku, C. I*, On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 532 vd. Yazılı olma koşulunun geçerlilik değil, ispat şekli olduğu yönünde bkz. Alfred Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, OR BT Die einzelnen Vertragsverhältnisse Art. 184-318 OR, Band I*, Stämpfli Verlag AG, 2012, N. 217, s. 235; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Turhan Kitabevi, 2019, s. 255; Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 11. Bası, Yetkin Yayınları, 2015, s. 318.

⁵ Bir sebebin haklı sebep olarak nitelendirilebilmesi hususunda önemli olan, kiraya verenden dürüstlük kuralına göre yeni kiracı ile sözleşmeyi devam etmesinin beklenip beklenemeyeceğidir. Dolayısıyla haklı sebep, objektif ya da sübjektif nitelikte olabilir. İşyeri kiralarında kiraya verenin kira ilişkisinin devrine onay vermekten kaçınılmasını sağlayan haklı sebep kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. Higi / Wildisen, Art. 263, N. 31 vd.; Hulliger / Heinrich, Art. 263, N. 6; Weber, Basler, Art. 263, N. 5; Rohrer, Art. 263, N. 20 vd.; Permann, ORK, Art. 263, N. 4; Topuz / Canbolat, s. 109 vd.; İnceoğlu, C. I, s. 540 vd. İşyeri kiralarında kiraya verenin haklı sebep bulunmadan devre onay vermektan kaçınması hâlinde mevcut kiracının mahkemeye başvurması mümkündür. Bu hâlde mahkemenin vereceği olumlu karar, kiraya verenin onayı yerine geçer. Bkz. aynı yönde Higi / Wildisen, Art. 263, N. 43; Weber, Basler, Art. 263, N. 3a; Rohrer, Art. 263, N. 28; Nadja Schwery, *Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015)*, 9. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, 2016, Art. 263, N. 3; Topuz / Canbolat, s. 117.

⁶ Matthias Minder, *Die Übertragung des Mietvertrags bei Geschäftsräumen (Art. 263 OR Einschliesslich des Verhältnisses von Art. 263 OR zum Fusionsgesetz (FusG))*, Schulthess Juristische Medien AG, 2010, N. 786; Higi / Wildisen, Art. 263, N. 44; Rohrer, Art. 263, N. 30; Schwery, Art. 263, N. 1; Zihlmann, s. 95; Weber, Mietvertrag, s. 153.

⁷ Devreden kiracının devranla birlikte iki yıl süreyle müteselsil olarak sorumlu olacağına ilişkin düzenlemenin hukuki niteliği öğretilerde tartışmalıdır. Bizim de kabul ettiğimiz görüşe göre, söz konusu düzenleme kiracı lehine nispi emredici niteliktedir. Şöyle ki söz konusu süre, devreden kiracının sorumlu olacağı azami süre olup kiraya verenin söz konusu süreden önce de devredeni sorumluluktan kurtarabilmesi mümkündür. Bkz. Higi / Wildisen, Art. 263, N. 4; Hulliger / Heinrich, Art. 263, N. 1; Permann, ORK, Art. 263, N. 2; Cevdet Yavuz / Faruk Acar / Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 16. Bası, Beta Yayıncılık, 2019, s. 286; Topuz/Canbolat, s. 124. Nitekim devreden kiracının devralanla birlikte müteselsil olarak

Devralan kişinin kiracının yerine geçmesinin, geçmişe etkili olarak mı yoksa devir tarihinden itibaren geleceğe etkili olarak mı gerçekleştiği hususu öğretide tartışmalıdır. Bizim de kabul ettiğimiz görüşe⁸ göre, devir geçmişe etkili olur ve aksi kararlaştırılmadıkça kiracının devir tarihi ile bağlı olmaksızın tüm hak ve borçları devralan yeni kiracıya geçer. Bu çerçevede devralan kiracı, devirden sonraki borçlardan olduğu gibi devirden önceki borçlardan da sorumlu olur. Dolayısıyla devralan kiracı, devirden önce muaccel olmuş kira bedelleri ve kira sözleşmesinden doğan diğer borçlardan da sorumludur. Bu borçların kapsamına kira sözleşmesinden doğmuş olup da henüz ifa edilmemiş ve niteliği gereği devreden kiracının kişiliğine bağlı olmayan bütün borçlar girer⁹. Borçların yanı sıra haklar da geçmişe etkili olarak devralana geçeceği için, devreden kiracının kiraya verene karşı kira sözleşmesinden doğan bir alacağının bulunması hâlinde, bunun da devralana ödenmesi gerekir.

b. Kira ilişkisinin devrinin teminatlara etkisi

İşyeri dışındaki kira sözleşmelerinde, taraflarca kiracının teminat sağlaması kararlaştırılıp, henüz teminat sağlanmadan kiracının değişmesi durumunda, devralan kiracı devreden kiracının tüm borçlarını devralmış olduğu için teminat borcunun ifasından da artık o sorumlu olur. İşyeri kiralalarında ise devreden de devralan ile birlikte iki yıl süreyle müteselsil sorumluluğu bulunduğu için, o da bu borçtan devralanla birlikte sorumlu olur.

Kiraya verene teminat sağlandıktan sonra kira sözleşmesinin devredilmesi hâlinde mevcut teminatların durumuna ilişkin ne kira sözleşmesinin devrini

sorumlu olması, her ne kadar kiraya verenin teminat ihtiyacına hizmet etse de TBK m. 263/III'te yer alan, işyeri kiralalarında devreden kiracının, "kira sözleşmesinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle" (kaynak düzenlemede de aynı şekilde "höchstens für zwei Jahre" olarak ifade edilmiş) devralanla birlikte müteselsilen sorumlu olacağına ilişkin açık ifade karşısında, hükmün kiracı lehine nispi emredici nitelikte olduğunu kabul etmek gerekir. Diğer bir görüşe göre ise söz konusu düzenleme bir tamamlayıcı hukuk kuralı niteliğindedir ve tarafların, devreden kiracının sorumluluğunu iki yıldan daha uzun ya da daha kısa olacak şekilde belirleyebilmeleri mümkündür. Bkz. Giger, Art. 263, N. 37; Rohrer, Art. 263, N. 8; Gümüş, s. 232; İnceoğlu, C. I, s. 558-559; Kahveci, s. 714-715

⁸ Minder, N. 808; Higi / Wildisen, Art. 263, N. 46-49; Weber, Basler, Art. 263, N. 6; Richard Permann, *OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Mietrecht Kommentar Mit einschlägigen bundesrechtlichen und kantonalen Vorschriften, MK, 2. Aufl.*, Orell Füssli Verlag AG, 2007, Art. 263, N. 15; Kahveci, s. 710; Gümüş, s. 231; Nihat Yavuz, *Yeni TBK, HMK, İİK ve İstinafa Göre Kira Hukuku*, 7. Bası, Adalet Yayınevi, 2019, s. 378. Devrin ileriye etkili olacağı ve sonuçlarını bu yönde göstereceği yönünde bkz. Rohrer, Art. 263, N. 31; Hulliger / Heinrich, Art. 263, N. 7.

⁹ Minder, N. 829; Higi / Wildisen, Art. 263, N. 49. Devralan kiracının, kiraya verenin yalnızca kira bedeline ilişkin alacaklarından değil, kira sözleşmesinden doğan tüm alacaklarından sorumlu olduğuna ilişkin bkz. Schwery, Art. 263, N. 5; Kahveci, s. 711; Topuz / Canbolat, s. 119.

düzenleyen TBK m. 323'te, ne de sözleşmenin devrine ilişkin tüm sözleşmelerde uygulanabilir genel bir hüküm niteliğinde olan TBK m. 205'te bir düzenleme bulunmaktadır. Öğretide haklı olarak, bu hâlde TBK m. 198'deki borcun üstlenilmesine ilişkin düzenlemenin kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir¹⁰. “*Borçlunun değişmesi*” üst başlığı ve “*Bağlı hak ve borçlar*” başlığı altında düzenlenen söz konusu hükme göre, “*Borçlu değişmiş olsa bile, alacaklının borçlunun kişiliğine özgü olanlar dışındaki bağlı hakları saklı kalır (f.1). Bununla birlikte borcun güvencesi olarak rehin veren üçüncü kişinin ve kefilin sorumlulukları, ancak onların borcun üstlenilmesine yazılı olarak rıza göstermeleri hâlinde devam eder (f. 2)*”.

Kiracının kiraya verene para veya kıymetli evrak türünde bir güvence sağlamasından sonra kira sözleşmesinin devredilmesi hâlinde, TBK m. 198/1'in kıyasen uygulanması sonucunda, söz konusu güvencenin kiraya veren lehine sağlamış olduğu teminat fonksiyonu devam eder ve devreden kiracının güvence üzerindeki hakkı da devralan kiracıya geçer¹¹. Ayrıca her ne kadar kiraya verenin para ve kıymetli evrak niteliğindeki kira güvencesi üzerindeki hakkı, rehin hakkı niteliğinde olsa da söz konusu güvence, üçüncü bir kişi tarafından değil, çoğunlukla bizzat kiracı tarafından sağlandığı için 2. fıkranın uygulanması da söz konusu olmaz. Dolayısıyla kiraya verenin, devreden kiracı tarafından sağlanmış para ve kıymetli evrak üzerindeki hakları, kira sözleşmesinin devrinden sonra da devam eder¹².

Türk Borçlar Kanunu m. 342 gereğince, güvence olarak devreden kiracı tarafından bankaya tevdi edilmiş paranın ya da depo edilmiş kıymetli evrakın devreden kiracıya iade edilmesi gerekmez. Söz konusu teminatlar kiraya veren ve devreden kiracının bankaya birlikte yapacakları bir bildirim ile devralan kiracı adına açılan bir vadeli hesaba devredilir. Devreden kiracı, teminatların devralan kişiye geçirilmesi için üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmekle yükümlüdür. Aksi takdirde kiraya verenin yeni kiracıdan başka bir teminat istemesi söz konusu olabilir¹³. Ayrıca öğretide, devralan kiracının da güvence hesabının kendi üzerine geçirilmesini devreden kiracıdan talep edebileceği kabul edilmektedir. Kira ilişkisi sona erdikten sonra, güvencenin kiracıya iadesi söz konusu olduğunda iade devralan

¹⁰ Minder, N. 828, 833; Higi / Wildisen, Art. 263, N. 48-49; Kahveci, s. 720,721

¹¹ Minder, N. 833; Higi / Wildisen, Art. 263, N. 48; Kahveci, s. 720.

¹² Rohrer, Art. 263, N. 34; Hulliger / Heinrich, Art. 263, N. 7; Higi / Wildisen, Art. 263, N. 48.

¹³ Minder, N. 833; Hulliger / Heinrich, Art. 263, N. 7; Higi / Wildisen, Art. 263, N. 48; Kahveci, s. 720; Özlem Acar Ünal/Nihal Ural Çınar, “Kefalet Sözleşmesi Hükümlerinin Kira Sözleşmeleri Bakımından Değerlendirilmesi”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. İlhan Uluşan'a Armağan*, 15 (2), 2016, s. 67.

kiracıya yapılır¹⁴. Bir görüşe¹⁵ göre, devir sözleşmesinde açık bir hüküm bulunmasa bile devreden, devirden sonra güvence miktarının devralan tarafından kendisine ödenmesini sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde talep edebilmelidir. Kanaatimizce, bu konuda öncelikle devir anlaşmasına bakılır. Bunun dışında devreden kiracı ile devralan kiracı arasında müteselsil sorumluluğun söz konusu olduğu işyeri kiralalarında tarafların birbirlerine rücu imkânı ve kapsamı, genel hükümlere göre belirlenir¹⁶.

Devreden kiracı tarafından sağlanmış, ipotek gibi diğer aynı teminatlar da tıpkı teminat olarak para ve kıymetli evrak verilmesinde olduğu gibi, devirden sonra da geçerliliklerini korur¹⁷. Fakat kiraya veren lehine sağlanan aynı teminat, kiracı tarafından değil de üçüncü bir kişi tarafından sağlanmışsa, o hâlde söz konusu aynı teminatın geçerliliği, kefalet ve banka teminat mektubu gibi şahsi teminatlarda olduğu gibi teminat sağlayanın yazılı rızasına bağlıdır. Zira üçüncü kişiler tarafından verilen teminatlar, TBK m. 198/II'nin kıyasen uygulanması sonucunda, ancak bu kişilerin kira sözleşmesinin devrine yazılı rıza göstermeleri hâlinde devam eder. Bunun zıt anlamından, kiraya veren lehine kefalet, banka teminat mektubu, rehin hakkı gibi bir teminat sağlayan üçüncü kişilerin kira sözleşmesinin devrine yazılı rıza göstermemeleri hâlinde, devir ile birlikte sorumluluklarının sona ereceği çıkarılmaktadır¹⁸. Fakat işyeri kiralalarında, devreden kiracı da devralan kiracı ile birlikte, devirden itibaren iki yıl süreyle müteselsil olarak sorumlu olmaya devam ettiği için devreden kiracı lehine üçüncü kişilerce sağlanmış teminatların da bu süre boyunca herhangi bir onay gerekmeksizin devam ettiklerinin kabul edilmesi gerekir¹⁹. Üçüncü kişilerin sağlamış oldukları teminatlar, devreden kiracının

¹⁴ Rohrer, Art. 263, N. 43; Seda Öktem Çevik, "Kiralananın Sözleşme Bitiminden Önce Geri Verilmesi (TBK m. 325)", *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, 9 (103-104), 2013, s. 159; Kahveci, s. 721.

¹⁵ İnceoğlu, C. I, s. 561.

¹⁶ Bkz. aynı yönde BGE 116 II 514; Higi / Wildisen, Art. 263, N. 58; Topuz / Canbolat, s. 125.

¹⁷ İnceoğlu, C. I, s. 561. Bir görüş, kiracı tarafından sağlanan para ve kıymetli evrak gibi teminatların devirden sonra da varlığını koruyacağını, şahsi teminatların ise sona ereceğini ifade etmektedir. Bkz. Higi / Wildisen, Art. 263, N. 48, Rohrer, Art. 263, N. 34. Kiracı tarafından verilen teminatların, kira sözleşmesinin devri hâlinde sona ereceği yönündeki aksi görüş için bkz. Gümüş, s. 231.

¹⁸ Hulliger / Heinrich, Art. 263, N. 7; Rohrer, Art. 263, N. 33; Higi/Wildisen, Art. 263, N. 48; Gümüş, s. 231; Topuz/Canbolat, s. 119; Kahveci, s. 720-721.

¹⁹ Aynı yönde bkz. Kahveci, 721-722; İnceoğlu, C. I, s. 562. İşyeri kirası sözleşmesinin devri hâlinde, devreden kiracının devirden sonra iki yıl süreyle devralanla birlikte müteselsil olarak sorumlu olmasına ilişkin TBK m. 323'e benzer bir düzenleme de aşağıda detaylı olarak ifade edileceği üzere TBK m. 202'de ticari işletmenin devrinde devreden hakkında öngörülmüştür. Ticari işletmenin devri hâlinde, devreden hakkında üçüncü kişilerce sağlanan kefalet, rehin gibi teminatların devamı için teminat verenin onayı aranmayacağı, ancak iki yıllık müteselsil

müteselsil sorumluluğunun sona erdiği ikinci yılın sonunda kendiliğinden sona erer. Dolayısıyla üçüncü kişilerin devralan kiracı ile birlikte sorumlu olabilmeleri için yazılı rızaları gerekir.

Kira sözleşmesinin devri hâlinde, üçüncü kişilerce sağlanmış teminatların durumu hakkında varılan sonuç, sözleşmenin devrinin kiraya veren aleyhine sonuçlar doğurmasına sebep olmaktadır. Zira kiraya verenin kira sözleşmesinin devrine onay vermesi, işyeri dışındaki kira sözleşmelerinde devir ile birlikte, işyeri kira sözleşmelerinde ise devreden kiracının iki yıllık müteselsil sorumluluğunun sonunda, üçüncü kişilerce sağlanan teminatları kaybetmesi anlamına gelebilmektedir. İşyeri kirası dışındaki sözleşmelerde kiraya veren, kira sözleşmesinin devrine rıza gösterip göstermemekte serbest olduğu için devre rıza göstermeyerek teminatların elinden kaçmasını önleyebilir. İşyeri kiralarda ise kiraya veren, haklı bir sebep bulunmadıkça devre rıza göstermekten kaçınmaz. Kanaatimizce işyeri kiralarda, yeni kiracı tarafından kiraya verenin devirden önce sahip olduğu teminatlara eşdeğer nitelikte yeni teminatların sağlanmaması sebebiyle kiraya verenin devre onay vermekten kaçınması, haklı sebep olarak değerlendirilebilecek bir durumdur²⁰.

2. Kiracı Değişikliğine Yol Açmayan Benzer Hukuki Düzenlemelerin Teminatlara Etkilerinin Değerlendirilmesi

a. Türk Borçlar Kanunu m. 325 hükmüne göre kiracının kira ilişkisini devralmaya hazır yeni kiracı bulması

Türk Borçlar Kanunu m. 325/I'de, sözleşme süresine veya fesih dönemine uymaksızın kiralananı geri veren kiracıya, kira sözleşmesinden doğabilecek borçlarından kurtulma imkânı sağlanmıştır²¹. Söz konusu düzenlemeye göre: *“Kiracı, sözleşme süresine veya fesih dönemine uymaksızın kiralananı geri verdiği*

sorumluluğun sonunda teminat verenin devralanla birlikte sorumlu tutulabilmesi için söz konusu sürenin sonuna kadar teminat verenin onayının alınması gerektiği yönündeki benzer görüş için bkz. M. Kemal Oğuzman / Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II*, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 626; Sema Aydın / Hasan Ali Kaplan / Arzu Şen Kalyon, “Ticari İşletme Devri ve Devrin Hukuki Sonuçları”, 2013, 17 (2), *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17 (2), 2013, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789281>> Erişim Tarihi 17.12.2021, s. 245. Kefilin sorumluluğunun bu sürede devamı açısından aynı yönde bkz. Burak Özen, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 97.

²⁰ Bkz. aynı yönde Higi / Wildisen, Art. 263, N. 31; Weber, Mietvertrag, s. 155; İnceoğlu, C. I, s. 547.

²¹ TBK m. 325 hükmü tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişilerinin taraf olduğu işyeri kiralarda açısından uygulanması 8 yıl ertelenen hükümler arasındadır. Dolayısıyla söz konusu kişilerin taraf olduğu işyeri kiralarda 01.07.2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle uygulanmamıştır.

takdirde, kira sözleşmesinden doğan borçları, kiralananın benzer koşullarla kiraya verilebileceği makul bir süre için devam eder. Kiracının bu sürenin geçmesinden önce kiraya verenden kabul etmesi beklenebilecek, ödeme gücüne sahip ve kira ilişkisini devralmaya hazır yeni bir kiracı bulması hâlinde, kiracının kira sözleşmesinden doğan borçları sona erer". Hüküm hazırlanırken İsviçre Borçlar Kanunu'nun 264. maddesi esas alınmıştır²².

Kiracının kira ilişkisini devralmaya hazır yeni kiracı bulmasını düzenleyen TBK m. 325, amacı itibarıyla kira ilişkisinin devrini düzenleyen TBK m. 323'teki düzenleme ile benzerlik göstermektedir. Zira iki düzenlemede de kiracının kira sözleşmesinin erken feshi sebebiyle kiraya verene karşı ödemekle yükümlü olduğu tazminattan kurtulabilmesi sağlanmaktadır²³. Sözleşmenin devri ile birlikte meydana gelen taraf değişikliği kavramı açısından bakıldığında ise iki hüküm arasında farklılıklar bulunmaktadır. Şöyle ki TBK m. 323 sözleşme devam ederken uygulanan bir hükümken, TBK m. 325 sözleşme sona erdikten sonra önem kazanmaktadır. TBK m. 325 kira ilişkisinin devrine ilişkin bir düzenleme olmayıp, öngörülen süreden önce kira konusunu iade etmesi sebebiyle kiraya verenin uğrayacağı zararı tazmin etmek zorunda kalacak olan kiracının, kiraya verene karşı sorumluluktan kurtulabilmesine imkân veren bir düzenlemedir. Dolayısıyla TBK m. 325'in uygulandığı hâllerde sözleşmenin devrine ilişkin bir işlem gerçekleşmemektedir. Bu doğrultuda sözleşme ilişkisinin devrinin gerçekleşebilmesi için kiraya verenin devre yazılı onay vermesi gerekirken, sözleşme sona erdikten sonra ilk kiracının yapmış olduğu yeni kiracı önerisini kabul edebilmesi için yazılı onaya ihtiyaç bulunmamaktadır.

²² Gümüş'e göre, TBK m. 325, ilk bakışta İBK m. 264 hükmünü esas alsa da madde metninin yazımı esnasında eski Borçlar Kanunu dönemindeki Yargıtay uygulamasının da hükmün yapısına dahil edilmesi sebebiyle hüküm işlevsizleştirilmiştir ve kaynak düzenlemeden farklı bir hâle gelmiştir. Bkz. Gümüş, s. 193.

²³ Higi / Wildisen, Art. 264, N. 61; Blumer, s. 183; Inceoğlu, C. I, s. 567. Fakat konut kiralalarında kiraya veren, kiracının sözleşmesinin devri önerisini kabul edip etmemekte tamamen serbest olup, kabul etmemesi durumunda kiracıya karşı sahip olduğu tazminat hakkını kaybetmezken; kiralananın erken teslimi hâlinde kiracının, kiraya verenin kabul etmesinin beklenebileceği, ödeme gücü yerinde ve kira ilişkisini devralmaya hazır yeni kiracı önerisini kabul etmemesi tazminat hakkını sona erdirmektedir. İşyeri kiralalarında ise kiraya veren haklı sebep bulunmadıkça, kiracının sözleşmenin devrine ilişkin önerisini kabul etmek zorundayken, kiralananın sözleşme süresinden önce teslim edildiği hâllerde, (eski) kiracının, yeni kiracı önerisini kabul etmemesi mümkündür. Bu hâlde kiraya veren, haklı sebep olmadıkça, kiracı tarafından önerilen ve ödeme gücü yerinde bulunan yeni kiracı ile kira sözleşmesi akdetmeyi kabul etmezse, kiracıya karşı erken fesih sebebiyle sahip olduğu tazminat hakkını kaybetmektedir. İşyeri kiralaları açısından aynı yönde bkz. Higi / Wildisen, Art. 264, N. 17; Hans Bättig, *SVIT- Schweizer Schriften zur Immobilienwirtschaft, Das schweizerische Mietrecht Kommentar*, 4. Aufl., Schulthess Juritische Medien AG, 2018, Art. 264, N. 23.

Esasında kiracının yeni kiracı önerisine ilişkin TBK m. 323 ile m. 325 arasındaki fark zaman yönüyledir. Şöyle ki TBK m. 323'te öneri, kira sözleşmesi sona ermeden yapılır ve kiraya verenin yazılı rızasıyla devralan kiracı, devredenin yerine kira sözleşmesine dahil olur²⁴. TBK m. 325'te ise öneri kira sözleşmesi sona erip, kiralanan kiraya verene teslim edildikten sonra yapıldığı için yeni kiracı ile yapılan sözleşme, ilk kiracı ile yapılan sözleşmenin devamı niteliğinde değildir; bilakis bu sözleşme yeni bir sözleşme olarak kabul edilir. Ancak yine de belirleme yapılırken taraf iradelerinin göz önünde tutulması gerekir. Zira kiracı, kiraya verene kira sözleşmesi sona ermeden önce yeni bir kiracı teklifinde bulursa dahi taraflar eski sözleşmeden bağımsız bir sözleşme kurma niyetinde iseler sözleşmenin devri değil, yeni bir sözleşmenin kurulması söz konusu olur. Özellikle sözleşme şartlarının değişmiş olduğu durumlarda yeni bir kira sözleşmesinin yapılmış olduğunun ve eski kiracının sorumluluğunun sona erdiğinin kabul edilmesi gerekir²⁵.

Kiraya verenin kiracının önerisini kabul etmesi hâlinde, ilk kiracı ile mevcut olan sözleşme sona ermekte ve yeni kiracı ile yeni bir kira sözleşmesi başlamaktadır. Dolayısıyla yeni kiracı ile akdedilen sözleşme, önceki kira sözleşmesinin devamı niteliğinde değildir. Bunun sonucunda ilk kiracının kira sözleşmesi sebebiyle sahip olduğu hak ve borçları yeni kiracıya geçmez, yeni kiracı ilk kiracının borçlarından sorumlu olmadığı gibi kiraya verene karşı sahip olduğu haklara da sahip olmaz. Ayrıca işyeri kiralari açısından TBK m. 325'in uygulandığı hâllerde, ilk kiracı ve yeni kiracı arasında müteselsil sorumluluk söz konusu olmaz. Konumuz açısından ise ilk kiracının sağlamış olduğu teminatlar yeni kiracıya geçmez²⁶.

Para ya da kıymetli evrak niteliğindeki kira güvencesi, tarafların ortak iradesi sonucunda kiraya verene veya ilk kiracıya bırakılabilir. Tarafların anlaşamaması hâlinde ise kiracıdan alacaklı olan kiraya veren, TBK m. 342/II uyarınca kesinleşmiş bir mahkeme kararı ya da icra takibi ile bankaya başvurarak güvencenin kendisine teslim edilmesini talep edebilir. Kiraya verenin herhangi bir hukuki girişimde bulunmaması hâlinde ise ilk kiracı, kira sözleşmesinin sona ermesinden itibaren üç ay geçmesi ile birlikte bankadan güvencenin kendisine iade edilmesini talep edebilir. Benzer şekilde kiracı tarafından sağlanan ipotek gibi aynı teminatlar ile üçüncü kişilerce sağlanmış kefalet, teminat mektubu gibi şahsi teminatlar da sona erer²⁷.

²⁴ İsviçre öğretisinde, yeni kiracının kiralananın kiraya verene teslim edilmesinden önce önerilmesi hâlinde İBK m. 263 (TBK m. 323) anlamında sözleşmenin devrinin ortaya çıkacağı kabul edilmektedir. Bkz. Higi / Wildisen, Art. 264, N. 40; Weber, Basler, Art. 264, N. 6.

²⁵ Benzer yönde bkz. Bättig, Art. 264, N. 42; İnceoğlu, C. I, s. 567.

²⁶ Öktem Çevik, s. 159.

²⁷ Söz konusu teminatlara yeni kiracının borçları için başvurulabilmesi mümkün olmasa da kiralananın teslim edilmesine rağmen ilk kiracının ödenmemiş kira borçlarının bulunması, kiralananı özensiz kullanması sebebiyle kiralananın hasar görmesi gibi sebeplerle ilk kiracının

Kiraya verenin, yeni kiracının kira sözleşmesinden doğan borçları için söz konusu teminatlara başvurabilmesi mümkün değildir. Ancak kiraya verenin teminat ihtiyacının karşılanması amacıyla yeni kiracıdan teminat talep edebilmesi elbette mümkündür.

b. Alt kira ve kullanım hakkının devri

Kira sözleşmesi yapıldıktan sonra, kiracının kiralananı geçici veya sürekli olarak kullanma ihtiyacı ortadan kalkabilmektedir. Fakat kiracının bu dönemlerde dahi kiraya verene karşı kira bedelini ödeme yükümlülüğü devam etmektedir. Dolayısıyla kiracı, kiralananı kullanmadığı dönemlerde sahip olduğu kullanım hakkını değerlendirmek isteyebilir. Bu doğrultuda kiralananı başka bir kişiye kiralamayı (alt kira) veya kira sözleşmesinden doğan kullanma hakkına bir başkasına devretmeyi düşünebilir. Ancak bu hâllerde kiralananı, asıl kiraya verenin kullanmasını öngördüğü kişi dışında birinin kullanması söz konusu olur. Bu durum ise kiraya veren tarafından her zaman hoş görülebilir bir durum değildir²⁸.

Türk Borçlar Kanunu m. 322’de kira sözleşmelerinde söz konusu olan alt kira ve kullanım hakkının devri birlikte düzenlenmiştir²⁹. Söz konusu düzenlemeye göre, *"Kiracı, kiraya verene zarar verecek bir değişikliğe yol açmamak koşuluyla, kiralananı tamamen veya kısmen başkasına kiraya verebileceği gibi, kullanım hakkını da başkasına devredebilir (f. 1). Kiracı, konut ve çatılı işyeri kiralalarında, kiraya verenin yazılı rızası olmadıkça, kiralananı başkasına kiralayamayacağı gibi, kullanım hakkını da devredemez (f. 2). Alt kiracı, kiralananı kiracıya tanınandan başka biçimde kullandığı takdirde kiracı, kiraya verene karşı sorumlu olur. Bu durumda kiraya veren, kiracısına karşı sahip olduğu hakları alt kiracıya veya kullanım hakkını devralana karşı da kullanabilir (f. 3)".* Görüldüğü üzere,

borçları için başvurulabilmesi elbette mümkündür. Fakat burada şuna dikkat etmek gerekir: Kiracının kiralananı kira sözleşmesinin süresi sona ermeden kiraya verene teslim etmesi hâlinde, kira sözleşmesinden doğan borçları, TBK m. 325 gereğince, kiralananın benzer koşullarla kiraya verilebileceği makul bir süre için devam edeceği için normalde kiraya verenin bu süre için işleyecek kira bedelleri gibi alacakları için de söz konusu teminatlardan faydalanabilmesi mümkündür. Fakat aynı maddenin ikinci fıkrasında kiracının, kiraya verenden kabul etmesi beklenebilecek, ödeme gücüne sahip ve kira ilişkisini devralmaya hazır yeni bir kiracı bulması hâlinde, kiracının kira sözleşmesinden doğan borçları sona ereceği ifade edildiği için böyle bir durumda kiraya veren, kiracının sağlamış olduğu teminatlara başvurarak yukarıda ifade edilen alacaklarının karşılanmasını talep edemez.

²⁸ İnceoğlu, C. I, s. 492.

²⁹ TBK m. 322, mülga Borçlar Kanunu m. 259 ve mülga GKHK m. 12 esas alınarak oluşturulmuş bir hükümdür. Fakat bu düzenleme, İsviçre hukukundaki düzenleme ile uyumlu değildir. Zira İBK m. 262’de yalnızca alt kira düzenlenmiştir, kullanım hakkının devri ise sözleşme devri olarak 263. maddede düzenlenmiştir. Bkz. Gümüş s. 212. İBK m. 262’de tüm kira sözleşmelerinde, alt kira sözleşmesi kiraya verenin onayına tabi tutulmuştur. Kiraya verenin onay vermektan kaçınması ise maddede sayılan sebeplerle olabilmektedir. Bkz. Hulliger / Heinrich, Art. 262, N. 6 vd.

Kanunkoyucu alt kira ve kullanım hakkının devri bakımından konut ve çatılı işyeri kiralari kiralalarında alt kira ve kullanım hakkının devrinin geçerliliğini kiraya verenin yazılı rızasına bağlamıştır.

Benzer amaçlara sahip bu iki düzenleme aynı hükümde yer almakla birlikte, doğurduğu hukuki sonuçlar bakımından birbirinden farklılık göstermektedir. Dolayısıyla bu iki düzenlemenin ayrı ayrı ifade edilmesinde fayda vardır.

(1) Alt kira

Alt kira sözleşmesi, kiracının kiraya veren sıfatıyla alt kiracı ile kurduğu bir kira sözleşmesidir ve bu sözleşmede (ilk) kiracı, kiralananın kullanılmasını kısmen veya tamamen kira bedeli karşılığında alt kiracıya bırakmayı taahhüt eder³⁰. Bu hâlde, alt kira sözleşmesinde kiracı, kira konusu şeyi bir başkasına kiralamaktadır ve dolayısıyla bu ilişkide iki ayrı kira sözleşmesi mevcuttur³¹. Dolayısıyla alt kira sözleşmesinin yapılması, asıl kiraya veren ve kiracısı arasındaki kira ilişkisinin mevcudiyetini ve hukuki durumunu etkilemez. Bu ilişkinin yanında kiracı ile alt kiracı arasında yeni bir kira ilişkisi daha meydana gelir ve ilk sözleşmenin kiracısı bu ilişkide kiraya veren durumunda olur. Bununla birlikte, kiraya veren ile alt kiracı arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır³².

Kira ilişkisinin devrinden farklı olarak alt kira sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, kiraya veren ile kiracı arasındaki sözleşme devam edip herhangi bir taraf değişikliği bulunmadığı için, tarafların kira sözleşmesi gereğince mevcut olan hak ve borçları, herhangi bir değişikliğe uğramaksızın aynen devam eder. Kiracının teminat sağlama borcu ise ilk kiracının borcu olmaya devam eder.

Kiraya verenin kira sözleşmesinden doğabilecek alacaklarının karşılanması amacıyla, alt kira ilişkisi kurulmadan önce, ilk kiracı tarafından ya da üçüncü kişilerce sağlanmış bir teminat varsa, bu teminatların alt kiracının kira sözleşmesinden doğan borçlarının karşılanması için kullanılıp kullanılmayacağı hususunda bir değerlendirme yapmak gerekir. Öncelikle, alt kira sözleşmesinde kira bedeli, yan gider ödemeleri gibi alacakların sahibi asıl kira sözleşmesinin kiracısı (alt kira sözleşmesinin kiraya vereni) olduğu için alt kiracının bu nitelikte borçlarını ifa etmemesi hâlinde söz konusu teminatlara başvurulamayacağı açıktır. Zira söz

³⁰ Halûk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Kira, Ödünç Verme (Ariyet, Karz) Sözleşmeleri*, C. I/2, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 69.

³¹ YHGK, T. 14.11.2011, 6-1042/1030, (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi 10.10.2021).

³² Weber, Basler, Art. 262, N 1 vd.; Hulliger / Heinrich, Art. 262, N. 1 vd.; Gümüş, s. 215. Bununla birlikte kiraya veren TBK m. 322/III gereğince, kiralananın kira sözleşmesinde öngörüldüğü şekilde kullanılmasını aralarında sözleşme ilişkisinin bulunmadığı alt kiracıya karşı da ileri sürebilir.

konusu teminatlar, asıl kiraya verenin alacaklarını korumak amacıyla verildiği için alt kiraya verenin alacakları için başvurulamaz. Fakat alt kiracının özensiz kullanımı neticesinde kiralananda bir zarar ortaya çıkmışsa, asıl kiraya verenin de söz konusu zararların giderilmesine ilişkin bir alacak hakkı ortaya çıkmaktadır. Bu hâlde alt kiracının kiralanana verdiği zararlar sebebiyle asıl kiracının, kiraya verene karşı sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Nitekim bu durum TBK m. 322/III'te "*Alt kiracı, kiralanana kiracıya tanınandan başka biçimde kullandığı takdirde kiracı, kiraya verene karşı sorumlu olur*" şeklinde ifade edilmiştir. Bu hâlde asıl kiracı lehine sağlanan teminatların kullanılabilmesi mümkün olabilecek midir? Bu konuda bir değerlendirme yaparken ikili bir ayırım yapmak uygun olur. Buna göre kiracı tarafından sağlanan para, kıymetli evrak, ipotek gibi aynı teminatların alt kiracı tarafından kiralanana verilen zararların karşılanması için de kullanılabileceğini kabul etmek gerekir. Zira teminatı sağlayan da kiraya verene karşı sorumlu olan da aynı kişidir. Fakat üçüncü kişilerce sağlanan kefalet gibi bir teminat söz konusu olduğunda, bu soruya kesin bir cevap verebilmek mümkün değildir. Somut olaya göre bir değerlendirme yapmak gerekir. Kefilin örneğin yalnızca kira bedelinin ödenmemesi gibi hangi zararlardan sorumlu olacağı sözleşmede belirtilmişse, kefil yalnızca o zararlardan sorumludur ve alt kiracının özensiz kullanımı sebebiyle kiralananda oluşan zararlardan sorumlu değildir. Hatta kefilin kiraya verenin kira sözleşmesi sebebiyle ortaya çıkabilecek tüm zararları için kefalet sağlaması hâlinde dahi, alt kiracının kiralanana vermiş olduğu zararlardan kefil sorumlu tutabilmek güçtür. Zira kefil, kira sözleşmesinden doğabilecek her türlü zararı tazmin edeceğini taahhüt etmiş olsa dahi kefilin yalnızca hayatın olağan akışına uygun olarak önceden öngörülebileceği zararlardan sorumlu olduğunu kabul etmek gerekir. Kefil tarafından önceden öngörülebilecek nitelikte olmayan zararlardan da onu sorumlu tutmak, kefilin korunması düşüncesi ile hareket eden TBK'nın özüne ve ruhuna da aykırı düşer. Nitekim Yargıtay da kefilin sorumluluğunun kapsamını belirlerken "*önceden bilinebilir ve belirlenebilir mahiyette olmasını*" aramaktadır³³. Bu anlamda kefilin, lehine teminat sağladığı kiracının, kiralanana alt kira sözleşmesi ile bir başkasına devredebileceğini öngörmesinin çoğu zaman mümkün olmadığını kabul etmek gerekir.

Alt kiracının kiralanana özensiz kullanması sebebiyle oluşan zararı tazmin etmek zorunda kalan asıl sözleşmenin kiracısının, daha sonra aralarındaki sözleşmeye istinaden alt kiracıya rücu etmesi mümkündür. Ayrıca alt kira sözleşmesi, ilk sözleşmenin kiracısı ile alt kiracı arasında gerçekleşen yeni bir kira sözleşmesi niteliğinde olduğu için tarafların (alt) kiracının teminat sağlaması konusunda anlaşmaları da mümkündür.

³³ Bkz. Y. 6. HD., E. 2015/6942, K. 2016/3621, T. 04.05.2016, (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi 10.10.2021)

(2) Kullanım hakkının devri

Kiracının kullanım hakkının devrinde, kiracının kira sözleşmesi gereğince sahip olduğu kullanma hakkını bir başkasına devretmesi söz konusudur. Kullanım hakkının devrinin hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte hakim görüş bu devrin, alacağın devri (temliki) hükmünde olduğu yönündedir³⁴. Bunun sonucunda kiracının kullanım hakkının devretmesi hâlinde, tüm sözleşme ilişkisi değil; yalnızca sözleşmeden doğan bir hak devredilmiş olur³⁵.

Kullanım hakkının devrinde, kira sözleşmesinin devrinden farklı olarak, alt kira sözleşmesinde olduğu gibi kiraya veren ile kiracı arasında sözleşme ilişkisi devam etmektedir. Dolayısıyla kullanım hakkını devralan, kiracının yerine geçmediği için onun kira sözleşmesinden doğan bütün hak ve yükümlülüklerini de devralmaz. Kullanım hakkının sahibi, kiracının yalnızca kiralananın kullanımına ilişkin hak ve yetkilerine sahip olur. Kiracı ise kiraya verene karşı kira bedeli ve diğer borçlardan sorumlu olmaya devam etmektedir. Kullanım hakkının devrinin alt kiradan farkı ise kullanım hakkını devralan kişinin kiracı sıfatını kazanmamasıdır. Gerek alt kirada gerekse kullanım hakkının devrinde asıl kiracının kiracılık sıfatı devam etmektedir³⁶.

Kullanım hakkının devrinde, hakkı devralan kişi, kiracının kiracılık sıfatını ve buna bağlanan hak ve borçları devralmadığı için, kiracının henüz ifa etmemiş olduğu teminat yükümlülüğü de kullanım hakkını devralana geçmez. Dolayısıyla kararlaştırılan nitelikte bir teminatın ifasını gerçekleştirmekle yükümlü olan da yine kiracı olur. Kiracı ya da üçüncü kişilerce teminat sağlandıktan sonra kullanım hakkının devredildiği hâllerde ise alt kira sözleşmesi hakkında yukarıda ifade ettiklerimiz, aynı şekilde geçerlidir.

³⁴ Hermann Becker, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, II. Abt., Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-551 OR*, 2. Aufl., Stämpfli Verlag AG, 1934, Art. 264, N. 2; Weber, Basler, Art. 262, N. 1 vd.; Aydın Zevkliler / K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 16. Bası, Turhan Kitabevi, 2016, s. 329; Gümüş s. 217; Aral / Ayrancı, s. 316; Yavuz / Acar / Özen, s. 283; Topuz / Canbolat, s. 126. Kullanım hakkının devrinin alacağın devri niteliğinde kabul edilmesinin bir sonucu olarak, devrin yazılı şekilde yapılması gerekir. Zira devrinin TBK m. 183 gereğince alacağın devrinin yazılı şekilde yapılması bir geçerlilik şartıdır.

³⁵ Alt kira sözleşmesi, bir bedel karşılığında olup, daima kiracı ile üçüncü kişi arasında yapılan bir kira sözleşmesini gerektirmektedir. Alt kira sözleşmesinin akdedilmesi ile birlikte alt kiracı ve asıl kira sözleşmesini kiracı arasında kira sözleşmesinden doğan tüm hak ve yükümlükler ortaya çıkmaktadır. Kullanım hakkının devrinde ise kiracının kiralananın kullanımına ilişkin hakkını, aralarında kira sözleşmesi bulunmaksızın, üçüncü bir kişiye, kısmen veya tamamen, bir bedel karşılığında ya da bedelsiz olarak devretmesi söz konusu olmaktadır. Alt kira ve kullanım hakkının karşılaştırılması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Zevkliler / Gökyayla, s. 329-331.

³⁶ Inceoğlu, C. I, s. 497; Aral / Ayrancı, s. 316; Gümüş, s. 219.

c. Kira sözleşmesine katılma

Türk Borçlar Kanunu'nun kira sözleşmesine ilişkin hükümleri arasında, alt kira, kullanım hakkının devri ve sözleşmenin devrinden farklı olarak sözleşmeye katılma düzenlenmemiştir. Dolayısıyla kira sözleşmesine katılmanın söz konusu olduğu durumlarda, tüm sözleşmelere uygulanabilir, genel hüküm niteliğinde olan “Sözleşmeye Katılma” kenar başlıklı m. 206 uygulama alanı bulur³⁷. Söz konusu düzenlemeye göre: “Sözleşmeye katılma, mevcut bir sözleşmeye taraflardan birinin yanında yer almak üzere, katılan ile bu sözleşmenin tarafları arasında yapılan ve katılanın, yanında yer aldığı tarafla birlikte, onun hak ve borçlarına sahip olması sonucunu doğuran bir anlaşmadır (f. 1). Anlaşmada aksi kararlaştırılmamışsa, sözleşmeye katılan ile yanında yer aldığı taraf, sözleşmenin diğer tarafına karşı müteselsilen alacaklı ve borçlu olurlar (f. 2). Sözleşmeye katılmanın geçerliliği, katılma konusu sözleşmenin şekline bağlıdır (f. 3).”

Sözleşmeye katılmada, mevcut sözleşmeye dayalı bir ilişkinin taraflarından birinin hak ve borçlarına üçüncü bir kişinin katılması söz konusu olur³⁸. Sözleşmeye katılma, katılma sözleşmesiyle gerçekleşir. TBK. m. 206'ya göre, sözleşmeye katılan kimse bu sözleşmeyi; hem yanında katıldığı tarafla hem de diğer tarafla yapmak zorundadır ve sözleşmeye katılmada katılan, sözleşmenin diğer tarafına karşı sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça yanında yer aldığı tarafla birlikte müteselsil alacaklı ve borçlu sıfatını kazanır. Kira sözleşmesi açısından ise kiracı ve sözleşmeye katılan kiracının yanı sıra kiraya verenin de katılma sözleşmesinin tarafı olması gerekir.

Geçerli bir katılma sözleşmesinin yapılması hâlinde katılan, kiracı olarak mevcut kiracının yanında kira ilişkisine dahil olur. Dolayısıyla bu hâlde, kira sözleşmesinin kiracı konumunda birden fazla kiracı bulunur ve katılan kimse, mevcut kiracı ile birlikte kira sözleşmesinin tarafı konumuna geçer³⁹. Kiracılar kural olarak kira sözleşmesinden doğan borçlardan müteselsil olarak sorumlu olduğu gibi

³⁷ Kira sözleşmesine katılmaya ilişkin bir düzenleme de TMK m. 194/IV'de aile konutu açısından düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre: “Aile konutu eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı hâline gelir ve bildirimde bulunan eş diğeri ile müteselsilen sorumlu olur”. TBK m. 206'dan farklı olarak bu şekilde sözleşmeye katılacak eşin, bu sözleşmeyi, hem yanında katıldığı tarafla (diğer eş) hem de diğer tarafla (kiraya veren) yapmasına ihtiyaç yoktur. Yani bu hâlde, sözleşmeye katılabilmek için katılma sözleşmesi gerekli değildir, kiraya verene yapılacak tek taraflı bir bildirim yeterlidir. Bu sebeple aile konutunu konu alan kira sözleşmesine diğer eşin kiracı olarak katılmasına olanak sağlayan bu kanuni düzenlemede, kira sözleşmesinin mevcut taraflarının iradelerine önem verilmemiştir.

³⁸ Fikret Eren, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 17. Bası, Yetkin Yayınları, 2014, s. 1256; Oğuzman / Öz, s. 633.

³⁹ İnceoğlu, C. I, s. 569.

alacaklara da müteselsil olarak sahip olurlar. Bu çerçevede kira bedelini ve yan giderleri ödeme, kiralanana özenli kullanma, komşulara saygı gösterme borcu gibi tüm borçlardan katılan da mevcut kiracı ile birlikte sorumlu olur. Kiralanandaki ayıpların giderilmesi, kira sözleşmesi ile üstlenilen diğer yükümlülüklerin yerine getirilmesi gibi kiraya verene karşı ileri sürülebilecek tüm talepler açısından ise kural olarak katılan da mevcut kiracı ile birlikte tam yetkili olur.

Kiracının teminat sağlama borcu açısından değerlendirildiğinde, sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa katılan kiracı, henüz ifa edilmemiş teminat sağlama borcunun ifasından mevcut kiracı ile birlikte müteselsil olarak sorumlu olur. Sözleşmeye katılım gerçekleşmeden önce, mevcut kiracının TBK m. 342 gereğince bankaya kendi adına vadeli bir hesap açtırarak güvence parasını bu hesaba yatırması hâlinde katılan, bankadaki güvence hesabına kendisinin de dahil edilmesini talep edebilir. Ancak katılan henüz sözleşmeye dahil olmadan önce mevcut kiracı tarafından ifa edilen güvencenin, sözleşme sona erdiğinde iadesi söz konusu olursa, iadenin mevcut kiracıya yapılacağı ve bu konuda müteselsil alacaklılığın söz konusu olmayacağı kararlaştırılması da mümkündür. Zira TBK m. 206/III'te sözleşmeye katılma hâlinde katılan ile mevcut kiracı arasında müteselsil borçluluk ve müteselsil alacaklılık ilkesinin uygulanması konusunda öncelik tarafların iradesine bırakılmıştır.

Sözleşmeye katılım gerçekleşmeden önce ilk kiracı tarafından sağlanmış olan para ve kıymetli evrak dahil tüm aynı teminatlar, aynı şekilde katılımdan sonra da teminat işlevlerini sürdürmeye devam ederler. Zira teminatı sağlayan ilk kiracı, aynı zamanda borçlulardan biri olmaya devam etmektedir. İlk kiracı için üçüncü kişilerce sağlanmış aynı ve şahsi teminatların da katılımdan sonra, herhangi bir değişikliğe uğramaksızın teminat işlevlerini devam ettirdiklerini kabul etmek gerekir. Bu hâlde ilk kiracı lehine teminat sağlayan üçüncü kişilerin, teminat sağladıkları kişi dışında bir kişinin borçlarından da sorumlu olmaları gibi bir durum ortaya çıkmış gibi görünebilir. Fakat lehine teminat sağladıkları ilk kiracının katılan kiracı ile birlikte aynı borçlardan müteselsilen sorumlu olduğu düşünüldüğünde, esasında yine teminat sağladıkları kişi değişmemektedir. Ayrıca üçüncü kişilerin sorumlu olacakları azami miktar teminat sözleşmesi kurulurken belirtildiği için sözleşmeye yeni bir kişinin katılması sorumlu oldukları miktarın artmasına da sebep olmamaktadır. Bu sebeple sözleşmeye katılmadan önce hem ilk kiracının bizzat kendisi tarafından sağlanmış teminatlar hem de üçüncü kişiler tarafından ilk kiracı lehine sağlanmış olan teminatlar, katılmadan sonra da varlıklarını sürdürürler.

B. Kiracının Kanun Gereği Değişmesi

Kira sözleşmelerinde kiracı değişikliğine yol açan tek düzenleme sözleşmenin iradi devrini sağlayan TBK m. 323'teki düzenleme değildir. İradi devrin yanı sıra

külli halefiyet ilkesinin geçerli olduğu, ticari işletmenin devri ve mirasın geçmesi hâllerinde de kanuni olarak kira sözleşmesinin devrine imkân tanınmıştır.

1. Ticari İşletmenin Devri Sebebiyle Kiracının Değişmesi

a. Genel olarak

Türk Hukukunda, ticarî işletmelerin devredilmesine, kira sözleşmesini de kapsamına alan bazı hukukî sonuçlar bağlanmıştır. Ticari işletme devrini düzenleyen TTK m. 11/III'e göre: *“Ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir. Aksi öngörülmemişse, devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikrî mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul olunur. Bu devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir bütün hâlinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan edilir”*. Görüldüğü üzere ticari işletmenin devri hâlinde işletmenin malvarlığında yer alan çeşitli haklar da devralana geçer⁴⁰.

Türk Ticaret Kanunu m. 11 hükmüne benzer bir düzenleme de TBK m. 202'de yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre: *“Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtım yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur (f. 1). Bununla birlikte, iki yıl süreyle önceki borçlu da devralanla birlikte müteselsil borçlu olarak sorumlu kalır. Bu süre, muaccel borçlar için, bildirme veya duyuru tarihinden; daha sonra muaccel olacak borçlar için ise, muacceliyet tarihinden işlemeye başlar (f. 2). Borçların bu yoldan üstlenilmesinin sonuçları, dış üstlenme sözleşmesinden doğan sonuçlarla özdeştir (f. 3). Bildirme veya ilanla duyurma yükümlülüğü devralan tarafından yerine getirilmedikçe, ikinci fıkrada öngörülen iki yıllık süre işlemeye başlamaz (f. 4)”*. Bu hükümde de bir malvarlığını veya işletmeyi devralan kişinin malvarlığı veya işletmedeki borçlardan kanun gereği sorumlu olması düzenlenmektedir. Esasında ticari işletmenin bir hukuki işleme konu olması hâlinde, aktiflerin intikali TTK m. 11'de, pasiflerin intikali ise TBK m.

⁴⁰ Kanunkoyucunun TTK m. 11/III'de işletmenin devrine dahil olacağını ifade ettiği hakların sınırlayıcı olmadığı, örnek olarak sayıldığı kabul edilmektedir. Bkz. Hüseyin, Ülgen / Mehmet Helvacı / Abuzer Kendigelen / Arslan Kaya / N. Füsün Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku*, 5. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 181.

202’de düzenlenmiştir⁴¹. Dolayısıyla ticari işletmenin devri hâlinde TBK m. 202 ve TTK m. 11’in birlikte değerlendirilmesi gerekir.

Ticari işletmenin devri ile devralana geçecek hakların düzenlendiği TTK m. 11’de bu haklardan biri olarak da kiracılık hakkından bahsedilmiştir. Ticari işletme devrinin söz konusu olduğu hâllerde, kiracılık hakkının TTK m. 11/III gereğince devralan kişiye, herhangi bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden mi geçeceği, yoksa bu hâlde TBK m. 323’ün uygulanıp kiracılık hakkının geçebilmesi için kiraya verenin yazılı onayının mı gerekeceği hususu öğretilerde tartışmalıdır⁴². Esasında TBK m. 323’ün uygulaması, kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren 8 yıl ertelendiği ve 01.07.2020 tarihine kadar TBK m. 323’ün yerine, kira sözleşmesi hükümlerinin, sözleşmede hüküm yer almaması hâlinde EBK hükümlerinin uygulanacağı kabul edildiği için uygulamada fazla bir sıkıntı çıkmamıştır. Zira EBK m. 259/I’de⁴³ kiracılık hakkının üçüncü bir kişiye devredilebileceği açıkça düzenlendiği için TTK m. 11/III ile aralarında bir uyumsuzluk söz konusu olmamıştır. Dolayısıyla bu dönemde ticari işletmenin devri hâlinde kiraya verenin yazılı onayı aranmaksızın kira sözleşmesinin de devredildiği kabul edilmiştir.

01.07.2020 tarihinden sonraki uygulamanın nasıl olması gerektiği ise belirsizliğini korumaktadır. Bir görüş⁴⁴, ticari işletmelerin devri hâlinde de kira sözleşmesinin devrinin düzenlendiği TBK m. 323’ün uygulanacağını ve ancak kiraya verenin yazılı rızasının bulunması hâlinde kiracılık hakkının ticari işletme devrinin kapsamına dahil olacağını kabul etmektedir. Bizim de kabul ettiğimiz diğer bir görüş⁴⁵ ise TTK m. 11/III’ün TBK m. 323’e göre özel hüküm olmasından hareketle, ticari işletme devrinin söz konusu olduğu hâllerde külli halefiyet ilkesinin uygulanacağını ve kiracılık hakkının da aksi kararlaştırılmadıkça ticari işletme

⁴¹ Ülgen/Helvacı / Kendigelen / Kaya / Nomer Ertan, s. 193.

⁴² TTK.m.11/III ile TBK.m.323 birlikte değerlendirildiğinde ticari işletmenin devri hâlinde, kira sözleşmesinin de devri için kiraya verenin onayının aranmasının gerekip gerekmeyeceği konusunda doktrinde iki görüş ortaya atılmıştır. Detaylı bilgi için bkz. Kahveci, s. 704 vd. Bize göre, TTK m. 11/III, TBK m. 323’e göre özel hüküm niteliğindedir ve öncelikle uygulanır. Bu çerçevede ticari işletmenin devri durumunda kira sözleşmesi de diğer haklarla birlikte kendiliğinden devredilmiş olacaktır.

⁴³ EBK m. 259/I şu şekildedir: “*Kiracı, kiralayana zarar verecek bir tebeddülü mucip olmamak şartıyla, kiralananı tamamen yahut kısmen ahara kiralayabilir yahut kirayı bir üçüncü şahsa ferağ edebilir*”.

⁴⁴ Topuz/Canbolat, s. 127-128; Aydın/Kaplan/Şen Kalyon, s. 240.

⁴⁵ Zafer Kahraman, “Ticari İşletmenin Devrinde Aktif ve Pasiflerin İntikali”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11 (145-146), 2016, s. 626, dn. 203; M. Hasanali Akay, “Ticari İşletme Devrinde Güncel Sorunlar (6102 sayılı TTK m. 11/3 Kapsamında)”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1 (1), 2014, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1102131>> Erişim Tarihi 18.11.2011, s. 174-175.; Kahveci, s. 706.

içerisinde yer alan diğer haklarla birlikte kendiliğinden devredileceğini kabul etmektedir. Kiracılık hakkının ticari işletmenin devri ile birlikte doğrudan devralana geçtiği kabul edilmekle birlikte, kiraya verenin yeni kiracıdan kaynaklanan sebeplerle kira sözleşmesine devam etmesi çekilemez hâle gelmişse, sözleşmeyi feshedebileceği de gözden kaçırılmamalıdır⁴⁶. Nitekim Yargıtay da hem 01.07.2020 tarihinden önceki hem de sonraki kararlarında ticari işletme devrinin aksi kararlaştırılmadıkça kiracılık hakkını da kapsadığını ve bu hâlde kira ilişkisinin kiraya verenin onayı gerekmeksizin devralana geçeceğini kabul etmiştir⁴⁷.

b. Ticari işletmenin devri sebebiyle kiracının değişmesinin teminatlara etkisi

Yukarıda da ifade edildiği üzere, kanaatimizce, ticari işletmenin devri aksi kararlaştırılmış olmadıkça kiracılık hakkını da kapsayacağı için devralan, kiracılık hakkını ve dolayısıyla kiracılık sıfatını da devralmış olur. Bunun sonucunda, TBK m. 323 gereğince kiracının değişmesine bağlanan ve yukarıda ifade edilen sonuçlar burada da geçerli olur ve devralan, kira sözleşmesinden doğan tüm hak ve borçları da üzerine alır. Ticari işletmenin devrine konu olan kira sözleşmelerinde devreden ve devralanın sorumluluğu hakkında, işyeri kiralarının devrine paralel bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre işletmeyi devralan, devirle birlikte devredenin kira sözleşmesinden doğan borçlarını da devralmış olur; fakat devredenin de devralanla birlikte iki yıl süreyle müteselsil olarak sorumluluğu devam eder.

Taraflarca kiracının kiraya verene teminat sağlaması kararlaştırıldıktan sonra, henüz teminat borcu ifa edilmeden devir gerçekleşmişse, söz konusu borçtan devralan ile birlikte devreden de iki yıl süreyle müteselsil olarak sorumlu olur. Devredenin para ve kıymetli evrak niteliğindeki kira güvencesini bankaya yatırdıktan sonra ticari işletmenin devrinin gerçekleşmesi hâlinde ise TBK m.

⁴⁶ Kahraman, s. 626, dn. 203.

⁴⁷ Y. 11. HD'nin 03.12.2020 tarihli kararında ticari işletmenin devri hâlinde kiracılık hakkına ilişkin olarak şu ifadeler yer verilmiştir: "(...)6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 11. maddesinde düzenlenen bütünlük ilkesi gereği, aksi öngörülmemişse, devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikrî mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul olunur. Taraflar arasında akdedilen sözleşmede aksi öngörülmediği için, devir sözleşmesinin davalı ile dava dışı kiralayan arasındaki kira sözleşmesinden doğan kiracılık hakkının davacıya devrini de kapsadığının kabulü gerekir". Bkz. Y. 11 HD., E. 2019/1998, K. 2020/5667, T. 03.12.2020, (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi 13.01.2022). "(...)Taraflar arasında düzenlenen 22.03.2012 tarihli sözleşmenin, sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı için, akdedildiği tarih itibarıyla yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 179. maddesi çerçevesinde, ticari işletmeye dâhil tüm unsurların, bu arada, işletmeye dâhil taşınır nitelikteki demirbaşlar ile müşteri çevresi ve hatta kiracılık hakkının da devrini içeren nitelikte bir işletme devir sözleşmesi niteliğinde bulunduğu anlaşılmaktadır." Y. 11.HD., E. 2016/2081, K. 2017/1355, T. 08.03.2017, (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi 13.01.2022).

198/T'in kıyasen uygulanması sonucunda söz konusu güvencenin kiraya veren lehine sağlamış olduğu teminat fonksiyonu devam eder ve devreden kiracının güvence üzerindeki hakkı da devralan kiracıya geçer⁴⁸. Bu hâlde kiraya veren ve devreden kiracının bankaya birlikte yapılacak bir bildirim ile kira güvencesini devralan kiracı adına açılacak bir güvence hesabına geçirmeleri gerekir⁴⁹. Ancak kiracı sıfatının devrinin kanunen kendiliğinden gerçekleştiği bu hâlde dahi, kanaatimizce TBK m. 323'ün kıyasen uygulanması sonucunda, tarafların aksini kararlaştırarak kira güvencesinin devreden kiracı da kalacağını belirlemeleri mümkün olmalıdır. Bu hâlde kiraya verenin de devralan kiracıdan yeni bir kira güvencesi talep etmesi mümkündür.

Devreden kiracı tarafından sağlanmış diğer aynı teminatlar da para ve kıymetli evrak gibi devre rağmen geçerliliklerini korurlar. Devirden önce, devreden kiracı lehine üçüncü kişilerce sağlanmış teminatlar konusunda ise işyeri kiralarının devri hâlinde kabul ettiğimiz görüşümüzü aynı şekilde devam ettirmekteyiz. Buna göre, ticari işletmenin devri sebebiyle kira sözleşmesinin de kanun gereği devredildiği hâllerde, devreden kiracı lehine üçüncü kişilerce sağlanmış teminatlar, devirden sonra devreden iki yıllık müteselsil sorumluluk süresi boyunca varlıklarını korurlar. Zira devirden sonra devreden sorumluluğu hemen ortadan kalkmamaktadır; dolayısıyla kiraya verenin, devreden sorumluluğunun devam ettiği sürede devreden lehine üçüncü kişilerce sağlanmış teminatlardan faydalanabilmesi mümkün kabul edilmelidir⁵⁰. Ayrıca bu durumda, devreden sorumluluğunun yanında devralanın da borcu üstlenmesi söz konusu olduğu için borca katılmaya benzer bir durum ortaya çıkmakta ve teminat sağlayan üçüncü kişinin durumu da ağırlaşmayıp aksine iyileşmektedir⁵¹. Üçüncü kişilerce sağlanmış teminatlar, devreden müteselsil sorumluluğunun sona erdiği iki yıllık sürenin sonunda ise kendiliğinden sona erer. Üçüncü kişilerin söz konusu süre sona erdikten sonra da sorumlu olabilmeleri için yazılı onayları gerekir.

2. Kiracının Ölüm Sebebiyle Değişmesi

a. Genel olarak

Sözleşme devam ederken taraflardan birinin ölümü hâlinde, ölen kişinin (mirasbırakanın) yerine mirasçılarının geçmesi ve onun hak ve borçlarını devralmaları, esasında miras hukuku kurallarınca olur. Nitekim TMK m. 599'da

⁴⁸ Kahveci, s. 720.

⁴⁹ Minder, N. 833; Hulliger / Heinrich, Art. 263, N. 7; Higi / Wildisen, Art. 263, N. 48.

⁵⁰ Bkz. aynı yönde Oğuzman / Öz, s. 626; Aydın / Kaplan / Şen Kalyon, s. 245; Özen, s. 97.

⁵¹ Kahraman, s. 622.

mirasın kazanılması şu şekilde ifade edilmiştir: *Mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanırlar (f. 1). Kanunda öngörülen ayırık durumlar saklı kalmak üzere mirasçılar, mirasbırakanın aynî haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazanırlar ve mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olurlar (f. 2). Atanmış mirasçılar da mirası, mirasbırakanın ölümü ile kazanırlar. Yasal mirasçılar, atanmış mirasçılara düşen mirası onlara zilyetlik hükümleri uyarınca teslim etmekle yükümlüdürler (f. 3)''.*

Hükümden de anlaşılacağı üzere mirasın mirasçılara bir bütün olarak intikali, mirasbırakanın malvarlığının miras yoluyla iktisap edilebilir kısmı ile sınırlıdır; intikali mümkün olmayan hukuki statüler, mirasbırakanın ölümü ile ortadan kalkar⁵². Bu bağlamda, kiracının kira sözleşmesi ile kazanmış olduğu kullanma hakkının ve hukuki statünün mirasçılara geçebilecek nitelikte olup olmadığı öğretilmiştir. Bir görüş⁵³, kullandırma sözleşmelerinden biri olan kira sözleşmesinin, taraflar arasında bir güven ilişkisi yaratması ve kiracıya tanınan kullanım hakkının, kiracının kişisel özelliklerinin göz önünde bulundurularak tanınmış bir hak olduğundan hareketle, kiracının ölümüyle kira sözleşmesinin sona ermesinin ve kiracılık hakkının terekede yer almamasının gerektiğini kabul etmektedir. Fakat çoğunlukla kira sözleşmesinde taraflardan birinin ölümünün kira sözleşmesini doğrudan sona erdirmeyeceği kabul edilmektedir⁵⁴. Zira tarafların kira sözleşmesinden doğan asli edim yükümlülükleri olan kiralananın kullandırılması ve kullanım karşılığında belli bir bedel ödeme yükümlülükleri, şahsi nitelikte olmadığı için taraflardan birinin ölümü durumunda, mirasçıları tarafından yerine getirilmesi mümkündür⁵⁵. Dolayısıyla kiracının ölümü hâlinde de mirasçılara bu ilişkiden

⁵² Halil Akkanat, *Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi*, Filiz Kitabevi, 2004, s. 77; Özlem Sarı Fidan, *Miras Ortaklığı*, Adalet Yayınevi, 2016, s. 8.

⁵³ İpek Sağlam, “Kiracının Ölümünün Her Türlü Kira İlişkisine Etkisi ve Bu Etkinin Özellikle Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları Bakımından Gösterdiği Özellikler”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 23 (2), 2017, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/456872>> Erişim Tarihi 08.01.2022, s. 251-252.

⁵⁴ Yavuz / Acar / Özen, s. 318; Kılıçoğlu, s. 266.

⁵⁵ Kira sözleşmesinin şahsi edim borcu doğurmaması ile ifade edilmek istenen, sözleşme kurulurken ve sözleşmenin devamı sırasında tarafların kişilik özelliklerinin hiç dikkate alınmadığı değildir. Nitekim özellikle kiraya veren tarafından, kira sözleşmesi kurulurken kiracının ödeme gücüne ve belirli kişisel özelliklere sahip olmasına dikkat edilmekte ve sözleşmenin devamında taraflar arasında bir güven ilişkisi oluşabilmektedir. Kira sözleşmesinin şahsi edim borcu doğurmamasından anlaşılması gereken, sözleşmenin asli edimlerinin kişiye sıkı sıkıya bağlı nitelikte edimler olmaması ve bu edimlerin yerine getirilmesi bakımından kiraya verenin veya kiracının şahıs özelliklerinin belirleyici olmamasıdır. Zira kira sözleşmesinin asli edim yükümlülükleri olan kira konusu şeyin kullanımının kiracıya bırakma ve söz konusu şeyin kira sözleşmesi süresince kullanıma elverişli bir şekilde bulundurma ile karşılaştırılan kira

doğan hak ve borçlar intikal edebilir⁵⁶. Nitekim TBK’da da, tüm kira sözleşmelerine uygulanabilir genel bir hüküm niteliğinde olan m. 333 ve konut ve çatılı işyeri kiralalarında uygulanabilen m. 356 ile kiracının ölümünün kira sözleşmesini sona erdirmeyeceği kabul edilmiştir.

Türk Borçlar Kanunu m. 333’e göre: “*Kiracının ölmesi durumunda mirasçuları, yasal fesih bildirim süresine uyarak en yakın fesih dönemi sonu için sözleşmeyi feshedebilirler*”. Bu düzenlemeye göre, kiracının ölümünün kira sözleşmesini sona erdirmez ve kiracılık hakkı ve buna bağlı olarak kiracılık sıfatı yasal mirasçılara geçer; fakat yasal mirasçılar eğer sözleşmeye devam etmek istemiyorsa en yakın fesih döneminde sözleşmeyi feshedebilirler. Kiraya verenin ise kiracının ölümü sebebiyle fesih hakkı bulunmamaktadır⁵⁷.

Türk Borçlar Kanunu m. 333 ile kiracının mirasçılara tanınan fesih imkânının mutlak emredici, yasal fesih bildirim sürelerinin ise nispi emredici nitelikte olduğu kabul edilmektedir⁵⁸. Dolayısıyla hükmün şartlarının ve sonuçlarının kiracı aleyhine değiştirilememesi gerekir. Özellikle mirasçıların fesih hakkını ortadan kaldırıcı düzenlemeler geçersiz kabul edilir. Ancak tarafların kiracının ölümünü bir kendiliğinden sona erme hâli olarak düzenlemelerinin mümkün olup olmadığı hususu öğretilerde tartışmalıdır. Bizim de kabul ettiğimiz görüşe⁵⁹ göre, kiracının ölümü ile kira sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceğinin kabul edilmesi, hükmün nispi emredici niteliğine aykırılık teşkil eder. Ayrıca böyle

bedelini ödeme yükümlülüklerinin münhasıran kiraya veren ve kiracı tarafından ifa edilmesi gerekmediği için bu kişiler dışındaki üçüncü kişilerce de ifa edilebilmesi mümkündür.

⁵⁶ Mirasçılara intikal edebilecek borç ve yükümlülükler hakkında detaylı bir değerlendirme için bkz. Akkanat, s. 79 vd.; Sarı Fidan, s. 7 vd.

⁵⁷ Kira sözleşmeleri açısından kiracının ölümüne ilişkin genel bir hüküm niteliğinde olan TBK m. 333, İBK m. 266i esas alınarak hazırlanmıştır. Esasında mülga Borçlar Kanunu’nun 265. maddesinde de benzer bir düzenleme mevcut olmakla birlikte, söz konusu düzenlemede kiracının ölümü hâlinde yalnızca kiracının mirasçılara değil, kiraya verene de sözleşmeyi fesih hakkı tanınmıştı. Bu düzenlemeye, yalnızca mülga GMKH’da konut ve çatılı işyeri kiralari açısından bir sınırlama getirilmiş ve ölenin mirasçuları ile konutta ölen kiracı ile birlikte yaşayanlara sözleşmeyi sürdürme olanağı tanınmıştı. Bu dönemki uygulama hakkında bkz. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri, C. I, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 617 vd.*; Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 3. Bası, Sermet Matbaası, 1977, s. 614, 644 vd.* Oysa Türk Borçlar Kanunu, tüm kira sözleşmeleri açısından kiracının ölümü hâlinde sözleşmenin feshedilmesi imkânını kiraya verenin elinden almış ve bu hakkı sadece ölen kimsenin mirasçılara tanımıştır. Bkz. M. Murat İnceoğlu, *Kira Hukuku, C. II, On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 278; Gümüş, s. 261.*

⁵⁸ Jürg P. Müller, *SVIT- Schweizer Schriften zur Immobilienwirtschaft, Das schweizerische Mietrecht Kommentar*, 4. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, 2018, Art. 266i, N. 1; Permann, MK, Art. 266i, N. 1; Higi / Wildisen, Art. 266i, N. 12; Weber, Basler, Art.266i, N. 1; Hulliger / Heinrich, Art.266i, N. 1; Yavuz/Acar/Özen, s. 317.

⁵⁹ İnceoğlu, C. II, s. 279; Gümüş, s. 264.

bir anlaşma, mirasçılarının kira sözleşmesinin devam edip etmemesi yönündeki yetkisine müdahale niteliğinde sayılır.

Türk Borçlar Kanunu m. 356'ya göre ise, “Ölen kiracının ortakları veya bu ortakların aynı meslek ve sanatı yürüten mirasçıları ve ölen kiracı ile birlikte aynı konutta oturanlar, sözleşmeye ve kanun hükümlerine uydukları sürece, taraf olarak kira sözleşmesini sürdürebilirler”. Söz konusu düzenleme ile kiracının mirasçıları dışındaki kişilere de sözleşmeye taraf olarak sözleşmeyi devam ettirebilme imkânı tanınmıştır⁶⁰.

Konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracının ölümü hâlinde, kiracının mirasçıları da TBK m. 356'da ifade edilen kişiler ile birlikte sözleşmenin tarafı olup olmayacağı konusu öğretilerde tartışmalıdır. TBK m. 356'yı özel bir intikal kuralı olarak nitelendiren bir görüş⁶¹, konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracının ölmesi hâlinde, kiracının kullanım hakkının terekede yer almayacağını ve mirasçıların külli halefiyet ilkesi gereğince doğrudan sözleşmenin tarafı olmayacağını, burada istisnai bir düzenlemeye yer verildiğini ifade etmektedir. Söz konusu görüşe göre, kiracının ölümü hâlinde kanunun düzenlemesinde işaret ettiği kişiler hak sahibi olur ve diğer külli halefler devre dışı kalır. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise kiracının mirasçıları külli halefiyet gereği kira sözleşmesinin tarafı olacağı için maddenin kapsamı dışında tutulmuştur. Başka bir ifadeyle kiracının mirasçıları bulunması ve mirasçıları kira sözleşmesini devam ettirmek istemeleri hâlinde kiracılık hakkı, TBK m. 356'da sayılan kişilere değil, söz konusu mirasçılara geçer. TBK m. 356'da sayılan kişilerin kira sözleşmesinin tarafı hâline gelmeleri, ancak kiracının mirasçıları kira sözleşmesine devam etmek istememeleri hâlinde

⁶⁰ Konut ve çatılı işyeri kiralarına özgü bir düzenleme olan TBK m. 356'nın karşılığı İBK'da bulunmamaktadır. Alman Hukuku'nda ise konut kiralarına ilişkin olarak § 563 BGB'de bir düzenleme yapılmış ve kiracının ölümü hâlinde kira sözleşmesini devam ettirme hakkı öncelikle kiracı ile birlikte aynı evi paylaşan eşe ve “Lebenspartner” olarak ifade edilen kişilere tanınmıştır. Bu kişilerin devam etmek istememesi hâlinde sırasıyla kiracının aynı evde yaşayan çocuklarına, diğer aile üyelerine ve kiracı ile uzun süredir birlikte yaşayan diğer kişilere kira sözleşmesini devam ettirme hakkı tanınmıştır. Kendilerine kira sözleşmesini devam ettirebilme hakkı tanınan bu kişilerin kira sözleşmesini devam ettirmek istemediklerini, kiracının ölümünü öğrenmelerinden itibaren bir ay içerisinde kiraya verene bildirmeleri hâlinde, kira sözleşmesinin tarafı olmaktan kurtulmaları mümkündür. Kiraya verenin de sözleşmeye dahil olan kişi ile kira sözleşmesini devam ettiremeyeceği önemli bir sebebin bulunması hâlinde, bir ay içerisinde kira sözleşmesini feshedebilmesine imkân tanınmıştır. Bkz. Martin Häublein, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, BGB, Band 5, Schuldrecht-Besonderer Teil II*, 8. Aufl., C.H.Beck, 2020, § 563, N. 5 vd.

⁶¹ Bkz. Sağlam, s. 262 vd. Gümüş de burada kira sözleşmeleri için genel bir düzenleme niteliğinde olan ve kiracının ölümü hâlinde yerine mirasçıları geçeceğini ifade eden TBK m. 333'ün uygulanmayacağını ifade etmektedir. Bkz. Gümüş, s. 262, 362.

mümkündür⁶². Bu görüş hem miras hukukunda geçerli olan külli halefiyet ilkesine, hem de TBK m. 356'nın gerekçesine⁶³ daha uygun düşmektedir.

b. Kiracının ölüm sebebiyle değişmesinin teminatlara etkisi

Kanuni bir taraf değişikliğinin söz konusu olduğu kiracının ölümü durumunda, kiracının hak ve borçları açısından TBK m. 323'te ifade edilen, kiracının iradi olarak değişmesine bağlı sonuçlar burada da geçerli olur. Dolayısıyla ölen kiracının yerine geçen kişi ya da kişiler, onun kira sözleşmesinden doğan tüm hak ve borçlarının da sahibi olurlar. Ölen kişinin yerine kira sözleşmesine taraf olan birden fazla mirasçının bulunması hâlinde mirasçılar, mirasbırakanın kiraya verene karşı borçlarından TMK m. 641/I uyarınca müteselsil olarak sorumlu olup; alacaklarına ise TMK m. 640/II uyarınca elbirliği ile sahip olurlar⁶⁴.

Ölen kiracının yerine kira sözleşmesine taraf olan kişi, ölen kişinin kira sözleşmesinden doğan diğer borçlarından olduğu gibi henüz ifa edilmemiş teminat sağlama borcundan da sorumlu olur⁶⁵. Kiracının TBK m. 342 uyarınca güvence olarak kararlaştırılan para ve kıymetli evrakı yatırmak/depo etmek için bankada bir güvence hesabı oluşturduktan sonra ölmesi hâlinde ise kiracının mirasçıları külli halefiyet ilkesinin bir sonucu olarak bu güvence hesabı üzerinde elbirliği ile hak sahibi olur. Mirasçıların kira sözleşmesine devam etmek istememesi sebebiyle, TBK m. 356'da ifade edilen diğer kişilerin ölen kiracının yerine sözleşmeye devam etmeleri hâlinde, söz konusu kişiler, kiraya veren ve mirasçılardan kira güvencesi üzerindeki haklarının sağlanmasını talep edebilirler. Zira sözleşmede taraf değişikliğinin hukuki sonucu, yerine geçilen kişinin hak ve borçlarını devralmak olduğu için bu kişilerin de güvence üzerinde hakları söz konusu olur. Kiracının ölmeden önce sağlamış olduğu ipotek gibi diğer aynı teminatlar da geçerliliğini korur.

⁶² İnceoğlu, C. II, s. 291-292; Yavuz / Acar / Özen, s. 319. TBK m. 356'ya paralel bir düzenleme olan mülga GKHK m. 13 hakkında benzer sonuç için bkz. Feyzioğlu, s. 620.

⁶³ 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 356. maddesinin gerekçesine göre: "... Maddede yapılan düzenlemede, "kiracının mirasçılara" özellikle yer verilmemiştir. Çünkü mirasçı, Türk Medeni Kanununun miras hukukuna ilişkin hükümleri çerçevesinde, mirasbırakan konumundaki "ölen kiracı"nın külli halefi olarak, söz konusu konut ya da çatılı işyeri kira sözleşmesinin taraftı haline gelmiştir. Bu nedenle, "ölen kiracının mirasçısı", kira sözleşmesini Tasarının 332 nci maddesine dayanarak feshetmemişse, kiracı olarak kabul edilecektir."

⁶⁴ Sarı Fidan, s. 32, 57 vd.

⁶⁵ Alman hukukunda kiracının ölümü hâlinde, kiracının yerine sözleşmeye taraf olan kişilerin kira güvencesi borcundan sorumlulukları § 563b/III BGB'de özel olarak düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre "Kiracı güvence borcunu ifa etmeden ölürse kiraya veren, 563. Maddeye gereğince ölen kiracının yerine sözleşmeye dahil olan kişilerden veya 563a'ya göre sözleşmeye devam eden diğer kiracılardan, 551. Maddeye uygun bir kira güvencesi sağlamalarını talep edebilir". Detaylı bilgi için bkz. Häublein, § 563b, N. 12-15.

Ölen kiracı lehine sağlanmış olan kefalet gibi şahsi bir teminat varsa, bunun da devam ettiğinin kabulü gerekir. Zira hukukumuzda asıl borçlunun ölümü, kefilin borcunu sona erdirici bir sebep olarak düzenlenmemiştir. Asıl borçlunun ölümü, mirasın tutulan deftere göre kabulü hâlinde deftere yazılmayan alacakların durumu haricinde kefilin sorumluluğunu etkilemez; kefalet geçerli olmaya devam eder⁶⁶. Şöyle ki, mirasçılardan birinin defter tutulması talebi üzerine, yetkili mercii, alacak ve borçlarını kaydettirmek üzere mirasbırakanın alacaklı ve borçlularını davet eder. Alacaklı ve borçluların kanunda belirtilen ve hakim tarafından bildirilen süre içerisinde alacak ve borçlarını kaydettirmeleri gerekir. Alacaklının ihmal ve kusuru neticesinde alacağını deftere kaydettirmemiş olması hâlinde, mirasbırakanın borcu sona ereceği için söz konusu borcun fer'i niteliğinde olan kefilin borcu da sona erer. Alacaklının hiçbir kusuru olmaksızın, alacağının deftere yazılmamış olması hâlinde, mirasbırakanın bu borcundan dolayı mirasçılar yalnızca terekeden iktisap ettiği mallar oranında sorumlu olacağı için kefilin sorumluluğu da aynı miktar ve oranda olur; kefil borcun geri kalan kısmına ilişkin sorumluluğundan ise kurtulmuş olur. Mirasçılar terekeden hiç bir şey elde edememişse kefilin de sorumluluğu da tamamen ortadan kalkar. Fakat miras deftere göre kabul eden mirasçıların yanında miras kayıtsız şartsız kabul etmiş mirasçı ya da mirasçılar varsa, onların şahsi sorumlulukları devam ettiği için alacaklının bu mirasçıların malvarlığına da başvurma imkânı vardır. Bu hâlde kefilin sorumluluğunun da tüm borç için devam ettiğinin kabul edilmesi gerekir. Kira sözleşmesine kefalet hâlinde de kiraya verenin alacakları için aynı durum söz konusu olur.

II. KİRAYA VERENİN DEĞİŞMESİNİN TEMİNATLARA ETKİSİ

Kiraya verenin kira sözleşmesinden kaynaklanan asli borcu, kiralanan şeyi kiracıya teslim etmek ve sözleşme devam ettiği sürece kiracının kullanmasına elverişli hâlde bulundurmaktır. Borç ilişkisinin nispiliği ilkesi gereğince alacaklı, bu hakkını sadece borçluya karşı ileri sürebilir. Tarafı olmadıkları bir borç ilişkisinden doğan bir hakkın üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi, istisnai hâller dışında söz konusu olamaz⁶⁷. Dolayısıyla kiracı kiralananın teslimi ve sözleşme süresince kullanıma elverişli şekilde bulundurulmasını yalnızca kiraya verenden talep edebilir.

Üçüncü bir kişinin kiraya veren sıfatı ile sözleşme ilişkisine dâhil olması hâlinde, kiralananın kullandırılmasına ilişkin borcun, artık ilk kiraya veren tarafından değil, sözleşmeye dahil olan kiraya veren tarafından yerine getirilmesi gerekir ve kiracı da bu talebini yeni kiraya verene karşı ileri sürebilir. Dolayısıyla,

⁶⁶ Zahit İmre / Hasan Erman, *Miras Hukuku*, 12. Bası, Der Yayınları, 2016, s. 393-394; Ömer Çınar, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi*, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 183.

⁶⁷ Eren, s. 18.

hangi hâllerde kiraya veren tarafın değiştiğinin bilinmesi, kiracının sözleşmeden doğan hakkını kime karşı ileri sürebileceğinin bilinmesi yönünden önem taşımaktadır.

Kira sözleşmesinde kiraya veren tarafın değişmesi, iradi olarak bir sözleşmenin devri işlemi ile gerçekleşebileceği gibi, TBK'nın öngördüğü bazı durumların gerçekleşmesi hâlinde kendiliğinden de gerçekleşebilir. İlk durum, iradi değişiklik olarak nitelendirilirken, ikinci durum ise kanuni değişiklik olarak nitelendirilir.

A. Kiraya Veren İradi İşlemle Değişmesi

Kira sözleşmelerinde kiraya veren tarafın değişmesi, kiracının değişmesinde olduğu gibi TBK'da özel olarak düzenlenmemiştir. Fakat bu kira sözleşmesinde kiraya verenin hiçbir surette değişmeyeceği anlamına gelmemelidir. Kiraya verenin değişmesi hâlinde, tüm sözleşmeler için geçerli bir düzenleme olan, “Sözleşmenin devri” başlıklı TBK m. 205'in uygulanması söz konusu olur. Zira bu hüküm, tüm sözleşmelerin devrinde uygulama alanı bulabilecek genel bir düzenleme olduğu için kira sözleşmesi bakımından da uygulama alanı bulur⁶⁸. Nitekim kiraya verenin kira sözleşmesinden doğan asli edim yükümlülüğü olan, kiralanan şeyi kiracıya teslim etme ve sözleşme devam ettiği sürece kiracının kullanmasına elverişli hâlde bulundurma yükümlülüğü, şahsi nitelikte bir yükümlülük olmadığı için kira sözleşmesinin devredilerek, kiraya veren tarafın değişmesine herhangi bir engel de bulunmamaktadır.

Bilindiği üzere bir şeyi kiralayabilmek için onun maliki olmak gerekmez. Dolayısıyla kira sözleşmesinin kiraya veren tarafında bulunabilmek için kiralananın maliki olmak şart değildir; sözleşmenin gereklerinin yerine getirilebilmesi için kiralananın kullanımını başkasına devir yetkisi veren bir hakka sahip olunması yeterlidir⁶⁹. Kiraya verenin malik olmasının gerekmemesi sebebiyle kiralananın mülkiyetinin devredilmesine gerek bulunmaksızın sözleşmenin kiraya veren tarafının değişebilmesi mümkündür. Kiraya verenin akdi olarak devri, uygulamada çok sık karşılaşılan bir durum olmamakla birlikte yapılmasına engel yoktur. Örneğin kiraya verenin, farklı şehirde ikamet ediyor olması, iş yoğunluğu gibi sebeplerle üçüncü bir kişiye temsil yetkisi vermek yerine, tümüyle kira sözleşmesini devretmesi mümkündür.

“Sözleşmenin Devri” kenar başlıklı TBK m. 205'e göre: “Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve

⁶⁸ Faruk Acar, *Kira Hukuku Şerhi, (TBK m. 299-312)*, Beta Yayıncılık, 2013, m. 310, N. 10, s. 290.

⁶⁹ Becker, Art. 253, N. 3; Aral / Ayrancı, s. 261; Gümüş, s. 31.

devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır (f. 1). Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da, sözleşmenin devri hükümlerine tabidir (f.2). Sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır (f. 3). Kanundan doğan halefiyet hâlleri ile diğer özel hükümler saklıdır (f. 4)''.

Kira sözleşmesinin TBK m. 205 gereğince devredilerek kiraya veren tarafın değişebilmesi için kira sözleşmesini devralan kiraya veren, devreden kiraya veren ve kiracı arasında üçlü bir anlaşma yapılması gerekir. Ancak 1. fıkrada sözleşmenin devri anlaşması üç taraflı bir sözleşme olarak düzenlenmişse de, 2. fıkrada sözleşmeyi devreden ve devralan arasında yapılan anlaşmaya sözleşmede kalan tarafın önceden izin veya sonrada onay vermesi hâlinde de devrin geçerli olduğu kabul edilmiştir⁷⁰. Devir anlaşmasının geçerli bir şekilde yapılmasının sonucunda kiraya veren taraf değişir; fakat sözleşmenin hükümleri değişmeden kalır. Başka bir ifadeyle sözleşmeyi devralan kiraya veren, devreden kiraya verenin kira sözleşmesinden doğan tüm hak ve borçlarını devralır.

Kiraya verenin iradi olarak değişimi, kiracı ve üçüncü kişilerce sağlanmış teminatlara herhangi bir etki yapmaz. Zira söz konusu teminatlar, kiracının borçlarının ödenmesini teminat altına almak için sağlandığı ve kiracı tarafta da herhangi bir değişiklik olmadığı için kiraya verenin değişmesinden etkilenmezler.

B. Kanunda Öngörülen Hâllerde Kiraya Veren Değişmesi

Kanunda, bazı durumlarda belli hukukî vakıaların gerçekleşmesi hâlinde, sözleşmenin tarafının da ayrıca bir devir sözleşmesi yapılmasına gerek olmaksızın kendiliğinden değişeceği kabul edilmiştir. TBK'da kira sözleşmelerine özgü olarak 310 ve 311. maddelerde kiraya verenin değişmesi sonucunu doğuran iki hukuki vakıaya yer verilmiştir. “*Kiralananın el değiştirmesi*” ve “*Üçüncü kişinin sınırlı aynı hak sahibi olması*” başlıklı bu iki düzenleme ile Kanunkoyucu, kiraya verenin sözleşmeyi devretmesine gerek olmaksızın değişmesine imkân sağlamıştır.

1. Kiralananın El Değiştirmesi

a. Genel olarak

Kira sözleşmesi akdedildikten sonra kiraya veren, kiracıya karşı sözleşmeden doğan bir sorumluluğu bulursa bile kiralanan şey üzerindeki mülkiyet hakkına dayanan bazı tasarruflarda bulunabilir. Zira kira sözleşmesinin bulunması, kiraya verenin mülkiyet hakkı üzerinde tasarrufta bulunmasına engel değildir ve kiracı, kira

⁷⁰ Sözleşmenin devri hakkında detaylı bilgi için bkz. Oğuzman / Öz, s.627 vd.; Eren, s. 1255 vd.

sözleşmesinden doğan nispi hakkını ileri sürerek kiraya verenin tasarruflarına engel olamaz⁷¹. Fakat kiraya verenin tasarruf işlemi ile kiracının yaşayabileceği olumsuz durumlar göz önünde bulundurularak TBK’da bu yönde bir düzenleme yapılmıştır.

“*Kiralananın el değiştirmesi*” başlıklı TBK m. 310’a göre, “*Sözleşmenin kurulmasından sonra kiralanan herhangi bir sebeple el değiştirirse, yeni malik kira sözleşmesinin tarafı olur. Kamulaştırmaya ilişkin hükümler saklıdır*”. Bu düzenleme ile TBK öncesi dönemde geçerli olan “*satım kirayı bozar*” ilkesi terkedilmiş ve kiracının korunması amacıyla “*satım kirayı bozmaz*” ilkesi kabul edilmiştir⁷².

Türk Borçlar Kanunu m. 310’da herhangi bir ayırım yapmaksızın tüm kira sözleşmelerinde kira sözleşmesinin kurulmasından sonra kiralananın herhangi bir sebeple el değiştirmesinin yeni maliki kira sözleşmesinin tarafı hâline getireceği düzenlenmiştir⁷³. Bu doğrultuda kira sözleşmelerinin artık şerhe tabi olmayan

⁷¹ Yavuz / Acar / Özen, s. 270

⁷² TBK öncesi dönemde kiralananın devrine ilişkin biri 818 sayılı BK’da, diğeri 4570 sayılı GKHK’da olmak üzere iki farklı hüküm mevcuttu. Mülga BK m. 254’e göre, taşınır kiralalarında, kira sözleşmesinin kurulmasından sonra kiralananı devralan yeni malik, mülkiyet hakkına dayalı olarak kiralananın iadesini talep edebilmekteydi. Kiracı ise alacak hakkının nisbiliği ilkesi gereği, kira sözleşmesinden doğan hakkını yeni malike karşı ileri süremiyordu. Yeni malik kira sözleşmesini devam ettirmeyi kabul ederse, kiracı ancak o hâlde kira sözleşmesinden doğan hakkını yeni malike karşı ileri sürebiliyordu. Yeni malikin sözleşmeyi kabul iradesinin hukuki niteliği konusunda yasal bir borca katılma, sözleşmenin yüklenilmesi, borcun yüklenilmesi, borca katılma gibi görüşler bulunmaktaydı. (Görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. Gümüş, s. 141-142). Taşınmaz kiralalarında ise mülkiyetin herhangi bir sebeple üçüncü kişiye geçmesi hâlinde kiracının kira sözleşmesinden doğan hakkını yeni malike karşı ileri sürülebilmesi için yeni malikin kira sözleşmesinin devam etmesini kabul etmesine gerek yoktu; kiralananın devriyle yeni malik de kanun gereği kira sözleşmesiyle bağlı hâle gelmekteydi. Devralan ancak yasal fesih sürelerine uyarak, en yakın yasal fesih dönemi için sözleşmeyi feshedebilirdi. Mülga GMKH’nın uygulama alanına giren konut ve çatılı işyeri kiralalarında da benzer şekilde yeni malik, mevcut kira sözleşmesiyle prensip itibarıyla bağlı idi. Dolayısıyla yeni malik taşınmazı devraldığı anda kira sözleşmesinin tarafı hâline gelmekte idi, fakat söz konusu kanunun 7. maddesinin 1. fıkrasının d bendine göre tahliye davası açarak sözleşmeyi sona erdirebilmekteydi. Sözleşmenin tarafı hâline gelen yeni malik, bu imkân dışında eski malik hangi hâllerde sözleşmeyi sona erdirebilecekse, aynı hâllerde sözleşmeyi sonlandırma imkânına da sahipti. Detaylı bilgi için bkz. Pınar Altınok Ormancı, “Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananın El Değiştirmesi: ‘Satım Kirayı Bozmaz’ İlkesinin Sonuçları”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 12 (24-2), 2013, s. 126 vd.; Sezer Çabri, “Kira Sözleşmesinde Kiralananın Mülkiyetinin El Değiştirmesinin veya Üçüncü Kişinin Kiralanan Üzerinde Sınırlı Ayni Hak Sahibi Olmasının Sözleşmeye Etkisi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 18 (3), 2012, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789028>> Erişim Tarihi 10.12.2021, s. 164 vd.; Meltem Ertuğrul, “Üçüncü Kişinin Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananda Üstün Hak Sahibi Olması”, *Ankara Barosu Dergisi*, 4, 2014, <<https://dergipark.org.tr/pub/abd/issue/33819/374535>> Erişim Tarihi 07.01.2022, s. 547 vd.

⁷³ Kira sözleşmesi kurulduktan sonra kiralananın el değiştirmesini düzenleyen İBK m. 261/I’e göre, “*Kira sözleşmesinin kurulmasından sonra kiralanan, kiralayan tarafından temlik edilirse veya ona yönelik bir icra veya iflas takibi yoluyla elinden alınırsa, kira ilişkisi kiralananın*

kanuni bir “eşyaya bağlı borç” hâline geldiği kabul edilmektedir⁷⁴. Yeni kurala göre, kiralananın iktisabıyla, kira ilişkisi kiracı ve yeni malik arasında varlığını devam ettirir. Böylece kira sözleşmesinin taraflarında kanun gereği bir değişiklik meydana gelir ve kira sözleşmesinin yasal olarak devri söz konusu olur⁷⁵.

Yeni malikin kira sözleşmesinin tarafı hâline gelebilmesi için kiralananın mülkiyeti geçerli bir hukuki işlemle nakledilmiş olmalıdır. Dolayısıyla borçlandırıcı işlemin yapılması yeterli değildir, ayrıca tasarruf işlemi de yapılmalıdır⁷⁶. Kiralananın el değiştirmesini sağlayan hukuki sebep; satış sözleşmesi, bağışlama sözleşmesi, trampa (mal değişimi), şirkete sermaye koyulması gibi iradi olabileceği gibi cebri icra yoluyla satılarak üçüncü kişi tarafından alınması gibi kiraya verenin iradesi dışında da olabilir⁷⁷. Fakat miras yoluyla mülkiyet hakkının el değiştirmesi, işletmelerin birleşmesi gibi külli halefiyet ilkesinin geçerli olduğu hâller TBK m.

mülkiyeti ile birlikte devralana intikal eder. Yeni malikin kira sözleşmesini erken feshetmesi durumunda kiraya veren, kiracının bu nedenle uğradığı tüm zararları karşılamakla yükümlüdür”. Bütün kira sözleşmeleri açısından geçerli olan bu hüküm, kiralanan şeyin satımla veya diğer sebeplerle el değiştirmesi durumunda, yeni malikin kira sözleşmesine taraf olmasını öngörmektedir. Kiralananın devredilmesi sözleşmenin devri sonucunu doğursa da İBK m. 261/II, a’da kiralananın mülkiyetini edinen kişiye, konut ve işyeri kiralalarında kendisinin veya kan ya da kayın hısımlarının ihtiyacı sebebiyle yasal bildirim sürelerine uyarak en yakın dönem için kira sözleşmesini sona erdirmeye hakkı tanınmıştır. 261/II, b’de ise, konut ve işyeri dışındaki kiralarda ise sözleşme daha önce sona ermeye imkân tanımadıkça, en yakın dönemde kira sözleşmesinin sona erdirilebileceği düzenlenmiştir. Ancak İBK m. 261/III gereğince yeni malik, önceki kiraya verenin sahip olduğu şekilde süresinden önce kira sözleşmesini feshederse, kiracıya karşı kira sözleşmesinin feshedilmesinden doğan zarardan sorumludur. Bkz. Bättig, Art. 261-261a, N. 16 vd.; Higi / Wildisen, Art. 261-261a, N.30 vd. Alman Hukuku’nda da § 566 BGB’de benzer bir kurala yer verilmiştir. Hükümün başlığı “*satım kirayı bozmaz*” şeklindedir. Söz konusu düzenleme, kiralananın herhangi bir sebeple devredilmesi hâlinde yeni malikin kira sözleşmesinin tarafı hâline geleceği düzenlenmiştir. Ancak bu hüküm Türk ve İsviçre hukukundan farklı olarak sadece konut kiralaları için geçerli olup, bunun dışındaki kira sözleşmelerinde kiralananın devredilmesi kiralananı devralanın sözleşmenin tarafı hâline gelmesini sağlamamaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Häublein, § 566, N. 6-7.

⁷⁴ Hans Peter Walter, *OR-Kurz Kommentar Art. 1-529*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2008, Art. 261-261a, N. 1; Mustafa Fadil Yıldırım, “Kiralananın Temlik Halinde Kiracının Korunması Gereksiz mi? -Kiralananın Temlik Halinde Yeni Malik Tarafından Tahliye Edilen Kiracının Tazminat Talebi-”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17 (4), 2013, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789195>> Erişim Tarihi 20.12.2021, s. 120.

⁷⁵ Higi / Wildisen, Art. 261-261a, N. 22; Bättig, Art. 261-261a, N. 11; Zihlmann, s. 81; Gümüş, s. 143; Altınok Ormancı, s. 129.

⁷⁶ Higi / Wildisen, Art. 261-261a, N. 11; Çabri, s. 173; Acar, m. 310, N. 27, s. 295.

⁷⁷ Higi / Wildisen, Art. 261-261a, N. 11; Walter, Art. 261-261a, N. 2; Bättig, Art. 261-261a, N. 2; Weber, Basler, Art.261, N. 2; Permann, MK, Art. 261, N. 1; Ertuğrul, s. 550; Çabri, s. 173; Aral/Ayrancı, s. 287; Zevkliler/Gökyayla, s. 287.

310 hükmünün uygulama alanının dışında kalmaktadır. Bu hâllerde kira ilişkisi TBK m. 310'a (İBK m. 261) göre değil, kendi kuralları gereğince el değiştirir⁷⁸.

Kiralananın geçerli bir şekilde devredilmesiyle birlikte yeni malik kira sözleşmesinin tarafı hâline geldiği için devreden kiraya verenin sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinin de sahip olur⁷⁹. Böylece eski malik sözleşmenin tarafı olmaktan çıkar, yerine yeni malik geçer. Dolayısıyla mülkiyetin devri anından itibaren kiracının ileride doğacak tüm hak ve yükümlülükleri, kanun gereği, yeni malike karşı devam ederken, yeni malik de kiralanan şeyin kullanımını, kiracıya, aynı şartlar altında, özellikle aynı kira bedeli üzerinden bırakmakla yükümlü olur⁸⁰. TBK m. 310 gereğince kiraya veren konumundaki eski malikin taraf olma sıfatı sona erdiği için kiracıya karşı bir müteselsil sorumluluğu bulunmamaktadır⁸¹. Öğretideki hakim görüşe⁸² göre, kiralananın devri sebebiyle yeni malikin kira sözleşmesinin tarafı hâline gelmesi ileriye etkilidir. Buna göre, yeni malik ayrıca devredilmedikçe ne devirden önce doğmuş borçlardan sorumludur ne de devirden önceki alacakların sahibi olur. Dolayısıyla örneğin kiracı, devirden önce muaccel olup ödenmemiş kira borçlarından dolayı yeni malike karşı değil, devreden kiraya verene karşı sorumludur⁸³.

⁷⁸ Walter, Art. 261-261a, N. 3; Bettina Hürlimann-Kaup, *Grundfragen des Zusammenwirkens von Miete und Sachenrecht*, Schulthess Juristische Medien AG, 2008, s. 217; Weber, Basler, Art. 261, N. 2; Bättig, Art. 261-261a, N. 3, Altınok Ormancı, s. 128; Yıldırım, s. 119; Çabri, s.177; Aral / Ayrancı, s. 287.

⁷⁹ Hürlimann-Kaup, s. 232; Higi / Wildisen, Art. 261-261a, N. 22; Walter, Art. 261-261a, N. 6; Bättig, Art 261-261a, N. 11, Weber, Basler, Art. 261, N. 4; Gümüş, s. 144 vd.; Ertuğrul, s. 554; Altınok Ormancı, s. 129. Y. 13. HD., E. 2002/12483, K. 2002/1925, T. 26.02.2003 “BK’nın 254. Maddesi gereği satımla birlikte kira sözleşmesinin bütün şartlarıyla birlikte davacıya geçtiğinin kabulü gerekir. Diğer bir deyişle davacı, kiralananı davalıdan satın almakla, satın aldığı mecurla birlikte bütün hak ve yükümlülükleri de devralmış olur. Yeni malik satıcının halefi olarak eski malikin kiracıdan talebe hakkı olduğu bütün hakları kiracıdan talep edebileceği gibi kiracıya karşı da sözleşmeden ve yasadan doğan tüm yükümlülüklerini yerine getirmelidir. (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi 22.11.2021).

⁸⁰ Hürlimann-Kaup, s. 232; Bättig, Art 261-261a, N. 11; Altınok Ormancı, s. 129; Ertuğrul, s. 555.

⁸¹ Bättig, Art.261-261a, N. 14; Weber, Basler, Art.261, N. 5; Gümüş, s. 146; İnceoğlu, C. I, s. 589.

⁸² Bättig Art.261-261a, N. 11; Permann, MK, Art. 261, N. 3; Gümüş, s. 149; Aral / Ayrancı, s. 287-288. Aynı yöndeki 21.03.2001 tarihli İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 127 III 273, s. 277, 4c/aa.

⁸³ Bättig, Art.261-261a, N. 11; Higi / Wildisen, Art. 261-261a, N. 22; Gümüş, s. 149. Yargıtay’a göre, “davacılar ancak tescil tarihinden sonra yeni malik olarak sözleşmenin halefi hâline gelebileceklerinden mahkemece bu tarihten önceki alacaklar yönünden açılan davanın reddine karar verilmesi gerekir”. Y. 6. HD. E. 2010/110, K. 2010/839, T. 02.02.2010, (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi 08.01.2022). Aksi görüşte bkz. Weber, Basler, Art. 261, N. 4.

b. Kiralananın el değiştirmesinin teminatlara etkisi

Kira sözleşmesi kurulduktan sonra kiralananın el değiştirmesi sebebiyle kira sözleşmesinin yasal olarak devredileceğini düzenleyen TBK m. 310'un, devreden kiraya verenin sahip olduğu teminatlar açısından nasıl uygulanması gerektiği konusunda, öğretide iki farklı görüş mevcuttur. Bir görüşe⁸⁴ göre, kira sözleşmesinin kanunen devri hâlinde, rehin veren üçüncü kişinin ve kefilin sorumlulukları açısından, borcun üstlenilmesine ilişkin olarak düzenlenen TBK m. 198/II kıyasen uygulanmalı ve bu kişilerin sorumlulukları ancak devre yazılı olarak rıza göstermeleri hâlinde devam etmelidir. Bizim de katıldığımız diğer görüşe⁸⁵ göre ise bu durum, alacağın devri gibi değerlendirilir ve kiraya verenin alacaklarının güvencesi olarak kiracı ve üçüncü kişilerce sağlanan teminatlar, devir ile birlikte TBK m. 189 gereğince alacağın ferileri olarak yeni malike geçer. Hükümde alacağın devri ile devredenin kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik hakları ve bağlı hakların devirle birlikte devralana geçeceği düzenlenmiştir. Buna göre, TBK m. 310 gereğince sözleşmenin yasal devri ile kiraya verenin sahip olduğu teminatlar da kendiliğinden yeni kiraya verene geçer. Yasal devrin gerçekleşmesinden sonra eski malik, rehin olarak almış olduğu taşınırların zilyetliğini yeni malike geçirmekle yükümlüdür. Üçüncü kişilerce sağlanan teminatlarda da bu sonuç, söz konusu kişilerin sözleşmenin devrine onay vermelerine gerek bulunmaksızın kendiliğinden gerçekleşir. Zira söz konusu teminat, kiracının borçlarının ödenmesinin teminatı olarak verildiği için kiraya verenin değişmesi, teminat verenin durumunu ağırlaştırmaz⁸⁶. TBK m. 198/II ise borçlunun değişmesi hâlinde, borçlunun borcuna yönelik olarak verilen teminatlar bakımından uygulanmaktadır. Dolayısıyla kiralananın el değiştirmesi hâlinde kiracı değişmediğinden, kiracı lehine verilen teminatlar hakkında TBK m.198/II uygulanmaz⁸⁷.

Kiracının para ya da kıymetli evrak niteliğindeki bir kira güvencesini, TBK m. 342 gereğince bankaya tevdi ettikten sonra kiralananın el değiştirmesi hâlinde, devreden kiraya verenin diğer teminatlarda olduğu gibi, söz konusu kira güvencesi üzerindeki hakkının da yeni malike geçtiği kabul edilmelidir⁸⁸. Bu durumda kiracı, yeni malik ve gerektiğinde devreden kiraya veren, örneğin tapu kaydının bir örneği gibi kira sözleşmesine ilişkin değişikliği ispat edecek belgelerle birlikte bankaya

⁸⁴ Gümüş, s. 149; Yazar, verilen teminatların kiracı lehine mi yoksa kiraya veren lehine mi olduğunu belirtmeksizin sadece “*üçüncü kişilerce verilen rehin ve kefaletler*” ifadesini kullanmıştır.

⁸⁵ Aral / Ayrancı, s. 288; İnceoğlu, C. I, s. 592; Ertuğrul, s. 557.

⁸⁶ İnceoğlu, C. I, s. 592.

⁸⁷ Ertuğrul, s. 557.

⁸⁸ İnceoğlu, C. I, s. 593.

başvurmalıdır. Tarafların başvurusu üzerine banka, kiracı ad ve hesabına açılan güvence hesabı üzerinde, devreden kiraya verenin yerine yeni malikin hak (alacak rehni) sahibi olmasını sağlamalıdır. Bu işlemten sonra yeni malik, kira sözleşmesinden doğan zararları için kesinleşmiş bir icra takibi veya mahkeme kararı ile bankaya başvurarak güvencenin kendisine ödenmesini sağlayabilir.

818 sayılı BK döneminde, depozito olarak adlandırılan bir miktar para ya da kıymetli evrakın teminat olarak sağlanması hâlinde bankaya yatırılma zorunluluğu bulunmadığı için, sıklıkla söz konusu teminatın kiracı tarafından bizzat kiraya verene teslim edilmesi söz konusu olmaktadır. Bu dönemde ödenmiş güvenceler ve TBK m. 342'nin uygulanmadığı (konut ve çatılı işyeri dışındaki) kira sözleşmelerinde bizzat kiraya verene teslim edilen güvenceler açısından da yukarıda ifade ettiğimiz sonucun kabul edilmesi gerekir. Dolayısıyla kiralananın el değiştirmesi sebebiyle sözleşmenin yasal devri hâlinde, söz konusu güvencelerin de yeni malike geçtiği ve sözleşmenin sonunda bu güvencelerin iadesinden yeni malikin sorumlu olacağı kabul edilmelidir⁸⁹. Kanaatimizce TBK m. 310 gereğince gerçekleşen sözleşmenin devrinin ileriye etkili olduğunun kabul edilmesi de yeni malikin güvencenin iadesi borcundan sorumlu tutulmasına engel taşımaz. Şöyle ki kiraya verenin kira sözleşmesinin başında kiracıdan aldığı güvenceyi iade etme borcu, ancak sözleşmenin sonunda muaccel olacağı için bu borçtan yeni malik sorumlu olur. Bu doğrultuda eski malikin, kiracıdan devirden önce almış olduğu güvenceyi yeni malike devretmesi gerekir⁹⁰. Taşınmazın devrini sağlayan sözleşmede aksi kararlaştırılmamış ise, güvence miktarını kiracıya ödemek zorunda kalan yeni malik, sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde eski kiraya verene başvurabilir⁹¹.

⁸⁹ Y. 13. HD, E., 2002/11245, K., 2002/14051, T. 26.12.2002: “(...) Kiralanan, kira sözleşmesi devam ederken davacı ile birlikte eşine satılmıştır. Bu durumda davacı, kiralayan sıfatını kazanmış ve eski malikin halefi olmuştur. Davacı bu nedenle, davalıların murisinin kira sözleşmesi gereğince ilk malike ödediği depozito parasından sorumludur”. (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi 18.11.2021). Fakat Yargıtay'ın kiracının güvencenin iadesini eski malikten isteyebileceği yönünde kararları da olmuştur. “(...) kira ilişkisinin satım tarihi itibarıyla tasfiye edilmesi gerekecek ve kiracının (davacının) kiralayandan (depozitoyu) geri isteme hakkı doğacaktır. Şu var ki kiracının yeni malik tarafından borcun üstlenilmesine (açıkça ya da delalet edici eylemle) rıza göstermesi halinde eski malikin (davalının) borçtan kurtulması gerçekleşmiş olur.” Bkz. Y. 3. HD. E. 2000/3271, K. 2000/3539, T. 17.04.2000, (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi 18.11.2021).

⁹⁰ Y. 13. HD, E.,2002/12483, K., 2002/1925, T. 26.02.2003: “(...)Davalı satıcı, mecurun satış tarihine kadar depozitonun teminat olarak verildiği konularda kiracıdan talep edebileceği bir hak ve alacağı olduğunu, bu hak ve alacakları için teminatı yedinde tutmak hakkı olduğunu kanıtlamadığı gibi bu yönde bir savunması da yoktur. Bu durumda davalının depozitoyu elinde tutmasının yasal dayanağı kalmadığından yeni malik olarak kiralayan sıfatını kazanan davacıya devretmesi gerekir”. (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi 18.11.2021).

⁹¹ İnceoğlu, C. I, s. 593.

Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girdikten sonra, kira güvencesi TBK m. 342’de yer alan bankaya yatırılma zorunluluğuna aykırı bir şekilde, bizzat kiraya verene teslim edilmiş ve geri alınmadan kiralanan el değiştirmişse, kanaatimizce kiracı, kesin hükümsüz bir sözleşmenin ifası sebebiyle iade istemini önceki kiraya verene karşı yapmalıdır. Zira kanuna aykırı bir ifadan sonra yeni maliki güvence borcunun iadesinden sorumlu tutmamak gerekir⁹². Ayrıca önceki kiraya verene güvencenin teslim edilmesi yeni malikin de aleyhinedir. Şöyle ki güvence TBK m. 342’ye uygun bir şekilde bankaya yatırılmış olsaydı yeni malik de kira sözleşmesinden doğan alacaklarına ilişkin, kiracıya karşı yapacağı bir icra takibinin veya açacağı bir davanın kesinleşmesi ile bankaya başvurarak güvencenin kendisine teslimini talep edebilirdi. Dolayısıyla yeni malikin güvenceden faydalanabilmesi bile mümkün değilken onun iadesinden sorumlu tutulması mümkün olmamalıdır. Burada kiracının, önceki kiraya verene karşı sahip olduğu güvencenin iadesine ilişkin alacağı ile devirden önceki kira bedellerine ilişkin borçlarını takas etmesi söz konusu olabilir. Önceki kiraya veren kiracıdan almış olduğu güvence bedelini yeni malike teslim etmişse, bu hâlde yeni malik güvenceyi bankaya tevdi etmesi için kiracıya teslim etmelidir veya kiracının vereceği bir temsil yetkisi ile kendisi de güvenceyi bankaya yatırabilir.

2. Üçüncü Kişinin Sınırlı Ayni Hak Sahibi Olması

Kiralananın el değiştirmesine benzer bir düzenleme de TBK m. 311’de yapılmıştır. Üçüncü kişinin sınırlı ayni hak sahibi olması başlıklı bu düzenlemeye göre, *“Sözleşmenin kurulmasından sonra üçüncü bir kişi, kiralanan üzerinde kiracının hakkını etkileyen bir ayni hak sahibi olursa, kiralananın el değiştirmesiyle ilgili hükümler kıyas yoluyla uygulanır”*.

Hükümde kira sözleşmesi kurulduktan sonra, kiralanan üzerinde kira sözleşmesiyle bağdaşmayan bir ayni hak kazanılması hâlinde kira sözleşmesine öncelik tanınacağı düzenlenmiştir. Kaynak kanundaki düzenleme olan İBK m. 261a’ya göre, üçüncü kişiye tanınan sınırlı ayni hakların kira sözleşmesinin devrini sağlaması için, bu hakların mülkiyetin devrine eşit sonuçlar doğurması gerekir. Türk hukukunda da kiralanan üzerinde üçüncü bir kişiye tanınan sınırlı ayni hakkın sözleşmeyi devrini sağlaması için kaynak düzenlemenin bulunduğu hukuktaki bu

⁹² İsviçre Hukuku’nda güvenceyi bankaya yatırmakla yükümlü olan kişi kiraya veren olduğu için kiraya verenin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda benzer bir sonucun geçerli olacağı kabul edilmiştir. Kiralananın el değiştirmesi hâlinde, ilk kiraya veren güvenceyi kanuna uygun bir şekilde bankaya yatırmamışsa, iktisap eden kira sözleşmesi sona erdiğinde güvenceyi geri ödemekle yükümlü değildir; kiracı taleplerini ilk kiraya verene karşı ileri sürebilir. Bkz. Bättig, Art. 261-261a, N. 11; Permann, MK, Art. 257e, N. 8.

ölçütün esas alınması isabetli olur⁹³. Öğretide kira sözleşmesiyle bağdaşmayan bu sınırlı ayni haklara, intifa hakkı, oturma hakkı, üst hakkı, kaynak hakkı gibi sınırlı ayni haklar örnek gösterilmektedir⁹⁴. Bu hakların ortak özelliği, ayni hak olarak sahibine eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlamaları ve kiracının sahip olduğu kullanma hakkıyla bağdaşmamalarıdır⁹⁵. Kiralanan üzerinde bu tür hakların kurulmasını, kiralananın mülkiyetinin devri ile eş tutan Kanunkoyucu, kiralanan üzerinde kira sözleşmesiyle bağdaşmayan sınırlı ayni hak edinenlerin de kiralananın el değiştirmesi hükümlerine tâbi olduğunu düzenlemiştir. Bunun sonucunda, kiralanan üzerinde kiracının hakkı ile bağdaşmayan bir sınırlı ayni hak kazanan kişi, kira sözleşmesinin tarafı haline gelmektedir. Buna göre malik kira sözleşmesinden çıkar ve yerine sınırlı ayni hak sahibi geçer. Sınırlı ayni hak sahibi, taraf olmasının sonucu olarak kiraya verenin kira sözleşmesinden doğan tüm hak ve yükümlülüklerine de sahip olur. Dolayısıyla kiralananın el değiştirmesi hâlinde teminatların durumu hakkında yukarıda ifade edilenler burada da geçerlidir.

3. Külli Halefiyet İlkesinin Uygulandığı Hâllerde Kiraya Veren Değişmesi

Külli halefiyet hâlinde, bir hukukî işlem veya olay sonucunda bir kimsenin başka bir kimsenin yerine geçmesi söz konusu olmaktadır. Hukukumuzda mirasın geçişi (TMK m. 599), bir malvarlığı ya da işletmenin aktif ve pasifiyle devralınması (TBK m. 202) ve ortaklık ya da işletmelerin birleşmesi (TBK m. 203) gibi hâllerde külli halefiyet ilkesinin geçerli olduğu kabul edilmektedir. Külli halefiyet ilkesinin geçerli olduğu hâllerde, külli halefler halefi oldukları kişinin (selef) devri mümkün olan hak ve borçlarının tümüne, herhangi bir işleme gerek olmaksızın, kendiliğinden sahip olurlar. Bu doğrultuda halefiyetin gerçekleşmesiyle birlikte halefler, selefin taraf olduğu sözleşmelere de aynı durum ve şartlarda taraf olurlar. Dolayısıyla kira sözleşmesine kiraya veren sıfatıyla taraf olan kişi ölmüşse ya da kiralanan TBK m. 202 uyarınca devredilmiş veya TBK m. 203'e göre birleşen ortaklık mallarına dahil olmuşsa, külli halefiyet ilkesi gereğince, kiraya verenin yerine külli halefi olarak geçen kişi, kiraya verenin kira sözleşmesinden doğan tüm hak ve yükümlülüklerine sahip olur⁹⁶. Bunun sonucunda kiracının kiraya veren lehine sağlamış olduğu

⁹³ Bkz. aynı yönde Gümüş, s. 151; Çabri, s. 178.

⁹⁴ Weber, Basler, 261a, N. 1; Higi / Wildisen, Art. 261-261a, N. 17; Zihlmann, s. 88; Gümüş, Kira, s. 151; İnceoğlu, C. I, s. 606; Çabri, s. 17; Ertuğrul, s. 573.

⁹⁵ Çabri, s. 178.

⁹⁶ Kira sözleşmesi, taraflar arasında bir güven ilişkisi oluşturmakla birlikte bu sözleşmenin kurulmasında ve devamında kiraya verenin kişisel özellikleri, kiracının kişisel özellikleri kadar etkili olmamaktadır. Zira sözleşmenin kurulması esnasında kiraya veren kiracının ödeme gücünün bulunması, kiralananı özenle kullanacak bir kişi olması gibi kişisel özelliklerini dikkate alırken, kiracı ise kiraya verenden ziyade ve barınma ihtiyacını giderebilecek nitelikte olması,

teminatlar da külli halef olarak sözleşmeye devam eden kişiye geçer. Tarafların teminatların geçişinin tamamlanabilmesi için gerekli yükümlülüklerini yerine getirmeleri gerekir.

SONUÇ

Kira sözleşmesi, taraflar arasında sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerden biridir. Bu nitelikte bir sözleşme oluşu, sözleşmede çeşitli değişikliklerin gerçekleşmesini kaçınılmaz kılmaktadır. Nitekim sözleşmenin ilerleyen dönemlerinde, tarafların ihtiyaçlarına göre çeşitli değişiklikler yaşanabilmektedir. Bu değişikliklerden biri de kira sözleşmesinin taraflarında görülen değişikliktir. Taraflar sözleşmeyi sona erdirmek yerine, kiracı ya da kiraya veren tarafın yerine üçüncü bir kişinin sözleşmeye dahil olmasını ve sözleşmenin devam ettirilmesini kararlaştırabilirler. Bu sayede sözleşmeden süresinden önce ayrılan taraf, fesih sebebiyle karşı tarafa tazminat ödemek zorunda kalmamaktadır. Bazen de tarafların iradesine gerek bulunmaksızın, kanun gereği taraf değişikliği gerçekleşebilmektedir. Tarafların iradesi sonucunda ya da kanun hükmü gereğince gerçekleşen taraf değişikliği, çeşitli sonuçları da beraberinde getirmektedir. Bu sonuçlardan biri de mevcut teminat ilişkileri hakkındadır. Fakat hukukumuzda tüm taraf değişikliği hâllerinde ve her türlü teminat hakkında uygulanabilecek bir kural mevcut değildir. Değişikliğin sözleşmenin hangi tarafında gerçekleştiğine ve teminatın türüne ve kim tarafından sağlandığına göre sonuçlar değişmektedir.

Tarafların iradesine bağlı olarak kiracının değişmesi TBK m. 323'te özel olarak düzenlenmiştir. Devir için kanunda ifade edilen şartların gerçekleşmesi hâlinde, sözleşmeyi devralan üçüncü kişi, kira ilişkisinde kiracının yerini alır ve kira ilişkisinden ve kanundan doğan bütün hak ve borçlar üçüncü kişiye ait olur. Kira sözleşmesinde kiracının değişmesi durumunda, ilk kiracı ya da üçüncü kişiler tarafından sağlanan teminatlar hakkında TBK m. 198/II'nin kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir. Buna göre devreden kiracı tarafından sağlanmış, para, kıymetli evrak ve ipotek gibi aynı teminatlar devirden sonra da geçerliliklerini korur. Fakat kiraya veren lehine sağlanan teminat, kiracı tarafından değil de üçüncü bir kişi tarafından sağlanmışsa, teminatın geçerliliği, teminat sağlayanın yazılı rızasına bağlıdır. Üçüncü kişilerin devre rıza göstermemeleri hâlinde, söz konusu teminatlar

ulaşımının kolay olması gibi kiralananın özellikleriyle ilgilenmektedir. Dolayısıyla kiraya verenin ölümü, kira sözleşmesini sona erdirmez; külli halefiyet ilkesi gereğince mirasçıları onun külli halefi olarak sözleşmeye dahil olurlar. Nitekim bu durum TBK'da da dikkate alınmış ve mülga Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak kiraya verenin ölümünün sözleşmeye etkili olmadığı kabul edilmiş ve kiraya verenin ölümü hâlinde mirasçılarına özel olarak bir kira sözleşmesini feshetme hakkı tanınmamıştır. Bkz. aynı yönde İnceoğlu, C. II, s. 281. Buna karşılık öğretide kiraya verenin ölümü hâlinde de önemli sebeple feshin mümkün olması gerektiği de ileri sürülmüştür. Tandoğan, s. 237.

devirle birlikte kendiliğinden sona erer. İşyeri kiralarında ise devreden kiracı da devralan kiracı ile birlikte, devirden itibaren iki yıl süreyle müteselsil olarak sorumlu olmaya devam ettiği için, devreden kiracı lehine üçüncü kişilerce sağlanmış teminatlar da bu süre boyunca herhangi bir onay gerekmeksizin devam eder. Üçüncü kişilerin sağlanmış oldukları teminatlar, yazılı rızaları bulunmadıkça, devreden kiracının müteselsil sorumluluğun sona erdiği ikinci yılın sonunda kendiliğinden sona erer.

Kira sözleşmesinin devri niteliğinde olmamakla birlikte, kiracı tarafın etkilendiği benzer düzenlemeler de hukukumuzda mevcuttur. Bunlardan ilki, kira sözleşmesini süresinden önce fesheden kiracının kira ilişkisini devralmaya hazır yeni kiracı bulmasıdır. Nitekim kiracının kira ilişkisini devralmaya hazır yeni kiracı bulmasını düzenleyen TBK m. 325 ile kira ilişkisinin devrini düzenleyen TBK m. 323 amaçları itibarıyla benzerlik göstermektedir. Zira iki düzenleme de kiracının kira sözleşmesinin erken feshi sebebiyle kiraya verene karşı ödemekle yükümlü olduğu tazminattan kurtulabilmesini sağlamaktadır. Fakat TBK m. 323'te öneri, kira sözleşmesi sona ermeden yapılıp, devralan kiracı, kiraya verenin rızasıyla devreden yerine kira sözleşmesine dahil olurken, TBK m. 325'te öneri kira sözleşmesi sona erip, kiralanan teslim edildikten sonra yapıldığı için, önerilen kişi ile kiraya veren arasındaki sözleşme, ilk kiracı ile yapılan sözleşmenin devamı niteliğinde olmayıp yeni bir sözleşmedir. Bunun sonucunda TBK m. 325'in söz konusu olduğu hâllerde, ilk kiracı ve üçüncü kişilerce sağlanmış teminatlar da kendiliğinden sona erer.

Kiracı değişikliğine yol açmayan benzer nitelikte bir düzenleme de TBK m. 322'de alt kira ve kullanım hakkının devrine ilişkin olarak yapılmıştır. Alt kira ve kullanım hakkı devrinin söz konusu olduğu hâllerde, kiraya veren ile kiracı arasındaki sözleşme devam edip herhangi bir taraf değişikliği bulunmadığı için kiracı ve üçüncü kişilerce sağlanmış teminatlar da geçerliliklerini korurlar. Fakat söz konusu teminatların, alt kiracının ve kullanım hakkını devralan kişinin kiralana verdikleri zararlar için kullanılıp kullanılmayacağı konusunda bir değerlendirme yaparken ikili bir ayırım yapmak doğru olur. Kiracı tarafından sağlanan para, kıymetli evrak, ipotek gibi aynı teminatlar, alt kiracı ve kullanım hakkını devralan kişi tarafından kiralana verilen zararların karşılanması için de kullanılabilir. Zira teminatı sağlayan da kiraya verene karşı sorumlu olan kişi de kiracı olduğu için, söz konusu teminatların kullanılabilmesi konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Fakat üçüncü kişilerce sağlanan kefalet gibi bir teminat söz konusu olduğunda, bu soruya vereceğimiz cevap çoğunlukla olumsuz olacaktır. Zira kira sözleşmesinden doğabilecek her türlü zararı tazmin edeceğini taahhüt etmiş olsa dahi kefilin yalnızca hayatın olağan akışına uygun olarak önceden öngörülebileceği zararlardan sorumlu olduğu kabul edilmektedir. Somut olaya göre bir değerlendirme

yapılarak kefilin, lehine teminat sağladığı kişinin (kiracının), kiralananı alt kira sözleşmesi ile ya da kullanım hakkının devri yoluyla üçüncü bir kişiye devredebileceğini öngörmesinin beklenemeyeceği hâllerde, bu kişilerin kiralananı verdiği zararlar sebebiyle de sorumlu bulunmadığını kabul etmek gerekir.

Kiracı değişikliğine yol açmamakla birlikte, kira sözleşmesine, kiracının yanında bir başka kimsenin daha dahil olduğu sözleşmeye katılma durumunda, mevcut kiracı ve üçüncü kişilerce sağlanan teminatlar, katılma durumundan etkilenmeksizin aynı şekilde geçerliliklerini devam ettirirler. Zira katılımdan sonra mevcut kiracı ve katılan, kiraya verene karşı müteselsil olarak sorumlu oldukları için katılımdan önce mevcut kiracı lehine sağlanan teminatlar, aynı amaca hizmet etmeye devam eder.

Kiracının kanun gereği değişmesine yol açan sebepler, ticari işletmenin devri ve kiracının ölümüdür. Bizim de kabul ettiğimiz görüşe göre, ticari işletmenin devri hâlinde aksi kararlaştırılmış olmadıkça kiracılık hakkı da kendiliğinden devralana geçer. Bu hâlde mevcut teminatlar hakkında işyeri kiralarının devrine benzer bir uygulama söz konusu olur. Devreden tarafından sağlanmış teminatlar her hâlükârda; üçüncü kişilerce sağlanan teminatlar ise devreden devralanla birlikte müteselsil olarak sorumluluğunun devam ettiği iki yıllık sürede, herhangi bir işleme gerek olmaksızın geçerliliklerini devam ettirir. Kiracının ölümü hâlinde ise ölen kiracı ve üçüncü kişilerce sağlanan teminatlar, aynı şekilde geçerliliklerini korur. Bu konuda kefilin sorumluluğuna ilişkin istisna olarak değerlendirilebilecek nitelikteki tek düzenleme, tüm mirasçıların terekeyi deftere göre kabul etmeleridir.

Kira sözleşmesinde taraf değişikliğinin, kiraya veren tarafta da görülebilmesi mümkündür. Kiracı değişikliğinde olduğu gibi kiraya verenin de tarafların iradesi neticesinde ya da kanun gereği değişmesi söz konusu olabilir. Kanundaki ifadesiyle kiralananın el değiştirmesi ve üçüncü bir kişinin kiralanan üzerinde, kiracının hakkını etkileyen bir aynı hak sahibi olması hâlleri ile külli halefiyetin söz konusu olduğu durumlarda kiraya verenin kanun gereği değişmesi söz konusu olur. Kiraya verenin değişmesi hâlinde, bizim de kabul ettiğimiz görüşe göre, bu durum alacağın devri gibi değerlendirilir ve kiraya veren lehine olarak verilen teminatlar, kira alacağının ferileri olarak, TBK m.189 gereğince, devir ile birlikte yeni kiraya verene geçer.

KAYNAKÇA

- Acar F, *Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-312)*, Beta Yayıncılık, 2013.
- Acar Ünal Ö / Ural Çınar N, “Kefalet Sözleşmesi Hükümlerinin Kira Sözleşmeleri Bakımından Değerlendirilmesi”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. M. İlhan Ulusan’a Armağan*, 15(2), 2016, s. 43-80.
- Akay M H, “Ticari İşletme Devrinde Güncel Sorunlar (6102 sayılı TTK m. 11/3 Kapsamında)”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1), 2014, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1102131>> Erişim Tarihi 18.11.2011, s. 163-180.
- Akkanat H, *Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi*, Filiz Kitabevi, 2004.
- Altınok Ormancı P, “Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananın El Değiştirmesi: ‘Satım Kirayı Bozmaz’ İlkesinin Sonuçları”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 12(24-2), 2013, s. 125-141.
- Aral F / Ayrancı H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 11. Bası, Yetkin Yayıncılık, 2015.
- Aydın S / Kaplan H A / Şen Kalyon A, “Ticari İşletme Devri ve Devrin Hukuki Sonuçları”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17(2), 2013, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789281>> Erişim Tarihi 17.12.2021, s. 229-260.
- Bättig H, *SVIT- Schweizer Schriften zur Immobilienwirtschaft, Das schweizerische Mietrecht Kommentar*, 4. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, 2018.
- Becker H, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, II. Abt., Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-551 OR*, 2. Aufl., Stämpfli Verlag AG, 1934.
- Blumer M, *Schweizerisches Privatrecht Band VII, Teilband 3, Gebrauchsüberlassungsverträge (Miete/Pacht)*, Lichtenhahn Verlag, 2012.
- Çabri S, “Kira Sözleşmesinde Kiralananın Mülkiyetinin El Değiştirmesinin veya Üçüncü Kişinin Kiralanan Üzerinde Sınırlı Ayni Hak Sahibi Olmasının Sözleşmeye Etkisi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 18(3), 2012, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789028>> Erişim Tarihi 10.12.2021, s. 163-200.
- Çınar Ö, *Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi*, On İki Levha Yayıncılık, 2013.

- Eren F, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 17. Bası, Yetkin Yayınları, 2014.
- Ertuğrul M, “Üçüncü Kişinin Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananda Üstün Hak Sahibi Olması”, *Ankara Barosu Dergisi*, 4, 2014, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/issue/33819/374535>> Erişim Tarihi 07.01.2022, s. 541-578.
- Feyzioğlu F N, *Borçlar Hukuku İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri)*, C. I, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, 1980.
- Giger H, *BK- Berner Kommentar, Die Miete, Art. 253-273c. Art. 260–266o OR*, Stämpfli Verlag AG, 2020.
- Gümüş M A, “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, 2012.
- Häublein M, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, BGB, Band 5, Schuldrecht-Besonderer Teil II*, 8. Aufl., C.H.Beck, 2020.
- Higi P / Wildisen C, *ZK - Zürcher Kommentar, Die Miete - Art. 266-268b OR Art. 266–268b OR*, 5. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, 2020.
- Hulliger U / Heinrich P, *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe Art. 184-318 OR, Die Miete*, 3. Aufl., Schultess Juristische Medien AG, 2016.
- Hürlimann-Kaup B, *Grundfragen des Zusammenwirkens von Miete und Sachenrecht*, Schulthess Juristische Medien AG, 2008.
- İmre Z / Erman H, *Miras Hukuku*, 12. Bası, Der Yayınları, 2016.
- İnceoğlu M M, *Kira Hukuku, C. I*, On İki Levha Yayıncılık, 2014, (Kısaltılmışı, İnceoğlu, C. I).
- İnceoğlu M M, *Kira Hukuku, C. II*, On İki Levha Yayıncılık, 2014, (Kısaltılmışı, İnceoğlu, C. II) .
- Kahraman Z, “Ticari İşletmenin Devrinde Aktif ve Pasiflerin İntikali”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(145-146), 2016, s. 587-630.
- Kahveci N, “6098 Sayılı TBK'nun 323. Maddesi Çerçevesinde Kira İlişkisinin Devri Durumunda Kira Sözleşmesinden Doğan Borçlardan Sorumluluk”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan*, 19(3), 2017, s. 695-728.
- Kılıçoğlu A M, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Turhan Kitabevi, 2019.

- Koller A, *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, OR BT Die einzelnen Vertragsverhältnisse Art. 184-318 OR, Band I*, Stämpfli Verlag AG, 2012.
- Minder M, *Die Übertragung des Mietvertrags bei Geschäftsräumen (Art. 263 OR) Einschliesslich des Verhältnisses von Art. 263 OR zum Fusionsgesetz (FusG)*, Schulthess Juristische Medien AG, 2010.
- Müller J P, *SVIT- Schweizer Schriften zur Immobilienwirtschaft, Das schweizerische Mietrecht Kommentar*, 4. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, 2018.
- Oğuzman M K / Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II*, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, 2016.
- Öktem Çevik S, “Kiralananın Sözleşme Bitiminden Önce Geri Verilmesi (TBK m. 325)”, *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, 9(103-104), 2013, s. 132-162.
- Özen B, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Permann R, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), *Mietrecht Kommentar Mit einschlägigen bundesrechtlichen und kantonalen Vorschriften, MK*, 2. Aufl., Orell Füssli Verlag AG, 2007, (Kısaltılmışı: Permann, MK).
- Permann R, *OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht*, 3. Aufl., Orell Füssli Verlag AG, 2016, (Kısaltılmışı: Permann, ORK).
- Rohrer B, *SVIT - Schweizer Schriften zur Immobilienwirtschaft, Das schweizerische Mietrecht Kommentar*, 4. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, 2018.
- Sağlam İ, “Kiracının Ölümünün Her Türlü Kira İlişisine Etkisi ve Bu Etkinin Özellikle Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları Bakımından Gösterdiği Özellikler”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 23(2), 2017, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/456872>> Erişim Tarihi 08.01.2022, s. 249-266.
- Sarı Fidan Ö, *Miras Ortaklığı*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
- Schwery N, *Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015)*, 9. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, 2016.
- Tandoğan H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Kira, Ödünç Verme (Ariyet, Karz) Sözleşmeleri, C. I/2*, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, 2008.
- Topuz S / Canbolat F, “Kira İlişisinin Devri- (Yeni) Türk Borçlar Kanununun İlgili 323’üncü Maddesinin Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 95, 2011, s. 97-134.

- Tunçomağ K, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, 3. Bası, Sermet Matbaası, 1977.
- Ülgen H / Helvacı M / Kendigelen A / Kaya A / Nomer Ertan N F, *Ticari İşletme Hukuku*, 5. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Walter H P, *OR-Kurz Kommentar Art. 1-529*, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2008.
- Weber R, *Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529, Die Miete Art 253-274*, 5. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011, (Kısaltılmışı: Weber, Basler).
- Weber R, *Der Gemeinsame Mietvertrag*, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1993, (Kısaltılmışı: Weber, Mietvertrag).
- Yavuz N, *Yeni TBK, HMK, İİK ve İstinafa Göre Kira Hukuku*, 7. Bası, Adalet Yayınevi, 2019.
- Yavuz C / Acar F / Özen B, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 16. Bası, Beta Yayıncılık, 2019.
- Yıldırım M F, “Kiralananın Temliki Hâlinde Kiracının Korunması Gereksiz mi? - Kiralananın Temliki Halinde Yeni Malik Tarafından Tahliye Edilen Kiracının Tazminat Talebi-”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17(4), 2013, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789195>> Erişim Tarihi 20.12.2021, s. 117-125.
- Zevkliler A / Gökyayla K E, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 16. Bası, Turhan Kitabevi, 2016.
- Zihlmann P, *Das Mietrecht*, 2. Aufl., Schulthess Polygraphischer Verlag, 1995.

**DOKTRİN, MAHKEME KARARLARI VE ANGLO-AMERİKAN
HUKUKUNUN KONUYA İLİŞKİN YAKLAŞIMI ÇERÇEVESİNDE
YOKSULLUK NAFAKASINDA SÜRE SORUNUNUN
DEĞERLENDİRİLMESİ**

Ali KOÇ*

ÖZET

Boşanmanın mali sonuçlarından bir tanesi nafakadır. Yoksulluk nafakası Türk Medeni Kanunu m. 175'te düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanunu m. 175/1'e göre, boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilmektedir. Mevcut hükümde yer alan "süresiz olarak nafaka isteyebilir" ifadesi doktrinde tartışma konusu olmuştur. Yargıtay kararları incelendiğinde yoksulluk nafakasının süresine ilişkin olarak yaşanan sorunlar ve buradan doğan tartışmaların kaynağını yargı uygulamaları oluşturmaktadır. Yargıtay kararlarından anlaşıldığı üzere yoksulluk nafakasının süresiz olarak istendiği durumlarda nafakanın süresiz verilmesine karar verilmektedir. Bu uygulama hâkimin takdir yetkisini elinden almak anlamına gelmektedir. Fakat hâkimin takdir yetkisinin sınırları da mevcut kanuni düzenlemeden anlaşılmamaktadır. Çalışmada, yoksulluk nafakasının "clean break" ilkesi de dikkate alınarak süre bakımından sınırlandırılması gerektiği incelenmiştir.

***Anahtar Kelimeler:** Aile Hukuku, Yoksulluk Nafakası, Süresiz Yoksulluk Nafakası, Anglo-Amerikan Hukukunda Yoksulluk Nafakası*

**CONSIDERATION OF THE TIME PROBLEM IN ALIMONY WITHIN THE
FRAMEWORK OF DOCTRINE, COURT DECISIONS AND, ANGLO-
AMERICAN LAW'S APPROACH TO THE SUBJECT**

ABSTRACT

* **Arş. Gör.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı/ANKARA **e-posta:** koc.ali@hbv.edu.tr,

ORCID: 0000-0002-8835-887X

DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1146480

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 22/12/2021

Yayımlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 20/07/2022

One of the financial consequences of divorce is alimony. Alimony is regulated in Art. 175 of the Turkish Civil Code. According to Art. 175/I of the Turkish Civil Code, the party who will fall into poverty due to divorce can ask for alimony indefinitely in proportion to his financial strength, provided that the fault is not more severe. The expression "may request alimony indefinitely" in the current provision has been the subject of debate in the doctrine. When the decisions of the Supreme Court are examined, the problems experienced regarding the duration of the poverty alimony and the source of the debates arising from this are the judicial practices. As it is understood from the Supreme Court decisions, in cases where alimony is requested indefinitely, it is decided to grant alimony indefinitely. This practice means taking away the discretion of the judge. However, the limits of the judge's discretion are not understood from the current legal regulation. In the study, it has been examined that poverty alimony should be limited in terms of time, taking into account the "clean break" principle.

Keywords: Family Law, Alimony, Permanent Alimony, Alimony in Anglo-American Law

GİRİŞ

Boşanmanın mali sonuçlarından bir tanesi nafakadır. Nafakanın birden çok türü olmakla birlikte bu çalışmada ele alınacak olan konu itibarıyla daha çok yoksulluk nafakasıdır. Çalışmanın konusunu oluşturan husus ise yoksulluk nafakasındaki süre kavramı ve uygulamasıdır. Yoksulluk nafakası Türk aile hukukunda, boşanma neticesinde yoksulluğa düşecek olan eş için kabul edilmiş bir müessesedir. Boşanmanın ardından eşlerden biri için artık yeme, içme, barınma, sağlık, sosyal, kültürel faaliyetler vs. için gerekli olan harcamalar mali olarak karşılanamayacak duruma geliyor ise böyle bir durumda söz konusu eş yoksulluk nafakası talep etme hakkına sahiptir.

Yoksulluk nafakası, boşanma neticesinde yoksulluğa düşecek olan eşin mali açıdan korunmasını sağlamak amacıyla ihdas edilmiş bir müessesedir. Müessesenin ihdas edilme amacı, yoksulluğa düşecek olan eşini korumak olmakla birlikte, bu eşin yoksulluk nafakasının süresiz olarak ödenmesini talep edebiliyor olması taraflar arasındaki menfaat dengesini bozabilecek bir husus olarak değerlendirilebilmektedir. Bu çalışmada yoksulluk nafakasındaki süre kavramı ele alınacak olup öncelikle birinci başlıkta genel anlamda yoksulluk nafakasına ilişkin bilgiler verilecektir. İkinci başlıkta yoksulluk nafakasındaki süre konusu ele alınacaktır. Bu başlık altında hem Türk doktrinindeki görüşler aktarılacak hem de Anglo-Amerikan hukukundaki yoksulluk nafakasına ilişkin düzenlemeler belirtilecektir. Yine bu başlıkta Anayasa Mahkemesi'nin yoksulluk nafakasının süresiz oluşuna dair kararı aktarılacaktır. Üçüncü başlıkta ise yoksulluk nafakasındaki süre kavramının değerlendirilmesi

yapılacak olup Türk hukukundaki uygulama, Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararı ve Anglo-Amerikan hukukundaki uygulama değerlendirilecektir. Sonrasında ise çalışma, yoksulluk nafakasında süre hususuna ilişkin bir yorum ilave edilerek neticelendirilecektir.

I. GENEL OLARAK YOKSULLUK NAFKASI VE YOKSULLUK NAFKASININ ŞARTLARI

A. Genel Olarak Yoksulluk Nafakası

Eşlerden birisi boşanma sonucunda yoksulluğa düşecek ise boşanmaya ilişkin olarak kendi kusuru diğer eşten daha az olmak şartıyla süresiz yoksulluk nafakası talebinde bulunabilmektedir¹. Yoksulluk nafakası Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) ikinci bölümünde yer alan boşanma kısmında düzenlenmiştir. Boşanmanın mali sonuçlarından bir tanesi olan nafaka, kanun sistematığı bakımından maddi ve manevi tazminat müesseselerini düzenleyen maddenin devamında konumlandırılmıştır. TMK m. 175 hükmü şu şekilde kaleme alınmıştır: “Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz.”

Yoksulluk nafakasına karar verilebilmesi için evliliğin boşanma veya butlan ile sonlanmış olması gerekmektedir². Evliliğin butlan yaptırımı ile sona ermesi hususunda TMK m. 158 hükmü esas alınarak hüküm tesis edilmektedir. Anılan düzenlemeye göre evlenmenin butlanına karar verilirse; evlenirken iyiniyetli bulunan eş bu evlenme ile kazanmış olduğu kişisel durumunu korur. Eşler arasındaki mal rejiminin tasfiyesi, tazminat, nafaka ve soyadı hakkında boşanmaya ilişkin hükümler uygulanır. Dolayısıyla iyiniyetli eşin yoksulluk nafakası talep hakkı saklı kalmaktadır.

Boşanma yahut butlan yaptırımı sonucu yoksul duruma düşecek eşin yoksulluk nafakası talep edebilmesi için birtakım şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu şartlar şu şekilde sıralanabilir: taraflardan birisinin yoksulluk nafakası talep etmesi, nafaka talebinde bulunan eşin yoksulluğa düşmüş olması, yoksulluk nafakası talep eden eşin diğer eşe göre daha az kusurlu olması,

¹ Turgut Akıntürk/ Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, 2. Cilt, 18. Bası, Beta, 2016. s. 302; Mustafa Dural/ Tufan Ögüz/ Mustafa Alper Gümüş, *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, 2016. s. 148; Mehmet Erdem/ Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku*, Seçkin Yayınları, 2022. s. 188; Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, Turhan Kitabevi, 2015, s. 832; Ahmet Cemal Ruhi, *Nafaka Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 42; Bahar Öcal Apaydın, “Güncel Tartışmalar Işığında Yoksulluk Nafakası”, Serkan Ayan/ Pınar Çiftçi (Ed.), *Yargı Kararları Işığında Aile Hukukunun Güncel Sorunları*, Adalet Yayınevi, 2022, s. 50.

² Kürşad Yağcı, "Yoksulluk Nafakasında 'Süresizlik' Sorunu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 76(1), 2018, s. 324.

hükmedilecek olan nafakanın nafaka yükümlüsü eşin mali durumu ile orantılı olması³.

B. Yoksulluk Nafakasının Şartları

Yoksulluk nafakasının talep edilebilmesi için öncelikli olarak boşanma sonucunda yoksulluğa düşecek olan tarafın bunu talep etmesi gerekir⁴. Yoksulluğa düşecek olan tarafın nafaka talebinde bulunmaması halinde hâkim re'sen nafaka kararı veremez⁵. TMK'dan önce yürürlükte olan 743 sayılı Türk Kanunu Medenî'sinin 144. maddesine göre, erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için, kadının ekonomik halinin bu talebi karşılayabilecek durumda olması şartı aranmaktaydı. Bu hükmün, kadın ve erkek arasındaki eşitliğe aykırılık teşkil edebileceği düşünülmüş olacak ki TMK m. 175 düzenlemesinde bu hükme yer verilmemiştir⁶. TMK m. 175 hükmünde boşanma neticesinde yoksulluğa düşecek tarafın nafaka talebinde bulunabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu itibarla hem erkek hem de kadın yoksulluk nafakası talebinde bulunma hakkına sahiptir. Yoksulluk nafakası talebinde bulunacak eşin boşanma nedeniyle yoksulluğa düşmüş olması bir diğer şart olarak aranmaktadır⁷. Nafaka talebinde bulunan tarafın yoksulluğa düşüp düşmeyeceği hususunu ise hâkim araştırıp takdir edecektir⁸.

Boşanma ile birlikte yoksulluk nafakası talebinde bulunacak eşin sağlaması gereken şartlardan bir diğeri ise boşanmada kusurunun diğer eşin kusurundan daha ağır olmamasıdır. TMK m. 175/I hükmünde bu şart açıkça ifade edilmiştir. Fakat burada dikkat edilmesi gereken husus, nafaka talebinde bulunan eşin kusursuz olmasının aranmıyor olmasıdır. Bilakis aranan şart nafaka talebinde bulunan tarafın kusurunun karşı tarafın kusurundan daha az olmasıdır. Başka bir ifadeyle, kendisinden nafaka talebinde bulunulan eşin talepte bulunulan eşe yoksulluk nafakası ödemesine hükmedilebilmesi için, kendisinden talepte bulunulan eşin kusurlu olması aranmamaktadır⁹. Son şart ise kendisinden nafaka talebinde bulunulan eşin,

³ Akıntürk/ Ateş, Aile, 303; Dural/ Öğüz/ Gümüş, Aile, 148-150; Yağcı, s. 324; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, Genişletilmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2016, s. 170-172.

⁴ Öztan, s. 836; Süleyman Yılmaz/ Abdulkemir Yıldırım, *Medeni Hukuk-I*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 235; Azra Arkan Serim, "Yoksulluk Nafakası", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 65(1), 2007, s. 288; Burçak Çitak, "Yoksulluk Nafakası", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 74(1), 2016, s. 242.

⁵ Dural/ Öğüz/ Gümüş, s. 148; Çitak, s. 242.

⁶ Kılıçoğlu, s. 171.

⁷ Arkan Serim, s. 289; Çitak, s. 243; Mustafa Şahin, "Türk-İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları (TMK m. 175-ZGB m. 125)", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21(3), 2017, s. 81.

⁸ Arkan Serim, s. 289; Ruhi, s. 42.

⁹ Arkan Serim, s. 291-292; Dural/ Öğüz/ Gümüş, s. 149.

ekonomik durumu açısından takdir edilecek olan nafakayı ödeyebilecek durumda olmasıdır. Bu çerçevede hâkim, yoksulluk nafakasına karar verirken kendisinden nafaka talebinde bulunulan eşin ekonomik durumunu değerlendirecektir¹⁰. Yapılacak olan değerlendirme sonucunda kendisinden nafaka talebinde bulunulan eş şayet istenilen nafakayı ödeyecek durumda değil ise hâkim yoksulluk nafakasına karar veremez.

II. YOKSULLUK NAFAKASINDA SÜRE

A. Yoksulluk Nafakasında Süre Kavramı

Evliliğin boşanma yahut butlan ile sona ermesinin ardından taraflardan birisinin gerekli şartlar sağlanması halinde diğer taraftan yoksulluk nafakası talep edebilmesi, TMK m. 175 hükmünde düzenlenmiştir. Hükümün aradığı şartların sağlanması halinde ilgili tarafın talebi üzerine hâkim gerekli araştırmalar sonucunda yoksulluk nafakasına karar verebilmektedir.

Yoksulluk nafakası iki şekilde ödenebilmektedir. Bunlardan biri toplu (toptan) olarak ödeme, diğeri ise irat (taksit, aylık) şeklinde ödemedir. Yoksulluk nafakasına ilişkin doktrin ve uygulamadaki görüş farklılıklarının meydana çıkmasındaki temel sebeplerden bir tanesi, nafakanın irat şeklinde ödenmesine karar verildiği durumlardır. Çünkü hâkimin yoksulluk nafakasının toptan biçimde ödenmesine karar vermesi halinde süreye ilişkin bir tartışma çıkmaması doğaldır. Hâkim toptan ödemeye karar verirken yoksulluğa düşecek olan tarafın durumuna ve nafaka borçlusuna tarafın mali şartlarına bakarak bir denge kurar ve böylece iki tarafın da menfaat dengesini korumaya çalışarak en uygun miktara hükmeder¹¹. Böylece nafaka borçlusuna taraf tek seferde yapacağı ödeme ile borcundan kurtulmuş olur. Yoksulluk nafakasının irat biçiminde ödenmesine karar verildiği durumlarda ise nafaka borçlusunun hangi süre ile sınırlı olacak şekilde bu borcu ifa ile mükellef olduğunun belirlenmesi doktrin ve uygulamada tartışma konusudur.

Yoksulluk nafakası Türk Kanunu Medenisi m. 144'ün ilk hâlinde şu şekilde hüküm altına alınmıştır: "Kabahatsiz olan karı yahut koca, boşanma neticesi olarak büyük bir yoksulluğa düşerse, diğeri boşanmaya sebebiyet vermemiş olsa dahi kudreti ile mütenasip bir surette bir sene müddetle nafaka itasına mahkûm edilebilir". Madde'nin ilk hâliyle ele alındığında yoksulluk nafakası bir yıl süre ile sınırlandırılmış olarak talep edilebilmekteydi¹². Ancak 1988 yılında 3444 sayılı

¹⁰ Ruhi, s. 45.

¹¹ Ruhi, s. 53-54.

¹² Emrah Kulaklı, "Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), 2018, s. 251.

Kanun'la yapılan değişiklikle birlikte Türk Kanunu Medenîsi'nin 144. maddesinde yoksulluk nafakasında bir yıllık süre sınırlaması kaldırılmış olup nafakanın süresiz olarak talep edilebileceği hüküm altına alınmıştır¹³. TMK m. 175 düzenlemesi ise bir önceki hüküm ile benzer olup düzenlemeden yalnızca "Ancak, erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için, kadının hali refahta bulunması gerekir." Cümlesi çıkarılmıştır. Söz konusu ibarenin hükümden çıkarılmış olmasının gerekçesi ise bunun kadın ve erkek arasındaki eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmesidir¹⁴.

Sonuç itibarıyla mevcut TMK m. 175 hükmü uyarınca yoksulluk nafakası gerekli şartların sağlanması ile birlikte süresiz olarak talep edilebilmektedir. Doktrin ve uygulamadaki görüş ayrılıkları, yoksulluk nafakasının süresiz olarak talep edilebilmesinin yanı sıra bu talebe karşılık hâkimin tutumunun ne şekilde olması gerektiği üzerinde toplanmaktadır.

B. Yoksulluk Nafakasında Süreye İlişkin Doktrindeki Görüşler

Yukarıda da ifade edilmiş olduğu üzere yürürlükteki düzenleme gereği, boşanma ve evliliğin butlan yaptırımıyla sona ermesi neticesinde yoksulluğa düşecek olan taraf diğer şartların da sağlanması halinde yoksulluk nafakasını süresiz olarak talep edebilmektedir. TMK m. 175'in lafzında açıkça belirtilmiş olan bu hak doktrinde fikir ayrılıklarının yaşanmasına sebep olmuştur. Doktrinde bu hükme ilişkin yaşanan fikir ayrılıklarının temelinde kanun lafzında yer alan "süresiz olarak nafaka isteyebilir" ibaresidir¹⁵. Doktrinde konuya ilişkin ileri sürülen görüşler, her ne kadar kendi içlerinde farklı gerekçelere dayandırılırsalar da, esas itibarıyla iki grupta incelenebilir.

Birinci grupta ele alınabilecek olan yazarlar¹⁶; kanun lafzının çok açık olduğunu, "süresiz olarak nafaka isteyebilir" ifadesinden çıkacak anlamın ise burada hâkimin takdir yetkisinin bulunmadığı biçiminde olduğunu savunmaktadırlar. İlgili yazarlara göre söz konusu hüküm emredici niteliktedir. Bu görüşe göre, süresiz olarak nafaka talep edildiği takdirde hâkim, süresi sınırlı bir yoksulluk nafakasına

¹³ Safa Koçoğlu, "Boşanmanın Eşler Açısından Genel Sonuçları Bağlamında Yoksulluk Nafakasına İlişkin Değerlendirme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 70, 2021, s. 409.

¹⁴ Kılıçoğlu, s. 171; Koçoğlu, s. 409.

¹⁵ Koçoğlu, s. 409.

¹⁶ Mecit Demir, *Türk Medeni Hukuk Öğreti ve Uygulamasında Yoksulluk Nafakası*, Seçkin Yayınları, 2018. s. 64; Yağcı, s. 323; Ömer Buğra Gençcan, *Nafaka Hukuku: Bilimsel Açıklama – Son İctihatlar*, Yetkin Yayınları, 2018, s. 528; Mine Uzun, *Türk Medeni Kanunu Yargıtay Kararları Kapsamında Yoksulluk Nafakası*, Vedat Kitapçılık, 2014. s. 100; Ebru Ceylan, *Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, Seçkin Yayınları, 2006. s. 116.

hükmedemeyecektir¹⁷. Bu görüşü savunan yazarlara göre mevcut kanuni düzenleme sosyal hayatta birtakım mağduriyetlere sebebiyet vermektedir. Dolayısıyla söz konusu yoksulluk nafakasını hüküm altına alan düzenlemenin gözden geçirilip sosyal hayattaki mağduriyetleri giderecek biçimde yeniden düzenlenmesi gerektiği savunulmaktadır¹⁸. Birinci grupta yer alan görüşü savunan yazarlardan biri¹⁹, boşanmış olan eşlerin artık birbirinden ayrı iki birey olduğunu, aralarında hukuki ve hatta manevi bir bağın kalmadığını ileri sürmektedir. Yine aynı yazara²⁰ göre, ortak çocukları dahi bulunmayan çiftlerden birinin, boşandıktan sonra yoksulluğa düştüğünü ileri sürerek karşı taraftan süresiz nafaka talep etmesi ve hâkimin de bu yönde karar vermesi durumunda eşler birbirlerinden gerçek anlamda ayrılamamaktadır. Hukuki anlamda bitmiş olan evliliğin mali açıdan dolaylı olarak devam etmesi, ayrılmış olan eşlerin sosyal hayatları bakımından bir olumsuzluk teşkil etmektedir. Diğer bir yazar²¹ ise, yoksulluk nafakasına herhangi bir süre sınırlaması olmaksızın hükmedilmesinin nafaka borçlusunun mali hakları ile kişilik haklarını yadsınamayacak derecede kısıtladığını ve bunun hakkaniyete aykırı olduğunu savunmaktadır. Birinci gruba dâhil edilebilecek başka bir görüşe²² göre ise, kanun maddesinin mevcut haliyle hüküm emredici niteliktedir. Fakat buna rağmen hâkim, somut olayın şartlarına göre bir değerlendirme yapıp yoksulluk nafakası talep eden tarafın özelliklerini, iş bulma durumunu, işte çalışma süresi ve becerisi gibi hususları göz önünde bulundurarak nafakanın süresini belirlemelidir. Diğer bir kısım yazarlarca²³ da, gerek özel hukukta gerekse kamu hukukunda hüküm altına alınmış pek çok konuda zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin mevcut olmasına rağmen yoksulluk nafakasına süresiz bir biçimde hükmedilebiliyor olmasının hukukun temel ilkelerine, hak ve nefasete aykırılık teşkil ettiği öne sürülmektedir.

¹⁷ Koçoğlu, s. 410.

¹⁸ Koçoğlu, s. 410.

¹⁹ Şahin, s. 88.

²⁰ Şahin, s. 88

²¹ Abdulkerim Yıldırım, "Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu", *Legal Hukuk Dergisi*, 14(157), 2016, s. 82.

²² Cemal Oğuz, "Medeni Kanun Madde 174/1 ile 175 Arasındaki Farklar", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4, 2000, s. 11.

²³ Gençcan, s. 529; Ömer Arbek, "Boşanmanın Mali Sonuçları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 54(1), 2005, s. 145; Bilal Köseoğlu, "Ailenin Şiddetten Korunması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 77, 2008, s. 315.

Yoksulluk nafakasının süresine ilişkin doktrinde ileri sürülen diğer görüşü savunan yazarlar²⁴, nafakanın süresiz olarak talep edilmesine karşın hâkimin bu talebi belirli bir süre ile sınırlamasının önünde kanuni bir engel bulunmadığı görüşünü ifade etmektedir. Bu görüşü savunan bir kısım yazara²⁵ göre, Türk Medenî Kanunu'nda hâlihazırda nafakanın artırılması, azaltılması veya kaldırılmasına ilişkin birtakım düzenlemeler yer almaktadır. Dolayısıyla söz konusu düzenlemelerin mevcut olduğu böyle bir kanunda her halde süresiz nafakaya hükmedilebileceğine dair bir düzenlemenin bulunamayacağı ileri sürülmektedir²⁶. Öte yandan başka bir görüşe²⁷ göre, mevcut kanuni düzenlemenin değiştirilmesi gerekmemektedir. Ancak yazar²⁸, hâkimin, önüne gelen her somut olayı kendi şartlarına göre değerlendirerek bir karar vermesi gerektiğini ifade etmektedir. İlgili yazara²⁹ göre, evlilikleri sonlanmış eşlerin evlilik birliği içindeki yaşayışları ve boşandıktan sonraki halleri göz önünde bulundurularak bir karar verilmesi hakkaniyetli olur. Nafakaya süresiz şekilde hükmedilmesinin şart olmadığını savunan ikinci görüş içinde yer alan bir alt görüşe göre³⁰ ise yoksulluk nafakası talebinin bir yıllık zamanaşımına tâbi olması sebebiyle, kanunda yer alan düzenlemenin lafzından nafakanın süresiz olduğu sonucu çıkarılamaz. Başka bir deyişle, yoksulluk nafakası alacaklısının boşanmadan sonraki süreçte nafaka almaya devam etmesini engelleyen hallerin ortaya çıkması durumunda (mali durumunun iyileşmesi, nafaka borçlusunun ödeme güçsüzlüğüne düşmesi ve sair gelişmeler) nafaka kaldırılmaktadır. Şayet yoksulluk nafakası talebine ilişkin bir yıllık zamanaşımı süresi dolmuşsa böyle bir durumda artık nafaka talep edilemeyecektir. Bu sebepten ötürü hak kayıplarının önüne geçmek için nafaka artırma, azaltma ve kaldırma davalarında söz konusu sürelerle dikkat edilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

²⁴ Yağcı, s. 340; S. Sulhi Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, Filiz, İstanbul, 1990. s. 263-265; Mehmet Hamzaçebi, "Türk Medeni Kanununa Göre Boşanma ve Ayrılık Hallerinde Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10(3-4), 2002, s. 35; Bilal Köseoğlu/ Köksal Kocaağa, *Aile Hukuku ve Uygulaması: Bilimsel Görüşler, Yargı İçtihatları*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2011, s. 233; Kulaklı, s. 254; Esra Fırtına, *Boşanmanın Mali Sonuçları ve Yoksulluk Nafakası*. Adalet Yayınevi, 2019, s. 133; Koçoğlu, s. 412.

²⁵ Erdem/ Makaracı Başak, s. 205; Azra Arkan Serim, "Yoksulluk Nafakası", *Journal of Istanbul University Law Faculty*, 65(1), 2007, s. 296.

²⁶ Koçoğlu, s. 411.

²⁷ Şahin, s. 104.

²⁸ Şahin, s. 104.

²⁹ Şahin, s. 104.

³⁰ Tübakkom Nafaka Çalıştayı Sonuç Bildirgesi, <<https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/tubakkom-nafaka-calistayi-sonuc-bildirgesi-80777>> Erişim Tarihi 31.10.2021.

C. Anglo-Amerikan Hukukunda Yoksulluk Nafakasında Süre

Anglo-Amerikan hukuk sistemi, Türk hukuk sisteminin de içerisinde yer aldığı Kıta Avrupası hukuk sisteminden farklı bir yapıya sahiptir. Genel anlamda Anglo-Amerikan hukukunun yüksek mahkemeler tarafından oluşturulan içtihat hukuku ile meydana geliyor olması, bu hukuk sistemini Kıta Avrupası hukukundan ayırır³¹. Anglo-Amerikan hukuk sisteminde aile hukuku kapsamına giren yoksulluk nafakası uygulaması da yine bu sistemin karakteristik özelliği olan yargı içtihatları doğrultusunda gelişmektedir.

Yoksulluk nafakasının Anglo-Amerikan hukukundaki tarihsel gelişimi incelendiğinde, bu kavramın köklerinin 1857 tarihinde İngiliz kilise mahkemelerinin vermiş olduğu kararlara dayandığı görülür³². Kilise mahkemesinin vermiş olduğu bir boşanma kararına göre, her ne kadar mahkeme tarafların ayrı yaşamasına izin vermişse de, boşanma kararı verilen çift arasındaki kanuni evlilik bağı ortadan kalkmamıştır³³. Mahkeme, bu kanuni evlilik bağını gerekçe göstererek yoksulluk nafakasına hükmetmiştir. Bahse konu mahkeme kararının verildiği tarihlerdeki İngiliz hukuk sistemine göre yoksulluk nafakası; aralarında boşanma kararı verilmiş olan erkek ve kadın arasında, erkeğin kadına sağlamakla yükümlü olduğu maddi desteğe ilişkin yükümlülük anlamına gelmekteydi. Erkeğin boşanma kararından sonra kadına vermekle yükümlü olduğu bu maddi desteğin gerekçelerini ise o tarihlerde evli kadınlar için herhangi bir istihdam sahasının bulunmuyor olması ve kadınların evlendikten sonra mülkiyet haklarının tasarruf yetkisini erkeğe bırakan İngiliz hukuk sistemi uygulamaları oluşturmaktaydı. Söz konusu yoksulluk nafakasının süresi ise boşanma tarihinde başlayıp erkeğin ölüm tarihine kadar devam etmekteydi³⁴.

Yoksulluk nafakasının modern Anglo-Amerikan hukuk sistemindeki uygulaması, İngiliz kilise hukukunda olduğundan farklı biçimde, mahkemenin erkek ve kadının boşanmalarına karar vermesinden sonra söz konusu olmaktadır. Başka bir ifadeyle, İngiliz kilise hukuku uygulamasında nafakaya hükmedilmesinin gerekçesi kanuni evlilik bağı iken modern Anglo-Amerikan hukukunda nafakaya karar

³¹ Ayşe Gülin Güralp, *Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Medeni Yargılama Sistemlerindeki Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku ile Karşılaştırılması* (yayımlanmamış doktora tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü, 2010. s. 148-149.

³² Michael D Smith, "Family Law - The Duration of the Alimony Obligation in Wyoming: Longer than We Both Shall Live - Oedekoven v. Oedekoven", *Land and Water Law Review*, 33(1), 1998, s. 384; Margaret Ryznar, "Alimony's Job Lock", *Akron Law Review*, 49(1), 2016, s. 97.

³³ Smith, s. 97.

³⁴ Smith, s. 97.

verilebilmesi için eşlerin evlilik birliğinin sona ermiş olması gerekmektedir³⁵. Daha önce de ifade edildiği üzere Anglo-Amerikan hukuk sistemi, yüksek mahkemelerin oluşturduğu içtihatlar hukukundan meydana gelmektedir. Yoksulluk nafakası kavramı Amerika Birleşik Devletleri hukukuna İngiliz örf ve adet hukuku yoluyla gelmiştir. İngiliz örf ve adet hukukuna ek olarak İngiliz kilise hukuku kaynaklı dinî ve ahlaki değerler de bu kavramın doğmasında etkili olmuştur³⁶. Her ne kadar yoksulluk nafakası kavramının Anglo-Amerikan hukukunda uygulanmaya başlaması örf ve adet hukuku kaynaklı olsa da yakın zaman pratikleri incelendiğinde, her somut uyuşmazlığın şartlarının kendi içerisinde ayrı olarak ele alındığı görülmektedir. Bu sebeple Anglo-Amerikan hukukunda yoksulluk nafakasına ve bunun süresine ilişkin uygulamaların her somut uyuşmazlık özelinde çeşitlilik göstermesi mümkündür.

Anglo-Amerikan hukuk doktrinde, yoksulluk nafakasının süresine ilişkin olarak yapılan yorumlarda süresiz yoksulluk nafakasının “sonsuz kadar sürmeyeceği” ifade edilmektedir. Burada anlatılmak istenen husus, nafaka borçlusu ve nafaka alacaklısının şartlarının değişkenlik göstermesi halinde yoksulluk nafakasının süresinin değişen bu şartlar kapsamında tekrar değerlendirilip değiştirilmesinin mümkün olmasıdır. Söz konusu süresiz yoksulluk nafakası alacaklısı hayatın olağan akışı içerisinde mali anlamda kendi kendini idame ettirebilecek hale gelirse böyle bir durumda nafaka borcunda ya indirim gidilir ya da borç sona erer³⁷.

Amerika Birleşik Devletleri’nde her eyaletin kendine özgü kanuni düzenlemeleri bulunmaktadır. Yoksulluk nafakasının miktarı ve süresine ilişkin yasal düzenlemeler bakımından da eyaletler arası farklılıklar gözlemlenmektedir. Ancak bu farklılıklara rağmen ortak nokta şudur ki, yoksulluk nafakasının süresi, evlilik birliğinin devam ettiği süre ile orantılı olarak tayin edilmektedir. Örnek olarak Massachusetts eyaletinin düzenlemelerini ele almakta fayda vardır. Amerika Birleşik Devletleri’nin bir eyaleti olan Massachusetts’te 2011 yılında yürürlüğe giren Massachusetts Nafaka Reformu Yasası ile birlikte yoksulluk nafakasının hesaplanma ve düzenlenme biçimi geniş ölçüde değişmiştir. Yeni kanuni düzenleme, nafaka ödemeleri için bir formül oluşturmuş ve evliliğin uzunluğuna bağlı olarak

³⁵ John C Sheldon/ Diesel Mills Nancy, "In Search of a Theory of Alimony", *Maine Law Review*, 45(2), 1993, s. 288-289; A. R. Mathur, "Indefinite Alimony: A Solution to the Financial Trauma of Divorce", *Probate Law Journal*, 10(3), 1991, s. 305.

³⁶ Cynthia L Greene, "Alimony is Not Forever: Self-Sufficiency and Permanent Alimony", *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 4, 1988, s. 11.

³⁷ Greene, s. 14; Virginia R. Dugan/ A. Feder Jon, "Alimony Guidelines", *Family Advocate*, 25(4), 2003, s. 22.

süreyi sınırlamıştır³⁸. Örneğin; evlilik süresi beş yıl veya daha az ise, evlilik süresinin %50'sinden fazla bir süre için nafaka talep edilemez. Evlilik on yıl veya daha az ancak beş yıldan fazla sürmüş ise bu sürenin %60'ı, on beş yıl veya daha az ancak on yıldan fazla sürmüş ise bu sürenin %70'i oranında bir süre ile yoksulluk nafakasına hükmedilir. Eğer evlilik yirmi yıl veya daha az ancak on beş yıldan fazla sürmüş ise bu sürenin %80'i oranında yoksulluk nafakasına hükmedilecektir. Nihayetinde, yirmi yıldan fazla süren bir evlilikte ise mahkemenin süresiz nafaka verme yetkisi vardır; fakat bu takdirde bir yetki olup hâkimin böyle bir zorunluluğu bulunmamaktadır. Keza emeklilik yaşı da nafaka alacağını sonlandıran bir etken olarak düzenlenmiştir³⁹. Massachusetts Nafaka Reformu Yasası ayrıca, yoksulluk nafakası miktarının nasıl hesaplanması gerektiğini de düzenlemiştir. Buna göre, yoksulluk nafakası genellikle nafaka alacaklının ihtiyacı olan mali desteğe göre hesaplanmaktadır. Yasal düzenlemeye göre nafaka alacaklının ihtiyacı ise, tarafların boşanma esnasında belirlenen brüt gelirleri arasındaki farkın %30 veya %35'ini aşmayacak şekilde hesaplanarak belirlenmektedir⁴⁰.

Washington Yüksek Mahkemesi'nin 15 Haziran 1970 tarihli McKendry-McKendry⁴¹ kararı eski tarihli bir karar olmasına rağmen Anglo-Amerikan hukukunda yoksulluk nafakası kavramının ne şekilde uygulandığının bir göstergesi olabilecek niteliktedir. Kararda hâkim, yoksulluk nafakasının miktarını gelişen somut olaylar kapsamında değerlendirerek nafakanın miktarını ve süresini sınırlandırmıştır. Karara konu olayda eşler 34 yıldır devam eden evliliklerini boşanma sonucunda sonlandırmışlardır. Boşanmanın gerçekleşmesinin ardından erkek, kadından aylık 600 Amerikan Doları bedelinde nafaka almaya hak kazanmıştır. Boşanma kararından üç yıl sonra kadın, mahkemedен, erkeğin sağlıklı olduğunu ve bu sebeple iş bulup çalışarak kendi yaşamını idame ettirecek mali güce sahip olabilecek durumda bulunduğunu, buna rağmen iş bulma konusunda çaba göstermediğini ve tüm bunlarla birlikte kendisinin de nafaka borcunu karşılayacak mali durumda olmadığını gerekçe göstererek yoksulluk nafakası borcunun sona erdirilmesini talep etmiştir. Erkek ise cevap dilekçesinde kadının taleplerini reddederek boşanma tarihinde işsiz olduğunu, şartların değişmediğini ve bu halinin devam ettiğini belirterek yoksulluk nafakası alacağını sona ermesi talebinin reddini istemiştir. Washington Yüksek Mahkemesi yapmış olduğu inceleme neticesinde 600 Amerikan Doları olan nafaka borcunu o yıl için ayda 400 Amerikan Dolarına, bir

³⁸ , Emily J. Stolzenberg. "The New Family Freedom", *Boston College Law Review*, 59(6), 2018, s. 2035.

³⁹ Laura W. Morgan, "A Nationwide Review of Alimony Legislation", *Family Law Quarterly*, 2007-2016", 51(1), 2017, s. 46.

⁴⁰ Morgan, s. 46; Ryznar, s. 103.

⁴¹ 2 Wn.App. 882, 472 P.2d 569, Washington Yüksek Mahkemesi, 1970.

sonraki yıl için ise ayda 200 Amerikan Dolarına indirmiştir. Yüksek Mahkeme, sonraki yıl itibarıyla ise nafaka borcunun sona ermiş olacağına karar vermiştir⁴². Böylece Washington Yüksek Mahkemesi yoksulluk nafakasını gelişen somut olaylar çerçevesinde değerlendirerek süre bakımından sınırlandırmıştır.

Modern Anglo-Amerikan aile hukuku sisteminde eşlerin anlaşmalı boşanmak suretiyle evliliklerini sona erdirmeleri de mümkündür. Bu yöntem “*clean break*” ilkesi olarak adlandırılmaktadır. *Clean break* ilkesindeki temel amaç, boşanan eşlerin aralarındaki ekonomik bağların tamamıyla sona erdirilmesidir. Eşler arasındaki ekonomik ilişkilerin sona erdirilmesinin yanında eşlerden birinin üzerine yükletilebilecek olan nafakaya ilişkin mali sorumlulukların söz konusu olmayacağı esasına dayanan bu ilke çerçevesinde, boşanan eşlerin aralarında çıkması muhtemel uyuşmazlıkların da kesin olarak son bulması amaçlanmaktadır⁴³. Bahsi geçen *clean break* ilkesinin temel amaçlarından bir diğeri ise boşanmış olan eşlerden birisinin yoksulluk nafakasının süresiz bir biçimde ödemekle yükümlü olmamasını sağlamaktır. Bu uygulamayla süresiz olarak nafaka ödeme yükümlülüğü bahis konusu olmaktan çıkarak bireylerin sosyal ve ekonomik yaşamları menfaatler dengesi gözetilmek şartıyla korunmuş olmaktadır. Başka bir ifadeyle, *clean break* ilkesi kural olarak, boşanmak üzere olan eşlerin ayrılıktan sonra olabilecek en kısa sürede kendi ekonomik bağımsızlıklarını elde etmelerini sağlamaya çalışmaktadır⁴⁴.

D. Anayasa Mahkemesi'nin Yoksulluk Nafakasının Süresiz Oluşuna İlişkin Kararı

Kestel Asliye Hukuk Mahkemesinde görülmekte olan bir davada, TMK m. 175/I hükmünde yer alan yoksulluk nafakasının süresiz bir biçimde talep edilebileceğine dair ibarenin Anayasa'nın 2, 10 ve 41. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle somut norm denetimi yapılmak üzere Anayasa Mahkemesine iptal başvurusunda bulunulmuştur⁴⁵. İptal başvurusunun gerekçeleri özetle aşağıdaki gibidir.

1. İptal Başvurusunun Gerekçesi

“(...) Kanun maddesinde nafakaya hangi hallerde hükmedileceği, davacı ve davalının ekonomik durumlarının ne şekilde dikkate alınacağı, tarafların yaşlarının

⁴² Greene, s. 15.

⁴³ Gediz Kocabaş, “Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler”, *MÜHFD*, 19(1), 2013, s. 364; Ali Demirbaş, “Güncel Tartışmalarla Yoksulluk Nafakası”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), 2018, s. 222; Elizabeth Sussex, “The Clean Break Principle”, *Hong Kong Law Journal*, 9(3), 1979, s. 314; Şahin, s. 90; Yağcı, s. 328; Kulaklı, s. 259.

⁴⁴ Heaton, Jacqueline. “Family Law”, *Annual Survey of South African Law*, 2009, s. 470.

⁴⁵ Yağcı, s. 331.

evli kaldıkları sürenin çocuklarının olup olmamasının dikkate alınıp alınmayacağı, hangi koşullarda kaldırılmasının istenebileceği ayrıntılı olarak açıklanmamış sadece boşanmada kusuru daha ağır olmayan boşanma sebebi ile yoksulluğa düşecek kişi lehine düşülen bir durum değil de zaten içinde bulunulan bir hal ise ne olacağı açıklanmış değildir.

Bu maddeye istinaden oluşan genel Yargı içtihatlarına göre boşanan taraflardan kusurlu görülen kişinin çeşitli sebeplerle genellikle erkeğin aleyhine ekonomik olarak iyi bir durumda olup olmadığına bakılmaksızın eğer çalışmayacak şekilde özürlü değil ise ekonomik durumu iyi olmasa örneğin kişinin sürekli bir iş veya geliri olmasa kendisi dışındaki sebeplerle çalışamasa dahi sürekli olan nafakaya hükmedilmektedir.

Bu yoksulluk nafakasına hükmedebilmek için tarafların evli kaldığı sürenin, tarafların çocuklarının olup olmamasının, nafaka alacaklısının çalışmaya engel bir özrünün olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır.

Bu yoksulluk nafakasının sürekli şekilde ömür boyu sürecek şekilde olması pek çok halde katı yargı içtihatlarının da tesiri ile halde adalet hissi ile bağdaşmayacak sonuçlar doğurmaktadır.

Öncelikle söylemeliyiz ki genellikle boşanmaya sebep olaylarda pek çok halde iki tarafında direkt veya dolaylı olarak kusurlu hareketleri olduğu halde mesela bazen ispat güçlüğü, aile içi sorunların tam olarak anlatılmak istenmemesi, mahremiyet düşüncesi, hâkimin düşünce yapısı hayata bakış açısı gibi pek çok sebeplerle taraflardan biri gerçekte olduğundan farklı olarak kusurlu, kusursuz az veya daha çok kusurlu kabul edilebilmektedir. Ayrıca boşanmaya sebep olaylardaki kusur pek çok halde görece ve sübjektiftir. Bu durumda kusurun daha ağır olduğu kabul edilen kişinin kusuru olsa bile daha az kabul edilen diğerine sürekli nafaka yükümlüğü altına sokulmasının çok sağlam ve her halde geçerli gerekçeleri olmayacaktır.

Bu nafakanın sürekli olması yükümlü kişi için ömür boyu sürecek bir mali yükümlülük altına sokmakta, boşanmakla ortak hayatları biten kişileri birbirlerine sürekli olarak bağımlı kılmaktadır. Evlilik iki insan arasında sözleşme ile bir birliktelik kurmakta ve kan gibi doğal olamayan bir akrabalık tesis etmektedir. Boşanma ile bu birliktelik sona ermesine rağmen ömür boyu sürecek bir yükümlülük ile kişiler birbirlerine bağımlı kılınmaktadır.

Yoksulluk nafakasının sürekli olmasının dürüstçe olamayan evlilik taleplerini teşvik edici, yine boşanan kişilerin yeniden evlenmesini engelleyici mahiyette olduğu çok açıktır.

Bazen boşanmak hem taraflar hem korunmaya muhtaç çocuklar ve toplumsal açıdan evliliğin sürmesinden daha uygundur. Esasında taraflar ve toplumsal açıdan boşanmanın daha uygun olduğu pek çok halde bu yükümlülük yani ömür boyu sürecek nafaka yükümlülüğü korkusu ile boşanmak yerine sorunlu olan evliliği sürdürmeye buna katlanmaya zorlamaktadır. Bunun aile içi huzursuzluk ve şiddete de bir şekilde etkisinin olabileceği rahatlıkla söylenebilir.

Sürekli mahiyetteki yoksulluk nafakasının pek çok sosyal yardımın da etkisi ile kişileri çalışmamaya teşvik edici bir etkisi de bulunmaktadır.

(...) Bir kişinin sürekli olarak kan bağı ile akraba olmadığı boşandığı eşine sürekli yani ömür boyu nafaka bağlanmasının insan haklarına aykırı olduğunu bunu hüküm altına alan Türk Medeni Kanununun 175. maddesinin 2. fıkrasının Anayasamızın (...) 2. maddesine aykırı olduğunu düşünmekteyiz.

(...) Yine bağlanacak nafakanın açıkça hangi hallerde hükmedileceğini hangi koşullarda kaldırılmasının istenebileceğini açıklamaması sebebi, davacı ve davalının ekonomik durumlarının ne şekilde dikkate alınacağı gibi hususları açıklaması sebebi ile Anayasamızın (...) 2. maddesine aykırı olduğunu düşünmekteyiz.”⁴⁶

2. Anayasa Mahkemesinin Kararı ve Gerekçesi

Anayasa Mahkemesi söz konusu iptal başvurusundan sonra yapmış olduğu inceleme neticesinde, 17/05/2012 tarihli ve 136/72 sayılı kararında⁴⁷ oy çokluğuyla TMK m. 175/I düzenlemesinde yer alan yoksulluk nafakasının süresiz olarak istenebileceğine dair ibarenin Anayasa’ya aykırılık teşkil etmediğine karar vererek başvuruyu reddetmiştir. Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu kararın gerekçeleri özetle aşağıdaki gibidir.

“Başvuru kararında, itiraz konusu “...süresiz olarak...” ibaresi nedeni ile boşanma neticesinde eşlerden birinin diğeri lehine ömür boyu sürecek bir mali yükümlülük altına girdiği, nafakaya hangi hallerde hükmedileceğinin, hangi hallerde kaldırılacağı ve tarafların ekonomik koşullarının ne şekilde dikkate alınacağı yasada açıkça belirtilmemiş olduğu, yoksulluk nafakasının boşanan eşlerin yeniden evlenmelerini engelleyici niteliği bulunduğu belirtilerek, kuralın, Anayasa’nın 2., 10. ve 41. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu “süresiz olarak” ibaresi, nafaka alacaklısının her zaman ölüncüye kadar yoksulluk nafakası alacağı anlamına gelmemektedir. Kanun koyucunun 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu’nun 175. maddesinde “süresiz olarak”

⁴⁶ Resmi Gazete, E: 2011/136, K: 2012/72.

⁴⁷ Resmi Gazete, 26/06/2012, N. 28335.

ibaresine yer vermesinin amacı, boşanmadan dolayı yoksulluğa düşecek olan eşin diğer eş tarafından, şartları bulunduğu sürece ekonomik yönden desteklenmesi ve asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanmasıdır.

Evlilik birliğinde eşler arasında geçerli olan dayanışma ve yardımlaşma yükümlülüğünün, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra da kısmen devamı niteliğinde olan yoksulluk nafakasının özünde, ahlaki değerler ve sosyal dayanışma düşüncesi yer almaktadır. Yoksulluk nafakasının amacı nafaka alacaklısını zenginleştirmek değildir. Yoksulluk nafakasıyla, boşanma sonucunda yoksulluk içine düşen eşin asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanması düşünülmüştür. Yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için nafaka talep eden eşin boşanma nedeniyle yoksulluğa düşecek olmasının yanı sıra, nafaka talep edilen eşin de nafaka ödeyebilecek ekonomik gücünün bulunması gerekmektedir.

İtiraz konusu kuralda, boşanma sebebiyle yoksulluğa düşen eşi korumak için diğer eşin, koşulları bulunduğu sürece, herhangi bir süre sınırı olmaksızın yoksulluk nafakası vermesi düzenlenmiş olup bu yükümlülüğün sosyal hukuk devleti ilkesinin gereği olarak getirildiği kuşkusuzdur”.

3. Karşı Oy ve Gerekçesi

Anayasa Mahkemesinin oy çokluğuyla verdiği karara karşılık bir üyenin⁴⁸ karşı oy yazısının özeti aşağıdaki gibidir.

“Türk Medenî Kanunu’nda yardım nafakası için herhangi bir süre şartı öngörülmemişken, bakım nafakasının bir türü olan yoksulluk nafakasının kamunda belirlenen şartlar dâhilinde süresiz talep edilebileceğinin öngörülmesi Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan “sosyal hukuk devleti” ilkesine aykırıdır.

Evlilik hukuku ve daha da geniş olan aile hukuku, diğer hukuk kurallarından büyük çapta bağımsız bir alanı düzenlemeye yönelik kurallar içermektedir. Yoksulluk nafakasını düzenleyen 4721 sayılı Kanun’un 175. maddesi evliliğin süresi, nafaka alacak eşin yaşı, çalışma gücünün niteliği gibi özel şartlar aramamıştır. İnsanların boşanarak aralarındaki hukuki ilişkiyi bitirmiş olmalarına rağmen evlilik birliğinde var olan sorumluluklarının ömür boyu devam etmesi, hem insaflı değil, hem de hakkaniyete aykırıdır. Boşanmadan kaynaklanan bir nafaka alacağının varlığının belli koşullar altında, nafaka borçlusunun veya nafaka alacaklısının yaşamı boyunca, sanki mülkiyet hakkıymış gibi sürekli olması, hak düşürücü süre ve zaman aşımı kavramlarının kabul edildiği bir hukuk sisteminde adalet duygusunu zedelemektedir.

⁴⁸ Hicabi Dursun.

Yoksulluk nafakasının süresiz olması, ileride nafakanın artırılması, nafakanın azaltılması veya nafakanın kaldırılması davalarının açılmasına neden olacaktır. Bu durumda nafaka yükümlüsü eski eşin nafaka alan tarafın kanunda yazılı şartları taşıyıp taşımadığını kontrol amacıyla, onun özel hayatına müdahale anlamına gelebilecek davranışlara ve onun üzerinde psikolojik baskı kurmasına neden olabilecektir. Yoksulluk nafakasının süresiz olması bu nafakayı alan tarafın, karşı tarafı ömür boyu cezalandırmak amacıyla gelir getirici bir işte çalışmama ve evlilik ekti yapmadan birlikte yaşama gibi davranışlara itebilecektir. Bu haller yoksulluk nafakasının süresiz de olsa bir ceza olmadığını savunan görüşleri haksız çıkarmaktadır. Tarihin hiçbir döneminde, hiçbir hukuk sistemi boşanan eşlerden biri yoksulluğa düşecek diye diğeri için ömür boyu sürebilecek yoksulluk nafakası yükümlülüğü öngörmemiştir. Dolayısı ile yoksulluk nafakasının süresiz uygulanmasının nedeni ahlaki ve sosyal gerekçelerle açıklanamaz.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan "sosyal hukuk devleti" vatandaşlarına asgari geçim düzeyi sağlamayı kendisine görev bilen ve bu yüzden devletin sosyal ve ekonomik yaşama aktif müdahalesini meşru ve gerekli gören bir anlayışı ifade eder. Vatandaşların sosyal durumlarıyla ilgilenen sosyal hukuk devleti, insan onurunun korunmasını amaçlar ve bunun için sosyal adaleti ve refahı sağlamaya çalışır. Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında vurguladığı gibi, sosyal devlet, sosyal adaletin, refahın ve güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlettir.

Kültürümüzden kaynaklanan yardımsever eğilimlerinin, aile dayanışmasının, hayır kurumları ve vakıflar gibi geleneksel kurumların yoksullukla mücadele bağlamındaki faaliyetleri sık sık övgüyle anılmaktadır. Ancak, aynı zamanda toplumsal bir olgu olan ve Devletin aktif olarak mücadele etmesi gereken yoksulluğun sorumluluğunun, boşanan taraflardan birisinin üzerine ömür boyu yüklenmesi, kanımca, sosyal devlet ilkesine, hakkaniyete ve mantığa da uygun bir çözüm değildir."

III. YOKSULLUK NAFKASINDA SÜRENİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Türk Hukukundaki Uygulamanın Değerlendirilmesi

Türk hukukunda yoksulluk nafakası kavramı ve bunun süresine ilişkin uygulamaya esas itibarıyla yargı kararları yön vermektedir. Eşler arasındaki evlilik birliğinin sona ermesi neticesinde, boşanma ile yoksulluğa düşecek tarafın talebi üzerine, gerekli diğer şartların da sağlanması halinde hâkim, TMK m. 175 kapsamında yoksulluk nafakasına süresiz olarak hükmedilebilmektedir. Dolayısıyla Türk hukukunda yoksulluk nafakasının süresine ilişkin bir değerlendirmede bulunabilmek için yargı kararlarının incelenmesi gerekmektedir.

Yoksulluk nafakasının süresine ilişkin değerlendirmede Yargıtay'ın yaklaşımı genel olarak, TMK m. 175 hükmünde yer alan “süresiz olarak nafaka isteyebilir” ibaresi sebebiyle hâkimin, nafaka talebinin herhangi bir süre ile sınırlı bir biçimde istenmediği hallerde, doğrudan süresiz olarak nafakaya hükmetmesi şeklinde tezahür etmektedir. Yargıtay'ın bu yaklaşımı hâkimin takdir yetkisini ortadan kaldırmıştır. Yoksulluk nafakası talebi karşısında süre değerlendirmesi yapmaksızın hâkim, süresiz olarak nafakaya hükmetmek durumunda kalmaktadır. Öte yandan Yargıtay'ın bu değerlendirmesi bağlamında, yoksulluk nafakasının süre ile sınırlandırılmayacağı, yalnızca halin şartlarına uygun düştüğü ölçüde nafaka miktarında indirimle gidilebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır⁴⁹.

Türk hukukunda yoksulluk nafakasının süresine ilişkin uygulamanın değerlendirilmesine ilişkin bu başlıkta ele alınacak Yargıtay kararları, yoksulluk nafakasının süresiz olarak istenebilmesinin mümkün hale geldiği kanuni düzenlemenin (743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi m. 144'e 3444 sayılı kanunla yapılan değişiklik⁵⁰) yürürlüğe girdiği tarih dikkate alınarak değerlendirilecektir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 27/02/2013 tarihli kararına göre⁵¹, “*Dosyaya sunulan SGK kayıtları ile davalı-karşı davacı kadının 2010 yılı Aralık ayından itibaren bir işyerinde sürekli ve sigortalı olarak çalışmaya başladığı görülmektedir. Yoksulluk nafakasına süresiz olarak hükmedilir. Ancak başlangıçta boşanmayla yoksulluğa düşecek olan eşin yargılama sırasında bu yoksulluğunun ortadan kalkması durumunda, yoksulluk nafakasına hükmedilemez (TMK. md.175,176/2). Bu nedenle mahkemece davalının çalışmasıyla ilgili bu olgunun üzerinde durularak davalının çalışıp, çalışmadığı, çalışıyorsa sağladığı gelir gözetilerek çalışmasıyla birlikte yoksulluğunun ortadan kalkmış olup olmadığının araştırılarak, gerçekleştirilecek sonucuna göre yoksulluk nafakası talebi hakkında bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir*”. Kararda yoksulluk nafakası talebi reddedilmiştir. Fakat karar gerekçesinde yer alan “yoksulluk nafakasına süresiz olarak hükmedilir” ifadesi Yargıtay'ın yoksulluk nafakasının süresine ilişkin yerinde olmayan yaklaşımını göstermektedir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 18/01/1991 tarihli kararında⁵² ise şu ifadeler kullanılmıştır: “*Olayımızda mahkemece boşanma davası reddedilmiş ve ancak davalı yararına bir yıl süre ile yoksulluk nafakasına hükmedilmiştir. 1- Boşanma davası reddedildiği, başka bir ifade ile aile birliği devam edegelmekte olduğu halde*

⁴⁹ Yağcı, s. 335.

⁵⁰ Yağcı, s. 335.

⁵¹ Yargıtay 2. HD. E: 2013/2447, K: 2013/5304 (Legalbank).

⁵² Yargıtay 2. HD. E: 1990/13114, K: 1991/2776 (Legalbank).

ancak boşanma halinde uygulama imkânı bulunan yoksulluk nafakasına karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. 2- **Yoksulluk nafakasının süresiz olarak tayini gerekirken** (M.K.144 ve H.G.K.02.05.1990 gün ve 11/261 sayılı kararı) bir yıl süre ile sınırlı tutulması...” Karara konu uyuşmazlıkta boşanma gerçekleşmemesine rağmen yerel mahkeme kadın lehine bir yıl süreli yoksulluk nafakasına hükmetmiştir. Yargıtay ise yerel mahkeme tarafından verilen söz konusu nafaka hükmünü, boşanmanın gerçekleşmemiş olması gerekçesiyle bozmuştur. Ancak bozma kararında, hâkimin yoksulluk nafakasının süresine ilişkin takdir yetkisini ortadan kaldıracak nitelikte “yoksulluk nafakasının süresiz olarak tayini gerekir” ifadesini kullanarak yerinde olmayan bir gerekçe kaleme almıştır.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 20.10.1995 tarihli kararına göre de, “*Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü. Süresiz nafaka isteği 3 yılda sınırlı olarak hükme bağlanmıştır. Hak sahibi yoksulluk nafakasını süresiz isteyebileceği gibi, belirli bir süreyle sınırlı olarak da isteyebilir. Hâkim bu konuda istekle bağlıdır. Ne var ki somut olayda süresiz nafaka istenmiş olmasına rağmen, mahkeme yoksulluk nafakasını 3 yıla sınırlı tutmuş 3 yılı geçen süre için yapılan isteği reddetmiş, davacı bu hükmü temyiz etmemiş, hüküm böylece itiraza uğramamakla kesinleşmiştir. Kesin hüküm Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 237. maddesi gereği tarafları bağlar. Davacının bu itibarla, yeniden yoksulluk nafakası istemesi kesin hüküm nedeniyle mümkün değildir. Davanın reddi yerine kabul edilmesi doğru bulunmamıştır*”.

Öncelikli olarak ifade edilmelidir ki TMK m. 175 hükmü ve özellikle hükümde geçen “süresiz olarak nafaka isteyebilir” ifadesi, evliliklerini sonlandıran eşlerden birinin boşandıktan sonra mali bakımdan düşmesi muhtemel olan ekonomik güçsüzlük karşısında bu eş korumayı amaçlayan bir düzenlemedir. Öte yandan kanun koyucunun güçsüz tarafı koruyan bir tutum ile sevk etmiş olduğu hüküm, yüksek yargı tarafından isabetsiz yargı uygulamaları sonucunda hâkimin takdir yetkisinin elinden alınması sonucunu doğuracak şekilde yorumlanmaktadır⁵³. Hâlbuki TMK m. 175 düzenlemesine göre boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilmektedir. Zira boşanma neticesinde taraflardan biri mali açıdan kendi hayatını idame ettiremeyecek duruma düşme ihtimali ile karşı karşıya kalabilmektedir. Evlilik birliği devam ederken eşlerin sosyal, ekonomik, kültürel ve sair konularda hayatlarını belirli bir standartta yaşadıkları varsayılırsa, boşanma sonrasında taraflardan birisi bu standardın altına düştüğü takdirde diğer taraftan yoksulluk nafakası talebinde bulunabilmektedir.

⁵³ Yağcı, s. 337.

Fakat Türk hukukundaki yargı uygulamalarında bahsi geçen hususlara ek olarak, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin değişiklikten önceki halinde yer alan yoksulluk nafakasının bir yıllık süre ile sınırlı olarak verileceğine dair hükmün değiştirilerek süresiz olarak istenebileceği ifadesinin düzenlenmiş olması Yargıtay nezdinde bilinçli bir düzenleme olarak değerlendirilmektedir. Böyle bir değerlendirmenin sonucu olarak Yargıtay, "süresiz olarak nafaka isteyebilir" ifadesini hâkime takdir yetkisi bırakmayacak şekilde uygulamakta, uyuşmazlıkta taraflardan birisi yoksulluk nafakasını süresiz olarak talep ettiği takdirde talebe bağlılık esasına dayanarak nafakanın süresiz olarak verilmesine hükmetmektedir⁵⁴.

Fikrimizce, TMK m. 175 hükmünün uygulanmasında hâkim, takdir yetkisinden mahrum bırakılmamalıdır. Zira her somut uyuşmazlığın şartları birbirinden farklıdır. Örnek olarak, bireyselliğin arttığı günümüz sosyal yaşamında evliliklerde evli kalma süreleri azalmaktadır. Bir yılın dolmasıyla birlikte boşanan bir çift değerlendirmeye alındığında, eşlerden birisi süresiz nafaka talebinde bulunduğu takdirde Yargıtay'ın izlemiş olduğu anlayışa göre, hâkimin talebe bağlı kalması gerekir. Böylece, yalnızca bir yıl evli kalmış olan bir çiftin, boşanmış olmalarına karşın doğrudan olmasa bile dolaylı olarak aralarındaki bağın zorunlu olarak devam etmesi hali ortaya çıkacaktır. Bu tür bir durumda boşanmış olan erkek ve kadın arasında huzursuzluklar meydana gelme ihtimali artacaktır⁵⁵. Fakat hâkimin önüne gelen uyuşmazlıklara göre yapacağı değerlendirme sonucunda, boşanacak olan eşlerin kaç yıldır evli kaldıklarına, yaşlarına, eğitim düzeylerine, çocuklarının olup olmadığına, boşanma sonrasında yaşanması olası psikolojik değişikliklerine, sosyal, kültürel, ekonomik durumlarına ve buna benzer hususlara bakarak böylece bir karara varması halinde verilecek olan hüküm daha hakkaniyetli olacağı fikrindeyiz.

B. Anayasa Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi

Anayasa Mahkemesi kararının değerlendirilmesine geçmeden önce belirtmeliyiz ki nafakaya hangi hallerde hükmedileceği, davacı ve davalının ekonomik durumlarının ne şekilde dikkate alınacağı, tarafların yaşlarının evli kaldıkları sürenin çocuklarının olup olmamasının dikkate alınıp alınmayacağı, hangi koşullarda kaldırılmasının istenebileceği gibi hususların hükümde ayrıntılı olarak açıklanmamış olması nedeniyle TMK m. 175 hükmünün iptalinin istenmesi yerinde olmamıştır. Doktrinde ileri sürülen ve bizim de katıldığımız bir görüşe göre⁵⁶, bir hükmün yalnızca ayrıntılı bir biçimde düzenlenmemiş olması, o hükmün

⁵⁴ Yağcı, s. 337-338.

⁵⁵ Aynı yönde Yıldırım, s. 82-83.

⁵⁶ Yıldırım, s. 81.

Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiği iddiası ile iptal edilmesi için yeterli bir gerekçe teşkil etmez. Herhangi bir kanun hükmü, somut bir durumu ayrıntılı olarak açıklayarak bir çözüm önerisinde bulunmamış olması nedeniyle eksik olarak mütalaa edilebilir. Ancak böyle bir gerekçeden yola çıkarak söz konusu hükmün Anayasa'ya aykırılığının iddia edilmesi yersizdir⁵⁷.

Anayasa Mahkemesi, karar gerekçesinde iptali istenen hükmümde yer alan “süresiz olarak” ibaresine odaklanmıştır. Hâlbuki iptal talebinde yer alan gerekçede, söz konusu hükmün detaylı açıklamalar içermediği de ifade edilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi doğrudan yoksulluk nafakasının süresiz olarak istenebilmesi hususunu ele alarak bir karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal talebini reddettiği kararın gerekçesinde, yoksulluk nafakasına süresiz olarak hükmedilmesinin hukuka uygun nitelik arz ettiği, bunun dayanağının ise Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu görüşüne yer verilmiştir. Bu çerçevede gerekçede, boşanma sonrasında yoksulluğa düşecek tarafın mali açıdan korunması gerektiği, bu sebeple de diğer tarafın ekonomik gücü ölçüsünde süresiz olarak nafaka ödemesi gerektiği belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu görüşüne katılmamaktayız. Zira yoksulluk nafakasının süresiz olarak verilmesinin temel gerekçesi şayet sosyal devlet ilkesi gereği güçsüzü korumak ise, böyle bir durumda toplum içerisinde bulunan mali bakımdan bakıma muhtaç kimselere yardım etmesi gereken, devletin bizzat kendisidir⁵⁸. Sosyal devlet ilkesinin bir gerekliliği olarak toplumda mali açıdan güçsüzlüğe düşen bir bireyin sorumluluğu artık o kişi ile herhangi bir bağı kalmamış olan bir başkasının üzerine yüklenemez. Böyle bir uygulamanın toplumsal huzuru bozabilecek olaylara sebebiyet vermesi mümkündür⁵⁹. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi kararı eksiktir ve yerinde değildir.

C. Yoksulluk Nafkasında Süre Sorununa İlişkin Çözüm Önerisi

Türk mahkemeleri, Yargıtay'ın bu husustaki tutumu doğrultusunda, boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek tarafın, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebildiğini düzenleyen TMK m. 175 hükmünü dayanak göstererek nafaka talebinde bulunan taraf lehine süresiz nafaka alacağına hükmetmektedir. Hâkimin takdir yetkisi elinden alınarak, taleple bağıllık ilkesi gerekçe gösterilmek suretiyle nafaka talebinde bulunan taraf lehine süresiz nafakaya hükmedilmesinin isabetsiz olduğunu daha önce ifade etmiştik.

⁵⁷ Yıldırım, s. 81.

⁵⁸ Aynı yönde, Yıldırım, s. 82; Yağcı, s. 335.

⁵⁹ Arbek, s. 146.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, konuya kanun koyucunun sübjektif iradesi açısından yaklaşıldığında, ilgili hükmün lafzında geçen “süresiz olarak isteyebilir” ifadesi açık olup nafaka talebinde bulunan tarafın bu yönde bir talepte bulunabileceği düzenleme altına alınmıştır. Bahsi geçen hükümden, uyuşmazlığı çözüme kavuşturacak hâkimin taraflardan birinin süresiz olarak nafakaya hükmedilmesi talebi karşısında hiçbir değerlendirme yapmadan, takdir yetkisini kullanmaksızın, taleple bire bir bağlı kalarak böylece karar vermesi gerektiği anlamı çıkmamaktadır. Veleve ki bu şekilde karar verilmiş olsun, verilen karar netice itibarıyla hakkaniyete aykırılık teşkil edecektir. Eğer kanun koyucunun iradesi bu yönde olsaydı bile hükümde örtülü boşluk olduğunun kabulü gerekirdi. Söz konusu hüküm çok geniş kaleme alındığından dar yorumlanması gündeme gelirdi. Zira nafaka kurumunun işlevi her talep edene, ayrıldığı eşinden süresiz nafaka bağlanmasının sağlanması değildir. Hâlihazırda bu mahzurlu sonuç nafaka kurumuyla da bağdaşmaz. Dolayısıyla fikrimizce, mevcut kanuni düzenleme konuyu detaylı bir biçimde açıklamadığı ve bu sebeple eksik olduğu söylenebilir. Ancak TMK m. 175 hükmünün güncel hali itibarıyla, boşanan taraflardan birisinin süresiz olarak kendisi lehine yoksulluk nafakasına hükmedilmesi talebine karşılık, yargılamayı yürüten hâkimin halin şartlarını inceleyerek buna göre farklı bir karara varmasının mümkün olduğunun kabul edilmesi halinde yoksulluk nafakasının “süresizlik” sorunu önemli ölçüde çözüme kavuşturulmuş olacaktır. Zira uygulamadaki, yoksulluk nafakasının süresine ilişkin yaşanan sorunların temelinde yargı uygulamaları ve özellikle de yüksek yargının TMK 1/1 hükmündeki düzenlemeyi göz ardı ederek hükmü son derece lafzi hatta lafzının ötesinde dar yorumlamaları vardır.

Fikrimizce yoksulluk nafakasının süresiz olarak istenebileceğinin düzenlendiği TMK m. 175 hükmü, güncel sosyal yaşamın gereklerini karşılayamayacak biçimde eksik ve yetersizdir. Dolayısıyla kanunların, güncel hayatın şartları dikkate alınarak bu doğrultuda yeniden düzenlenmesi elzemdir. Toplumda bireyselleşen kadın ve erkek ilişkilerinde kişisel özgürlükler ön plandadır. Keza söz konusu özgürlükler evlilik birliği içerisinde geçerliliğini sürdürmektedir. Konumuz itibarıyla bahsetmekte yarar gördüğümüz özgürlüklerin başında ekonomik özgürlük gelmektedir. Genellikle kadın ve erkek, evlilik birliğini kurmadan önce hâlihazırda mali bakımdan kendi kendilerini idame ettirecek düzeyde bulunmaktadırlar. Gerçi bu genellemeye rağmen, toplumu oluşturan tüm bireylerin ekonomik özgürlüklerinin mevcut olduğunun söylenemeyeceği açıktır. Fakat yine de, değişen sosyal, kültürel ve ekonomik yaşam göz önüne alındığında kural olarak Anglo-Amerikan sisteminde boşanmalara uygulanan “*clean break*” ilkesinin Türk hukuk sisteminde de uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Anglo-Amerikan uygulamasına benzer bir yaklaşım benimsendiğinde, boşanan eşlerin birbirlerine külfet olması engellenebilecektir. “*Clean break*”in uygulanmasıyla birlikte taraflar

arasında herhangi bir ekonomik bağımlılık kalmayacaktır. Buna ek olarak boşanan eşler arasında meydana gelmesi muhtemel uyuşmazlıklar doğmadan önce, söz konusu ilke çerçevesinde kesin bir biçimde noktalanacaktır.

Kural olarak “*clean break*” ilkesinin uygulanması gerektiğinden bahsettik. Bu kuralın istisnası niteliğinde olacak başka bir düzenlemenin de yapılması gerektiği görüşündeyiz. Kurala istisna olarak, yoksulluk nafakasının belirli bir süre ile sınırlandırılmasının hakkaniyete uygun olduğunu ileri sürmekteyiz⁶⁰. Söz gelimi, kural, boşanma ile birlikte eşlerin birbirleri ile olan bağlarının tamamen kesilmesi olmalıdır. Ancak boşanma kararından sonra taraflardan birisi istisnai bir biçimde mali bakımdan kendi kendisini idame ettiremeyecek bir duruma düşecekse, böyle bir durumda tarafların da menfaat dengesi gözetilmek kaydıyla belirli süreli nafaka alacağına hükmedilebilir. Halin şartları uygun düştüğü takdirde, hâkim iki yılı geçmeyecek bir süre ile sınırlı olarak nafakaya hükmetmelidir. Burada dikkat edilmesi gereken konu, boşanma sonrasında yaşanabilecek istisnai hallerin tespitinin hâkim tarafından yapılacak olmasıdır. Böylelikle konuya ilişkin takdir yetkisine sahip kılınacak hâkimin her somut uyuşmazlığın şartlarını değerlendirerek buna göre hakkaniyetli bir karar vermesi sağlanmış olacaktır.

SONUÇ

Evlilik birliğinin sona ermesi neticesinde eşler bakımından birtakım mali sorumluluklar doğabilmektedir. Yoksulluk nafakası, TMK m. 175 kapsamında, boşanan eşlerden, boşanma neticesinde yoksulluğa düşecek ve kusuru daha ağır olmayan tarafça, gerekli diğer şartların da sağlanması halinde süresiz olarak talep edilebilmektedir. Türk hukukunda yoksulluk nafakasının süresine ilişkin yaşanan tartışmaların kaynağını yargı kararları oluşturmaktadır. Zira mevcut kanuni düzenleme olan TMK m. 175 hükmünde belirtilen “süresiz olarak istenebilir” ifadesi, özellikle Yargıtay tarafından yerinde olmayan bir değerlendirme sonucunda, sanki süresiz nafaka talebinde bulunan tarafın bu talebinin kesinlikle karşılanması gerekmiş gibi yorumlanmaktadır. Hâlbuki hâkim her somut uyuşmazlığı kendi şartları çerçevesinde değerlendirip ona göre bir süreye hükmedebilirse, sorunun kendiliğinden çözülmesi kuvvetle muhtemeldir.

Diğer taraftan mevcut kanuni düzenlemeye göre, evlilik birliğini sonlandırmış olan taraflardan birisinin lehine süresiz olarak hükmedilen yoksulluk nafakası diğer taraf için önemli ölçüde mali külfet olacaktır. Yalnızca taraflardan birisi için mali külfet olmasının yanında artık boşanmış olan iki tarafın birbirleri ile aralarındaki bağın zorunlu olarak devam ettirilmesi toplumsal anlamda da olumsuzluklara neden olacaktır. Bu gibi durumların engellenmesi için Anglo-Amerikan hukukunda

⁶⁰ Benzer yönde Yıldırım, s. 83.

uygulanan “*clean break*” ilkesi Türk hukuk sistemine uyarlanarak kullanılmalıdır. Taraflar boşandıktan sonra, geleceğe kalacak olası herhangi bir mali sorumluluk ve uyuşmazlık ortadan kaldırılmalıdır. Hâkimin yapacağı değerlendirme kapsamında, boşanma davalarının konusuna göre halin şartları da bir tarafın ekonomik bağımsızlığını elde edebilmesi için bir süre nafaka almasını haklı göstermekteyse, böyle bir durumda iki yılı aşmayacak süre ile yoksulluk nafakasına hükmedilmesi menfaat dengesini koruyacak ve hakkaniyete uygun bir uygulama olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akıntürk T / Ateş D, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, 2. Cilt, 18. Bası, Beta, 2016. (Aile)
- Arbek Ö, "Boşanmanın Mali Sonuçları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 54(1), 2005, s. 115-163.
- Arkan Serim A, "Yoksulluk Nafakası", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 65(1), 2007, s. 287-302.
- Ceylan E, *Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, Seçkin Yayınları, 2006.
- Çitak B, "Yoksulluk Nafakası", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 74(1), 2016, s. 241-257.
- Demir M, *Türk Medeni Hukuk Öğreti ve Uygulamasında Yoksulluk Nafakası*, Seçkin Yayınları, 2018.
- Demirbaş A, "Güncel Tartışmalarla Yoksulluk Nafakası", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), 2018, s. 219-236.
- Dugan V R / Jon A F, "Alimony Guidelines", *Family Advocate*, 25(4), 2003, s. 20-23.
- Dural M / Öğüz T / Gümüş M A, *Aile Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 2016. (Aile)
- Erdem M/ Makaracı Başak A, *Aile Hukuku*, Seçkin Yayınları, 2022.
- Fırtına E, *Boşanmanın Mali Sonuçları ve Yoksulluk Nafakası*, Adalet Yayınevi, 2019.
- Gençcan Ö B, *Nafaka Hukuku: Bilimsel Açıklama – Son İçtihatlar*, Yetkin Yayınları, 2018.
- Greene C L, "Alimony is Not Forever: Self-Sufficiency and Permanent Alimony", *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 4, 1988, s. 9-24.
- Güralp A G, *Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Medeni Yargılama Sistemlerindeki Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku ile Karşılaştırılması*, (yayımlanmamış doktora tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü, 2010.
- Hamzaçebi M, "Türk Medeni Kanununa Göre Boşanma ve Ayrılık Hallerinde Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10(3-4), 2002, s. 23-48.
- Heaton J, "Family Law", *Annual Survey of South African Law*, 2009, s. 440-486.
- Kılıçoğlu A M, *Aile Hukuku*, Genişletilmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2016.

Kocabaş G, "Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler", *MÜHFD*, 19(1), 2013, s. 357-391.

Koçoğlu S, "Boşanmanın Eşler Açısından Genel Sonuçları Bağlamında Yoksulluk Nafakasına İlişkin Değerlendirme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 70, 2021, s. 389-427.

Köseoğlu B / Kocaağa K, *Aile Hukuku ve Uygulaması: Bilimsel Görüşler, Yargı İçtihatları*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2011.

Köseoğlu B, "Ailenin Şiddetten Korunması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 77, 2008, s. 307-341.

Kulaklı E, "Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), 2018, s. 237-268.

Mathur A R, "Indefinite Alimony: A Solution to the Financial Trauma of Divorce", *Probate Law Journal*, 10(3), 1991, s. 303-330.

Morgan L W, "A Nationwide Review of Alimony Legislation, 2007-2016", *Family Law Quarterly*, 51(1), 2017, s. 39-50.

Oğuz C, "Medeni Kanun Madde 174/1 ile 175 Arasındaki Farklar", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4, 2000, s. 0-0.

Öcal Apaydın B, "Güncel Tartışmalar Işığında Yoksulluk Nafakası", S. Ayan / P. Çiftçi (Ed.), *Yargı Kararları Işığında Aile Hukukunun Güncel Sorunları*, Adalet Yayınevi, 2022.

Öztan B, *Aile Hukuku*, Turhan Kitabevi, 2015.

Ruhi A C, *Nafaka Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2010.

Ryznar M, "Alimony's Job Lock", *Akron Law Review*, 49(1), 2016, s. 91-114.

Serim A A, "Yoksulluk Nafakası", *Journal of Istanbul University Law Faculty*, 65(1), 2007, s. 287-302.

Sheldon J C / Nancy D M, "In Search of a Theory of Alimony", *Maine Law Review*, 45(2), 1993, s. 283-328.

Smith M D, "Family Law - The Duration of the Alimony Obligation in Wyoming: Longer than We Both Shall Live - Oedekoven v. Oedekoven", *Land and Water Law Review*, 33(1), 1998, s. 383-398.

Stolzenberg E J, "The New Family Freedom", *Boston College Law Review*, 59(6), 2018, s. 1983-2054.

Sussex E, "The Clean Break Principle", *Hong Kong Law Journal*, 9(3), 1979, s. 314-327.

Şahin M, "Türk-İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları (TMK m. 175-ZGB m. 125)", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21(3), 2017, s. 75-108.

Tekinay S S, *Türk Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, 1990.

Tübakkom Nafaka Çalıştayı Sonuç Bildirgesi,
<<https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/tubakkom-nafaka-calistayi-sonuc-bildirgesi-80777>> Erişim Tarihi 31.10.2021.

Uzun M, *Türk Medeni Kanunu Yargıtay Kararları Kapsamında Yoksulluk Nafakası*, Vedat Kitapçılık, 2014.

Yağcı K, "Yoksulluk Nafakasında "Süresizlik" Sorunu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 76(1), 2018, s. 323-358.

Yıldırım A, "Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu", *Legal Hukuk Dergisi*, 14(157), 2016, s. 59-88.

Yılmaz S/ Yıldırım A, *Medeni Hukuk-I*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.

TAŞINIR KÜLTÜR VARLIKLARININ HUKUKA UYGUN BİR BİÇİMDE DEVREDİLEBİLMELERİ AÇISINDAN TÜRK HUKUKUNDA KABUL EDİLEN YÖNTEMLER

Mehmet Mert ÖZYILDIRIM*

ÖZET

Taşınır kültür varlıkları; insanlar tarafından belirli amaçlara yönelik olarak emek verilerek oluşturulan gelecek kuşaklara aktarılması gerekli taşınabilir eserlerdir. Türk hukuku açısından söz konusu kültür varlıkları, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nda korunması gerekli olanlar ve olmayanlar şeklinde ikiye ayrılmaktadır. İlgili Kanun kapsamında olmayan kültür varlıkları üzerinde yurt içinde herhangi bir sınırlamaya tâbi olmadan tasarrufta bulunabilmek mümkündür. Ancak Kanun kapsamında korunması gerekli olduğu tespit edilen kültür varlıkları bakımından çeşitli koruma tedbirleri öngörülmüştür. Söz konusu tedbirler kapsamında kültür varlıklarının el değiştirebilmesi bakımından da bazı yükümlülüklerin yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda çalışmada, taşınır kültür varlıklarının hukuka uygun bir şekilde devredilebilmeleri açısından kabul edilen yöntemler ve uyulması gereken yükümlülükler ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: *Taşınır kültür varlığı, tasnif ve tescil, kültür varlığı ticareti ruhsatı, koleksiyonerlik, özel müzeler.*

RECOGNIZED METHODS FOR LAWFUL TRANSFER OF THE MOVABLE CULTURAL PROPERTIES IN TURKISH LAW

ABSTRACT

Movable cultural properties are portable artifacts, which have been made by humans for certain purposes and which need to be passed on to future generations. With regard to Turkish law, the aforementioned cultural properties are divided into two categories as those that need to be protected under the Law on the Protection of Cultural and Natural Property numbered 2863 and those that are not covered in this scope. It is possible to dispose of the cultural properties that are not within the

* **Arş. Gör.**, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA,
e-posta: mertozyildirim@hacettepe.edu.tr,

ORCID: 0000-0001-7663-6599

DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1081292

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 01/03/2022

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 16/05/2022

scope of the relevant law, without being subject to any restrictions in the domestic market. However, several protection measures have been stipulated for those that are identified as cultural properties to be protected. As part of the measures envisaged, certain obligations must also be fulfilled in order for cultural assets to be transferred. In this context, the methods recognized and the obligations to be complied with as to the transfer of movable cultural properties in accordance with the law are discussed within this study.

Keywords: *Movable cultural property, classification and registration, license of trading cultural property, act of collecting, private museums.*

I. KÜLTÜR VARLIĞININ TANIMI VE BU AMAÇLA KULLANILAN YÖNTEMLER

En genel tanımıyla kültür varlıkları; tarihî, sanatsal, arkeolojik, bilimsel ya da kültürel açıdan özgün değer taşıyan tarih öncesi ve tarihî devirlere ait, insanlar tarafından belirli amaçlarla meydana getirilmiş gerek bütün insanlık gerekse de belirli bir ulus ya da toplum açısından önem arz eden nadide eserlerdir¹. Bu varlıklar, hem ulusal mevzuat hem de uluslararası sözleşmeler tarafından, taşıdıkları önem dolayısıyla geleneksel eşya hukuku hükümlerinden ayrı bir biçimde ele alınmış ve özel düzenlemelere tâbi tutulmuştur². Ulusal hukuk sistemleri açısından kültür varlıklarının tanımı hususunda, söz konusu varlıklara karşı bakış açısı farklılıkları nedeniyle bir fikir birliği bulunmamaktadır³. Benzer şekilde “*Silahlı Çatışma Hâlinde Kültür Varlıklarının Korunmasına Dair Lahey Sözleşmesi*”⁴,

¹ Folarin Shyllon, “Cultural Heritage and Intellectual Property: Convergence, Divergence, and Interface”, Logan Máiréad/Nic Craith/Ullrich Kockel (Ed.), *A Companion to Heritage Studies*, Wiley-Blackwell, 2015, s. 55-56; Sibel Özel, *Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması*, 1. Baskı, Alkım Yayınları, 1998, s. 24; Patty Gerstenblith, “Identity and Cultural Property: The Protection of Cultural Property in the United States”, *Boston University Law Review*, 75 (1), 1995, s. 569; Nusret İlker Çolak, *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 9.

² Lyndel Prott/Patrick O’Keefe, “Cultural Heritage or Cultural Property?”, *International Journal of Cultural Property*, 1 (2), 1992, s. 310-319; Charlotte Woodhead, “Cultural Heritage Principles and Interference with Property Rights”, *Cambrian Law Review*, 42, 2011, s. 52-57.

³ Ioannis Voulgaris, “Les principaux problèmes soulevés par l’unification du droit régissant les biens culturels”, *Revue de droit uniforme*, 8 (1-2), 2003, s. 541.

⁴ Silahlı Çatışma Hâlinde Kültür Varlıklarının Korunmasına Dair Lahey Sözleşmesi’nin 1. maddesinde aşağıda belirtilen eserlerin kültür varlığı olduğu kabul edilmiştir. “a) *Dini veya lâik, mimari, tarihi anıtlarla sanat anıtları, arkeolojik değerlerdeki yerler, bütünü itibarıyla tarihi veya artistik bir alâka arz eden yapı toplulukları, sanat eserleri, el yazmaları, kitap ve başkaca tarihi, artistik veya arkeolojik değer taşıyan eşya, keza yukarıda bildirilen servetlerden mürekkep bilim koleksiyonlarıyla, önemli kitap, arşiv röprodüksiyon koleksiyonları ve emsali gibi milletlerin kültür muamelelerinde büyük önemde yeri olan menkul ve gayrimenkul mallar; b) Gerçek ve başlıca görevi (a) fıkrasında zikredilen menkul kültür mallarını koruma veya teşhirden ibaret olan müze, büyük kitaplık, arşiv deposu gibi binalarla (a) fıkrasında açıklanan menkul kültür mallarının silahlı bir çatışma halinde*

“Kültür Varlıklarının Kanunsuz İthal, İhraç ve Mülkiyet Transferinin Önlenmesi ve Yasaklanması için Alınacak Tedbirlerle İlgili UNESCO Sözleşmesi”⁵ ve “Kültür Varlıklarıyla İlgili Suçlar Hakkında Avrupa Sözleşmesi”⁶ gibi uluslararası hukukî belgeler arasında da kültür varlıklarının tanımı konusunda herhangi bir uzlaşma yoktur⁷. Fakat zaman içerisinde anılan nitelikteki varlıkların tanımlanabilmesi amacıyla çeşitli yöntemler geliştirilmiş ve hukuk düzenleri tarafından yapılan tanımlamalarda bu metodlar dikkate alınmıştır. Söz konusu yöntemler arasında en çok tercih edilenler; kategorilere ayırma, teker teker sayma ve sınıflandırmadır⁸.

Kategorilere ayırma yönteminde, kültür varlığı kavramının dar kapsamlı bir tanım üzerinden sınırlandırılmasından kaçınılmakta ve bu sayede sayıca daha çok eserin kapsam içine dâhil edilmesine imkân sağlanmaktadır⁹. Örneğin, 1970 tarihli Kültür Varlıklarının Kanunsuz İthal, İhraç ve Mülkiyet Transferinin Önlenmesi ve Yasaklanması için Alınacak Tedbirlerle İlgili UNESCO Sözleşmesi’nin 1. maddesindeki “*dinsel nitelikte olsun veya olmasın arkeolojik, tarihî, sanatsal, bilimsel veya teknik yönden önem taşıyan doğal ya da insan yapısı tüm eser ve objeler*” şeklinde ifade edilen kültür varlıkları tanımı bu yöntem tercih edilerek yapılmıştır¹⁰.

korunmasına mahsus sığınaklar; c) (a) (b) fıkralarında tarif edilen kültür mallarını büyükçe sayıda içine alan ve anıt merkezleri denilen merkezler.” Türkiye’nin de taraf olduğu bu sözleşmenin tam Türkçe metni için bkz. RG. 8.11.1965 No. 12145.

⁵ Kültür Varlıklarının Kanunsuz İthal, İhraç ve Mülkiyet Transferinin Önlenmesi ve Yasaklanması için Alınacak Tedbirlerle İlgili UNESCO Sözleşmesi’nin 1. maddesinde, kültür varlıkları için 11 farklı kategori öngörülmüş ve dinsel nitelikte olsun ya da olmasın, taraf devletler açısından arkeolojik, tarihî, sanatsal ya da bilimsel açıdan önemli olarak gösterilen eserlerden sözleşme tarafından belirlenmiş 11 kategoriden birine dâhil olanlar “kültür varlığı” sayılmıştır. Türkiye’nin de taraf olduğu bu sözleşmenin Türkçe metni için bkz. RG. 26.1.1981 No. 17232.

⁶ Kültür Varlıklarıyla İlgili Suçlar Hakkında Avrupa Sözleşmesi’nin EK II kısmında kültür varlıkları, kategoriler hâlinde belirtilmiş ve bu kategorilerden herhangi birine dâhil olup sanatsal, tarihî, arkeolojik, bilimsel veya kültürel açıdan çok büyük öneme sahip olan eserler, kültür varlığı olarak tanımlanmıştır. Sözleşme metni için bkz. <<https://rm.coe.int/168007a084>> Erişim Tarihi 03.01.2022. İlgili sözleşme Türkiye tarafından da 26.09.1985 tarihinde imzalanmıştır. Bkz. <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=119>> Erişim Tarihi 09.12.2021.

⁷ Alessandro Chechi, “When Private International Law Meets Cultural Heritage Law - Problems and Prospects”, Andrea Bonomi/Gian Paolo Romano (Ed.), *Yearbook of Private International Law* Vol. XIX - 2017/2018, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2018, s. 270; Voulgaris, s. 541.

⁸ Gerte Reichelt, “International Protection of Cultural Property”, *Uniform Law Review*, 13 (1), 1985, s. 69; Serap Akipek, *Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Kültür Malları*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, 1999, s. 19; Özel, Kültür Varlıklarının Korunması, s. 6-7; UNIDROIT 1986 – Study LXX – Doc. 1, s. 11. <<https://www.unidroit.org/english/documents/1986/study70/s-70-01-e.pdf>> Erişim Tarihi 09.12.2021.

⁹ Akipek, s. 20; Reichelt, s. 71.

¹⁰ Reichelt, s. 71.

Sınıflandırma yöntemini tercih eden ülkelerde ise, kültür varlıklarının tanımı ve kapsamı, yetkili makamlar tarafından alınacak kararlar ile belirlenmektedir¹¹. Bu yöntemde; tarihî, sanatsal, bilimsel veya teknik açıdan korunmasında kamu yararı görülen kültür varlıkları, idare tarafından verilen bir karar üzerine sınıflandırılmakta ve ilgili varlıklar üzerinde ihraç yasağı ile kazandırıcı zamanaşımına tâbi olmama gibi önlemler uygulanmaktadır¹². Bu bağlamda; korunmasında kamu yararı olduğu resmî bir şekilde tespit edilip sınıflandırılan kültür varlıklarının sıkı bir şekilde kayıt altında tutulması, yurt içinde çalınmaları ya da kaybolmaları hâlinde mülkiyet durumlarının değişmemesi, yurtdışına yasadışı yollarla ihraç edilmeleri durumunda ise kaynak ülke tarafından iadelerinin sağlanması amaçlanmaktadır¹³. Ancak bu yöntemin kullanılması hâlinde yetkili makamlar tarafından kültür varlığı olarak sınıflandırılmayan bir eser, koruma tedbirlerini öngören sisteme dâhil edilemeyecektir¹⁴. Söz konusu yöntem, Fransa’da ve Fransız hukuk sistemini temel alan Kanada’nın Québec eyaleti ile Senegal, Lübnan, Cezayir, Tunus, Fas, Madagaskar ve Mali’de uygulanmaktadır¹⁵.

Bir diğer metot olan teker teker sayma yönteminde de, herhangi bir topluluk açısından tarihî, sanatsal, bilimsel veya kültürel açıdan önemli görülen tüm eserler teker teker sayılarak açık bir şekilde sıralanmakta ve ancak bu sıralamaya dâhil edilen varlıklar koruma kapsamına alınmaktadır¹⁶. Bununla birlikte, bu yöntemde de henüz keşfedilmemiş veya yaratılmamış olduğu için kanun koyucu tarafından sayıma dâhil edilmeyen kültür varlıkları koruma kapsamı dışında kalmaktadır¹⁷. Bahsedilen metot yaygın olarak Sierra Leone, Gana, Gambiya ya da Myanmar gibi Afrika ve Asya’da bulunup Anglo Sakson hukuk sistemini benimseyen ülkeler tarafından tercih edilmektedir¹⁸.

¹¹ Hanna Saba/Nabil Georges Salamé, *The Protection of Movable Cultural Property: Compendium of Legislative Texts, Vol. I*, United Nations Educational, 1984, s. 32-33; Özel, Kültür Varlıklarının Korunması, s. 7.

¹² Ann Chouinard, “Legislation en matiere de biens culturels en droit Francais et en droit Quebecois”, *Les Cahiers de droit*, 16 (2), 1975, s. 443-449.

¹³ Halina Niec, “Legislative Models of Protection of Cultural Property”, *Hastings Law Journal*, 27 (5), 1976, s. 1094; Chouinard, s. 446-449.

¹⁴ Reichelt, s. 69; Akipek, s. 21.

¹⁵ Niec, s. 1094; Chouinard, s. 445; Saba/Salamé, Vol. I, s. 33.

¹⁶ Reichelt, s. 69; Özel, Kültür Varlıklarının Korunması, s. 6-7.

¹⁷ Akipek, s. 19.

¹⁸ Anglo Sakson hukuk sisteminin yasalaştırma faaliyetlerine hâkim olan son derece belirli kurallar koyma eğiliminin, bu sistemi benimseyen ülkelerin kültür varlıkları ile ilgili mevzuatlarına da yansdığı yönünde bkz. Akipek, s. 19-20. Örneğin Gana ve Gambiya hukuklarında totemler, davullar ve dini maskeler; Myanmar hukukunda tarihî muskalar; Burkino Faso hukukunda ise geleneksel oyunlar ve müzik aletlerinin kültür varlığı olduğu tek tek belirtilmiştir. UNIDROIT 1992 – Study LXX – Doc. 25, s. 5.

Yalnızca teker teker sayma ya da kategorilere ayırma yöntemini kullanmayı tercih etmeyen bazı ülkelerde ise karma sistemlere de başvurulmuştur. Örneğin Türkiye’de kültür varlıklarının tanımlanmasında kanun koyucu, kategorilere ayırma yöntemini teker teker sayma yöntemiyle desteklemek suretiyle karma bir sistem benimsemiş; Kolombiya, Japonya, Avusturya ve Danimarka hukuklarında da bu konuda çeşitli karma yöntemler geliştirilmiştir¹⁹. Ayrıca birçok ülke hukukunda yukarıda sayılan yöntemlere ek olarak, kültür varlığının tanımlanmasında ilave ölçütlere de başvurulmaktadır²⁰. Bu bağlamda; varlığın yaşı, bir eserin kültür varlığı olarak tanımlanmasında en çok başvurulan kıstaslardan biridir²¹. Örneğin Nijerya’da 1918, Malezya’da 1850, Sri Lanka’da ise 1815 yıllarından eski bir döneme ait olan eserler kültür varlığı olarak kabul edilmektedir²². Bazı ülkeler ise, yalnızca belirli bir yılın üzerindeki eserleri kültür varlığı olarak tanımaktadır. Irak ve Suriye’de 200, Belize’de 150, Filipinler’de ise 100 yıldan eski eserler kültür varlığı kapsamına alınmıştır²³. Bu kapsamda yaş ölçütünden başka; nadirlik, kamu yararı veya belirli bir maddî değer üzerinde olma gibi kriterlerin de bir eserin kültür varlığı olarak değerlendirilmesinde dikkate alınabileceği savunulmaktadır²⁴.

II. TÜRK HUKUKU AÇISINDAN KÜLTÜR VARLIĞI KAVRAMI VE TAŞINIR KÜLTÜR VARLIKLARININ HUKUK SİSTEMİ İÇERİSİNDEKİ YERİ

A. Genel Olarak

Türk hukuku açısından kültür varlıklarının tanımı, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu’nun 3/a-1 maddesinde şu şekilde verilmiştir. “*Kültür varlıkları; tarih öncesi ve tarihî devirlere ait bilim, kültür, din ve güzel*

<<https://www.unidroit.org/english/documents/1992/study70/s-70-25-e.pdf>> Erişim Tarihi 15.12.2021; Reichelt, s. 69; Irini Stamatoudi, *Cultural Property Law and Restitution: A Commentary to International Conventions and European Union Law*, Edward Elgar Publishing, 2011, s. 4.

¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. UNIDROIT 1986 – Study LXX – Doc. 25, s. 6. <<https://www.unidroit.org/english/documents/1992/study70/s-70-25-e.pdf>> Erişim Tarihi 18.12.2021.

²⁰ Özel, Kültür Varlıklarının Korunması, s. 7.

²¹ Ibid, s. 7; Akipek, s. 23.

²² Hanna Saba/Nabil Georges Salamé, *The Protection of Movable Cultural Property: Compendium of Legislative Texts, Vol. II*, United Nations Educational, 1984, s. 230-310; Margaret MacLean, *Cultural Heritage in Asia and the Pacific: Conservation and Policy*, Getty Publications, 1993, s. 31.

²³ Anne-Marie Carstens/Elizabeth Varner, *Intersections in International Cultural Heritage Law*, Oxford University Press, 2020, s. 373; MacLean, s. 31; Saba/Salamé, Vol. I, s. 29.

²⁴ Ahmet Mumcu, “Eski Eserler Hukuku ve Türkiye”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 26 (3), 1969, s. 49; Oğuz Aydos, “Taşınır Kültür Varlığı Koleksiyonculuğuna İlişkin Değerlendirmeler”, *Ankara Barosu Dergisi*, 66 (4), 2008, s. 66; Stamatoudi, s. 5; Niec, s. 1115.

*sanatlarla ilgili bulunan veya tarih öncesi ya da tarihî devirlerde sosyal yaşama konu olmuş bilimsel ve kültürel açıdan özgün değer taşıyan yer üstünde, yer altında veya su altındaki bütün taşınır ve taşınmaz varlıklardır*²⁵. Bu kapsamda Türk hukuku açısından Kanun'da da ifade edildiği üzere, tarih öncesi veya tarihî devirlere ait insanlığın teknolojik ya da sanatsal açıdan ilerleyişini, sosyal ve kültürel yaşamını, inanç ya da ibadet faaliyetlerini yansıtan taşınır ve taşınmaz eserlerin tümü kültür varlığı olarak kabul edilmiştir²⁶. Söz konusu genel tanımdan da anlaşılacağı üzere kanun koyucu, kültür varlıklarının tanımlanması noktasında sınırlayıcı ifadelerle yer vermeyen kategorilere ayırma yöntemini tercih etmiştir²⁷. Bu bağlamda yaş sınırı, belirli bir yıldan öncesine ait olma veya belirli bir maddî değeri geçme şeklindeki ilave kıstaslara da başvurulmamıştır²⁸. 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 3/a-1 maddesinde verilen tanımda bu varlıkların, taşınır ve taşınmaz kültür varlıkları şeklinde ikiye ayrıldığı belirtilmiş ve Kanun'un ikinci bölümü, korunması gerekli taşınmaz kültür varlıklarına; üçüncü bölümü ise korunması gerekli taşınır kültür varlıklarına ayrılmıştır. Kanun koyucu, bu şekilde her iki nitelikteki kültür varlıkları açısından uygulanacak özel koruma tedbirlerinin belirlenebilmesi amacıyla taşınmaz ve taşınır kültür varlıklarının tâbi olacakları hukukî statüyü ayrı ayrı düzenleme gereği duymuştur²⁹.

B. 2863 Sayılı Kanun Kapsamında Korunması Gerekli Taşınır Kültür Varlıkları

“Korunması gerekli taşınır kültür varlıkları” kavramı ile 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu (KTVKK) kapsamında muhafaza, bakım, onarım ve restorasyon işlerine ihtiyaç duyan eserler kastedilmektedir³⁰. Koruma tedbirlerine tâbi olan³¹ taşınır kültür varlıklarının kapsamı, söz konusu Kanun'un 23. maddesinde *“dönemin sosyal, kültürel, teknik veya ilmi özelliklerini yansıtan ve belge değeri taşıyan eserler”* şeklinde sınırlandırıldıktan sonra örnekleme yoluyla

²⁵ Metinde her ne kadar “ve” bağlacı kullanılarak kültür varlıklarının; bilim, kültür, din ve güzel sanatlar ile ilgili olması gerektiği belirtilse de, ifade edilmek istenen söz konusu varlığın seçimlik bir şekilde bu alanların herhangi birisiyle ilişkili bulunmasıdır. Dolayısıyla madde metnindeki “ve” bağlacı “veya” olarak değerlendirilmelidir. Bu konuda bkz. Ali Yağcı/Rabia Taş/Tuççe Kılıç, *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu (Açıklamalı-İçtihatlı)*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2016, s. 5.

²⁶ Çolak, s. 25.

²⁷ Özel, Kültür Varlıklarının Korunması, s. 8.

²⁸ Yaş sınırının mevcut olmaması sebebiyle günümüze ait, gelecek kuşaklara aktarılması gerekli eserlerin de kültür varlığı olarak değerlendirilmesi imkân dâhilindedir. Sabih Kanadoğlu, *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 54.

²⁹ Yağcı/Taş/Kılıç, s. 114.

³⁰ KTVKK m. 3/4.

³¹ Koruma tedbirleri, yalnızca korunması gerekli olduğu tespit edilen taşınır kültür varlıkları için söz konusudur. Yağcı/Taş/Kılıç, s. 123.

hangi taşınırın bu kavrama dâhil olduğu belirtilmiş; dolayısıyla kategorilere ayırma yöntemi teker teker sayma yöntemiyle takviye edilmiştir³². Korunması gerekli taşınır kültür varlığı kavramının çerçevesini çizen ilgili madde şu şekildedir:

“a. Jeolojik, tarih öncesi ve tarihî devirlere ait, jeoloji, antropoloji, prehistorya, arkeoloji ve sanat tarihi açılarından belge değeri taşıyan ve ait oldukları dönemin sosyal, kültürel, teknik ve ilmi özellikleri ile seviyesini yansıtan her türlü kültür ve tabiat varlıkları;

Her çeşit hayvan ve bitki fosilleri, insan iskeletleri, çakmak taşları (sleks), volkan camları (obsidyen)³³, kemik veya madeni her türlü aletler, çini, seramik, benzeri kap ve kacaklar, heykeller, figürinler, tabletler, kesici, koruyucu ve vurucu silahlar, putlar (ikon), cam eşyalar, süs eşyaları (hülliyyat), yüzük taşları, küpeler, iğneler, askılar, mühürler, bilezik ve benzerleri, maskeler, taçlar (diadem), deri, bez, papirus, parşömen veya maden üzerine yazılı veya tasvirli belgeler, tartı araçları, sikkeler, damgalı veya yazılı levhalar, yazma veya tezhipli kitaplar, minyatürler, sanat değerine haiz gravür, yağlıboya veya suluboya tablolar, muhalefat (relique'ler), nişanlar, madalyalar, çini, toprak, cam, ağaç, kumaş ve benzeri taşınır eşyalar ve bunların parçaları,

Halkın sosyal hayatını yansıtan, insan yapısı araç ve gereçler dâhil, bilim, din ve mihaniki sanatlarla ilgili etnografik nitelikteki kültür varlıkları.

b. Millî tarihimizdeki önemleri sebebiyle, Millî Mücadele ve Türkiye Cumhuriyetinin kuruluşuna ait tarihî değer taşıyan belge ve eşyalar, Mustafa Kemal ATATÜRK'e ait zati eşya, evrak, kitap, yazı ve benzeri taşınırlar.”

Kanun'da örnekleme yoluyla sayılan bu varlıkların korunması gerekli taşınır kültür varlığı olarak değerlendirilmeleri, ait oldukları dönemin özelliklerini yansıtma ve herhangi bir bilim dalı açısından belge değeri taşıyor olmalarına bağlıdır³⁴. Bu bağlamda yeni keşfedilen veya bulma dışındaki bir sebeple elde

³² Özel, Kültür Varlıklarının Korunması, s. 10.

³³ Buraya kadar sıralanan hayvan-bitki fosilleri, insan iskeletleri ve üzerinde herhangi bir insan müdahalesi olmayıp doğada serbestçe bulunan taşlar, taşınır kültür varlıkları değil; taşınır tabiat varlıklarıdır. Bilge Umar/Altan Çilingiroğlu, *Eski Eserler Hukuku*, 1. Baskı, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1990, s. 204-205; Çolak, s. 9. Avustralya, Japonya, Yeni Zelanda ve Filipinler gibi bazı ülkelerde tabiat varlıkları da kültür varlıklarının kapsamı içinde sayılarak ayrı bir sınıflandırmaya gidilmemiş; ancak Türk hukukunda kültür varlıkları ile tabiat varlıkları iki farklı kavram olarak ele alınmıştır. MacLean, s. 31.

³⁴ Mehmet Nihat Kanbur, Kültür ve Tabiat Varlıklarının Yurt Dışına Çıkarılma Yasağında Muhalefet Suçu (KvTVKK m.32 ve m.68), DEÜSBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2007, s. 51.

bulundurulan taşınır kültür varlıklarının, 2863 sayılı Kanun kapsamında öngörülen koruma tedbirlerine tâbi olup olmadıklarının değerlendirilmesi için öncelikle söz konusu nitelikleri taşıyıp taşımadıklarının tespit edilmesi gerekmektedir. Bu tespit, Kültür ve Turizm Bakanlığı'na bağlı müze müdürlüklerince oluşturulan değerlendirme komisyonları tarafından yapılan tasnif faaliyetleri sonucu gerçekleştirilmektedir³⁵. Dolayısıyla kültür varlıklarının korunması gerekli nitelikte olup olmadığının belirlenebilmesi için öncelikle müze müdürlüklerince yapılan tasnif işlemi tamamlanmalıdır. Tasnif işlemi sonucunda korunması gerekli olduğuna karar verilen varlıkların ise ayrıca tescil³⁶ edilmeleri gerekir³⁷. Kanun kapsamındaki koruma tedbirleri de yalnızca korunması gerekli olduğu tespit edilip tescili gerçekleştirilen taşınır kültür varlıkları için söz konusudur³⁸.

C. Korunması Gerekli Taşınır Kültür Varlıkları Üzerindeki Mülkiyet Hakkı

1. Devlet Mülkiyetine Tâbi Kültür Varlıkları

Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 5. maddesine göre “devlete, kamu kurum ve kuruluşlarına ait taşınmazlar ile özel hukuk hükümlerine tâbi gerçek ve tüzelkişilerin mülkiyetinde bulunan taşınmazlarda varlığı bilinen veya ileride meydana çıkacak olan korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları Devlet malı niteliğindedir³⁹.” Her ne kadar maddenin lafzından tüm taşınır

³⁵ Oğuz Sancakdar/Pınar Yağcı/Şükür Taşyıldız/Ezgi Çırak, *Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021, s. 865-866. Değerlendirme komisyonlarının kuruluş ve karar alma usulleri hakkında bkz. RG. 20/04/2009 No. 27206, Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzeler Alınmaları Hakkında Yönetmelik m. 5-6.

³⁶ Taşınır kültür varlıkları açısından tescil; “korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıklarından, müzelere alınanların müze envanter defterine kaydı ile müzelere alınmayanların belge ve envanter listelerinin birer nüshasının müze dosyalarında muhafaza edilmesini” ifade eder. (Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzeler Alınmaları Hakkında Yönetmelik m. 3/1-h).

³⁷ Kanadoğlu, s. 196.

³⁸ Yağcı/Taş/Kılıç, s. 123.

³⁹ Devlet malı olmak ile devlet malı niteliğinde sayılmak arasında anlamsal olarak bir fark olmadığı belirtilmelidir. Elmalı definesi olarak bilinen davada Antalya ilinin Elmalı ilçesi civarında yapılan kaçak kazılar sonucunda bulunan ve yurt dışına kaçırılan çeşitli Yunan ve Likya sikkelerini elinde bulunduran davalılara karşı T.C. Devleti malik sıfatıyla iade davası açmıştır. Davalılar, kanunda geçen “devlet malı niteliğindedir” teriminin “devlet malıdır” ifadesinden farklı bir anlam taşıdığını ve bu sebeple devletin sikkeler üzerinde mülkiyet hakkının bulunmadığı savunmasıyla taraf ehliyetinin mevcut olmadığını ileri sürmüştür. Ancak Boston Federal Mahkemesi, 8 Haziran 1944 günü verdiği kararda Türk kanunlarının, sikkeler üzerinde, devlet lehine zilyetliğin kurulmasına gerek olmaksızın doğrudan doğruya mülkiyet hakkı tanıdığını ifade ederek davalıların itirazlarını reddetmiştir. Bu şekilde “devlet malıdır” ve “devlet malı niteliğindedir” ifadeleri arasında anlamsal olarak bir fark olmadığı yabancı bir mahkeme kararı tarafından da açıkça tespit edilmiştir. Republic of Turkey v. Oks Partners, 1994 U.S Dist. 8.6.1994, Lexis 17032,

kültür varlıklarının devlet mülkiyetinde olduğu sonucunu çıkarmak mümkün olsa da söz konusu madde ile kast edilen eserler yalnızca arkeolojik⁴⁰ nitelikteki kültür varlıklarıdır⁴¹. Bu şekilde Türkiye sınırları içerisinde bulunan, varlığı bilinen fakat henüz üzerinde ziyetlik kurulamayan ve hatta varlığı bilinmese dahi ileride bulunacak olan tüm arkeolojik eserler Kanun gereği Devlet mülkiyeti altına alınmıştır⁴². Bu noktada, söz konusu varlıkların yaşı ve taşıdıkları önem göz önüne alınarak bakım, onarım ve koruma işlemlerinin devlet bünyesindeki müze müdürlüklerinde yapılması ve ilgili eserlerin yurtdışına kaçırılması hâlinde devletin mülkiyet hakkına dayanarak iadesinin sağlanabilmesi amaçlanmıştır. Bu kapsamdaki varlıkların, korunması gerekli olduğunun tespit edilmesi hâlinde müze müdürlüklerine getiren kişilere bir belge düzenlenerek iade edilmeleri söz konusu değildir⁴³. Nitekim anılan varlıkların bakımı ve muhafazası herhangi bir üçüncü kişiye bırakılamayacak kadar uzmanlık gerektirmektedir. Bu bağlamda korunması gerekli arkeolojik kültür varlıklarını yetkili kişilere teslim edenlere yalnızca belirli şartlar altında bir ikramiyenin ödenmesi mümkün olabilir⁴⁴. Bahsedilen eserlerin

<<https://www.casemine.com/judgement/us/5e6ba2124653d052cba6b255>> Erişim Tarihi: 12.01.2022. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sibel Özel, “Türk Hukukunda Kültür Varlıklarının Mülkiyeti”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 24 (1), 2018, s. 228; Kanadoğlu, s. 91, dn. 7.

⁴⁰ Arkeolojik eser: “2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 23 üncü maddesi kapsamında; jeolojik, tarih öncesi ve tarihi devirlere ait, jeoloji, antropoloji, prehistorya, arkeoloji ve sanat tarihi açılarından belge değeri taşıyan ve ait oldukları dönemin sosyal, kültürel, teknik ve ilmi özellikleri ile seviyesini yansıtan genellikle kazı ve benzeri çalışmalarla bulunan kültür varlıklarını” ifade etmektedir. (Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelere Alınmaları Hakkında Yönetmelik m. 3/1-a.)

⁴¹ Özel, Kültür Varlıklarının Mülkiyeti, s. 237.

⁴² Bu nitelikteki eserlerin, kamu malları için yapılan klasik üçlü tasniften birine (hizmet malları, orta malları, sahipsiz mallar) dâhil olup olmadığı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Kürşat Ersöz: *Türk İdare Hukuku Kapsamında Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 175-176 vd.

⁴³ Yurt Dışına Kaçırılan Kültür Varlıklarımızın Belirlenerek İadelerinin Sağlanması ve Mevcut Kültür Varlıklarımızın Korunması için Alınması Gereken Tedbirlerin Belirlenmesi Maksudıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu, s. 64. <<https://acikerisim.tbmm.gov.tr/handle/11543/3120>> Erişim Tarihi 13.01.2022.

⁴⁴ İkraniye şartları için bkz. KTVKK m. 64. İnsanlar tarafından kullanılmış ve uzun zaman öncesinde gömülmüş ya da saklanmış değerli bir eşyanın toprak veya su altında keşfedilmesi durumunda bulunan objenin, Türk Medeni Kanunu'nun 772. maddesi kapsamında define olarak ele alınabilmesi de mümkündür. TMK m. 772'de bilimsel değer taşıyan eşyaya ilişkin hükümler saklı kalmak üzere definenin, içinde bulunduğu taşınmaz veya taşınır malın malikine ait olacağı belirtilmiş ve eşyayı bulan kişiye yalnızca bir ikramiye hakkı tanınmıştır. İlgili maddede bilimsel değer taşıyan eşya hakkında atıf yapılan söz konusu kurallar, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu ile bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan düzenlemelerdir. Bu bağlamda, bilimsel değer taşıdığı düşünülen definenin, TMK m. 772 uyarınca bulunduğu taşınmaz veya taşınır malikine ait olabilmesi için 2863 sayılı Kanun'un 23. maddesi kapsamında olmadığı tespit edilerek tescil dışı bırakılması ya da tescil edilmesine

yetkililere teslim edilmemesi durumunda ilgili varlıkları bulan ya da bulunduran kişiler KTVKK kapsamında haber verme sorumluluğuna aykırı hareket etme, (m. 67/1) veya kültür varlıklarının hukuka aykırı elde bulundurulması, (m. 70) suçları için öngörülen yaptırımlarla karşı karşıya kalacaktır. Ancak bu eserlerin değerlendirme komisyonlarınca korunması gerekli görülmeyerek tescil dışı bırakılması hâlinde ise Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelere Alınmaları Hakkında Yönetmeliğin 9. maddesi gereğince Tescil Dışı Taşınır Kültür ve Tabiat Varlığı Belgesi düzenlenerek iade edilebilmeleri imkân dâhilindedir. Böyle bir durumda devlet, kanunen kendisine ait bir değer üzerindeki mülkiyet hakkını idari bir işlemle geri çekmekte ve kültür varlığını getiren kişinin malın mülkiyetini kazanmasına imkân sağlamaktadır⁴⁵.

2. Özel Mülkiyete Tâbi Kültür Varlıkları

Arkeolojik nitelikteki eserlerin dışında kalan korunması gerekli etnografik nitelikteki kültür varlıkları ile güzel sanat eseri niteliğindeki kültür varlıklarının üzerinde gerçek veya tüzel kişiler tarafından özel mülkiyet kurulabilmesi mümkündür⁴⁶. Ancak bu nitelikteki varlıkların da hukuka uygun bir şekilde elde bulundurulabilmesi için öncelikle söz konusu eserlerin müze müdürlüklerine getirilerek tescil ettirilmesi ve malik adına bir tescil belgesi düzenlenmesi gerekmektedir. Nitekim her ne kadar söz konusu varlıklar üzerinde özel mülkiyet kurulmasına izin verilse de belgelendirilmeden korunması gerekli taşınır kültür

rağmen müzeye alınmasına lüzum görülmemesi gerekmektedir. Devletin mülkiyet hakkına sahip olduğu diğer durumlarda ise hem bulan kişi hem de definenin bulunduğu taşınmaz veya taşınır malikleri açısından eşyanın mülkiyetinin değil; fakat yalnızca belirli bir miktar ikramiyenin talep edilebilmesi söz konusu olacaktır. İkramiyenin miktarı; kişinin, kendi arazisinde, başkasının arazisinde veya bir kamu arazisinde define bulmasına göre değişiklik gösterebilir. Ayrıca ikramiyenin ödenmesi, kanunî süreler içerisinde definenin bulunduğu dair yetkili makamlara haber verilmesi şartına bağlıdır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İhsan Erdoğan, “Hukuki Açıdan Define”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27 (1-2), 2013, s. 530-531 vd.

⁴⁵ Ümit Ceylan, Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Kaçakçılığı Suçu (Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu m.32, 68), MÜSBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2008, s. 121. Özel, Kültür Varlıklarının Mülkiyeti, s. 229, dn. 70; Kanadoğlu, s. 198.

⁴⁶ Sancakdar/Yağcı/Taşyıldız/Çırak, s. 873; Ersöz, s. 71; Ahmet Gündel, *Açıklamalı-İçtihatlı Eski Eserler Hukuku*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 1996, s. 31. Taşınır kültür varlıklarının yalnızca bir kısmının devlet mülkiyetinde olup bir kısmının özel mülkiyete de açık olmasını kabul eden tek ülke Türkiye değildir. Nitekim Meksika ve Venezuela’da İspanyol kolonizasyonu öncesi, Yunanistan’da ise 1453 tarihinden önceki eserler devlet malı sayılırken diğer kültür varlıkları üzerinde özel mülkiyet imkânı açık tutulmuştur. Niec, s. 1110; Saba/Salamé, Vol. I, s. 30-31; Daphne Voudouri, “Law and the Politics of the Past: Legal Protection of Cultural Heritage in Greece”, *International Journal of Cultural Property*, 17 (3), 2010, s. 552. Benzer şekilde Malezya ve Bulgaristan’da da yalnızca belirli kültür varlıklarının devlet mülkiyetinde olduğu kabul edilmiştir. Saba/Salamé, Vol. I, s. 31.

varlığı bulundurulması KTVKK m. 70 gereğince hukuka aykırıdır⁴⁷. Müze müdürlüklerince yapılan tasnif işlemi sonucunda korunması gerekli olduğu tespit edilen etnografik nitelikteki kültür varlıklarının, Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelere Alınmaları Hakkında Yönetmelik m. 10 gereğince Tescile Tâbi Taşınır Kültür ve Tabiat Varlığı Belgesi düzenlenerek iade edilmesi gerekmektedir. Bu noktada korunması gerekli nitelikteki ilgili varlığın müzeye alınmasının uygun görülmesi hâlinde dahi malikin, varlığı müzeye devretme yükümlülüğü bulunmamaktadır⁴⁸. Bu belge ile iade edilen kültür varlıklarının, fizikî özelliklerinin kayıt altına alınmasının yanı sıra Tescil Dışı Taşınır Kültür ve Tabiat Varlığı Belgesi ile iade edilen eserlerden farklı olarak sahiplik durumları da kayıt altına alınmakta ve bu şekilde ilgili varlıkların takibi sağlanarak maliklere çeşitli yükümlülükler getirilmektedir.

Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelere Alınmaları Hakkında Yönetmelikte etnografik eserlerin, Tescile Tâbi Taşınır Kültür ve Tabiat Varlığı Belgesi ile birlikte iade edileceği açıkça öngörülmüş olmasına rağmen korunması gerekli güzel sanat eseri niteliğindeki kültür varlıkları hakkında bir hüküm düzenlenmemiştir. Bu kapsamda müze müdürlüklerince yapılan tasnif işlemi sonucunda korunması gerekli olduğu tespit edilen güzel sanat eserleri açısından da tescil belgesi düzenlenerek iadenin sağlanması ve ilgili varlıklar üzerindeki sahiplik durumunun kamu makamları tarafından takip edilmesine imkân sağlanması yerinde olacaktır.

a. Özel mülkiyete tâbi kültür varlıkları üzerindeki koruma tedbirleri

Tescile Tâbi Taşınır Kültür ve Tabiat Varlığı Belgesi ile iade edilen kültür varlıklarının maliklerine, korunması gerekli bir kültür varlığını ellerinde

⁴⁷ “...2863 sayılı Kanununun 23/a maddesinde, korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıkları arasında sayılan etnografik nitelikteki kültür varlıklarının serbestçe bulundurulamayacağı, aynı Kanununun 25/1. maddesi uyarınca, tasnif ve tescile tâbi tutulan korunması gerekli etnografik nitelikteki kültür varlıklarından müzelere alınması gerekli görülmeyenler ile bu nitelikte olup da sahiplerince müzelere satılmak istenmeyen taşınır kültür varlıklarının tescile tâbi taşınır kültür ve tabiat varlığı belgesi düzenlenerek sahiplerine iade edileceği, başka bir deyişle suça konu eserin etnografik nitelikte kültür varlığı olmasının, bu varlığın serbestçe bulundurulabileceği anlamına gelmediği, somut durumda suça konu eserlerin 2863 sayılı Kanununun 23/a maddesi uyarınca tasnif ve tescile tabi, etnografik nitelikte bulunmaları ve sanığın tescile tâbi taşınır kültür ve tabiat varlığı belgesi olduğuna dair bir savunmasının da mevcut olmaması karşısında, sanıktan ele geçirilen bu eserlerin 2863 sayılı Kanununun 75. maddesi uyarınca müzeye teslimine karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin, sanığa iadesine karar verilmesi...” Yargıtay Kararı - 12. CD., E. 2013/25617 K. 2015/1037 T. 22.01.2015, <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 15.01.2022.

⁴⁸ Bu ihtimalde taşınır kültür varlığının değerlemesini yapmak amacıyla bir kıymet takdir komisyonu oluşturulup komisyonun belirlediği değer üzerinden malike satış teklifi yapılır. Ancak malik, ilgili teklifi kabul etmek zorunda değildir. Nitekim hukukumuzda yalnızca taşınmazların kamulaştırılması mümkün olup taşınırlar açısından böyle bir durum söz konusu değildir. Kanadoğlu, s. 195.

bulundurmaları sebebiyle sınırlı bir tasarruf yetkisi tanınmıştır⁴⁹. Bu noktada özel mülkiyet konusu olan bir mal üzerinde malikin yetkilerinin kısıtlanması elde bulundurulan eserin sıradan bir eşya değil, gelecek kuşaklar adına korunması gerekli bir kültür varlığı olmasından kaynaklanmaktadır⁵⁰. Nitekim müze müdürlüğünden alınan belge, malike yalnızca tescile tâbi olan taşınır kültür varlığını hukuka uygun bir biçimde elde bulundurabilme yetkisi vermektedir⁵¹. Söz konusu belgeyle birlikte özel mülkiyete tâbi korunması gerekli bir taşınır kültür varlığı bulduran kişiler açısından çeşitli yükümlülükler öngörülmüştür. Malikin mülkiyet hakkına getirilen bu kısıtlamaları beş başlık altında incelemek mümkündür⁵².

(1) Bakım ve koruma yükümlülüğü

Tescil belgesi ile birlikte korunması gerekli taşınır kültür varlığını elinde bulduran malik; malın korunmasından ve güvenliğinin sağlanmasından bizzat sorumludur. Bu kapsamda kişinin varlığın çalınması, kaybolması veya tahribini engellemek amacıyla her türlü önlemi alması gerekmektedir⁵³. Malikin bu yükümlülüğünü ihlal etmesinin yaptırımı ise Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelere Alınmaları Hakkında Yönetmeliğin 10/3. maddesinde ifade edilmiştir. Buna göre; belgede belirtilen kültür varlığını kaybeden veya zarar veren malik, malın değerini ödemek zorundadır⁵⁴. Her ne kadar madde metninde açıkça ifade edilmese de söz konusu tazminatın talep edilebilmesi için malikin kusur derecesinin dikkate alınması gerekmektedir. Bu şekilde malikin

⁴⁹ Erdoğan, s. 527.

⁵⁰ Özel, Kültür Varlıklarının Mülkiyeti, s. 236.

⁵¹ Yağcı/Taş/Kılıç, s. 525.

⁵² 1982 Anayasası'nda her ne kadar ilke olarak özel mülkiyet prensibi kabul edilse de mülkiyet hakkı, mutlak ve sınırsız bir hak olarak görülmemiş ve kişilere haklarla birlikte çeşitli ödevlerin de yüklendiği kabul edilmiştir. Suat Şimşek, "Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz –I", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 91, 2011, s. 185; Ersöz, s. 168-169. Bu kapsamda özel mülkiyet hakkının çeşitli durumlarda sınırlandırılabilirliği ve malike gerektiğinde ödevler yüklenebileceği Anayasa m. 35'de açıkça ifade edilmiştir. Ayrıca Anayasa'nın "*tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunması*" başlığını taşıyan 63. maddesinde de kültür varlıkları üzerindeki mülkiyet hakkının kısıtlanabileceği ile ilgili özel bir hüküm mevcuttur. Buna göre; "*devlet; tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlar, bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alır. Bu varlıklar ve değerlerden özel mülkiyet konusu olanlara getirilecek sınırlamalar ve bu nedenle hak sahiplerine yapılacak yardımlar ve tanınacak muafiyetler kanunla düzenlenir.*"

⁵³ Malın olağan dışı bakım ve onarım işleri de müze müdürlüğünün gözetiminde yetkili uzman kişiler tarafından yapılmalıdır. Onarımda meydana gelecek fizikî değişiklikler müze uzmanlarınca tescil belgesine işlenir. Bkz. Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelere Alınmaları Hakkında Yönetmelik EK-2, Uyulması Gereken Koşullar, m. 1/b.

⁵⁴ Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelere Alınmaları Hakkında Yönetmelik m. 10/3.

mülkiyet hakkı, elinde bulundurduğu malın kültür varlığı olması sebebiyle sınırlandırılmış ve bakım-koruma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi hâlinde tazminat yaptırımının uygulanabileceği hükme bağlanmıştır.

(2) Bildirim yükümlülüğü

Bakım ve koruma yükümlülüğü dışında korunması gerekli taşınır kültür varlığı malikleri, çeşitli konularda yetkili kamu makamlarına gecikmeksizin bildirimde bulunma yükümlülüğü altındadır. Bu kapsamda malik, eserin kırılması veya tahribi hâlinde yedi gün içerisinde en yakın müze müdürlüğüne, kaybı hâlinde ise derhal emniyet ve asayiş makamlarına haber vermekle yükümlüdür⁵⁵. Benzer şekilde malik tarafından en az üç yılda bir, tescil belgesinin alındığı müze müdürlüğüne kültür varlığının kendisinde bulunduğu dair bir bildirimde bulunulması da zorunludur⁵⁶. Son olarak malikin irtibat adresi ve iletişim bilgilerinin değişmesi veya uzun süreli yurt dışına çıkması hâlinde de belgeyi düzenleyen müze müdürlüğüne yazılı olarak bilgi verilmesi gerekmektedir⁵⁷. Malikin ölümü hâlinde ise ilgili yükümlülük kişinin varislerine geçmektedir. Bu bağlamda; malikin varisleri, tescil belgesinde gerekli değişikliklerin yapılabilmesi amacıyla dört ay içinde durumu, veraset ilamıyla birlikte müze müdürlüklerine bildirmelidir⁵⁸.

(3) Satış hâlinde devlet müzelerine haber verme yükümlülüğü

Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu m. 30 da belirtildiği üzere gerçek ve tüzel kişiler, satacakları kültür varlıklarını öncelikle devlet müzelerine haber verip göstermeye mecburdur⁵⁹. Bahsi geçen mecburiyet, özel mülkiyete tâbi korunması gerekli kültür varlıklarının yalnızca satışı hâlinde söz konusudur⁶⁰. Bu şekilde devlete, kültür varlığının bedel karşılığı devredilmesinde bir nevi kanunî ön alım hakkı tanınmıştır. Kültür ve Turizm Bakanlığı, bünyesinde bulunan müze müdürlüklerine yapılan bildirim üzerine ön alım hakkını kullanmak isterse kuracağı kıymet takdir komisyonunun takdir edeceği bedel üzerinden eseri satın almak istediğini malike bildirir. Ancak malikin, ilgili komisyon tarafından belirlenen satış

⁵⁵ Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelerine Alınmaları Hakkında Yönetmelik EK-2, Uyulması Gereken Koşullar, m. 1/d.

⁵⁶ Gerektiğinde müze müdürlüğünün, bu süre dolmadan da denetim yapması veya bildirimde bulunulmasını istemesi mümkündür. Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelerine Alınmaları Hakkında Yönetmelik m. 10/3.

⁵⁷ Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelerine Alınmaları Hakkında Yönetmelik EK-2, Uyulması Gereken Koşullar, m. 1/e.

⁵⁸ Ibid. m. 1/f.

⁵⁹ Erdoğan, s. 527.

⁶⁰ Kültür varlığının satış işlemi dışında takas, bağış ve benzeri bir sebebe dayanarak el değiştirmesi durumunda Bakanlığın ön alım hakkı bulunmamaktadır. Umar/Çilingiroğlu, s. 237-238.

bedeli üzerinden varlığı satışa zorlanması mümkün değildir⁶¹. Bakanlığın rüçhan hakkını kullanmak istemesi ve bir bedel takdir ederek teklifte bulunması durumunda malikin, belirlenen bedelin azlığı sebebiyle yargı yoluna başvurması veya satıştan vazgeçmesi mümkündür⁶². Bu noktada belirtilmesi gereken bir diğer husus; özel mülkiyete tâbi taşınır kültür varlıkları üzerinde Bakanlığa tanınan ön alım hakkının süre yönünden sınırlandırılmamış olmasıdır. Bahsedilen eksiklik, mülkiyete getirilen kısıtlamaların kanuniliği ölçütü yönünden öngörülemez ve keyfi bazı uygulamaların meydana gelmesine sebep olabilecek niteliktedir⁶³. Kanaatimizce ön alım hakkı kapsamında bir hak düşürücü sürenin, 2863 sayılı Kanun'da açık bir şekilde ifade edilmesi yerinde olacaktır⁶⁴.

(4) Yurt dışına çıkarma yasağı

Kanun koyucu tarafından özel mülkiyete tâbi korunması gerekli taşınır kültür varlıklarının yurt dışına çıkarılmayacağı kararlaştırılmıştır (KTVKK, m. 32). Nitekim ülkemizde, kamu yararı gözetilerek bu varlıkların çalınması ve ülke dışına kaçırılmasının önlenmesi amacıyla söz konusu eserlerin yurt içinde korunması ve muhafaza edilmesi gerektiği prensibi benimsenmektedir⁶⁵. Türkiye'de görev yapan yabancı diplomatik ve konsüler temsilcilikler ile uluslararası kuruluş mensubu diplomatik statüye sahip kişilerin ülkeye girerken beraberinde getirdikleri kültür varlıkları, geçici olarak sergilenmek üzere gönderilen kültür varlıkları ve Etnografik Nitelikteki Taşınır Kültür Varlıkları Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesi dışında kalan etnografik kültür varlıkları bu yasağın istisnalarını oluşturmaktadır⁶⁶. Bu istisnalar haricinde korunması gerekli nitelikteki kültür varlıklarının hukuka aykırı bir biçimde yurt dışına çıkarılması hâlinde KTVKK m. 68'de öngörülen yaptırımlar uygulama alanı bulacaktır⁶⁷.

⁶¹ Gündel, s. 152; Yağcı/Taş/Kılıç, s. 143.

⁶² Kanadoğlu, s. 207.

⁶³ Anayasa m. 35, m. 63.

⁶⁴ Özel mülkiyete tâbi taşınır kültür varlıkları üzerinde devlete ön alım hakkı tanıyan birçok ülkede hakkın kullanılmasının kanun tarafından belirli bir süreye bağlandığı görülmektedir. Bu bağlamda devletin ilgili kurumları, Yunanistan'da varlığın satılacağına dair bildirimden itibaren 1 ay (Code for the Protection of Antiquities and Cultural Heritage in General, No. 3028, m. 28/5); Karadağ'da 30 gün (Protection of Cultural property Act No. 66, m. 46/2); Bangladeş'de 3 ay (The Antiquities Act, No. 14, m. 9/2) ve İtalya'da 60 gün (Code of Cultural and Landscape Heritage, No. 42, m. 61/1) içerisinde ön alım hakkını kullanmak zorundadır. İlgili kanun metinleri için bkz. <<https://en.unesco.org/cultnatlaws/list>> Erişim Tarihi 27.01.2022. Ayrıca bkz. Lyndel Prott/Patrick O'Keefe, *Handbook of National Regulations Concerning the Export of Cultural Property*, Unesco, 1988, s. 16.

⁶⁵ Kanbur, s. 237.

⁶⁶ Çolak, s. 845; Kanadoğlu, s. 208-209.

⁶⁷ Mert Ülgen, *Kültür ve Tabiat Varlıklarının Ticareti ve Yurtdışına Çıkarılması Suçları (KTVKK m. 67/2, 67/3, m. 68)*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 150 vd.

(5) El değıştirme işlemlerinin belgelendirilmesi

Özel mülkiyete tâbi korunması gerekli taşınır kültür varlıklarının, iç talebin dengelenebilmesi amacıyla alışveriş işlemlerine konu edilebilmesine izin verilmiş; ancak bu varlıkların hukuka uygun bir şekilde elde bulundurulabilmesi açısından yeni malik tarafından varlığın belgesinin de teslim alınması şart koşulmuştur. Nitekim söz konusu varlıkların sahiplik durumlarının kayıt altında tutulması, takip edilmesi ve değışim işlemlerinin Bakanlığın kontrol ve gözetimi altında yapılması esastır. Bu şekilde çalıntı veya kaçakçılık sonucu yurda getirilmiş bir kültür varlığının elde edilmesi ya da taklit eserlerin iç piyasada dolaşması risklerinin de kısmen de olsa önüne geçilmektedir⁶⁸. İlgili varlıkların mülkiyetinin kazanım anı açısından ise eşya hukukundaki taşınır mülkiyetinin devri için öngörülen genel kurallardan farklı bir usul öngörülmemiştir. Dolayısıyla özel mülkiyete tâbi korunması gerekli taşınır kültür varlıklarının mülkiyeti de varlığın zilyetliğinin devredilmesiyle birlikte karşı tarafa geçmektedir⁶⁹. Fakat kültür varlığı üzerinde gerçek anlamda bir tasarruf yetkisinin elde edilebilmesi için eserin belgesiyle birlikte devralınması ve belgede yer alan sahiplik durumu bilgilerinin müze müdürlüklerinde yeni malik adına güncellenmesi gerekmektedir⁷⁰. Aksi halde yeni malikin, KTVKK m. 70 kapsamında öngörülen kültür varlığının hukuka aykırı bir şekilde bulundurulması yaptırımlarıyla karşı karşıya gelmesi mümkündür⁷¹.

D. 2863 Sayılı Kanun Kapsamında Korunması Gerekli Olmayan Taşınır Kültür Varlıkları

Taşınır kültür varlıklarının tamamı, 2863 sayılı Kanun kapsamında korunması gerekli nitelikte değildir. Nitekim bir objenin taşınır kültür varlığı olması, onun doğrudan doğruya korunması gerekli nitelikte olup Kanun kapsamında öngörülen çeşitli tedbirlere tâbi olduğu anlamına gelmemektedir. Bu bağlamda öncelikle bazı kültür varlıklarının hukukî düzenlemeler tarafından açıkça öngörülmek suretiyle koruma kapsamı dışında bırakılabilmesi mümkündür. Ayrıca müze müdürlüklerince kurulan değerlendirme komisyonlarının yaptığı tasnif işlemleri sonucu korunması

⁶⁸ Hüseyin Karaduman, “Kültür Varlığı Ticaretinde Belgelendirmenin Gerekliliği”, *İdol Arkeologlar Derneği Dergisi*, 7 (25), 2005, s. 27.

⁶⁹ Akipek, s. 39-40.

⁷⁰ Tescil belgesinde yeni malik adına gerçekleştirilecek değışiklikler, Kültür ve Turizm Bakanlığı'na bağlı herhangi bir müze müdürlüğünde yapılabilir. Belgenin düzenlendiği müze müdürlüğü ile değışikliklerin yapıldığı müze müdürlüğünün farklı olması hâlinde belgenin düzenlendiği müze müdürlüğüne de yazılı olarak bilgi verilir. (Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelere Alınmaları Hakkında Yönetmelik EK-2, Uyulması Gereken Koşullar, m. 1/ç.)

⁷¹ Bu şekilde korunması gerekli taşınır kültür varlıkları açısından mülkiyetin içeriğinde bulunan yetkilerden kullanma hakkının (*usus*) dahi kamu yararı gözetilerek belirli koşullara bağlandığı anlaşılmaktadır.

gerekli görülmeyen bir diğer ifadeyle tescil edilmeyen taşınır kültür varlıkları da 2863 sayılı Kanun'un kapsamı dışındadır⁷².

Günümüzden en az 100 yıl öncesi bir döneme ait olmayan etnografik nitelikteki kültür varlıkları, Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelere Alınmaları Hakkında Yönetmelik m. 3/1-1 gereğince 2863 sayılı Kanun'un kapsamı dışında bırakılmıştır⁷³. Nitekim bu eserlerin tescile tâbi olmadığı Yönetmelik'te açıkça ifade edilerek koruma tedbirlerinin söz konusu varlıklar açısından uygulama alanı bulmayacağı kararlaştırılmıştır. Benzer şekilde Osmanlı padişahlarından; Abdülmecid, Abdülaziz, V. Murad, II. Abdülhamid, V. Mehmed Reşad ve VI. Mehmed Vahdettin dönemine ait sikkeler ile aynı çağdaki yabancı sikkeler de KTVKK'nın 23. maddesi ile bizzat kanun koyucu tarafından kapsam dışı tutulmuştur⁷⁴.

İlgili mevzuatta tescil dışı olduğu açıkça ifade edilen sikkeler ile günümüzden en az 100 yıl öncesi bir döneme ait olmayan etnografik kültür varlıkları haricindeki taşınır kültür varlıklarının ise, korunması gerekli nitelikte olup olmadığı konusundaki takdir yetkisi müze müdürlüklerine aittir. Bu kapsamda müze müdürlüklerince kurulan değerlendirme komisyonları tarafından söz konusu varlıkların müze koleksiyonlarını tamamlayıcı nitelikte olup olmadığı ve eser envanter defterine kaydedilerek belgelendirilmesine gerek duyulup duyulmadığının incelenmesi gerekmektedir⁷⁵. Bu inceleme sonucunda tescil edilmesine gerek görülmeyen taşınır kültür varlıkları da Kanun kapsamı dışındadır⁷⁶.

Sonuç olarak 2863 sayılı Kanun kapsamındaki koruma tedbirlerine tâbi olmayan bu varlıkların her ne kadar taşınır kültür varlığı olarak ele alınması mümkün olsa da korunması gerekli nitelikte bulunmadıkları için devlet müzeleri

⁷² Yağcı/Taş/Kılıç, s. 127.

⁷³ Millî Mücadeleye, Türkiye Cumhuriyeti tarihine ve Atatürk'e ait eserler ise; günümüzden en az 100 yıl öncesine ait olmayan etnografik eserlerin korunması gerekli nitelikte olmadığı kuralına tâbi değildir. Özel, Kültür Varlıklarının Mülkiyeti, s. 231, dn. 77.

⁷⁴ Erdoğan, s. 529. 2863 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte mülga olan 1710 sayılı Eski Eserler Kanunu'nda adı anılan padişahlara ait yalnızca İstanbul (veya yazılı diğer adlarıyla Konstantiniye, İslambol) darphanelerinde basılmış sikkelerin tescil edilmeksizin serbestçe alınıp satılacağı hükme bağlanmışken, 2863 sayılı KTVKK'da ve söz konusu Kanun'a dayanarak çıkarılan yönetmeliklerde bu şekilde bir kısıtlamaya yer verilmeyip düzenlemenin uygulama alanının, basım yeriyle daraltılmasından vazgeçilmiştir. Umar/Çilingiroğlu, s. 194-195. Bunun dışında Kanun'da adı geçen padişahlara ait sikkelerin hangi metalden yapıldığına dair bir sınırlama bulunmadığı için sikkelerin, altın, gümüş veya bakırdan yapılmış olması da önem arz etmemektedir. Aydos, s. 65, dn. 30-31; Yağcı/Taş/Kılıç, s. 115. Doktrinde, adı geçen padişahların dönemlerine ait sikkeler dışında aynı dönemden kalan diğer varlıkların da tescil dışı sayılması ve ilgili maddelerin bu şekilde yorumlanması gerektiği de ileri sürülmüştür. Aydos, s. 66; Sancakdar/Yağcı/Taşyıldız/Çirak, s. 861-862.

⁷⁵ Kanadoğlu, s. 195-196.

⁷⁶ Çolak, s. 798.

tarafından kayıt altına alınarak sahiplik durumlarının takip edilmesine gerek görülmemiştir. Herhangi bir yükümlülük altında bulunmayan söz konusu taşınır kültür varlığı maliklerinin, bu eserler üzerinde serbestçe tasarruf edebilmeleri mümkündür⁷⁷.

III. KORUNMASI GEREKLİ TAŞINIR KÜLTÜR VARLIKLARININ DEVRİ AÇISINDAN KABUL EDİLEN YÖNTEMLER

A. Genel Olarak Devir

Kültür varlıklarının gelecek kuşaklar adına korunması gerektiğinden dolayı alelade objelerden farklı olarak birtakım koruma tedbirlerine tâbi tutulması, uluslararası alanda kabul edilmiş temel prensiplerden biridir⁷⁸. Ancak bu varlıkların korunması amacıyla el değiştirmesinin tamamen engellenmesi de iç pazardaki talep dengesinin bozulmasına ve kültür varlıklarının kaçak kazı, hırsızlık gibi yöntemlerle ülke dışına çıkarılmasına yol açacaktır. Bu bağlamda 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nda iç pazardaki dengenin sağlanabilmesi hususu da göz önünde bulundurularak yurtiçinde yapılacak kültür varlığı alışverişi tamamen yasaklanmamış ve belirli şartların yerine getirilmesi hâlinde bu faaliyetlerin yapılmasına izin verilmiştir. Bu kapsamda devir ifadesiyle; taşınır bir kültür varlığının, miras yoluyla ya da satış, takas veya bağış gibi bir borç ilişkisine dayanılarak mülkiyet ya da zilyetliğinin bir kişiden başkasına devredilmesi kast edilmektedir.

Devlet müzeleri bünyesindeki değerlendirme komisyonları tarafından yapılan tasnif işlemi sonucunda korunması gerekli görülmeyerek Tescil Dışı Taşınır Kültür ve Tabiat Varlığı Belgesi düzenlenip sahiplerine iade edilen kültür varlıkları, 2863 sayılı Kanun'un koruma tedbirlerinin kapsamı dışındadır⁷⁹. Dolayısıyla yapılan tasnif işlemi sonucu korunması gerekli olmadığına karar verilerek tescil dışı bırakılan arkeolojik, etnografik veya güzel sanat eseri niteliğindeki her türlü kültür varlığının herhangi bir kısıtlamaya tâbi olmaksızın alışveriş işlemlerine konu olabilmesi mümkündür⁸⁰. Fakat tasnif işlemi sonucunda korunması gerekli görülerek tescile tâbi tutulan taşınır kültür varlıklarının el değiştirmesi, 2863 sayılı Kanun ve bu Kanun'a dayanarak çıkarılan yönetmeliklerdeki bazı şartların sağlanmasına bağlıdır. Bu nitelikteki kültür varlıklarının mülkiyet veya zilyetliğinin devri amacıyla yerine getirilmesi gereken şartlar, kültür varlığının niteliğine göre değişiklik göstermektedir.

⁷⁷ Erdoğan, s. 526; Yağcı/Taş/Kılıç, s. 127.

⁷⁸ Özel, Kültür Varlıklarının Mülkiyeti, s. 216.

⁷⁹ Kanadoğlu, s. 183-184.

⁸⁰ Kanbur, s. 106, dn. 301.

Korunması gerekli etnografik eserler, güzel sanat eserleri, 1906 yılı öncesinde üzerinde özel mülkiyet kurulmuş arkeolojik eserler ile mülkiyeti yurtdışında edinilmiş ve kaynak ülkesi Osmanlı-Türkiye olmayan arkeolojik eserlerin gerçek ya da tüzel kişilerin özel mülkiyetinde bulunmasına izin verilmiştir⁸¹. Ancak bu varlıkların hiçbir kısıtlama olmadan el değiştirme işlemlerine konu olmasına izin verilmemiş ve ilgili varlıkların sahiplik durumunun değişmesi açısından belirli koşullara uyulması şart koşulmuştur. Bu ticaretin meslek hâlinde yapılması hâlinde ise Kültür ve Turizm Bakanlığında bir ruhsat alınması gerektiği hükme bağlanmıştır⁸².

Arkeolojik nitelikteki korunması gerekli kültür varlıklarının, kural olarak devlet mülkiyetinde bulunması prensibi tercih edilmiştir. Devlet malı olan bu nitelikteki kültür varlıklarının üçüncü kişiler tarafından zilyetlik altında bulundurulması ya da alışveriş işlemlerine konu edilmesi genel ilke olarak mümkün değildir⁸³. Ancak KTVKK m. 26 ile bu duruma iki önemli istisna getirilerek, Kültür ve Turizm Bakanlığı'ndan izin alan gerçek veya tüzel kişi koleksiyonerler ile özel müzelerin, devlet mülkiyetindeki arkeolojik nitelikteki kültür varlıklarına da zilyet olabileceği kabul edilmiş ve bu kişilere söz konusu varlıklar üzerinde birtakım tasarruf yetkileri tanınmıştır.

B. Kültür Varlığı Ticareti Ruhsatı

2863 sayılı Kanun'un 27. maddesi çerçevesinde özel mülkiyete tâbi bulunan korunması gerekli taşınır kültür varlıkları ticaretinin, yalnızca Kültür ve Turizm Bakanlığı'ndan alınacak bir ruhsatname ile yapılabileceği hükme bağlanmıştır⁸⁴. Konu ile ilgili ayrıntılar ise 11/01/1984 tarihli Taşınır Kültür Varlığı Ticareti ve Bu Ticarete Ait İşyerleri ile Depoların Denetimi Hakkında Yönetmelik'te düzenlenmiştir⁸⁵. İlgili Yönetmeliğin 5. maddesine göre; "*tasnif sonunda korunması gerekli olduğuna karar verilen ve tescile tâbi tutulan ancak müzelere alınması lüzumlu görülmeyen kültür varlıklarının ticareti bu yönetmelik hükümlerine göre yapılır.*" Düzenlemenin lafzından, ruhsatname ile yapılabilecek kültür varlığı ticareti konusunun, yalnızca tescile tâbi olan fakat müzelere alınmasına gerek görülmeyen kültür varlıklarıyla sınırlı olduğu anlaşılrsa da; müzelere alınması uygun görülmesine

⁸¹ Özel, Kültür Varlıklarının Mülkiyeti s. 227-232.

⁸² KTVKK m. 27.

⁸³ Nitekim bu nitelikteki bir kültür varlığını ticarî amaçla para karşılığı satışı arzeden, satan, veren, satın alan, kabul eden kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (KTVKK m. 67/2.) Kültür varlığının ticarî amaç olmaksızın kişisel ilgi nedeniyle kabul edilmesi hâlinde ise KTVKK m. 70 kapsamında hukuka aykırı bir biçimde kültür varlığını zilyetliğinde bulundurma suçundan bir yıldan üç yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar adli para cezası verileceği öngörülmüştür. Yağcı/Taş/Kılıç, s. 482-483.

⁸⁴ Umar/Çilingiroğlu, s. 226-229.

⁸⁵ RG. 11/01/1984 No. 18278.

rağmen, sahiplerince müzelere satılmayan özel mülkiyet altındaki kültür varlıkları da kapsam dâhilindedir⁸⁶. Dolayısıyla ruhsatlı bir şekilde yapılan kültür varlığı ticaretinin konusu, tasnif işlemi sonucunda tescil edilmesine karar verilen eserlerden, sahibine Tescile Tâbi Taşınır Kültür ve Tabiat Varlığı Belgesi ile iade edilip özel mülkiyet altında bulunduğu resmî bir şekilde tespit edilen kültür varlıklarıdır. Bu şekilde özel mülkiyete tâbi olan korunması gerekli taşınır kültür varlıklarının da devlet kontrolünde el değiştirmesine imkân sağlanarak, iç talep kontrol altında alınmakta ve alıcılar açısından sahte kültür varlığı veya çalıntı eser satın alma riskleri ortadan kaldırılmaktadır⁸⁷. Söz konusu ruhsatname olmadan yapılan ticarî işlemler ise aynı Kanun'un 67/3 maddesi gereğince suç sayılmıştır⁸⁸.

Kültür varlığı ticareti yapmak amacıyla ruhsatname almak isteyen kişilerin öncelikle en yakın müze müdürlüğüne yazılı bir şekilde başvurmaları gerekmektedir⁸⁹. Başvurucunun, başvurusunun kabul edilebilmesi için Ticaret Odasına kayıtlı olup taşınır kültür varlıklarının alım satımını yapmak üzere

⁸⁶ Bu husus çeşitli Yargıtay kararlarında da açıkça belirtilmiştir. Bkz. "...2863 sayılı Kanununun 23/a maddesinde korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıkları arasında sayılan etnoğrafik nitelikteki kültür varlıklarının tümüyle ticarete konu edilemeyeceği, aynı Kanununun 25/1 maddesi uyarınca tasnif ve tescile tâbi tutulan korunması gerekli etnoğrafik nitelikteki kültür varlıklarından müzelere alınması gerekli görülmeyenler ile bu nitelikte olup da sahiplerince müzelere satılmak istenmeyen taşınır kültür varlıklarının tescile tâbi taşınır kültür ve tabiat varlığı belgesi düzenlenerek sahiplerine iade edileceği, bu şekilde sahiplerine iade olunan etnoğrafik nitelikteki kültür varlıklarının ticarete konu edilmelerinin mümkün olduğu, ancak bunun için de 2863 sayılı Kanununun 27/2 maddesi uyarınca Kültür ve Turizm Bakanlığı'ndan izin alınması gerektiği, belge ile sahiplerine iade olunan etnoğrafik nitelikteki kültür varlıklarının ticaretinin izinsiz olarak yapılması hâlinde 2863 sayılı Kanununun 67/3 maddesinde düzenlenen suçun oluşacağı..." Yargıtay 12. CD. E. 2012/15784 K. 2012/26223 T. 5.12.2012. Ayrıca bkz. 12. CD. E. 2018/51 K. 2018/1984 T. 22.2.2018; 12. CD. E. 2014/1722 K. 2014/25192 T. 10.12.2014. <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 15.01.2022.

⁸⁷ Karaduman, s. 27.

⁸⁸ Yağcı/Taş/Kılıç, s. 525-526.

⁸⁹ Ruhsatname başvurusu ile ilgili ayrıntılar Taşınır Kültür Varlığı Ticareti ve Bu Ticarete Ait İşyerleri İle Depoların Denetimi Hakkında Yönetmelik m. 6'da düzenlenmiştir. Buna göre; "Ruhsatname almak isteyenler en yakın müze müdürlüğüne yapacakları yazılı başvuruya aşağıdaki belgeleri eklerler. a) Ticaret Odasına kayıtlı olduğuna taşınır kültür varlığı ticareti yapmak üzere ayrı bir ticarethanesi bulunduğu dair tasdikli belge, b) Eski eser kaçakçılığı, gizli defîne arayıcılığı veya gizli eski eser kazısı gibi suçlardan hükümlü olmadığına dair Cumhuriyet Savcılığından alınacak belge, c) Kanuni tebligat adresi beyanı, d) T.C. kimlik numarası beyanı, e) Üç adet vesikalık fotoğraf. Müze Müdürlüğüince yapılacak inceleme sonucu sakıncalı durum yoksa ruhsatname düzenlenir ve düzenlenen ruhsatnamenin bir nüshası da Bakanlığa gönderilir." Ruhsatnamenin süresi ile ilgili detaylar ise aynı Yönetmeliğin 7. maddesinde düzenlenmiştir. Bu kapsamda; "ruhsatnameler 3 yıl için geçerlidir. Ruhsat sahibi süre bitiminden en geç bir ay önce ilgili müze müdürlüğüne müracaat ederek, ruhsatnamesinin yenilenmesini isteyebilir. Sakıncalı bir durum yoksa ruhsat yenileme işlemi bir ay içerisinde sonuçlandırılır. Süresinde müracaat edilmemesi hâlinde ruhsatname iptal edilir." Kültür varlığı ruhsatnamesi için yapılan başvurunun reddi kararlarına karşı idare mahkemesinde dava açılabilmesi mümkündür. Umar/Çilingiroğlu, s. 230.

ikametgâhından farklı bir ticarethanesi bulunduğu dair belge göstermesi zorunludur⁹⁰. Bu noktada kültür varlığı ticareti yapabilmek için ayrı bir ticarethanenin bulunduğu dair belge gösterilmesinin zorunlu tutulması, 2863 sayılı Kanun ve Taşınır Kültür Varlığı Ticareti ve Bu Ticarete Ait İşyerleri ile Depoların Denetimi Hakkında Yönetmelik hükümlerinde geçen “*ticaret*” ifadesiyle neyin kast edildiği konusunda tereddüt oluşturmaktadır. *Katoğlu*’na göre “*ticaret*” ifadesi sadece münferit bir alım satım olarak değil meslek hâlinde icra edilen bir ticarî faaliyet şeklinde ele alınmalıdır⁹¹. Benzer şekilde *Gündel* de “*ticaret*” kavramıyla, alışverişin devamlılığına, yapılan işin boyutunun yoğunluğuna ve sürekliliğine vurgu yapıldığını savunmuştur⁹². Buna karşılık *Yağcı/Taş/Kılıç*, *Kanadoğlu* ve *Ülger*’e göre ise devamlılık ve ticaret konusu varlığın miktarı, yapılan faaliyetin “*ticaret*” olarak nitelendirilmesinde önem arz etmemektedir. Dolayısıyla bu görüşe göre; alım satım işinin meslek hâline getirilmesi olgusu, ruhsatsız olarak özel mülkiyete tâbi kültür varlığı ticareti yapma suçunun oluşumunda etkili değildir⁹³. Kanaatimizce, mevzuatta geçen “*ticaret*” ifadesinin, ilgilinin ticarethanesinin bulunması şartıyla değerlendirildiğinde; Türk Ticaret Kanunu çerçevesinde ticarî işletme kavramı ile birlikte yorumlanması gerekmektedir. Bu sebeple Kanun kapsamında ele alınan “*kültür varlığı ticareti*” ile kâr elde etme amacıyla bağımsız ve sürekli bir şekilde yapılan faaliyetler işaret edilmektedir. Nitekim Taşınır Kültür Varlığı Ticareti ve Bu Ticarete Ait İşyerleri ile Depoların Denetimi Hakkında Yönetmelik m. 9’da yer verilen ifadeler de bu görüşü desteklemektedir. İlgili maddeye göre; “*taşınır kültür varlığı ticareti yapanlar, satmak üzere alacakları taşınır kültür varlığının tescil dışı olduğuna veya tescile tâbi olup müzelere alınmasına gerek görülmediğine dair ilgili müzece verilmiş olan belgeyi satıcıdan istemek zorundadırlar.*” Maddede geçen “*satmak üzere alacakları*” ifadesi, kültür varlığı ticareti yapan kişilerin alım satımlarında bir devamlılık unsuru olduğuna işaret etmektedir. Bu sebeple kültür varlığı ticareti ruhsatının, yalnızca müzayede şirketleri, antikacılar veya eskiciler gibi bu ticareti meslek hâline getirmiş kişiler tarafından alınması gerektiği kabul edilmelidir⁹⁴.

⁹⁰ Ibid, m. 6/a.

⁹¹ Tuğrul Katoğlu, *Ceza Hukuku ve Kültür Varlıkları*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 258.

⁹² Gündel, s. 259.

⁹³ Yağcı/Taş/Kılıç, s. 525; Kanadoğlu, s. 451; Ülger, s. 112.

⁹⁴ Türkiye’deki düzenlemelerle benzer şekilde özel mülkiyete tâbi korunması gerekli kültür varlıkları üzerinde sınırlı bir mülkiyet anlayışını benimseyen Hindistan ve Yunanistan’da da ilgili ruhsatın, yalnızca kültür varlıklarının sistematik bir biçimde zilyetlik ya da mülkiyetini elde eden ve sürekli bir şekilde bu varlıkların el değiştirmesinde aracılık yapan tacirler tarafından alınması zorunlu tutulmuştur. Yunanistan için bkz. Code for the Protection of Antiquities and Cultural Heritage in General (No. 3028) m. 32. Hindistan için bkz. The Antiquities and Art Treasures (No. 52) m. 7. İlgili metinler için bkz. <<https://en.unesco.org/cultnatlaws/list>> Erişim Tarihi 18.01.2022.

Özel mülkiyete tâbi korunması gerekli taşınır kültür varlıklarının el değiştirme işlemleriyle ilgili, mevzuatta açıkça ifade edilmeyen bir diğer husus, ticaret ruhsatı bulunan kişiler tarafından kimlere geçerli bir biçimde kültür varlığı devredilebileceği konusudur. Nitekim ruhsatlı bir biçimde kültür varlığı ticareti ile uğraşan kişilerin elinde bulundurdukları objeleri; koleksiyonerler, devlet müzeleri, özel müzeler ve aynı işi yapan ruhsatlı tacirler dışında herhangi bir üçüncü kişiye devredip devredemeyecekleri noktasında bir düzenleme bulunmamaktadır⁹⁵. Bu noktada kanımızca; herhangi bir kısıtlayıcı düzenleme öngörülmediği için koleksiyonerler, müzeler ya da ruhsatlı kültür varlığı tacirleri dışında kalan gerçek veya tüzel kişi alıcıların da söz konusu eserleri belgeleriyle birlikte devralabilmeleri mümkündür. Ancak herhangi bir yaptırımla karşılaşılmaması açısından devralan kişiye ait bilgilerinin müze müdürlükleri tarafından tescil belgesine işlenmesi ve bir nüshanın da yeni malike teslim edilmesi gerekmektedir.

C. Koleksiyonerlik Faaliyeti

Devlet mülkiyetindeki kültür varlıklarının hukuka uygun bir biçimde devredilebilmesine izin veren ilk imkân koleksiyonerliktir. Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik'te⁹⁶ “koleksiyon” ve “koleksiyoner” kavramları şu şekilde açıklanmıştır. Koleksiyon, “*yönetmelikte belirtilen şartlarda sınıflandırılan, saklanan korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıklarından oluşan grubu*”⁹⁷, koleksiyoncu ise “*kültürel ve doğal mirasın taşınabilir özellikteki yapıtlarının mevzuat çerçevesinde toplanması, arşivlenmesi, korunması, bilimsel yayınlarla tanıtılarak yayınlanması ve sergilemesini gerçekleştiren kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek veya tüzel kişileri*” ifade etmektedir⁹⁸. Buna göre; kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ya da tüzel kişilerin, korunması gerekli taşınır kültür varlıklarından oluşan derlemeler yapabilmesi mümkündür⁹⁹.

Koleksiyonculuk faaliyetiyle uğraşmak isteyen gerçek veya tüzel kişilerin, öncelikle en yakın müze müdürlüğüne koleksiyon izin belgesi almak üzere

⁹⁵ Örneğin, Yeni Zelanda hukukunda tacirler tarafından söz konusu kültür varlıklarının yalnızca lisanslı müzayede şirketlerine, müzelere, ruhsatlı koleksiyonerler ve diğer lisanslı tacirlere devredilebileceği hükme bağlanmıştır. MacLean, s. 34.

⁹⁶ RG. 23/03/2010 No. 27530.

⁹⁷ Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik m. 4/d.

⁹⁸ Ibid. 4/e.

⁹⁹ Taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları, koleksiyonerlik faaliyetinin konusu değildir. Yağcı/Taş/Kılıç, s. 136.

başvuruları gerekmektedir¹⁰⁰. Yapılan başvuru üzerine ilgili müze müdürlüğüne bağlı uzmanlarca; koleksiyonun muhafaza edileceği yerin kültür varlıklarının korunmasına uygun olup olmadığı, gerekli güvenlik önlemlerinin alınıp alınmadığı ve başvuruda belirtilen hususların yerine getirilip getirilmediğine dair çeşitli incelemeler yapılır¹⁰¹. Başvurucunun bu hususları sağladığına karar verilmesi hâlinde ilgili kişiye, koleksiyon izin belgesiyle birlikte kültür varlıklarının belgelendirilmesi amacıyla kullanılan ve bir adedi ilgili müze müdürlüğünde bulunan envanter defteri teslim edilir¹⁰².

Koleksiyonerlik izin belgesi alan kişilerin, yeni buldukları veya bulma dışındaki bir sebeple elde ettikleri taşınır kültür varlıklarını, en geç otuz gün içerisinde müze müdürlüğüne bildirip; eserin nitelik ve niceliksel özelliklerini her iki envanter defterine de kaydettirmeleri gerekmektedir¹⁰³. Bu işlemlerin tamamlanıp eserlerin belgelendirilmesinden sonra ise koleksiyonerin, devlet malı niteliğinde olan korunması gerekli arkeolojik kültür varlıkları da dâhil olmak üzere, her çeşit taşınır kültür varlığını hukuken elde bulundurması mümkün hale gelmektedir¹⁰⁴. Bu noktada devlet, kültür varlıklarının muhafazasındaki maddî külfetlerin bölüşülmesi, yasa dışı ticaretin önüne geçilmesi ve bazı eserlerin müze depolarında durması yerine gerçek veya tüzel kişiler tarafından tanıtılıp teşhir edilmesi gibi amaçlarla arkeolojik nitelikteki kültür varlıklarının da koleksiyonerlerin elinde bulunmasına izin vermiştir. Ancak özellikle belirtilmelidir ki; belgelendirilip koleksiyonculara bırakılan bu nitelikteki kültür varlıkları üzerindeki devlet mülkiyeti söz konusu işlemlerle birlikte sona ermemektedir. Devlet, bu durumda da korunması gerekli arkeolojik kültür varlığına malik olmaya devam etmekte; fakat malın zilyetliğini koleksiyoncuya bırakmaktadır¹⁰⁵. Bu sayede malik olan devlet ve zilyet olan koleksiyoncu arasında, kültür varlığının korunması ve muhafazası yükümlülüklerinin paylaşılması sağlanmaktadır¹⁰⁶.

Türk hukuku açısından, iç pazardaki taleplerin de dengelenebilmesi amacıyla koleksiyonerlerin, ellerinde bulundurdukları kültür varlıklarını ivazlı ya da ivazsız

¹⁰⁰ Başvuru için gerekli belgeler hakkında bkz. Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik m. 5.

¹⁰¹ Ibid. m. 6/1.

¹⁰² Ibid. m. 6/2.

¹⁰³ Ibid. m. 7/2. Aydos, s. 72.

¹⁰⁴ Özel, Kültür Varlıklarının Mülkiyeti, s. 233.

¹⁰⁵ Ibid, s. 233. Ancak devlet tarafından bir defa koleksiyonerlerin zilyetliğine bırakılan kültür varlıklarının, koleksiyonerlik belgesinin iptalini gerektirecek bir sebep olmadığı sürece doğrudan doğruya geri alınması mümkün değildir. İptal sebepleri için bkz. Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik m. 15/1.

¹⁰⁶ Özel, Kültür Varlıklarının Mülkiyeti, s. 233.

olarak devredebilmelerine imkân sağlanmışır. Nitekim KTVKK m. 26/VIII'deki düzenlemeye göre; “*koleksiyoncular, ilgili müzeye tescil ettirerek, koleksiyonlarındaki her türlü eseri on beş gün önce Kültür ve Turizm Bakanlığına haber vermek şartı ile kendi aralarında değiştirebilir veya satabilirler. Satın almada öncelik Kültür ve Turizm Bakanlığına aittir.*” Bu noktada belirtilmelidir ki ilgili maddede geçen “*satın almada öncelik*” ifadesi yalnızca koleksiyonerin özel mülkiyeti altında bulunan taşınır kültür varlıkları için geçerlidir. Devlet malı sayılan korunması gerekli nitelikteki arkeolojik eserlerin belirli bir bedel karşılığında üçüncü kişilere devredilmesinde ise, özel hukuk açısından bir satış sözleşmesi değil; ivazlı olarak zilyetliğin devredilmesini konu alan, *sui generis* bir işlem söz konusudur¹⁰⁷. Kanun koyucu ayrıca ilgili maddeyle birlikte koleksiyon konusu eserlerin niteliği dikkate alınmaksızın tüm devir işlemlerinin, on beş gün önceden Kültür ve Turizm Bakanlığına haber verilmesini de zorunlu tutmuştur.

KTVKK'nın 26/VIII maddesinden, devir işleminin belirli bir bedel karşılığında yapılmasının kararlaştırılması hâlinde, Kültür ve Turizm Bakanlığı'na bir nevi kanunî önalım hakkı tanındığı da anlaşılmaktadır¹⁰⁸. Bakanlığın, yapılan bildirim üzerine bu hakkını kullanmak istemesi hâlinde bir kıymet takdir komisyonu oluşturularak bedel karşılığında devredilmek istenen esere değer biçilmesi ve koleksiyonere bu değer üzerinden bir teklif yapılması zorunludur. Ancak koleksiyonerin, Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından takdir edilen bedel üzerinden eserin devredilmesini kabul etmeye zorlanması söz konusu değildir. Belirlenen bedeli uygun görmeyen koleksiyoner, bu işlemde vazgeçmek veya bedelin azlığından bahisle yargıya başvurmak imkânlarına sahiptir¹⁰⁹. Bakanlığın, bu şekilde yargı yoluyla belirlenen bedeli kabul etmeyerek öncelikli alım hakkından vazgeçmesi ya da devrin yapılacağıının bildirilmesinden sonra bu hakkını kullanmaması durumunda koleksiyonerin, taşınır kültür varlığını dilediği bedel üzerinden üçüncü kişilere devredebilmesi mümkün hale gelmektedir¹¹⁰. Fakat bu devir işleminin konusunun, devlet malı niteliğinde bir kültür varlığı olması hâlinde devrin yalnızca başka bir koleksiyonere veya özel müzeye yapılması hâlinde hukuken geçerli olacağı da özellikle vurgulanmalıdır¹¹¹.

¹⁰⁷ Sancakdar/Yağcı/Taşıyıldıız/Çırak, s. 881; Aydos, s. 71.

¹⁰⁸ Koleksiyoncu kültür varlığını bağışlamak veya takas etmek isterse Bakanlığın herhangi bir öncelik hakkı bulunmamaktadır. Umar/Çilingiroğlu, s. 222-223; Aydos, s. 71.

¹⁰⁹ Kanbur, s. 109, dn. 309.

¹¹⁰ Ibid, s. 109, dn. 309.

¹¹¹ “*Koleksiyoncular, koleksiyonlarındaki her türlü taşınır kültür ve tabiat varlığını on beş gün önce bağlı olduğu müze müdürlüğüne haber vermek şartı ile kendi aralarında değiştirebilir, Bakanlık denetimindeki özel müzelere ve koleksiyonculara devredebilir veya öncelik Bakanlığına ait olmak üzere satabilirler.*” (Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik m. 9.)

Koleksiyonda bulunan taşınır kültür varlıklarının, arkeolojik nitelikteki eserler de dâhil olmak üzere, koleksiyoncunun borcu sebebiyle haczedilebilmesi de mümkündür¹¹². Dolayısıyla arkeolojik eserlerin devlet malı olduğunun kabul edilmesine rağmen “devlet mallarının haczedilmezliği” prensibi koleksiyoncuların elinde bulundukları kültür varlıkları açısından uygulama alanı bulmamaktadır¹¹³. Zira devlet mallarının haczedilemezliği, devlet mallarının devredilemezliği ilkesinin bir sonucudur¹¹⁴. Koleksiyonerlerin elinde bulunan kültür varlıkları ise belirli bir ekonomik değeri olan ve devri mümkün eşyalardır¹¹⁵. Ancak özellikle arkeolojik nitelikteki korunması gerekli taşınır kültür varlıklarının herhangi bir üçüncü kişiye devri mümkün olmadığı için icra dairesinin yapacağı açık arttırmadaki arttırma şartnamesine, devrin yalnızca koleksiyonerler veya özel müzelere yapılabileceğine dair bir kayıt konulması gerekmektedir¹¹⁶. Bu şekilde haciz sonucunda da devlet mülkiyetinde bulunan taşınır kültür varlıklarının el değiştirmesinde bir engel yoktur.

¹¹² “Koleksiyoncu adına envanter defterine kayıtlı olup da koleksiyoncunun borcu nedeniyle haczedilen taşınır kültür ve tabiat varlıkları, icra müdürlüğünün satış kararı üzerine ilgili müze müdürlüğüne haber vermek şartıyla ve önceliği Bakanlığa ait olmak üzere başka koleksiyonculara ve özel müzelere satılabilir.” (Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik m. 10/3.) Gerçek veya tüzel kişilerin koleksiyonlarında bulunan Devlet malı niteliğindeki arkeolojik eserlerin haciz konusu olabileceğine dair çeşitli Yargıtay kararları da mevcuttur. “...Borçlu hakkında kambyo senetlerine mahsus yolla yapılan takip nedeniyle, alacaklı vekilinin talebi ile borçlu R. Ç. adına kayıtlı bulunan taşınır kültür varlıklarının, tarihi eserlerin kaydına haciz konulmasına, adı geçen adına kayıtlı eserlere ait envanter bilgilerinin birer sureti ile bu eserlerin bulunduğu adreslerin bildirilmesine karar verilmiştir. TC. Kültür ve Turizm Bakanlığı'na izafeten İstanbul Muhakemat Müdürlüğü vekili 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun “Devlet malı niteliği” başlıklı 5. md; ve İİK'nun 82/1. md. uyarınca haciz işleminin iptalini icra mahkemesinden istemektedir. İcra mahkemesi anılan maddeler uyarınca şikayetin kabulü ile haciz işleminin iptaline karar vermiştir... İcra mahkemesince: haczin yukarıda açıklanan yasa ve yönetmelik hükümlerine uygun yapıp yapılmadığının denetlenerek, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde eksik inceleme ile haciz işleminin iptaline dair hüküm tesisi isabetsizdir...” Yargıtay 12. HD. E. 2007/4285 K. 2007/7248 T. 12.4.2007, <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 11.02.2022. Yargıtay bu şekilde, devlet malı niteliğinde olan kültür varlıklarının haczedilemeyeceği görüşünden yola çıkarak haciz işleminin iptaline karar veren icra mahkemesinin verdiği kararı hukuka aykırı bulmuştur. Benzer bir karar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. HD. E. 2007/22288 K. 2008/386 T. 17.01.2008, <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 11.02.2022.

¹¹³ Vildan Peksöz, “Spor Kulüplerinin Özel Müzelerinde Yer Alan Kültür Varlığı Niteliğindeki Mallarının Haczi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 28 (3), 2020, s. 958; Aydos, s. 72.

¹¹⁴ Aydos, s. 72.

¹¹⁵ “...başvurucunun koleksiyonundaki taşınır kültür varlıklarının belirli koşullar dâhilinde değiştirilebilmesi veya satılabilmesi mümkün olduğu gibi intikâli de mümkündür. Bu durumda ekonomik bir değer ifade ettiği anlaşılan söz konusu koleksiyonun...” Anayasa Mahkemesi 1. B., B. 2015/3742 T. 10.01.2019, <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 12.02.2022.

¹¹⁶ Aydos, s. 72.

Son olarak koleksiyonda yer alan kültür varlıklarının, koleksiyoner gerçek kişinin ölümü üzerine hukuken geçerli bir şekilde mirasçılara intikâl etmesine izin verildiği de belirtilmelidir. Ancak Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmeliğin 10/1. maddesinde ifade edildiği üzere mirasçılardan bu durumu dört ay içinde müze müdürlüklerine bildirmeleri ve koleksiyonerlik faaliyetine devam etmek istemeleri hâlinde yeniden izin almaları zorunludur.

Koleksiyonculuk faaliyeti kapsamında devri gerçekleştirilip koleksiyona dâhil edilen tüm kültür varlıkları, varlığın elde edilmesinden itibaren en geç otuz gün içerisinde bağlı bulunan müze müdürlüğündeki envanter defteri ile koleksiyoner tarafından tutulan envanter defterinin devam eden sıra numaralarına usulüne uygun bir biçimde kaydedilerek belgelendirilmelidir. Belgesiz bir şekilde kültür varlığı bulundurulması ise Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmeliğin 15/1-a maddesi gereğince koleksiyoner izin belgesinin iptal edilme sebeplerinden birini oluşturmaktadır¹¹⁷. Ayrıca belirtilen süre içerisinde kültür varlığının envanter defterlerine kaydedilmemesi koleksiyonerin, KTVKK m. 73 kapsamında özel müze ve koleksiyoncular için öngörülen hükümlere aykırı hareket etme suçu için belirlenen yaptırımlarla karşı karşıya kalmasına sebep olacaktır¹¹⁸. Ancak belgesiz şekilde kültür varlığı bulundurulması sebebiyle koleksiyoner izninin iptal edilebilmesi için öncelikle ceza mahkemesi tarafından verilecek kararın beklenmesi gereklidir. KTVKK m. 73'e aykırılık kapsamında açılacak ceza davasında da kişinin, her bir eseri edinme tarihi hakkında ayrıntılı savunması alınmalı ve buna göre bir hüküm tesis edilmelidir¹¹⁹. Bu noktada kanımızca, ilgili ceza davasından beraat eden kişinin

¹¹⁷ Belgesi iptal edilen kişilerin iptal kararının müze müdürlüğünce tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde envanter defterlerine kayıtlı veya henüz kaydı yapılmamış tüm kültür varlıklarını müze müdürlüğüne teslim etmeleri gerekir. Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik m. 14/3.

¹¹⁸ Yağcı/Taş/Kılıç, s. 615-616.

¹¹⁹ "...saniğin, envanter defterine kayıtlı olmayan ve 2863 sayılı Kanun kapsamında bulunan her bir eseri edinme zamanına ilişkin olarak ayrıntılı şekilde savunması tespit edilerek, edinme tarihinin üzerinden 30 günden fazla süre geçmesi hâlinde, sözü edilen Yönetmeliğin 7. maddesinde belirtilen 30 günlük süre içerisinde envanter defterine kayıt edilmesine ilişkin yükümlülüğe riayet edilmediğinden 2863 sayılı Kanununun 73. maddesi uyarınca cezalandırılması gerekeceği, aksi halde anılan eserler yönünden beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin eksik araştırma ve hatalı değerlendirme sonucu izinsiz olarak kültür varlığı bulundurma suçundan beraatine karar verilmesi"... Yargıtay Kararı - 12. CD., E. 2013/26602 K. 2015/4967 T. 24.3.2015, <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 14.02.2022.

yalnızca kovuşturmayaya uğraması sebebiyle koleksiyoner izin belgesinin iptal edilmesi işlemi isabetli görünmemektedir¹²⁰.

D. Özel Müzecilik

2863 sayılı Kanun kapsamına giren taşınır kültür varlıklarından oluşan müzeler kurulması, geliştirilmesi ve idaresi görevleri temel ilke olarak Kültür ve Turizm Bakanlığı'na aittir¹²¹. Ancak KTVKK m. 26 ile Kültür ve Turizm Bakanlığı dışındaki Bakanlıklar, kamu kurum ve kuruluşları, gerçek veya tüzel kişiler ile vakıflara da kendi hizmet konularının ya da amaçlarının gerçekleştirilebilmesi için kültür varlıklarından oluşan özel müzeler kurabilmelerine izin verilmiştir¹²². Bu şekilde Kültür ve Turizm Bakanlığı'ndan gerekli izinleri almak koşuluyla devlet malı niteliğinde olan arkeolojik kültür varlıkları da dâhil olmak üzere her çeşit kültür varlığının özel müzeler tarafından bulundurulmasına ve sergilenmesine imkân sağlanmıştır¹²³. Koleksiyonerlik faaliyeti kapsamında genellikle kişilerin, kendi merak ve ilgi alanları doğrultusunda taşınır kültür varlığı toplaması söz konusuysa daha profesyonel bir faaliyet olan özel müzecilikte toplanan varlıkların ayrıca sergilenmesi yoluna da gidilmektedir¹²⁴.

Gerekli izinleri sağlayarak hukuka uygun bir biçimde kurulan özel müzelerin elinde bulundurdukları taşınır kültür varlıklarını, noter onaylı olan ve iki nüsha hâlinde düzenlenen envanter defterlerine kaydetmeleri gerekmektedir¹²⁵. Bu bağlamda özel müzelere, Kültür ve Turizm Bakanlığı'nı haberdar etmek, eserler arasındaki bütünlüğü korumak ve varlığın elde edilmesinden itibaren en geç otuz gün içerisinde her iki envanter defterinde belgelendirme işlemlerini tamamlamak koşuluyla her türlü kültür varlığını kendi aralarında değiştirebilme veya satabilme

¹²⁰ Aynı yönde bkz. "...Diğer taraftan anılan Yönetmelik'in 10. maddesinde koleksiyona sonradan ilave edilen eserlerin en geç bir ay içinde her iki nüshaya usulüne uygun olarak kaydedileceği belirtilmiş, ceza mahkemesi de bu düzenlemeye dayalı olarak başvurusunun envanterinde kayıtlı olmayan sikkelerin belirtilen bir aylık süresinden önce edinildiğinin ispat edilemediği gerekçesiyle beraat yönünde hüküm tesis etmiştir. Danıştay Dairesinin kararında ise böyle bir araştırmaya gidilmeden söz konusu sikkelerin salt envanterde kayıtlı olmamasının dahi koleksiyonculuk izin belgesinin iptalini gerektirdiği sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla izin belgesinin iptaline ilişkin söz konusu kanun ve yönetmelik hükümlerinin öngörülebilir biçimde uygulandığı da söylenemez." Anayasa Mahkemesi 1. B., B. 2015/3742 T. 10.01.2019, <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 14.02.2022.

¹²¹ Kanadoğlu, s. 200.

¹²² Özel Müzeler ve Denetimleri Hakkında Yönetmelik m. 4. İlgili metin için bkz. RG. 22/01/1984 No. 18289.

¹²³ Türkiye sınırları içerisinde 29.12.2021 tarihi itibari ile 319 adet özel müze faaliyet göstermektedir. <<https://kvmgm.ktb.gov.tr/TR-135633/ozel-muzeler.html>> Erişim Tarihi 16.02.2022.

¹²⁴ Çolak, s. 818.

¹²⁵ Özel Müzeler ve Denetimleri Hakkında Yönetmelik m. 9.

yetkileri de tanınmıştır¹²⁶. Özel Müzeler ve Denetimleri Hakkında Yönetmeliğin 10. maddesine göre; “*satın almada öncelik Bakanlığa bağlı müzelere ait olup satış ve değiştirme işleminden on beş gün önce, denetim açısından bağlı bulunduğu müze müdürlüğüne konuyla ilgili kültür ve tabiat varlıkları hakkında satış veya devir sözleşmesi örneği gönderilerek haber verilir.*” Koleksiyonerlik konusu taşınır kültür varlıklarının el değiştirmesinde olduğu gibi özel müzelerin bulundurduğu varlıkların da herhangi bir sebebe dayanarak mülkiyet ya da zilyetliğinin devrine karar verilmesi hâlinde Kültür ve Turizm Bakanlığına on beş gün öncesinden haber verilmesi gerekmektedir¹²⁷. Bakanlığın, bu devrin bir miktar para karşılığında yapılmasının kararlaştırılması hâlinde ön alım hakkını kullanabilmesi de mümkündür. Ön alım hakkının kullanılmak istenmesi hâlinde özel müzenin, bir diğer üçüncü kişiye kültür varlığını devredebilmesi söz konusu değildir¹²⁸. Ancak bu noktada özel müzenin de satış işleminden vazgeçmek veya Bakanlık tarafından takdir edilen bedelin azlığından bahisle yargıya başvurmak imkânları mevcuttur¹²⁹. Bakanlığın, yargı yoluyla belirlenen bedeli kabul etmeyerek alım işleminden vazgeçmesi ya da devrin yapılacağına bildirilmesinden sonra bu hakkını

¹²⁶ Ibid, m. 10. Maddenin lafzından, yalnızca özel müzeler arasında yapılan devir ve satış işlemlerinin geçerli olduğu anlaşılrsa da bu işlemler, özel müzeler ile koleksiyonerler arasında da yapılabilir. Bkz. Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik m. 9.

¹²⁷ Umar/Çilingiroğlu, s. 222.

¹²⁸ “...Dosyanın incelenmesinden; davacıya ait özel müzede bulunan M6701-M6820 envanter numaralarında kayıtlı bulunan 120 adet eserin 175.000 TL bedelle başka bir özel müzeye satışı için ön anlaşma yapıldığı belirtilerek, satışa izin verilmesi için 02.05.2011 tarihinde İstanbul Arkeoloji Müzeleri Müdürlüğüne başvuruda bulunduğu, bu başvuru üzerine İstanbul Arkeoloji Müzeleri Müdürlüğü'nün 24.06.2011 günlü, 1864 sayılı işlemi ile eserlerin İstanbul Arkeoloji Müzesinin koleksiyonlarını tamamlayıcı nitelik gösterdiği gerekçesiyle, söz konusu eserlerin başka bir müzeye satışının uygun görülmediğinin ve Devlet müzesine teslim edilmesi gerektiğinin bildirildiği, davacının 30.06.2011 günlü başvurusu ile özel müze ile anlaşılan 175.000,00 TL bedelin ödenip ödenmeyeceği, bu bedel dışında satış işlemi yapılacaksa hangi bedelle alınacağı ve bunun gerekçesinin ne olduğu hususlarında bilgi istenildiği, 28.12.2011 günlü, 3826 sayılı yazı ile eserler için 20.340,00 TL değer takdir edildiğinin bildirildiği, daha sonra davacı tarafından 02.02.2012 günlü dilekçe ile; 175.000,00 TL bedel üzerinden alım yapılması durumunda eserlerin teslim edileceği, aksi takdirde satış için eserlerin teslim edilmeyeceğinin idareye bildirildiği, bunun üzerine 13.02.2012 günlü, 492 sayılı işlem ile anılan eserlerin başka bir özel müzeye satışının uygun görülmediğinin bildirilmesi üzerine dava konusu işlemlerin iptali istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır... 2863 sayılı Kanununun 24.maddesinde; gerçek ve tüzelkişilerin ellerinde bulunan kültür varlıklarının, değeri ödenerek Bakanlık tarafından alınacağı belirtildiğinden, işleme konu eserlerin gerçek değerinin tespit edilmesi gerekmektedir. Bu durumda; davacıya ait özel müzede yer alan ve satışı talep edilen eserlerin gerçek değerinin tespiti için, konusunda uzman bilirkişilerce eser üzerine bilirkişi incelemesi yapıldıktan sonra bir karar verilmesi gerektiğinden, davanın reddi yolunda verilen mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir...” Danıştay, 14. D. E. 2014/8983 K. 2016/803 T. 10.2.2016, <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 17.02.2022.

¹²⁹ Umar/Çilingiroğlu, s. 222-223.

kullanmaması durumunda özel müze, kültür varlığını dilediği bedel üzerinden bir başka özel müzeye veya koleksiyonere devredebilir¹³⁰.

Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından özel müze işletebilme izni iptal edilen müzelerdeki taşınır kültür varlıklarından Devlet müzelerine alınması uygun görülenler, bağış yoluyla ya da kıymet takdir komisyonlarınca takdir edilecek bir bedel üzerinden Bakanlık nezdinde bulunan müze müdürlüklerine devredilebilir¹³¹. Bu noktada ayrıca söz konusu müzelere, taşınır kültür varlıklarını farklı özel müzelere devredebilme imkânı da tanınmıştır¹³². Kanaatimizce, her ne kadar açık bir hüküm mevcut olmasa da izinleri iptal edilen özel müzelerin envanterinde kalan kültür varlıklarını, Bakanlığın uygun görmesi durumunda özel müzeler dışında koleksiyonerlere devredebilmeleri de mümkündür. Ayrıca özel müzelerin borcundan dolayı envanterlerinde yer alan kültür varlıklarının haczi de imkân dâhilindedir¹³³. Son olarak özel müze işleten gerçek kişinin ölmesi durumunda, koleksiyoner gerçek kişinin ölümünde olduğu gibi özel müzeye ait hak ve yükümlülükler varislerine intikâl etmektedir. Fakat varislerce durumun veraset ilamıyla dört ay içinde ilgili müze müdürlüğüne bildirilmesi ve söz konusu faaliyetlere devam edilmesinin talep edilmesi gerekmektedir. Bu şekilde özel müzeler açısından da mülkiyet veya zilyetlik altında bulundurulmuş kültür varlıklarının müze sahibi gerçek kişinin mirasçılara intikâl edebilmesine izin verilmiştir.

SONUÇ

Taşınır kültür varlıklarının, yurtdışına kaçırılmasına veya eritilip maden değeri üzerinden satılmasına engel olabilmek amacıyla hukuka uygun bir biçimde devredilebilmeleri açısından Türk hukukunda çeşitli yöntemler öngörülmüştür. Bu yöntemlerden, koleksiyonerlik ve özel müzecilik faaliyetleri hem devlet mülkiyetinde bulunan hem de özel mülkiyete tâbi korunması gerekli taşınır kültür varlıklarının elde bulundurulmasına ve devrine imkân sağlamaktayken kültür varlığı ticareti ruhsatı yalnızca özel mülkiyete tâbi korunması gerekli taşınır kültür varlıklarının devrinde kullanılabilir. 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu kapsamı dışında kalanların bir diğer ifadeyle korunması gerekli olmayan taşınır eserlerin devri ise herhangi bir sınırlamaya bağlı değildir. Gerekli izin belgelerini edinmek suretiyle koleksiyonerlik ya da özel müzecilik faaliyetlerinde bulunan kişiler, devlet mülkiyetine tâbi korunması gerekli taşınır

¹³⁰ Kültür varlığı tacirlerine, açıkça devlet mülkiyetinde bulunan kültür varlıklarını elde bulundurabilme veya bu varlıkları devredebilme hakkı tanınmamıştır. Dolayısıyla devredilen varlığın devlet mülkiyetine tâbi bir kültür varlığı olması hâlinde, devrin kültür varlığı ticareti ruhsatı bulunan kişilere yapılması da mümkün görünmemektedir.

¹³¹ Özel Müzeler ve Denetimleri Hakkında Yönetmelik m. 13/II.

¹³² Ibid, m. 13/II.

¹³³ Peksöz, s. 960.

kültür varlıklarını ivazlı veya ivazsız bir şekilde devredebilir. Ancak bu durumda ilgili eserlerin mülkiyetinin devri değil yalnızca zilyetliğin devri söz konusu olmaktadır. Zilyetliğin devrinin geçerli olması da kültür varlığını devralacak kişinin koleksiyoner veya özel müze olmasına, Kültür ve Turizm Bakanlığı'na önceden haber verilmesine ve devralınan eserlerin koleksiyoner ya da özel müzeler tarafından otuz gün içerisinde ilgili envanter defterlerine kaydedilerek belgelendirilmesine bağlıdır. Bu eserlerin ilgili kısıtlamalar kapsamında öngörülen koşullara uyulmak suretiyle devredilmesi, işlemin hukuka uygun bir biçimde tamamlanması ve herhangi bir yaptırım ihtimalinin gündeme gelmemesi açısından büyük önem arz etmektedir.

Korunması gerekli etnografik eserler, güzel sanat eserleri, 1906 yılı öncesinde üzerinde özel mülkiyet kurulmuş arkeolojik eserler ile mülkiyeti yurtdışında edinilmiş ve kaynak ülkesi Osmanlı-Türkiye olmayan arkeolojik eserlerin gerçek ya da tüzel kişilerin özel mülkiyetinde bulunmasına izin verilmiştir. Bu nitelikteki kültür varlıklarının el değiştirebilmesi için de öncelikle devlet müzelerince kayıt altına alınmış ve belgelendirme işleminin tamamlanmış olması gerekmektedir. Ayrıca anılan varlıkların el değiştirme işlemleri öncesinde, Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın haberdar edilmesi ve devredilecek eserlerin bir devlet müzesine gösterilmesi de zorunludur. Bu noktada söz konusu varlıkların satış bedeli karşılığında devredilmesi hâlinde devlete, süre yönünden sınırlandırılmamış bir ön alım hakkı da tanınmıştır. Ancak kanaatimizce Bakanlığa tanınan ön alım hakkının 2863 sayılı Kanun çerçevesinde süre yönünden sınırlandırılması, mülkiyete getirilen kısıtlamaların kanunî olması gerekliliği yönünden yerinde olacaktır.

Özel mülkiyete tâbi taşınır kültür varlıklarının ticaretinin meslek hâlinde yapılması durumunda ise KTVKK'ya göre Kültür ve Turizm Bakanlığı'ndan bir ruhsat alınması gereklidir. Bu noktada kanımızca Kanun'da geçen "*kültür varlığı ticareti*" kavramının, alışverişin devamlılığı ve yapılan işin boyutuyla birlikte ele alınarak ilgili ruhsatın yalnızca müzayede şirketleri, antikacılar veya eskiciler gibi bu ticareti meslek hâline getirmiş kişiler tarafından alınması gerektiği kabul edilmelidir. Dolayısıyla Taşınır Kültür Varlığı Ticareti ve Bu Ticarete Ait İşyerleri İle Depoların Denetimi Hakkında Yönetmelik'te ifade edilen düzenlemeler, yalnızca meslek hâlinde kültür varlığı ticareti ile uğraşan tacirler açısından bağlayıcıdır.

KAYNAKÇA

- Akipek S, *Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Kültür Malları*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, 1999.
- Aydos O, “Taşınır Kültür Varlığı Koleksiyonculuğuna İlişkin Değerlendirmeler”, *Ankara Barosu Dergisi*, 66 (4), 2008, s. 62-75.
- Carstens A M/Varner E, *Intersections in International Cultural Heritage Law*, Oxford University Press, 2020.
- Ceylan Ü, Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Kaçakçılığı Suçu (Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu m.32, 68), MÜSBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2008.
- Cechi A, “When Private International Law Meets Cultural Heritage Law - Problems and Prospects”, Andrea Bonomi, Gian Paolo Romano (Ed.), *Yearbook of Private International Law*, Vol. XIX - 2017/2018, 2018, s. 269-294.
- Chouinard A, “Legislation en matiere de biens culturels en droit Francais et en droit Quebecois”, *Les Cahiers de droit*, 16 (2), 1975, s. 431-458.
- Çolak N İ, *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Erdoğan İ, “Hukuki Açından Define”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27 (1-2), 2013, s. 513-534.
- Ersöz K, *Türk İdare Hukuku Kapsamında Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Gerstenblith P, “Identity and Cultural Property: The Protection of Cultural Property in the United States”, *Boston University Law Review*, 75 (1), 1995, s. 559-688.
- Gündel A, *Açıklamalı-İçtihatlı Eski Eserler Hukuku*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 1996.
- Kanadoğlu S, *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2007.
- Kanbur M N, Kültür ve Tabiat Varlıklarının Yurt Dışına Çıkarılma Yasağına Muhalefet Suçu (KvTVKK m.32 ve m.68), DEÜSBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2007.
- Karaduman H, “Kültür Varlığı Ticaretinde Belgelendirmenin Gerekliliği”, *İdol Arkeologlar Derneği Dergisi*, 7 (25), 2005, s. 20-28.

- Katoğlu T, *Ceza Hukuku ve Kùltür Varlıkları*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- MacLean M, *Cultural Heritage in Asia and the Pacific: Conservation and Policy*, Getty Publications, 1993.
- Mumcu A, “Eski Eserler Hukuku ve Türkiye”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakùltesi Dergisi*, 26 (3), 1969, s. 45-78.
- Niec H, “Legislative Models of Protection of Cultural Property”, *Hastings Law Journal*, 27 (5), 1976, s. 1089-1122.
- Özel S, “Türk Hukukunda Kùltür Varlıklarının Mùlkiyeti”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakùltesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 24 (1), 2018, s. 215-238.
- Özel S, *Uluslararası Alanda Kùltür Varlıklarının Korunması*, 1. Baskı, Alkım Yayınları, 1998.
- Prott L/O'Keefe P, “Cultural Heritage or Cultural Property?”, *International Journal of Cultural Property*, 1 (2), 1992, s. 307-320.
- Prott L/O'Keefe P, *Handbook of National Regulations Concerning the Export of Cultural Property*, Unesco, 1988.
- Reichelt G, “International Protection of Cultural Property”, *Uniform Law Review*, 13 (1), 1985, s. 43-153.
- Saba H/Salamé N G, *The Protection of Movable Cultural Property: Compendium of Legislative Texts, Vol. I*, United Nations Educational, 1984.
- Saba H/Salamé N G, *The Protection of Movable Cultural Property: Compendium of Legislative Texts, Vol. II*, United Nations Educational, 1984.
- Sancakdar O/Yağcı P/Taşyıldız Ş/Çırak E, *Kùltür ve Tabiat Varlıkları Hukuku*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021.
- Shyllon F, “Cultural Heritage and Intellectual Property: Convergence, Divergence, and Interface”, Logan Máiréad, Nic Craith, Ullrich Kockel (Ed.), *A Companion to Heritage Studies*, 2015, s. 55-68.
- Stamatoudi I, *Cultural Property Law and Restitution: A Commentary to International Conventions and European Union Law*, Edward Elgar Publishing, 2011.
- Şimşek S, “Mùlkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz –I”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 91, 2011, s. 181-228.

- Umar B/Çilingiroğlu A, *Eski Eserler Hukuku*, 1. Baskı, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1990.
- Ülgen M, *Kültür ve Tabiat Varlıklarının Ticareti ve Yurtdışına Çıkarılması Suçları (KTVKK m. 67/2, 67/3, m. 68)*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Voudouri D, “Law and the Politics of the Past: Legal Protection of Cultural Heritage in Greece”, *International Journal of Cultural Property*, 17 (3), 2010, s. 547-568.
- Voulgaris I, “Les principaux problemes souleve's par l'unification du droit regissant les biens culturels”, *Revue de droit uniforme*, 8 (1-2), 2003, s. 541-550.
- Woodhead C, “Cultural Heritage Principles and Interference with Property Rights”, *Cambrian Law Review*, 42, 2011, s. 52-68.
- Yağcı A/Taş R/Kılıç T, *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu (Açıklamalı-İçtihatlı)*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2016.

İÇ (MİLLÎ) TAHKİME ELVERİŞLİLİK ÇERÇEVESİNDE KİRA SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLAR*

Tunahan ÇETİNEL**

ÖZET

Türk Hukukunda, kiracılar, konut ve çatılı iş yerine ilişkin kira sözleşmelerinde, zayıf taraf olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple, bu tür sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığını ileri süren görüşler bulunmaktadır. Ayrıca, bu türden uyuşmazlıkların tahkimde görülmesi durumunda, kamu düzenine aykırılığın gündeme geleceği ifade edilmektedir. Uygulamada da bu fikrin benimsendiğini ileri sürmek yanlış olmayacaktır. Oysaki zayıf tarafın korunması gibi maddî hukuka ilişkin düşünceler, usûl hukukunda uygulama alanı bulmamalıdır. Zira, usûl hukukunda adil yargılanma hakkının gereği olarak usûlî eşitlik ilkesi işlerlik kazanmaktadır. Ayrıca, kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların HMK.m.408 uyarınca, objektif tahkime elverişlilik kapsamında olduğu ifade edilebilir. Bunlarla birlikte, bu tür sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu kabul edildiğinde, maddî hukuk açısından zayıf tarafın korunması düşüncesini ortaya çıkaran endişelerin ortadan kaldırılmasına ilişkin birtakım önerilerin ortaya konulması mümkündür.

Anahtar Kelimeler: Kira sözleşmeleri, tahkime elverişlilik, zayıf tarafın korunması, usûlî eşitlik, kamu düzeni.

* Bu çalışmanın tashihinde göstermiş olduğu nezaket ve özveri için değerli hocam Dr. Nurullah BAL'a teşekkürlerimi sunarım.

** **Arş. Gör.**, Karatay Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı/KONYA, **e-posta:** tunahan.cetinel@karatay.edu.tr,

ORCID: 0000-0002-9101-6096

DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1094053

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 27/03/2022

Yayımlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 22/06/2022

DISPUTES ARISING FROM LEASING AGREEMENTS IN TERMS OF INTERNAL (NATIONAL) ARBITRABILITY

ABSTRACT

In Turkish Law, the tenants are considered as the weak party in the lease agreements regarding the residence and the roofed workplace. For this reason, there are opinions suggesting that disputes arising from such contracts are not arbitrable. In addition, it is stated that in case of such disputes in arbitration, violation of public order will come to the fore. It would not be wrong to argue that this idea is adopted in practice as well. However, considerations regarding substantive law, such as the protection of the weaker party, should not find application in procedural law. Because, in procedural law, the principle of procedural equality becomes operational as a requirement of the right to a fair trial. In addition, it can be stated that disputes arising from lease agreements are within the scope of objective arbitrability in accordance with HMK. However, when it is accepted that the disputes arising from such agreements are suitable for arbitration, it is possible to put forward some suggestions to eliminate the concerns that reveal the idea of protecting the weak party in terms of substantive law.

Keywords: Tenant agreements, arbitrability, protection of weak party, procedural equality, public order.

GİRİŞ

Günümüzde, devlet mahkemelerinin geleneksel işlevini yitirdiğine yönelik fikirler öğretilerde ileri sürülmektedir. Bu fikirler, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ve tahkim yargılamasının teori ve uygulama yönüyle daha fazla tartışılmasına sebep olmaktadır. Hangi türden uyuşmazlıkların alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ve tahkim yargılamasına elverişli olduğu, tartışılan konuların başında gelmektedir. Söz konusu tartışmaya yol açan temel sebeplerden biri, devletin ve toplumun, söz konusu uyuşmazlık çözüm yöntemlerine olan güveni ile ilgilidir. Kamu düzeninin korunması, bazı uyuşmazlıklarda devlet yargısı tekelinin devam ettirmek istenilmesi ve zayıf tarafın korunması gibi düşünceler de söz konusu tartışmaya yol açan diğer sebepler olarak ifade edilebilir. Kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği konusu, bu kapsamdaki tartışmalardandır.

Türk Hukukunda kiracılar, özellikle konut veya çatılı iş yeri kirası sözleşmesinin zayıf tarafı olarak maddî hukuk hükümlerince korunmaktadır. Nitekim, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 338'inci maddesinin gerekçesinde, "kiracının daha yoğun koruma görmesi gereken konut ve çatılı işyeri kiralari" ifadesi ile bu durum belirtilmektedir. İlgili hükümlerin amacı, vatandaşların, nüfusa

göre az sayıda olan konutlarda barınabilmesi ve hayatlarını idame ettirebilmelerine olanak sağlayan işyerlerinde devamlılık sağlayabilmesidir. Konut ve çatılı işyerinin, özellikle ekonomik ve sosyal hayattaki önemi giderek artmaktadır. Dolayısıyla, bunların kiralanması durumunda ortaya çıkan uyuşmazlıkların, devlet mahkemelerine alternatif veya ikâme olan uyuşmazlık çözüm yöntemlerine konu olup olmayacağı hukuk sistemi içerisinde önemli bir konuyu oluşturur.

Bu çalışmanın amacı, öğretideki görüşlerden ve yargı kararlarından faydalanmak suretiyle kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların, iç tahkime elverişliliğinin incelenmesi ve buna ilişkin bir sonuca varılmasıdır. Bu inceleme yapılırken, öncelikle, iç tahkime elverişlilik (HMK.m.408) üzerinde durulmuştur. Böylece, çalışmanın kapsamında, içinde yabancılık unsuru bulunduran uyuşmazlıklar bulunmamaktadır (HMK.m.407). Ardından, kira sözleşmesi kavramı ve kira sözleşmesinde zayıf tarafın korunması düşüncesi incelenmiştir. Bu kavramlar incelenirken, kamu düzeni ile olan ilişkilerine değinilmiştir. Kira sözleşmelerinin tahkime elverişliliği ile ilgili değerlendirmelere geçmeden önce, karşılaştırmalı hukuktaki duruma yer verilmiştir. Kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği, farklı görüşlerin etrafında kümelendiği konu başlıklarında değerlendirilmiştir. Sonuçta, söz konusu uyuşmazlıkların tahkime elverişli olarak kabul edilebileceği ifade edilmiştir. Ayrıca, bu kabul sonucunda ortaya çıkabilecek bazı endişeler göz önünde bulundurularak, olması gereken hukuk (*de lege feranda*) bakımından bazı öneriler ortaya konulmuştur. Ayrıca, söz konusu endişelerin aşılmasında, olan hukuktaki (*de lege lata*) imkânların da etkin bir şekilde kullanılabileceğine ilişkin bazı tespitler yapılmıştır. Son olarak, kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin tahkim sözleşmesi yapıldığında, medenî usûl hukuku ve cebrî icra hukuku bakımından ne gibi sonuçların ortaya çıkabileceği üzerinde durulmuştur.

I. İÇ (MİLLÎ) TAHKİM BAKIMINDAN TAHKİME ELVERİŞLİLİK VE KİRA SÖZLEŞMESİNDE ZAYIF TARAFIN KORUNMASI

A. Tahkime Elverişlilik Kavramı

Kişiler arasında ortaya çıkan bir uyuşmazlığın, kural olarak¹ tarafların irade etmeleri durumunda, devlet mahkemeleri yerine tahkime² götürmek suretiyle karara

¹ Hukuk sistemleri, bazı durumlarda tahkime gidilmesini zorunlu tutabilir. Türk Hukukunda, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da, kamu tüzel kişileri arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar hakkında olmak üzere 3533 sayılı Umumi Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Belediye veya Hususi İdarelere Aid Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yoluyla Halli Hakkında Kanun'da ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nda zorunlu tahkime ilişkin hükümler mevcuttur. İhtiyarî tahkim ve zorunlu tahkim için bkz. Süha Tanrıver, Medeni Usul Hukuku, 4. Bası, C.II, Yetkin Yayınevi, 2020, s. 333-337; Muhammet

bağlanabilme kabiliyetine “*tahkime elverişlilik*” denilmektedir³. Buna göre, taraflar, sadece o uyuşmazlığa uygulanacak hukuk bakımından tahkime elverişli olan

Özekes / Erhan Birben, “2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunundaki Mecburi Tahkim ile İhtiyari Tahkimin Karşılaştırılması”, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, 2001, s. 149-152. Tüketici hakem heyetinin hukukî niteliği konusundaki tartışmalar için bkz. Nagihan Tandoğan Özbaykal, “Tüketici Hakem Heyetlerinde İtirazın İptali Davası Sorunu ve 7063 Sayılı Kanun Sonrasında Verilen Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 26(1), 2020, s. 468-473. Bundan başka, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu’nda düzenlenen Sigorta Tahkim Komisyonu sisteminin klâsik anlamda zorunlu tahkim olmasa da ihtiyarî, karma veya nispi zorunlu tahkim olduğu hakkında tartışmalar mevcuttur. Bu tartışmalar için bkz. Mehmet Özdamar, “Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17(1-2), 2013, s. 838-840.

² Türk Hukukunda kullanılan tahkim kelimesi, Arapça’ da “hüküm vermek” anlamına gelen “hakeme” mastar fiilinden türetilmiştir. Tahkim ise “bir şeyi sağlamlaştırma”, “hüküm verme” ve “hakem tayin etme” gibi anlamlara gelmektedir. Bkz. İlhan Ayverdi, Misalli Büyük Türkçe Sözlük, Kubbealtı Lügati, 2010, s. 1188; Hukuk terminolojisinde tahkim, bir uyuşmazlığın icrası kabul surette bir karar ile çözümünü konusundaki yetkinin, taraflarca, irade serbestisine dayanılarak devlet mahkemeleri yerine seçecekleri bir veya birkaç kişiye ya da bir kuruma bırakılmasına denir. Bu bakımdan, Türk Hukukundaki “tahkim” ifadesinin, semantik zeminde de tam olarak karşılık bulduğu ifade edilebilir. Tahkime ilişkin benzer tanımlar için bkz. Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, 2020, s. 5-9; Murat Atalı / İbrahim Ermenek / Ersin Erdoğan, Medenî Usûl Hukuku, 3.Bası, Yetkin Yayınevi, 2020, s. 725; Fatih Aydemir, Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 3-4; Ali Cem Budak / Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukuku, 4. Bası, Adalet Yayınevi, 2020, s. 445; Nuray Ekşi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim, 2. Bası, Beta Yayıncılık, 2019, s. 1-5; Ersin Erdoğan, Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi, 2. Bası, Yetkin Yayınevi, 2020, s. 27; Şanal Görgün, / Levent Börü / Mehmet Kodakoğlu, Medenî Usûl Hukuku, 10. Bası, Yetkin Yayınevi, 2021, s. 767; Baki Kuru, Hukuk Muhakemesi Usûlü, C.VI, 6. Bası, Demir-Demir Yayıncılık, 2001, s. 5878; İbrahim Özbay, Hakem Kararlarının Temyizi, Yetkin Yayınevi, 2004, s. 28-31; Hakan Pekcanitez / Oğuz Atalay / Muhammet Özekes, Medenî Usûl Hukuku, C. III, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 2593-2595; Seyhan Selçuk, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Hakem Kararlarının İptali, 1. Bası, Yetkin Yayınevi, 2018, s. 1-5; Tanrıver, s. 333; Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi-C.4, 4. Bası, Yetkin Yayınevi, 2021, s. 5385; Tarafların, tahkim iradelerini, müstakil sözleşmeyle ortaya koydukları durumda, “tahkim sözleşmesinden” bahsedilir. Tarafların bu iradelerini, asıl sözleşmenin bir hükmünde belirtmeleri durumunda “tahkim şartından ya da tahkim kaydından” bahsedilir. Bkz. Aydemir, s. 88-98.

³ Tanrıver, s. 343; Burak Huysal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, 1.Bası, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 11-12; Toni Deskoski / Vangel Dokovski, Notes on Arbitrability-Focus on Objective Arbitrability, 9(I), 2018, s. 2, 8; Tahkime elverişlilik, yalnızca Türk Hukukuna özgür bir kavram değildir. Devletler, tahkime ilişkin mevzuatı oluştururken, siyasi, ekonomik ve hukukî tercihlerine bağlı olarak tahkime elverişli olan ya da olmayan uyuşmazlıkları belirleme eğilimindedir. Bu bağlamda, tahkime elverişlilik, Alman Hukukunda “schiedsfähigkeit” şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. Karl Spühler / Luka Tenchio / Dominik Infanger, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Bası, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2017, BSK ZPO-WEBER-STECHER, Art. 354; KURZKOMMENTAR, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn, 2014, KUKO ZPO-DASSER, Art. 354; BECHTE, Diana, “Einführung in das Schiedsverfahrensrecht”, Zeitschrift für das Juristische Studium, – www.zjs-online.com Erişim Tarihi, 05.03.2021, s. 309; Christoph Liebscher, “Objektive Schiedsfähigkeit - Eine Skizze”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, C.16, Özel Sayı 2014, s.

uyuşmazlıkları, tahkime götürmek suretiyle karara bağlanmasını temin edebilirler⁴. Bunun sonucunda, tahkime elverişli olmayan konularda tahkim yargılaması yapılamayacaktır. Zira, yargılama aşamasıyla ilgili olarak tahkim sözleşmesinin geçerlilik şartları arasında ilk olarak incelenmesi gereken husus, tahkime elverişliliğidir⁵.

Devletlerin, tahkimin uygulama alanına ilişkin müdahale yöntemlerinden biri, tahkime elverişliliğidir⁶. Bu yöntemle devletler, kamu düzeni, uyuşmazlığın zayıf tarafının korunabilmesi ve belirli türden uyuşmazlıklara ilişkin yargılama yapabilme tekelinin devlet mahkemelerinde bırakılmak istenmesi gibi düşüncelerle bazı uyuşmazlıkları tahkim yargılamasının kapsamından çıkarmaktadır⁷. Öte yandan, tahkime elverişliliğinin kapsamı, devletlerin özellikle siyasî, ekonomik ve hukukî anlayışlarıyla sıkı bir ilişki içindedir⁸. Bunlardan başka, tahkime elverişliliğinin kapsamı, toplumun tahkime olan güveni ile de yakından ilgilidir⁹.

1625-1643; LÜKE, Wolfgang, Zivilprozessrecht I, 11. Baskı, C.H. Beck, 2020, s. 460; VOIT, Ulrich, Die objektive Schiedsfähigkeit nach Österreichischem Recht, 1. Bası, Mohr Siebeck, 2019, s. 31. İngilizce dilinin kullanıldığı hukuk metinlerinde ise tahkime elverişlilik kavramı, “arbitrability” şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. SMITH, Russell A., “The Question of Arbitrability - The Role of the Arbitrator, the Court, and the Parties”, 16 SW L.J. 1, 1962, s. 1-42; Kirry, Antoine, Arbitrability, “Current Trends in Europe, Arbitration International”, 12(4) 1996, s. 373-389; Souvik Bhadra / Nupur Jalan, “Alternative Dispute Resolution In Tenancy Disputes – Walking The Tightrope”, NUJS Journal on Dispute Resolution, 2021, 1, s. 96-116.

⁴ Nevhis Deren Yıldırım, Tahkim ve Objektif Açından Tahkime Elverişlilik, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, Alkım Yayınevi, 2007, s. 41; Aydemir, s. 219. Tahkime elverişliliğinin, tahkim sözleşmesinin geçerlilik şartları ile ilgili olmadığı, farklı bir gereklilik olduğu yönündeki görüş için bkz. Gökçe Kurtulan, “Türk Hukukunda Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2017, 131(1), s. 242.

⁵ İbrahim Özbay/ Yavuz Korucu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim, Adalet Yayınevi, 2016, s. 7; Deren Yıldırım, s. 41; Aydemir, s. 219. Bu inceleme, Türk Hukukundaki düzenlemeler dikkate alındığında, iç tahkim bakımından üç farklı durumda yapılabilir. Bunlardan birincisi, hakem heyetinin kendi yetkisini belirlediği (kompetenz-kompetenz) sırada yapılan incelemedir. İkinci olarak, devlet mahkemesinde dava açıldığı varsayımında, taraflardan birisinin tahkim ilk itirazı üzerine ya da tahkime elverişsizliği tespit ettirmek için dava açılması üzerine, devlet mahkemelerince yapılan incelemedir. Üçüncü olarak ise tahkim yargılaması sonucu verilen kararı, HMK.m.439 uyarınca, tahkime elverişli olmadığı gerekçesiyle iptal davasına konu etmek suretiyle tahkim yeri bölge adliye mahkemesince yapılan incelemedir. Bkz. Bilgehan Yeşilova, Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, 1. Bası, Güncel Hukuk Yayınları, 2008, s. 320-324; Aydemir, s. 373-388; Selçuk, s. 238.

⁶ Voit, s. 33; Deren Yıldırım, s. 52; Selçuk, s. 237.

⁷ Huysal, s. 13-15; Deskoski/ Dokovski, s. 4; Aydemir, s. 221.

⁸ Deskoski/ Dokovski, s. 2, 8; Ekşi, s. 74. Liberal hukuk anlayışının benimsendiği devletlerde, tahkime elverişliliğinin kapsamının daha geniş olduğu ifade edilebilir.

⁹ Pekcanitez/ Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2772.

Tahkime elverişlilik, kamu düzenini ilgilendiren bir kavramdır¹⁰. Zira, tahkim yargılaması sonucunda verilen hüküm, tıpkı ilâmlar gibi kesin hüküm niteliği taşır. Bundan dolayı, uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığı hem tahkim hem de devlet mahkemeleri yargılamasında kendiliğinden dikkate alınması gereken bir konudur¹¹. Bu yönüyle tahkime elverişlilik, bir yandan tahkim sözleşmesinin konu bakımından sınırını oluşturmak suretiyle geçerliliğine etki ederken diğer yandan tahkim yargılaması bakımından kamu düzeninin nerede başladığına işaret etmektedir¹².

Türk Hukukunda gerek millî gerekse milletlerarası tahkime ilişkin mevzuat oluşturulurken dikkate alınan ve milletlerarası düzeyde en önemli düzenlemelerden olan UNCITRAL Model Kanun'da ve 1958 tarihli New York Sözleşmesi'nde "tahkime elverişlilik" kavramı yer almaktadır. Söz konusu mevzuatta tahkime elverişlilik düzenlenirken, uyuşmazlığın konusu bakımından elverişlilik, bir diğer deyişle "objektif tahkime elverişlilik" esas alınmıřtır¹³. Bu çalışmada, kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği incelendiğinden, objektif tahkime elverişlilik esas alınmaktadır¹⁴.

B. İç (Millî) Tahkime Elverişliliğe İlişkin Değerlendirme

1. Genel Olarak

Tahkime elverişlilik, Türk Hukukunda milletlerarası mevzuat esas alınarak MTK.m.1/IV ve MTK.m.15 hükümlerinde ve bu hükümlere paralel olarak HMK.m.408'de düzenlenmektedir. Bu düzenlemelerde, özel hukuktaki uyuşmazlıkların kural olarak tahkime elverişli olduğu kabulünden hareketle, yalnızca tahkime elverişli olmayan uyuşmazlıklara işaret edilmektedir. HMK.m.408

¹⁰ Tahkime elverişlilik ve kamu düzeni arasındaki ilişki için bkz. I, B, 3.

¹¹ Başka bir anlatımla, taraflar uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığına yönelik bir iddiayı yargılama esnasında ileri sürmeseler bile hâkim(ler) ya da hakem(ler), bu hususu re'sen araştırma ilkesi uyarınca tespit etmek zorundadır. Bkz. Selçuk, s. 327; Pekcanitez/ Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2774; Huysal, s. 341. İsviçre Hukukunda da tahkime elverişlilik kendiliğinden incelenmesi gereken bir husus olarak kabul edilmektedir. KUKO ZPO-Dasser, Art. 354, pn.20.

¹² Selçuk, s. 238-239.

¹³ Objektif tahkime elverişlilik ve sübjektif tahkime elverişlilik ilgili açıklamalar için ve ayrıca tahkime elverişlilik denildiğinde objektif tahkime elverişliliğinin anlaşılması gerektiği yönünde bkz. BSK ZPO-WEBER-STECHER, Art. 354, pn.2.

¹⁴ Bundan başka, öğretilerde tahkim sözleşmesinin taraflarının tahkime gidebilme konusundaki ehliyetlerinin olup olmadığı da tahkime elverişlilik kavramı içerisinde değerlendirilmektedir. Buna ise "sübjektif tahkime elverişlilik" denilmektedir. Türk Hukukunda da tahkime elverişlilik denildiğinde ilk akla gelen, objektif tahkime elverişliliktir. Gerçekten, tahkime elverişliliğin düzenlendiği MTK.m.1/IV ve HMK.m.408 hükümlerinde, tahkime konu yapılabilecek uyuşmazlıklar düzenlenmiştir. Fakat, tahkime gidebilecek taraflar hakkında herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bkz. Aydemir, s. 251; Pekcanitez/ Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2636; Huysal, s. 18; Ekşi, s. 18; Selçuk, s. 240; Deskoski/ Dokovski, s. 2.

uyarınca, tahkime elverişli olmayan uyuşmazlıklar iki başlık altında toplanabilmektedir¹⁵. Buna göre, taşınmaza ilişkin aynî haklardan veya iki tarafın iradelerine tâbi olmayan işlerden doğan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir.

İç hukuk bakımından tahkime elverişliliğe ilişkin düzenlemeler, amaca uygun yorumlama, sistematik yorumlama ve menfaat içtihadı gibi hukukî yorum metotları ile değerlendirilmelidir. Söz konusu kurallar çerçevesinde yapılan bir değerlendirmede, HMK.m.408’de ve diğer kanunlarda yer alan özel hükümlerde açıkça tahkime elverişli olmadığı belirtilen uyuşmazlıkların dışında kalan ve özel hukuktan doğan uyuşmazlıkların tamamının tahkime elverişli olduğu belirtilmelidir¹⁶.

Tahkime elverişliliğin kapsamını belirleyen HMK.m.408’den yola çıkılırsa, bir uyuşmazlığın tahkime elverişliliğini engellemek için kanunda açık bir düzenleme olması gerektiği belirtilmelidir. Zira, HMK.m.408’de, kanun koyucu tahkime elverişli olan uyuşmazlıkları belirtmek yerine, tahkime elverişli olmayan uyuşmazlık türlerini iki başlık altında toplamaktadır. Bunlar, taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklardan ve iki tarafın iradelerine tâbi olmayan işlerden doğan uyuşmazlıklardır.

2. Taşınmaz Mallar Üzerindeki Aynî Haklardan ve İki Tarafın İradelerine Tâbi Olmayan İşlerden Doğan Uyuşmazlıkların Tahkime Elverişsizliği

Taşınmaz mallar¹⁷ üzerindeki aynî haklara¹⁸ ilişkin olan uyuşmazlıklar, HMK.408’de yer alan emredici nitelikteki hüküm gereği tahkime elverişli olarak

¹⁵ Öte yandan, tahkime elverişli olmayan uyuşmazlıkları belirleyen düzenlemeler, yalnızca usûl hükümlerinde (HMK.m.408) bulunmamaktadır. Bu düzenlemeler, maddî hukuka ilişkin hükümlerde de yer alabilir. Örneğin, TBK.m.262 uyarınca, alıcının yerleşim yeri Türkiye’de olduğu taksitle satış sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir.

¹⁶ Bu yöndeki görüşler için bkz. Kuru, Şerh, s. 5950-5952; Aydemir, s. 223; Ekşi, s. 50-51; Süleyman Yılmaz/ Gökçe Filiz Çavuşoğlu, “Türk Hukukunda Tahkime Elverişlilik ve Taşınmazın Aynına İlişkin Uyuşmazlıkların Tahkimde Görülmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10(2), 2019, s. 602.

¹⁷ Taşınmaz kavramı, TMK.m.704’te, arazilerin, tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümlerin taşınmaz niteliğinde olduğu belirtilmektedir. Bundan başka, özel hükümler gereği, aslında taşınır olan mallar hakkında da taşınmaza ilişkin hükümlerin uygulandığı bazı durumlar olabilmektedir. İİK.m.136, 231 ve TTK.m.954, bu hükümlere örnektir. Bkz. Bilge Öztan, Medenî Hukukun Temel Kavramları, 41. Bası, Turhan Kitabevi, 2016, s. 660.

¹⁸ Aynî hak ise, eşya üzerinde kurulan, eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet yetkisi veren ve herkese karşı ileri sürülebilen haklardır. Buna göre, mülkiyet hakkı ve eşya üzerinde kurulan diğer sınırlı aynî haklar olan taşınmaz yükü, rehin ve irtifak hakları da birer aynî haktır. Bu açıklamalardan sonra taşınmazın aynına ilişkin olan uyuşmazlıklar kavramından, TMK.m.704 uyarınca ve bazı özel kanunlar uyarınca (Örneğin, KMK.m.3) taşınmaz niteliğinde olduğu kabul edilen eşyalar üzerinde kurulan mülkiyete veya sınırlı aynî haklara

kabul edilmemektedir¹⁹. Taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıkların, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği uyuşmazlıklardan olmadığı veya kamu düzenini ilgilendiren uyuşmazlıklardan olduğu için tahkime elverişli olmadığı ifade edilemez. Bu tür uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmamasının tek sebebi, ülkemizdeki hukuk politikasının bir tercihi olarak taşınmaza ilişkin uyuşmazlıkların tahkimde çözülmesinin, kanuna açık bir hüküm koymak suretiyle engellenmesidir. Şüphesiz, hukuk politikasının bu tercihinde kamu düzeninin korunması gibi düşünceler yer alabilir. Fakat bu ihtimâlde bile taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmamasının sebebi, kamu düzenini ilgilendirmesinden değil, kanunda açıkça düzenlenmesidir. Aksi bir düşünce tarzı, kamu düzeni gibi muğlak ve değişken bir kavramı dayanak alarak, tahkime elverişliliğin kapsamının daraltılması anlamına gelebilir²⁰.

Türk Hukukunda tahkime elverişli olarak kabul edilmeyen uyuşmazlıklardan diğeri, tarafların iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklardır (HMK.m.408). Başka bir anlatımla, tarafların, üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri türden uyuşmazlıklarda tahkime gidilemez.

Öğretide, HMK.m.408’de belirtilen, “*tarafların iradelerine tâbi olmayan işler*” ifadesiyle anlaşılması gerekenin ne olduğu tartışmalıdır²¹. Bir görüşe göre, söz

ilişkin uyuşmazlıkların anlaşılması gerektiği belirtilebilir. Bkz. Öztan, s. 657-658; Veysel Başpınar / Mehmet Ünal, Şekli Eşya Hukuku, 6. Bası, Yetkin Yayınevi, 2012, s. 61-64.

¹⁹ Taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı konusu, Türk Hukukunda ilk defa 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda düzenlenmiştir. Mülga HUMK.m.518’de, “Yalnız iki tarafın arzularına tabi olmayan mesailde tahkim cereyan etmez” ifadesiyle tahkime elverişliliğin sınırları çizilmiştir. Bu hükme göre, eski kanun zamanında, taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığını doğrudan söyleyebilmek mümkün değildir. Nitekim, söz konusu hükmün uygulandığı zamanlarda, öğretilerdeki bazı yazarlar, taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda tarafların serbestçe tasarruf edebileceğini öne sürerek, bu tür uyuşmazlıklarda tahkime gidilebilmesinin önünde bir engel bulunmadığını belirtmişlerdir. Kuru, Şerh, s. 5947; Yavuz Alangoya, Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, 1. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1973, s. 84; Huysal, s. 269. Günümüzde de kanunî düzenlemeden ayrıksı olarak, aralarındaki ekonomik değer farkının kapandığı sebebiyle taşınır-taşınmaz mal ayrımının gereksiz hâle geldiğini ve taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olması gerektiğini öne süren yazarlar mevcuttur. Bkz. Ejder Yılmaz, “Tahkimde İtirazın İptali Davası ve Tahkime Elverişlilik Kuralı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16(1), 2014, s. 547; Süleyman Yılmaz / Gökçe Filiz Çavuşoğlu, “Türk Hukukunda Tahkime Elverişlilik ve Taşınmazın Aynına İlişkin Uyuşmazlıkların Tahkimde Görülmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10(2), 2019, s. 603.

²⁰ Karş. Aydemir, s. 255-256.

²¹ HMK.m.408’in gerekçesinde de bu hususta bir açıklama mevcut değildir. Bkz. <https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf>, Erişim Tarihi, 21.09.2021.

konusu ifade ile belirtmek istenilen, kamu düzenine ilişkin uyuşmazlıklardır²². Bu görüşü savunan yazarlardan bazılarında göre, kamu düzenine ilişkin uyuşmazlıklar iki başlık altında toplanabilir²³. Bunlardan birincisi, tarafların iradelerine tâbi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklardır. Kamu düzenine ilişkin uyuşmazlıkların diğeri ise, tarafların iradelerine tâbi olsa bile taraflardan birisinin zayıf konumda olduğu uyuşmazlıklardır. Bu tür uyuşmazlıklar, zayıf tarafın iradesinin etkilenmesi sonucu kamu düzeni sarsıldığından tahkime elverişli değildir²⁴. Bu görüşe göre, işçiler, tüketiciler ve kiracılar zayıf taraf olduğundan ilgili uyuşmazlıklar tahkim yargılamasına konu edilemez.

Öğretide, ileri sürülen diğeri görüşe göre, bu ifade ile kastedilen, dava açıldığı varsayımında, tarafların kendi aralarında sulh ve kabul yoluyla çözümleyemeyeceği uyuşmazlıklardır²⁵. Bu türden uyuşmazlıklara, soy bağı davaları, velayet, boşanma davaları, yaş düzeltilmesi, evliliğin feshi, iflâs davaları, çekişmesiz yargı işleri gibi uyuşmazlık veya işler örnek olarak gösterilebilir. Bunların dışında kalan ve medenî yargının kapsamında kalan uyuşmazlıklar tahkime elverişli olarak kabul edilmelidir.

Kanaatimizce, yukarıdaki ikinci görüş isabetlidir. Zira, HMK.m.408'deki açık ifade karşısında, kamu düzeni, zayıf tarafı koruma ve yargı tekelinin devlete bırakılması²⁶ gibi düşünceler ile tahkime elverişliliğin sınırlarının daraltılması yaklaşımı, kanunun amacına aykırılık oluşturur. Ayrıca, bu tür bir yaklaşım, tahkim kurumunun Türk hukukundaki gelişimini zedeler.

Taşınmazlara ilişkin kira sözleşmelerinden doğan haklar, şahsî hak niteliğindedir. Bu tür haklar, tapu kütüğüne şerh edilmek suretiyle bile olsa aynî hak niteliği kazanamazlar. Bu durumda, HMK.m.408 uyarınca, taşınmazın aynından doğan hakların tahkime elverişsiz olduğu ölçütü, kira sözleşmeleri bakımından uygulanamaz²⁷. Kira sözleşmelerinin tahkime elverişliliği ile ilgili değerlendirilmesi

²² Tanrıver, s. 343; Yılmaz, Şerh, s. 5502.

²³ Gökçe Kurtulan, "Türk Hukukunda Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2017, 131(1), s. 244; Huysal, s. 25.

²⁴ Zayıf tarafın korunması düşüncesinin tahkime elverişliliğe etkisine ilişkin değerlendirmeler için bkz. II, C, 1.

²⁵ Alangoya, s. 83; İbrahim Ermenek, Arabuluculukta Zayıf Tarafın Korunması, 1. Bası, Yetkin Yayınevi, 2021, s. 88-89; Aydemir, s. 227; Pekcanitez/ Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2632.

²⁶ Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, bir uyuşmazlığın görüleceği mahkemenin kanunda açıkça belirlenmesi durumunda, bu uyuşmazlık hakkında tahkim sözleşmesi yapılabilir. Zira, kanunda böyle bir istisna öngörülmemiştir. Bkz. Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukukunun Esasları, 7. Bası, Filiz Kitabevi, 2000, s. 92.

²⁷ Ejder Yılmaz, s. 5405; Ekşi, s. 50-51.

gereken tek ölçüt, kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tarafların iradelerine tâbi olup olmadığıdır²⁸.

3. Kamu Düzeni ile Tahkime Elverişlilik Arasındaki İlişki

Öğretideki bazı yazarlar ve Yargıtay, tahkime elverişliliğin kapsamını, kanunda açıkça düzenlemese de kamu düzeni²⁹ düşüncesi ile daraltmaktadır³⁰. Örneğin, iş hukukundan, tüketici hukukundan ve kira hukukundan doğan bazı uyuşmazlıklarda işçinin, tüketicinin ve kiracının zayıf taraf olmasından ve zayıf tarafın korunmasının sosyal devlet ve hukuk devleti ilkeleri gereğince kamu düzeninden olduğundan hareketle, bunların tahkime elverişli olmadığı belirtilmektedir.

Öğretideki diğer görüşün isabetli olarak belirttiği üzere, bu tür bir yorum, hukukta yöntem kuralları ile bağdaşmayan ve kanunun amacını aşan nitelikte bir

²⁸ Bu ölçüt bakımından yapılan değerlendirmeler için bkz. II, C, 2.

²⁹ Kamu düzeni kavramı, sınırları kanunla belirlenmiş bir kavram değildir. Bu sebeple, tanımı içtihatlarla ve öğretide yapılmaktadır. Bu yönde bkz. Ermenek, Zayıf Tarafın Korunması, s. 109; Aydemir, s. 254; Selçuk, s. 260. Kamu düzeninin tanımı için bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 10.02.2012, E.2010/1, K.2012/1, “Kamu düzeni, niteliği gereği zamana, yere göre değişen, içeriğinin tespiti zor bir her somut olaya göre değişiklik gösteren bir kavramdır. İlmi açıklamalara ve yargısal kararlara rağmen gelişen hukuk sistemlerinde bile tanımı olmamasına rağmen “toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kuralların bütünü” olarak tanım yapılabilir. Kamu düzeni kavramının müdahale alanı son derece geniş ve yoruma müsaittir. Hükmün gereksiz oluşundan dolayı kamu düzeni kavramından hareket ederek, yabancı ilamın verilmesinde işlenen usulün, uygulanan hukukun, ilamın icrasının meydana getireceği sonuçların incelenmesi suretiyle, bir kararın kamu düzenine aykırı bulunarak tenfizi mümkün olmayacaktır demek çok ağır bir neticeyi yaratmak olacaktır. Türk kamu düzeninin ihlalini gerektirecek haller çoğunlukla emredici bir hükmün açıkça ihlali halinde düşünülecektir. Fakat her emredici hükmün ihlali halinde veya her emredici hükmü ihlal eden bir yabancı kararın Türk kamu düzenine aykırı bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. O halde, iç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait İyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir. İç hukukta kamu düzeninin, tarafların uymak zorunda oldukları, kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kurallar olarak anlaşılması gerekir.”, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/09/20120920-8.html>, Erişim Tarihi, 21.10.2021.

³⁰ Huysal, s. 203; Pürselim, s. 500. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 02.12.2004, E. 2004/13018, K. 2004/13409, “... Kamu düzenini ilgilendiren kira tesbit uyuşmazlıklarının çözümü hakkındaki tahkim şartı HUMK.nun 518. maddesi hükmü gereğince geçersiz olacağından dava konusu kira uyuşmazlığının hakem heyeti tarafından görülmesi doğru değildir.”, www.legalbank.net, Erişim Tarihi, 17.09.2021.

sonuç doğurmaktadır³¹. Zira, HMK.m.408, amaca uygun bir yorumlama yapıldığında, tahkime elverişli olmayan uyuşmazlıkları iki başlık altında belirtmiştir. Bunun sonucu olarak, taşınmazın aynına ilişkin olmayan ve tarafların iradelerine tâbi olan uyuşmazlıkların tahkimde görülebilmesine olanak tanımıştır. Durum böyle iken, bu iki başlığın kapsamına girmeyen, iş, tüketici ve kira hukukundan doğan bazı uyuşmazlıkların tahkimde çözümlenebilmesini zayıf tarafı koruma ve kamu düzeni gibi gerekçelerle engellemek, kanunun tanıdığı olanağın ortadan kaldırılması anlamına gelmektedir. Nitekim, son yıllarda karşılaştırmalı hukukta mevcut olan eğilim, kamu düzeninin tahkime elverişliliğe olan etkisinin azaltılmasıdır³².

Tahkime elverişlilik kavramı müstakil olarak HMK.m.408’de düzenlenmiş ve tahkime elverişli olmama, HMK.m.439/II/g hükmü uyarınca iptal sebebi olarak düzenlenmiştir³³. Fakat, kamu düzeni kavramı HMK.m.439/II/ğ hükmünde farklı bir iptal sebebi olarak düzenlenmiştir. Sistematik yorum yapıldığında, bir uyuşmazlığın kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi ile tahkime elverişli olmasının farklı olduğu görülmektedir³⁴. Başka bir anlatımla, tahkime elverişli olmayan her uyuşmazlık kamu düzenine aykırı olmayabilir³⁵. Bununla birlikte, tahkime elverişli olan bir uyuşmazlık hakkında verilen karar da kamu düzenine aykırı olabilir³⁶. Bunun bir göstergesi olarak, kanun koyucu *kamu düzeni* ve *tahkime elverişlilik* hukukî kavramlarını, farklı hükümlerde iptal sebebi olarak kabul etmektedir. Buna karşılık,

³¹ Selçuk, s. 248; Özbay/Korucu, s. 11; Yılmaz, İtirazın İptali, s. 547.

³² Gary B Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1. Bası, 2009, s. 772; Antoine Kirry, *Arbitrability, Current Trends in Europe*, *Arbitration International*, 12(4), 1996, s. 375; Hüseyin Alper Tosun, *Public Policy Concepts in International Arbitration*, 2019, s. 65.

³³ Karş. Aydemir, s. 255-258.

³⁴ Benzer yönde bir görüş için bkz. Huysal, s. 203; Aydemir, s. 255.

³⁵ Karl-Heinz Böckstiegel, “Public Policy as a Limit to Arbitration and its Enforcement”, 11th IBA International Arbitration Day and United Nations New York Convention Day “The New York Convention, 50 Years” in New York on 1 February, 2008, s. 4. Bu yönde bir karar için bkz. Benzer yönde bir karar için bkz. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. Hukuk Dairesi, 11.02.2021, E.2018/1151 K.2021/268, “...Fakat her emredici hükmün ihlali hâlinde veya her emredici hükmü ihlal eden bir yabancı kararın Türk kamu düzenine aykırı bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. İç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensiplere, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir. ...”, Simel Saralioğlu, İstanbul Tahkim Merkezi Tahkimde Taraf Vekilliği Eğitimi Sunumu, 11.04.2021.

³⁶ Aydemir, s. 360-361. Tahkime elverişsizlik, tahkime gidilemeyecek konularla ilgili bir kavramdır. Bu tür bir konu hakkında tahkimde bağlayıcı bir karar verilemez. Kamu düzeni ise, hakem mahkemesinin ulaştığı bazı sonuçların kamu politikasına aykırı olduğunu ve uygulanamayacağı ile ilgilidir. Bkz. Kirry, s. 375.

hukuk düzeni, tahkime elverişli olmayan uyuşmazlıkları belirlerken kamu düzeni gibi kavramları dikkate alabilir. Örneğin, bir devlet, kendi kamu düzeni açısından önemli gördüğü bir uyuşmazlığı, tahkim yargılamasının dışında bırakabilir. Ayrıca, bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığı da kamu düzeninden olup yargı mercilerince mutlaka gözetilmesi gereken bir kavramdır. Sonuç olarak, kamu düzeni ile tahkime elverişlilik arasında böylesine sıkı bir ilişki bulunmaktadır.

Sonuç olarak, kamu düzeni kavramının, genel bir tahkime elverişsizlik sebebi olarak görülmemelidir. Eğer hakem kararının, kamu düzenine aykırı bir hukukî sonuç doğuracağı düşünülüyorsa, bunun denetimi zaten iptal davasında yapılmaktadır.

C. Kira Sözleşmelerinde Zayıf Tarafın Korunması

1. Genel Olarak

Türk Hukukunda kiracıların korunmasına ilişkin hükümler, maddî hukuka ilişkin olmak üzere TBK.m.339-356'da yer almaktadır³⁷. Ancak, söz konusu korumanın, her türlü kira sözleşmesi türünde değil, yalnızca konut ve çatılı iş yeri kiralarda olduğu ifade edilmelidir³⁸. Söz konusu koruma sağlanırken dikkate alınan temel sebep, kiracıların konut kirası veya çatılı işyeri kirası sözleşmelerini yaptıkları sırada ekonomik eşitsizlikten doğan müzakere güçlerinin zayıflaması olarak ifade edilmektedir³⁹.

Türk Hukukunda, konut ve çatılı işyeri kirası sözleşmeleri çerçevesinde kiracının korunduğu hükümlere bakıldığında, ilk olarak TBK.m.340 uyarınca, kira

³⁷ Anayasa'nın 2'nci maddesinde yer alan sosyal devlet ilkesi gereğince, bazı hukukî ilişkilerde zayıf taraf olarak kabul edilen kişiler korunmaktadır. Bu hukukî ilişkilerden olan kira sözleşmelerinde, kiracıların korunmasının sebebi ise, devletin kişilerin barınma hakkını gerektiği gibi sağlayamaması sebebiyle ortaya çıkan sosyal ve ekonomik eşitsizliğin dengelenmesidir. Bkz. Ermenek, Zayıf Tarafın Korunması, s. 56.

³⁸ Kira sözleşmesinin türünü tespit etmek açısından sözleşmenin yapıldığı an esas alınmalıdır. Örneğin, kira sözleşmesinin yapıldığı sırada boş bir arazi kiralanmış ancak daha sonra arazi üzerinde çatılı işyeri niteliğinde bir yapı inşa edilmişse, buna ilişkin kira sözleşmesi, tahliye açısından konut ve çatılı işyerine ilişkin kira sözleşmesi olarak değerlendirilemez. Bkz. Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, İcra ve İflâs Hukuku, s. 395. Anayasa'nın 2'nci maddesinde yer alan sosyal devlet ilkesi gereğince, bazı hukukî ilişkilerde zayıf taraf olarak kabul edilen kişiler korunmaktadır. Bu hukukî ilişkilerden olan kira sözleşmelerinde, kiracıların korunmasının sebebi ise, devletin kişilerin barınma hakkını gerektiği gibi sağlayamaması sebebiyle ortaya çıkan sosyal ve ekonomik eşitsizliğin dengelenmesidir.

³⁹ Ermenek, Zayıf Tarafın Korunması, s. 57; M. Murat İnceoğlu, Kira Hukuku, C.II, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 3; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, Yetkin Yayınevi, 2017, s. 393.

sözleşmesiyle “bağlantılı sözleşme yapma yasağına” işaret edilmektedir⁴⁰. Öğretide, kira sözleşmesi ile bağlantılı olan sözleşmenin (aslında hukukî işlemin), TBK.m.340 uyarınca kesin hükümsüz olabilmesi için kira sözleşmesi ile doğrudan ilişkili olmaması gerektiği belirtilmektedir⁴¹.

Konut ve çatılı işyeri kirası sözleşmelerinde kiracının korunduğu başka bir konu, “kira bedelinin belirlenmesi dışında kiracı aleyhine değişiklik yapma yasağı” olarak ifade edilebilir. TBK.m.343’e göre, söz konusu yasağa vurgu yapılmaktadır. Buna göre, TBK.m.339’da öngörülen tahliye sebepleri dışında kiralayan lehine sözleşmesel fesih ve fesih bildirim hakları getirilemez. Bundan başka, TBK.m.346’da yer alan malî külfet yüklenme ve cezaî koşul koyma yasağı, yine bu kapsamda ifade edilebilir.

Konut ve çatılı işyeri kirası sözleşmelerinde kiracıyı korumaya yönelik hükümlerin sevk edildiği başka bir konu ise, kira bedelinin tespitine ilişkindir. Bu konu, TBK.m.344-345 hükümlerinde düzenlenmektedir. Söz konusu hükümlere göre, taraflar kendi aralarında yenilenen kira yılına ilişkin ücreti kararlaştırmış olmaları durumunda, bu ücret bir önceki yılın tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranını geçmemek üzere geçerlidir. Buna karşılık, kararlaştırılan ücret, kanunda belirtilen oranın altında kalıyor ise bu ücret üzerinden kira sözleşmesi devam edecektir⁴². Bundan başka, kanunda belirtilen artış oranına ilişkin sınırlandırma, kira sözleşmesi süresince de geçerlidir⁴³.

Taraflar kira bedelinin belirlenmesi konusunda uyuşmazlık yaşamışlarsa, bu hususa ilişkin olarak tespit davası açılabilir. Açılan bu davaya, “kira bedelinin tespiti davası” denilmektedir⁴⁴. TBK.m.345’te, kira tespit davasının sonucunda

⁴⁰ Buna göre, bahçeli olan bir konutun kiralanmasına ilişkin yapılan kira sözleşmesinden ayrı olarak, bahçenin haftada bir bakımının yapılacağına ilişkin bir sözleşme yapılması bu yasağın kapsamına girmemektedir. Bundan başka, bağlantılı işlem yasağının işlerlik kazanabilmesi için, kiracının olağanüstü bir edim yükümlülüğüne karşılık, kiraya verenin az bir edim karşılığında bağlantılı işlemi yapması gerekmektedir. Bkz. İnceoğlu, s. 48.

⁴¹ İnceoğlu, s. 39-42; Eren, s. 397-399; Mustafa Alper Gümüş, Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 48-54.

⁴² İnceoğlu, s. 129.

⁴³ İnceoğlu, s. 132. Burada belirtilmek istenen, kira sözleşmesinin bir yıldan daha uzun olduğu durumlarda, tarafların sözleşme süresi içindeki kira bedelini serbestçe belirleyip belirleyemeyecekleri ile ilgilidir.

⁴⁴ Kira bedelinin tespiti davasının hukukî niteliği öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bu dava, tipik bir tespit davasıdır. Diğer görüşe göre ise, kira bedelinin tespiti davası inşai nitelikte bir davadır. Bu görüşler için bkz. Gizem Kılıç Öztürk, “Kira Tespit Davası ve Esasları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2017, 129, s. 255-256. Ayrıca, Yargıtay’ın vermiş olduğu bir içtihadı birleştirme kararında, bu davaların hukukî niteliğinin inşai davaya daha yakın olduğu belirtilmektedir. Karar için bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 12.11.1979,

verilen kararın zaman bakımından uygulanmasına ilişkin esaslar belirtilmektedir. Bu hükmün de kiracıları koruyucu nitelikte olduğu ifade edilmelidir.

Konut ve çatılı işyeri kirası sözleşmelerinde kiracının özellikle korunduğu başka bir konu da kiralananın tahliyesine ilişkindir. Bu koruma ile amaçlanan, kiracının kiraya veren tarafından kolayca çıkarılmasına engel olmaktır⁴⁵. TBK.m.354'te, "*Dava yoluyla kira sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkin hükümler, kiracı aleyhine değiştirilemez.*", ifadeleriyle söz konusu koruma ifade edilmektedir⁴⁶.

Konut ve çatılı işyeri kirasına ilişkin bu hükümler, öğretide kamu düzenine ilişkin olarak kabul edilmektedir⁴⁷. Öte yandan, kiracının zayıf taraf olarak kabul edilmesini gerektiren sebeplerin günümüzde ortadan kalkmaya başladığına dair görüşlerin de bulunduğu dikkat çekilmelidir⁴⁸.

2. Zayıf Tarafın Korunması Düşüncesinin Kira Sözleşmelerinin Türleri Bakımından Değerlendirilmesi

Zayıf tarafın korunması düşüncesi, Türk hukukunda konut ve çatılı işyeri kirası sözleşmelerinde dikkate alınmaktadır. Bazen taşınır niteliğinde olan konut veya çatılı işyeri kiralalarında da söz konusu koruma geçerli olmaktadır⁴⁹. Buna göre, zayıf tarafın korunması düşüncesinin, konut veya çatılı işyeri niteliğinde olan taşınır veya taşınmazların kiralınmasına ilişkin sözleşmelerde geçerli olan maddî hukuka ilişkin bir düşünce olduğu ifade edilebilir. Bu ifadeden anlaşılacağı üzere, taşınır kiralaları, ürün kirası ve hayvan kirası gibi kira sözleşmesi türlerinde zayıf tarafın korunması düşüncesi işlerlik kazanmamaktadır.

Kira türleri bakımından değinilmesi gereken bir durum da öğretide ve uygulamada, bazen "*ticarî kira sözleşmesidir*"⁵⁰. Bu ifadeden ne anlaşılması

E.1979/1, K.1979/3, www.kazanci.com, Erişim Tarihi, 21.11.2021. Bu dava ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. İnceoğlu, s. 153-161.

⁴⁵ Gümüş, s. 317.

⁴⁶ Kira sözleşmesinin tahliye davası ile sona ermesi yalnızca konut ve çatılı işyeri kiralalarına mahsus bir durumdur. Kiralananın tahliyesi, TBK.m.354 uyarınca, yalnızca TBK.m.350-352 hükümlerinde yer alan tahliye sebeplerinden birinin gerçekleşmesi durumunda yapılabilir. Başka bir anlatımla, tarafların kendi aralarında anlaşmak suretiyle yeni fesih ya da tahliye sebepleri oluşturmaları mümkün değildir. Bu durumda, TBK.m.354'ten anlaşılması gereken yalnızca dava yoluyla tahliye sebeplerinin sınırlılığı değil, sözleşmedeki fesih sebeplerinin de sınırlı olmasıdır. Bkz. Gümüş, s. 319.

⁴⁷ Gümüş, s. 317; Burcuoğlu, s. 50; Ermenek, Zayıf Tarafın Korunması, s. 62.

⁴⁸ İnceoğlu, s. 1-5.

⁴⁹ Gümüş, s. 24.

⁵⁰ Pekcanitez/ Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2640; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, Medenî Usûl Hukuku, s. 729. Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 30.01.2013,

gerektiği tam olarak açık değildir. Kanaatimizce, ticarî kira sözleşmesi ifadesinin ne anlama geldiği, ticaret hukuku terminolojisi çerçevesinde yapılmalıdır. Buna göre, tarafların her ikisinin de tacir olduğu ve her ikisinin de ticarî işletmesiyle ilgili bir kira sözleşmesi var ise, TTK.m.4 uyarınca, bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar, ticarî dava olarak nitelendirilebilir. Bundan başka, taraflardan en az birisinin için ticarî işletmesi ile ilgili bir kira sözleşmesi var ise, yayılma kriteri gereğince (TTK.m.3), her iki taraf için de ticarî iş niteliğinde sayılan bir kira sözleşmesinden bahsedilebilir. Ticaret hukuku bakımından ticarî iş ve ticarî dava ayrımı, onların hukukî sonuçları bakımından önem arz eder. Dolayısıyla, “*ticarî kira sözleşmesi*” yerine, ayırt edici olması amacıyla, “*ticari davaya vücut veren kira sözleşmeleri*” veya “*ticari iş niteliğindeki kira sözleşmeleri*” gibi kavramlar kullanılabilir. Ancak belirtilmelidir ki, pozitif hukukun konuya yaklaşımı, “*konut ve çatılı iş yeri*” kavramlarının esas alınmasıdır. Bu bağlamda, bunların kiralanmasına ilişkin sözleşmenin taraflarının tacir olup olmaması veya bu sözleşmenin ticarî iş niteliğinde olup olmaması önemli değildir.

II. KIRA SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN TAHKİME ELVERİŞLİLİĞİ

A. Genel Olarak

Dünyanın gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeleri, tahkime elverişliliğin kapsamını genişletme eğilimindedir⁵¹. Örneğin, kamu düzeni gibi soyut kavramlarla tahkime elverişliliği engellemek, dünyada terk edilen bir yaklaşım biçimini ifade etmektedir⁵². Tahkim alanındaki söz konusu gelişmeler, Türk Hukuku uygulamasında bazı uyuşmazlıkların neden tahkime elverişsiz olarak kabul edildikleri konusunda inceleme yapmaya teşvik edicidir. Bu bağlamda, çalışmanın konusunu, zayıf tarafın korunması düşüncesine dayanılarak tahkime elverişsiz olarak

E.2012/9681, K.2013/1334, Ekşi, s. 58. Buna benzer olarak, “*ticarî satış*” kavramı için bkz. TBK.m.212; TTK.m.23. Bu kavram hakkında açıklama için bkz. Eren, s. 40. Bu konunun tahkime elverişlilik bağlamında değerlendirilmesi için bkz. II, C, 1.

⁵¹ Tahkimin küresel ölçekte uygulama alanının genişlemesi, kurumsal tahkim merkezlerinin dünya genelinde kurulması gibi dikkat çeken gelişmeler, ülkemiz hukuk çevrelerinde de yakından takip edilmektedir. Öte yandan, devlet mahkemelerinin iş yükü, gelişmiş ülkelere kıyasla, ülkemizde oldukça fazladır. Bu ve diğer kronik sebeplerle, ülkemizde bulunan devlet mahkemelerindeki yargılama süresi oldukça uzamaktadır. Bu durumun aksine “*tahkim*”, hızlı ve pratik bir yargılama usulünü gerçekleştirme iddiasındadır. Dünyadaki ve ülkemizdeki tahkim uygulamasına ilişkin tecrübeler, tahkim yargılamasının bu iddiasını doğrulamaktadır. Bu yönde açıklamalar için bkz. Ejder Yılmaz, “*Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Mahkemelerin Geleneksel İşlevini Yitirmesi*”, Yüz Yetmiş Dört (İNTES), 2020, s. 53. Devlet mahkemelerinin iş yükü ve yargılamaların uzun sürdüğü hakkında açıklamalar ve bu görüşte olan yazarlar için bkz. İbrahim Ermenek, “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Ön İnceleme*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(1), 2011, s. 142-143.

⁵² Born, s. 772; Kirry, s. 375; Tosun, s. 65; Kozubovska, s. 27.

kabul edilen kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği oluşturmaktadır.

Kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliğini incelemek, maddî hukuktaki zayıfın korunması düşüncesinin iç millî tahkime elverişlilik ölçütlerine etki edip etmeyeceğini değerlendirmeyi gerektirmektedir. Zira, öğretide ve Yargıtay uygulamasında, kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı yönündeki görüşlerin temelinde, zayıf tarafın korunması düşüncesi vardır. Bu başlık altında, dikkat çekilmesi gereken başka bir konu daha vardır. Bu da tahkim sözleşmesinin, “*bağlantılı sözleşme yasağı*” kapsamına girip girmediğidir. Bundan başka, kira bedelinin tespiti konusundaki sınırlamalar, tarafların uyuşmazlık üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri anlamına geleceği de ileri sürülen başka bir görüştür. Genel olarak, kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği konusunda tartışılması gereken konu başlıkları bunlardır⁵³. Aşağıda detaylı olarak inceleneceği üzere, bu tür uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olması karşısında tahkime elverişliliğin mümkün olması, savunulmaya çalışılan görüşü desteklemek üzere ileri sürülebilecek başka bir argümandır. Öte yandan, söz konusu uyuşmazlıkların tahkime elverişli olarak kabul edilmesi durumunda, ortaya çıkabilecek olan bazı endişelerin aşılması konusunda ileri sürülebilecek bazı öneriler de bulunmaktadır. Bu sebeple, aşağıda, ilgili konu başlıkları etrafında değerlendirme yapılırken birtakım öneriler de ortaya koymaya çalışılmaktadır. Konuyla ilgili değerlendirmeler yapılırken, karşılaştırmalı hukuktaki durumdan⁵⁴, öğretide ileri sürülen görüşlerden ve yargı kararlarından faydalanılmaktadır.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, kira, iş ve tüketici hukukuna ilişkin ortaya çıkan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği, sübjektif tahkime elverişlilik ile

⁵³ Tahkime elverişliliğe ilişkin taşınmazın aynından doğan haklara ilişkin olma ölçütü, şahsî hak ilişkisi doğuran kira sözleşmeleri bakımından önem arz etmemektedir. Zira, kira sözleşmelerinden doğan haklar tapu siciline şerh etmek suretiyle de olsa aynî hak niteliğini kazanamazlar. Bkz. Başpınar/ Ünal, s. 357-360. Bu sebeple, bu çalışmada üzerinde durulması gereken ölçüt, uyuşmazlığın tarafların iradelerine tâbi olmasına ilişkin ölçüttür.

⁵⁴ Anglo-Sakson hukuk sistemi olması sebebiyle doğrudan çalışmada yer almasa da İngiliz Hukukundaki duruma göz atmakta fayda vardır. İngiliz Hukukunda kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ve tahkime gidilebilmektedir. Ancak, İngiliz Hukukunda sistemli bir alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizması olmadığından kira sözleşmelerine ilişkin sorunlar genelde mahkemelerde çözülmektedir. Bu sebeple, öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin de artmasıyla birlikte karma nitelikli ve somut kira uyuşmazlıklarına göre değişen alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri geliştirilebileceği ifade edilmektedir. Bkz. Jennifer Harris, *Alternative Approaches to Resolving Housing Disputes*, Bristol 2020. Öte yandan, Hindistan’da da kira bedelinin tespitine ilişkin uyuşmazlıklar, kira kontrol düzenlemeleri gereğince tahkime elverişli olarak görülmemektedir. Bhadra/ Jalan, s. 99.

ilgilidir⁵⁵. Zira, burada tahkime elverişsizliğin sebebi kiracı, tüketici veya işçi gibi sùjelerdir.

Kanaatimizce, söz konusu uyuşmazlıklara ilişkin tahkime elverişlilik, objektif tahkime elverişliliğın kapsamındadır. Zira, sùbjektif tahkime elverişlilik ile kastedilen tarafların tahkim sözleşmesine taraf olabilme ehliyetidir. Bu durum ise, iç hukuk bakımından hak ehliyetinden ve bazı tüzel kişi organlarının temsil kabiliyeti sorunundan başka bir konu değildir. Nitekim, sùbjektif tahkime elverişlilik, çok uluslu şirketlerin tahkim yargılamasında taraf olabilme ehliyetine ve bazı durumlarda şirket veya devlet organlarının temsil yetkisine ilişkin olarak bir sorunun çözümlenmesi amacıyla, milletlerarası hukuk mevzuatında kendine yer bulan bir düzenlemedir⁵⁶. Kiracı konumunda olan herhangi bir kişinin, taşınırlara ilişkin kira sözleşmesine taraf olması durumunda, bu sözleşmeden doğan bir uyuşmazlığın Türk hukukunda tahkime elverişliliğine dair herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Ancak, konut veya çatılı işyeri kirası gibi maddî hukukun zayıfı koruma düşüncesi ile hareket ettiği durumlarda, öğretilde ve uygulamada tahkime elverişliliğe ilişkin olarak görüş ayrılıkları ortaya çıkmaktadır. Bu durumdan yola çıkılırsa, kira sözleşmelerinde (aynı şekilde tüketici ve iş sözleşmeleri) tahkime elverişlilik ile ilgili değerlendirilmesi gereken husus objektif tahkime elverişliliğidir. Zira, görüldüğü üzere kira sözleşmelerinin konusu değiştiğinde, tahkime elverişliliğe ilişkin değerlendirmeler de farklılaşmaktadır. Nitekim, Alman hukukunda da konut kirasına ilişkin uyuşmazlıkların tahkimde görülemeyeceğine ilişkin düzenleme, objektif tahkime elverişliliği hüküm altına alan (d)ZPO §1030'da yer almaktadır⁵⁷.

B. Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Kira Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıkların Tahkime Elverişliliği

1. Alman Hukukundaki Durum

Alman hukukunda tahkime elverişlilik (*schiedsfähigkeit*) ile ilgili düzenleme Alman Medeni Usûl Kanunu ((d)ZPO) §1030'da yer almaktadır. Bu hükümde, tahkime elverişlilik, mülkiyet hakkına ilişkin olan ve olmayan uyuşmazlıklar şeklinde bir ayrıma tâbi tutularak düzenlenmektedir⁵⁸. Söz konusu hükmün birinci

⁵⁵ Selçuk, s. 250.

⁵⁶ Aydemir, s. 251-152; Huysal, s. 18.

⁵⁷ Bechte, s. 309; Voit, s. 69; KUKO ZPO-DASSER, Art. 354, pn.20; BSK ZPO-WEBER-STECHER, Art. 354, pn.2.

⁵⁸ Bechte, s. 309. Öğretilde ileri sürülen bir görüş, Alman Hukukunda son dönemlerde yapılan değişiklikler ile tahkimin uygulama alanının genişletilmesine rağmen, tahkime elverişli olmayan uyuşmazlıkların hâlen azımsanamayacak seviyede olduğu belirtmektedir. Bundan başka, bu görüş, yasal düzenlemelerde yapılacak bir değişiklik ile tahkime elverişliliğın kapsamının genişletilmesi gerektiği ve tahkime elverişli olmayan uyuşmazlıkların, üçüncü

fıkrasının ilk cümlesinde, taşınır ve taşınmaz mal ayrımı yapılmaksızın mülkiyete ilişkin uyuşmazlıklarda tahkime gidilebileceği düzenlenmektedir. İkinci cümlede ise, mülkiyet hakkına ilişkin olmayan uyuşmazlıklarda, Türk hukukunda olduğu gibi tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilmeleri ölçütü benimsenmiştir. Hükmün ikinci fıkrasında, konut kirası sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı öngörülmektedir. Hükmün üçüncü fıkrasında ise, başkaca kanunî düzenlemelerde, (d)ZPO §1030’da tahkime elverişli olmadığı öngörülmeven bazı konulara ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığına öngörülmesinin mümkün olabileceği ifade edilmektedir.

Alman Medeni Usûl Kanunu’nun ilgili düzenlemesi dikkate alındığında, Türk hukukundan farklı olarak, taşınmaz mülkiyeti hakkındaki uyuşmazlıkların da tahkime elverişli olduğu görülmektedir. Bundan başka, (d)ZPO §1030’da konut kirası sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı açıkça hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemenin amacının kiracıyı korumak olduğu ifade edilmektedir⁵⁹.

2. İsviçre Hukukundaki Durum

İsviçre hukukunda tahkime elverişlilik, İsviçre Medenî Usûl Kanunu ((sch)ZPO) §354’ de düzenlenmektedir. Söz konusu hükümde, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri herhangi bir konunun tahkime elverişli olduğu öngörülmektedir. (sch)ZPO §354’de yer alan bu hüküm çerçevesinde, İsviçre hukukunda tahkimin uygulanma alanı oldukça genişletilmiştir. Ayrıca söz konusu hükmün, taşınır ve taşınmaz mal ayrımı yapmadan malvarlığına ilişkin tüm uyuşmazlıklarda tahkime elverişliliğe imkân tanıdığı ifade edilebilir⁶⁰. Bu durumda, kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu ifade edilmektedir⁶¹.

İsviçre hukukunda, konut kirası sözleşmelerine ilişkin olarak, (sch)ZPO §361/IV’de yer alan hüküm dikkat çekmektedir. Bu hükme göre, konut kirası sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar, ancak “*Schlichtungsbehörde*” denilen eyalet tahkim otoritesinde görülebilir. Bu durum, tarafların serbestçe hakemlerini

kişilerin dahil olabileceği uyuşmazlıklar ve devletin egemenlik gücünün kullanmasını gerektiren uyuşmazlıklar olmak üzere iki gurup altında toplanıp belirli hâle getirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu yöndeki görüş için bkz. Liebscher, s. 1625-1643.

⁵⁹ Wilfried J. Köhler, *Anwalts-Handbuch Wohnungseigentumsrecht*, 4. Bası, Ottoschmidt, 2020, s. 1196; Bechte, s. 309; Rolf A. Schütze/ Roderich C. Thummel/ Matthias Wendland, *Grosskommentar der Praxis ZPO §§ 916-1066*, 5. Bası, De Gruyter, 2019, s. 430; Özbay, İbrahim, “1998 Alman Tahkim Hukuku Reformu ve Bu Reforma İlişkin Özellikler”, *Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan*, C.II, Beta Yayınevi, 2013, s. 1069.

⁶⁰ KUKO ZPO-DASSER, Art. 354, pn.1-20; Yılmaz/ Çavuşoğlu, s. 604.

⁶¹ BSK ZPO-WEBER-STECHER, Art. 354.

seçemeyecekleri anlamına gelmektedir⁶². Öğretide, ilgili hüküm, konutlara özgü olarak kiracıyı koruma düşüncesi ile getirilmiş olsa da tahkimde hakemlerin serbestçe seçilebilmesi özgürlüğüne aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir⁶³.

3. Avusturya Hukukundaki Durum

Avusturya Medenî Usûl Kanunu ((ö)ZPO) §582’de tahkime elverişlilik konusu düzenlenmektedir. (ö)ZPO §582 hükmünün birinci fıkrasına göre, mülkiyet hakkına ilişkin her türlü uyuşmazlık tahkime elverişlidir. Bundan başka, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri her türlü uyuşmazlık da tahkime götürmek suretiyle çözümlenebilir. (ö)ZPO §582 hükmünün ikinci fıkrasında, Alman ve Türk hukukundan farklı olarak, tahkime elverişli olmayan uyuşmazlıklar tartışmaya yer vermeyen şekilde düzenlenmektedir⁶⁴. Buna göre, aile hukukundan doğan uyuşmazlıklar, kira hukukundan doğan uyuşmazlıklar, Kâr Amacı Gütmeyen Konut Mülkiyeti Kanunu’ndan (WGG) ve Kat Mülkiyeti Kanunu’ndan (WEG) doğan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir. Bundan başka, (ö)ZPO §582’de düzenlenmeyen ve fakat diğer kanunlarda tahkime elverişliliği engellenmiş uyuşmazlıkların da olabileceği söz konusu hükmün son cümlesinde ifade edilmektedir.

C. Türk Hukuku Bakımından Kira Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıkların Tahkime Elverişliliği

1. Zayıf Tarafın Korunması Düşüncesinin Kira Sözleşmelerinin Tahkime Elverişliliğine Etkisi

Yukarıda açıklandığı üzere, konut ve çatılı iş yeri niteliğinde olmayan eşyaya ilişkin kira sözleşmelerinde zayıf tarafın korunması düşüncesi gündeme gelmemektedir⁶⁵. Bu sebeple, Türk hukukunda, konut ve çatılı işyeri niteliğinde

⁶² İsviçre Hukukunda dikkat çeken diğer bir durum da kiracının korunmasına ilişkin düzenlemede (OR § 266a), hem konut hem de işyeri bakımından koruma sağlanırken, tahkimle ilgili olarak (sch)ZPO §361’de yalnızca konut kiralardan bahsedilmesidir. Aslında bu durum, zayıf tarafın korunması düşüncesinin doğrudan usûl hukukuna etki etmediğinin başka bir göstergesi olarak kabul edilebilir.

⁶³ BSK ZPO-HABEGGER, Art. 361. Benzer yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 141 III 201, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c3141201.html> Erişim Tarihi, 21.10.2021. Federal mahkeme, bu normu yasama kusuru olarak nitelendirmektedir.

⁶⁴ Voit, s. 15, 82; Elena Wutzel, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit im Verhältnis Österreich, Wien 2019, s. 31.

⁶⁵ Bkz. I, C, 2.

olmayan eşyaya ilişkin olarak yapılan kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği konusunda bir tartışma yoktur⁶⁶.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, zayıf tarafın korunması, sosyal devlet ilkesinin ve kamu düzeninin gereklerindedir⁶⁷. Bu sebeple, konut ve çatılı işyeri kirası sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tahkime gidilemez. Yargıtay, aynı gerekçe ile, zayıf tarafın korunduğu konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tahkime gidilemeyeceği görüşündedir⁶⁸. Öğretide, Yargıtay'ın bu tür kararlarındaki temel düşüncenin, zayıf tarafın korunmasının yalnızca mahkemeler tarafından yerine getirilmesine dair inanç olduğu ifade edilmektedir⁶⁹.

Öğretide bu konuya ilişkin olarak ileri sürülen diğer bir görüşe göre, ekonomik ve sosyal eşitsizlikler sebebiyle tahkime elverişliliğin sınırlarını daraltmak, günümüzde terk edilmeye başlanan bir düşüncedir⁷⁰. Bu görüşü savunan

⁶⁶ Bu çalışmada, “kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği” denildiğinde, anlatılmak istenen konut ve çatılı işyeri kirası sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliğidir. Zira, bunların dışındaki (taşınmalar, hasılat kirası vs.) kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği konusunda bir tartışma bulunmamaktadır.

⁶⁷ Pekcanitez/ Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2638; Haluk Tandoğan, Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasaya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi, 1. Bası, Filiz Kitabevi, 1993, s. 49-50; Gümüş, s. 317; Nazlı Albayrak Ceylan, Uluslararası Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kuralların Etkisi, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 115. Yalnızca konut kirasından doğan uyuşmazlıklarda tahkime elverişliliğin mümkün olmadığı yönünde bkz. Hatice Selin Pürselim, “Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Kira Sözleşmelerinin Tahkime Elverişliliği”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2021, 27(1), s. 506-509.

⁶⁸ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 02.12.2004, E. 2004/13018, K. 2004/13409, “... Kamu düzenini ilgilendiren kira tesbit uyuşmazlıklarının çözümü hakkındaki tahkim şartı HUMK.nun 518. maddesi hükmü gereğince geçersiz olacağından dava konusu kira uyuşmazlığının hakem heyeti tarafından görülmesi doğru değildir. Dava dilekçesinde taşınmazın yıllık kira parasının net 300.000.000 liradan az olmamak üzere hakem heyeti tarafından tesbiti masraflarla birlikte davalı taraftan tahsili istenilmiştir. ... O halde kamu düzenini ilgilendiren kira tesbit uyuşmazlıklarının çözümü hakkındaki tahkim şartı HUMK.nun 518. maddesi hükmü gereğince geçersiz olacağından dava konusu kira uyuşmazlığının hakem heyeti tarafından görülmesi doğru değildir. SONUÇ, Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK.nun 428. maddesi gereğince BOZULMASINA ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 2.12.2004 tarihinde oybirliğiyle karar verildi”, www.legalbank.net, Erişim Tarihi, 17.09.2021. Bu yöndeki diğer kararları için bkz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 11.11.1965, 7792/5764; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, T. 13.9.1965, 6722/4090; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 10.07.1970, 3032/3170, Akıncı, s. 357-358.

⁶⁹ Akıncı, s. 357; Selçuk, s. 248.

⁷⁰ Yeşilova, s. 339-340; Selçuk, s. 250-251; Yılmaz/ Çavuşoğlu, s. 602; Ekin Ömeroğlu, “Taşınmazların Kiralanmasına İlişkin Sözleşmelerin Uygulanacak Hukuk, Milletlerarası Yetki ve Milletlerarası Tahkim Bakımından Türk Hukukundaki Yeri”, Türkiye Barolar Birliği

yazarlardan birisine göre, eğer kanun koyucu zayıf tarafı koruma düşüncesiyle tahkime elverişliliği sınırlandırmak isteseydi, Alman hukukunda olduğu gibi açık bir kanunî düzenleme yaparak, kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişsiz olduğunu belirtirdi⁷¹.

Kanaatimizce, yukarıda yer verilen ikinci görüş daha isabetli olarak kabul edilebilir. Zira, zayıf tarafın korunması düşüncesinin kamu düzenine ilişkin olması, tahkime elverişsizlik sebebi olarak kabul edilemez⁷². Bundan başka, zayıf tarafın korunması düşüncesinin usûl hukukuna etkileri de belirlenmelidir.

Zayıf tarafın korunması düşüncesi, kira sözleşmeleri bakımından Türk hukukunda konut ve çatılı işyeri kirasında dikkate alınan ve bu sebeple, maddî hukuka ilişkin hükümlerin oluşturulmasında öne çıkan bir ilkedir⁷³. Bu durumda, zayıf tarafın korunması düşüncesi, tahkim sözleşmesinin geçerlilik şartları arasında ilk olarak incelenmesi gereken “*tahkime elverişlilik*” kavramına etki etmemelidir. Zira, tahkim sözleşmesi, hukukî niteliği itibariyle usûl hukuk sözleşmesi olup, hüküm ve sonuçlarını usûl hukuku alanında doğurmaktadır⁷⁴. Usûlî olanakların kullanılmasında, usûlî eşitlik ilkesi⁷⁵ geçerli olduğundan maddî hukuka ilişkin olan zayıf tarafın korunması gibi düşünceler, ilkeler ve kurallar aksine kanunî bir düzenleme olmadıkça⁷⁶, usûl hukukunda etki doğurmamalıdır⁷⁷. Kanaatimizce,

Dergisi, 2016, 127, s. 393. Tüketici uyuşmazlıklarına ilişkin olarak benzer yönde görüş için bkz. Ekşi, s. 51. Tüketici sözleşmelerindeki tahkim sözleşmesinin, HMK.m.17'nin kıyasen uygulanmak suretiyle geçersiz sayılması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Budak / Karaaslan, s. 484.

⁷¹ Selçuk, s. 251.

⁷² Kamu düzeni ile tahkime elverişlilik arasındaki ilişkiye için değerlendirmeler için bkz. I, B, 3.

⁷³ Bu düşünceye ilişkin olarak bkz. I, C, 1.

⁷⁴ Bu konu tartışmalı olsa da ağırlıklı görüş tahkim sözleşmesinin usûl hukuku sözleşmesi olduğudur. Bkz. Tanrıver, s. 354; Yavuz Alangoya, Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, 1. Bası, Fakülteler Matbaası, 1973, s. 63-64.

⁷⁵ Usûlî eşitlik ilkesi, yargılama hukukuna ilişkin olmak üzere, üst bir kavramı ifade etmektedir. Örneğin, mahkemeye erişim hakkı, silahların eşitliği ilkesi, sürpriz karar yasağı gibi kavramları kapsar niteliktedir. Bu açıklamalar için bkz. Hanağası, s. 41. Bu ilke, Anayasa'da yer alan genel eşitlik ve sosyal devlet ilkelerine dayanmaktadır. Bkz. Hakan Pekcanitez, “Medenî Yargıda Adil Yargılama”, İzmir Barosu Dergisi, 1997/2, (Budak, s. 73'ten naklen).

⁷⁶ Bazı durumlarda usûl hukukuna ilişkin mevzuat oluşturulurken söz konusu ilke ve düşünceler dikkate alınabilir. Örneğin, tüketici hakem heyetinin tüketici lehine verdiği karara karşı yapılan itirazın kabulü durumunda mahkemece tüketici aleyhine, avukatlık asgari ücret tarifesine göre nispi tarife üzerinden vekâlet ücretine hükmedilir. Bundan başka, adli tatilde işçilerin açtıkları davaların görülebilmesi buna örnektir.

⁷⁷ Silahların eşitliği ilkesi açısından benzer yönde görüşler için bkz. Ermenek, Zayıf Tarafın Korunması, s. 234; Hanağası, s. 42; Cemil Simil, Belirsiz Alacak Davası, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 413-414; İşçinin, gider avansı ödemesi ile ilgili olarak ortaya konulan görüş için bkz. Hakan Pekcanitez, “Belirsiz Alacak Davasının İş Hukukunda

tahkime elverişliliğin kapsamı belirlenirken usûli eşitlik kapsamında dikkate alınması gereken ilke, “silahların eşitliği ilkesi” değildir. Zira, silahların eşitliği ilkesi, yargılama sırasında işlerlik kazanan bir ilkedir. Tahkim sözleşmesinin yapılması sırasında gündeme gelen bir konu olan tahkime elverişlilik ise, yargılama aşamasından önceki bir süreçte tartışılması gereken bir konudur. Bu nedenle, tahkime elverişlilik ile ilgili olarak usûli eşitliğin sağlanması, “mahkemeye erişim hakkı” kapsamında değerlendirilebilir. Zira, tahkim sözleşmesiyle “*hakem mahkemesi*”, yargılama yapacak olan merci olarak kabul edilmektedir.

Sonuç olarak, tahkime elverişliliğin belirlenmesinde usûli eşitlik ilkesi kapsamında mahkemeye erişim hakkı esas alınmalı, buna karşılık maddi hukuka ilişkin olup kural olarak usûl hukukunda geçerliliği bulunmayan zayıf tarafın korunması düşünceinin dikkate alınamayacağı kanısındayız.

Yeri gelmişken üzerinde durulması gereken başka bir konu, zayıf tarafın korunması düşünceinin somutlaştığı TBK.m.340'taki bağlantılı sözleşme yasađıdır⁷⁸. Burada tartışılabilecek olan konu, tahkim sözleşmesinin bağlantılı sözleşme yasağı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Kanun metninde “*sözleşmeler*” ifadesi kullanılmaktadır. Fakat, maddi hukuk sözleşmelerinin yanında usûl hukukuna ilişkin sözleşmelerin de bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği açık değildir. Kanun metninin gerekçesinde, “*Meselâ, kiracının, kiralayana karşı kiralanana satın alma yükümlülüğü altına girmesi veya önceki kiracının bıraktığı eşyayı satın almayı borçlanması ya da kiralanana ilgili bir sigorta sözleşmesi yapmayı üstlenmesi geçersiz olacaktır*” ifadelerine yer verilmektedir⁷⁹. Kanaatimizce, tahkim sözleşmesi, TBK.m.340 uyarınca, kira sözleşmesi ile bağlantılı sözleşme kapsamında değerlendirilip kesin hükümsüz sayılmamalıdır. Zira, birinci olarak, burada kastedilen maddi hukuka ilişkin sözleşmeler olmalıdır. Nitekim örneğime yoluyla sayılmış olsa da gerekçede verilen örnekler maddi hukuka ilişkindir. İkinci olarak, bağlantılı sözleşme yasağının işlerlik kazanabilmesi için, “*kiracının yararı olmaksızın*” kiracının olağanüstü bir edim yükümlülüğüne karşılık, kiraya verenin az bir edim karşılığında bağlantılı işlemi yapması gerekmektedir⁸⁰. Tahkim sözleşmesinde ise bu türden bir edim orantısızlığından ve kiracı aleyhine bir durumdan bahsedilemez. Zira, taraflar tahkim sözleşmesinde usûli eşitliğin egemen olduğu yargılama sürecini kabul etmiş olmaktadır.

Uygulanması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Polat Soyer’e Armağan, 2013, s. 951.

⁷⁸ Bu yasağa ilişkin açıklamalar için bkz. I, C, 1.

⁷⁹ Bkz. <https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6098ss.pdf>, Erişim Tarihi, 22.10.2021.

⁸⁰ İnceoğlu, s. 48.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, tahkim sözleşmesinin bir tarafının zayıf olarak kabul edildiği durumlarda, tahkim yargılamasına zayıf tarafın başvurduğu ihtimâlde, tahkime elverişlilik sorunu gündeme gelmemelidir⁸¹. Söz konusu görüş açıkça belirtmese de karşıt kavram kanıtından (*argumentum a contrario*) yola çıkılırsa, tahkim sözleşmesinin güçlü olarak kabul edilen tarafının tahkim yargılamasına müracaat ettiği durumda, bu tür uyuşmazlıkların tahkime elverişsiz olarak kabul edileceğini ifade etmektedir. Kanaatimizce, bu görüşün kabul edilmesi, usûlî eşitlik ilkesine aykırılık oluşturabilir. Zira, usûlî eşitlik, usûlî olanakların eşit olarak kullanılmasını temin etmek üzere kabul edilen bir ilkedir. Bir taraf lehine, zayıf tarafın korunması düşüncesi ile pozitif ayrımcılık tanımak, bu ilkeye aykırılık oluşturmaktadır⁸².

Konut ve çatılı işyeri kirası sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği konusunda üzerinde durulması gereken başka bir konu, Yargıtay'ın, bunların “*ticarî kira*” niteliğinde olduğu durumlarda tahkime elverişli olduklarına yönelik kararıdır⁸³. Kanaatimizce, konut ve çatılı işyeri kiralarından doğan uyuşmazlıklar tahkime elverişli olduğu için, tarafların tacir olup olmaması, bu uyuşmazlığın ticarî işe veya ticari davaya vücut verip vermeyeceği gibi ölçütler bu konuda dikkate alınmamalıdır⁸⁴. Bu bakımdan, konut ve çatılı işyeri kiralarının

⁸¹ Akıncı, s. 105, 361; Albayrak Ceylan, s. 115; İbrahim Doğan Takavut, Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar, 1. Bası, İstanbul 2018, s. 94, (Pürselim, s. 506'dan naklen). Bu konuyla ilgili olarak, kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin asimetrik tahkim sözleşmesi yapılmasını ayrıca değerlendirmek gerekir. Zira, tarafların kendi aralarında yaptıkları tahkim sözleşmesinde, bir tarafa tahkime başvuru hakkı tanındığı durum, yukarıdaki değerlendirmeden bağımsızdır. Bu durumda, asimetrik tahkim sözleşmesinin Türk Hukuku bakımından geçerliliği tartışılmalıdır. Modern kabul edilebilecek eğilim, asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçerli olduğu yönünde ise de, özellikle maddî hukuk açısından zayıf tarafın korunduğu durumlarda, asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçerliliğinin dikkatle incelenmesi gerekir. Bundan başka, uyuşmazlığın zayıf tarafına tahkime başvurma hakkı veren bir asimetrik tahkim sözleşmesinin, doğrudan tahkime elverişsizlik nedeniyle geçersiz olmasındansa, zayıf tarafı gözetmesi nedeniyle geçerli olabileceği de tartışma konusu yapılabilir.

⁸² Hanağası, s. 42.

⁸³ “Ticarî kira” ifadesinin kullanıldığı eserler için bkz. Pekcanitez/ Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2640; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, Medenî Usûl Hukuku, s. 729. Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 30.01.2013, E.2012/9681, K.2013/1334, Ekşi, s. 58.

⁸⁴ Bu konuda, yetki sözleşmesinin, tarafların tacir veya kamu tüzel kişileri olduğu durumda yapılabilmesi karşısında tahkim sözleşmesinin de bu kapsamda değerlendirilebileceği düşünülebilir. Nitekim, her iki sözleşme de usûl hukuku sözleşmesidir. Kanaatimizce, böyle bir görüş isabetli olarak görülemez. Zira, yetki sözleşmesindeki bu durum, açıkça kanun hükmünde belirtilmesinden kaynaklanmaktadır. Tahkim sözleşmesi açısından ise böyle bir durum söz konusu değildir.

tahkime elverişliliğine ilişkin aşağıdaki açıklamalar, bu türden uyuşmazlıklar açısından da geçerli olmalıdır⁸⁵.

Zayıf tarafın korunması düşüncesi, usûl hukukuna ilişkin olan bir ilke değildir. Bununla birlikte, bu ilkenin maddî hukukta kabul edilmesini gerektiren sebeplerin tamamen göz ardı edilmesi, menfaat-değerlendirme hukukçuluğuna uygun bir yaklaşım değildir⁸⁶. Örneğin, asgarî ücret geliri ile ailesiyle yaşamını sürdüren bir kişi ile kiraya verebileceği birden fazla evi olan ve hukukî bilgisi yerinde olan bir kişi arasında yapılan konut kirası sözleşmesine, tahkim şartı konulabilir. Hatta bu tahkim şartının devamında, aralarında söz konusu kira sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda kiraya verenin çok yakın bir arkadaşının hakem olarak kararlaştırılması da mümkündür. Aynı örnek üzerinden devam edilirse, kiracı ile kiraya veren aralarında yaptıkları anlaşmayla maddî hukukun konut kirasına ilişkin olarak kiracıyı koruma amacıyla getirilen hükümlerinin uygulanmayacağını da kararlaştırmışlar olabilirler. Bu ihtimâllerin birinin veya birkaçının gerçekleştiği varsayımında, yapılacak olan tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararı, muhtemelen HMK.m.439/II/ğ uyarınca, kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle iptal edilecektir. Bundan başka, yukarıdaki ihtimâlde, taraflar, devlet ve sivil otoriterlerce kabul edilmiş bir kurumsal tahkim merkezi seçip, maddî hukukun kiracıyı koruyucu hükümlerinin uygulanacağı konusunda anlaşmış olabilir. Bu durumda, kurumsal tahkim merkezinin yapacağı yargılama muhtemelen kamu düzenine aykırı olmayacaktır. Öte yandan, tahkim yargılamasının devlet mahkemelerine göre makul sürede bittiği göz önüne alındığında, tarafların tahkim yargılamasını seçmeleri menfaatlerine olmaktadır. Bundan başka, taraflardan birisinin ülkemiz piyasasında hâkim konumda olan ve uluslararası ölçekte ticarî

⁸⁵ “Ticarî kira” kavramına ilişkin açıklamalar için bkz. I, C, 2.

⁸⁶ Menfaat içtihadı kavramı için bkz. Ali Cem Budak, “Kılı Kırk Yarma Makinesi” Medeni Usul Hukukunda Kavram İçtihadı ve Menfaat İçtihadı, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, 2021, s. 5-26; Rona Serozan, Hukukta Yöntem, 1. Bası, Filiz Kitabevi, 2015, s. 89. “Günümüzde kabul gören hukukta yöntem bilim akımı olan menfaat-değerlendirme hukukçuluğuna göre bu faaliyet yapılırken; ekonomik ve sosyal gerçekler dikkate alınır, mevzuat hükmünü yorumlarken onu oluşturan dinamikler dikkate alınır ve onu uygularken sözünün yanında, gerçekçi değer yargıları da dikkate alınır. “, Tunahan Çetinel, Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarruflar Bağlamında Tasarrufun İptali ve Muvazaa Davaları, 1. Bası, Yetkin Yayınevi, 2020, s. 182-183. Bu açıklamalar ışığında, tahkime elverişlilik konusunda, kira sözleşmelerinde zayıfın tarafın korunmasına ilişkin maddî gerçekler dikkate alınarak bir yorum yapılmalıdır. Başka bir anlatımla, sadece “zayıf tarafın korunması” kavramından hareket edip, tahkime elverişliliği engellemek, “kavram hukukçuluğu” temelinde yapılan bir yorum mesabesinde kalabilir. Bu ihtimalin gerçekleşmesi, hukuk felsefesi bakımından eleştirilmektedir. Zira, hukukun gayesi; kamu yararı, adalet ve hukukî güvenlik değerlerini bir araya getirmektir. Ancak, insanın eksik oluşu, bu üç değeri her zaman bir araya getirememesi sonucunu doğurur. Kavram hukukçuluğu da bu sonucu doğuran bir nedenlerden biridir. Bkz. Gustav Radbruch, Beş Dakikada Hukuk Felsefesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi/ 2, (Çeviren, Hayrettin Ökçesiz), s. 7-8.

ilişkiler geliştirmiş olan bir holdinge bağlı şirket, diğer tarafın ise küçük bir ticarî işletmeyi işleten bir kişi olduğu işyeri kirası sözleşmesinde tahkim şartının olduğu örneği üzerinde durulabilir. Bu örnek üzerinden gidilirse, Yargıtay uygulamasına göre ve öğretide görüş birliği olduğu üzere, bu kira sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar tahkime elverişlidir⁸⁷. Zira, her iki taraf tacirdir. Fakat, taraflar arasında güç eşitsizliği, yukarıda örnek olarak verilen konut kirası sözleşmesindekinden daha fazladır⁸⁸. Eğer, zayıf tarafı koruma düşüncesi, tahkime elverişliliği engelleyen bir ilke olarak kabul edilecek olsaydı, söz konusu iş yeri kirası sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların da tahkime elverişli olmaması beklenirdi.

Kanaatimizce, bu varsayımlar üzerinden tartışılması gereken, kira sözleşmelerinin tahkime elverişli olup olmadığı konusu değildir. Zira, yukarıda ifade edildiği üzere kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliğini engelleyen bir kanunî düzenleme yoktur. Ayrıca, zayıf tarafın korunması düşüncesinin kamu düzeninden olduğu gerekçesiyle tahkime elverişliliği engellemek de isabetsizdir. Burada tartışılması gereken konu, kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tahkim yargılaması yoluna gidildiğinde, maddî hukukun zayıf tarafın koruma düşüncesinin kabul edilmesini gerektiren endişelerin nasıl bertaraf edileceğidir. Zira, kamu düzeni, her ne kadar tahkime elverişliliğe ilişkin bir ölçüt olmasa da tahkim yargılaması sonucunda verilen karar kamu düzenine aykırılık oluşturabilir. Böyle bir hakem kararı, HMK.m.439/I/ğ uyarınca iptal davasına konu edilebilir⁸⁹. Nitekim, Türk hukukunda kiracının korunmasına ilişkin öngörülen hükümler, kamu düzenine ilişkin olarak kabul edilmektedir⁹⁰.

Her ne kadar zayıf tarafın korunması düşüncesi, usûl hukukunda uygulanması gereken bir ilke olmasa da maddî gerçekler göz önüne alınarak birtakım düzenlemelerin yapılması mümkündür. Bu düzenlemelerin yapılması, sosyal devlet ilkesi gereğince doğal karşılanmalıdır⁹¹. Nitekim, Türk hukukunda buna ilişkin

⁸⁷ Söz konusu Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi. 30.01.2013, E. 2012/9581, K. 2013/1334, www.legalbank.net, Erişim Tarihi, 17.09.2021.

⁸⁸ Esasen Alman Hukukunda tahkime elverişsizlik olarak görülen sebeplerin başında bu ihtimâl gelmekte idi. Bkz. Üstündağ, s. 922-923.

⁸⁹ Bu bakımdan, hakem kararlarının kamu düzenine aykırılık sebebiyle iptal davasına konu edilebilmesi, kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olması yönündeki görüşü güçlendirmelidir.

⁹⁰ Bu durum, öğretide ileri sürülen ve kanaatimizce de isabetli olan bir görüşe göre günümüzde geçerli olmamalıdır. Zira, günümüzde kiracının korunmasını gerektiren tarihsel ve ekonomik sebeplerin ortadan kalktığı ifade edilmektedir. Bu yönde görüş belirten yazarlar için bkz. Ermenek, Zayıf Tarafın Korunması, s. 63; İnceoğlu, s. 2.

⁹¹ Ermenek, Zayıf Tarafın Korunması, s. 234-235.

örnekler mevcuttur⁹². Fakat önemle belirtilmelidir ki, bu durum usûl hukukunda zayıf tarafı koruma düşüncesinin genel bir ilke hâline dönüşmesi anlamına gelmemektedir. Bunun aksine, bu düzenlemelerin yapılması usûlî eşitlik ilkesi ve bu ilkenin alt kategorisi olan mahkemeye erişim hakkı ve silahların eşitliği ilkesi kapsamında değerlendirilmelidir.

Kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu kabul edilirse, ortaya çıkabilecek olan ilk endişe, tahkim sözleşmesinde zayıf taraf olarak kabul edilen kiracının iradesine müdahale edilebilmesidir. Bu durumda, esasen bir irade sakatlığı söz konusu olur. Olan hukuk bakımından, bu endişenin giderilebilmesi için belirtilmesi gereken ilk imkân, tahkim sözleşmesinin irade bozukluğu sebebi ile iptalidir. Zira tahkim sözleşmesinin, her ne kadar usûl hukuku sözleşmesi olsa da kurulması ve geçerliliği bakımından borçlar hukukunun kurallarına tâbidir⁹³. Öğretide genel olarak kabul edildiği üzere, tahkim sözleşmesinin geçersizliğinin hakem yargılaması sırasında veya karardan sonra asıl sözleşmeden bağımsız olarak (HMK.m.412/IV) ileri sürülebilmesi, bu imkânı daha işlevsel duruma getirmektedir⁹⁴. Bu çerçevede, kira sözleşmeleriyle ilgili olarak yapılan tahkim sözleşmesi veya bu sözleşmelere konulan tahkim şartı, taraflardan birinin iradesinin sakatlandığı durumlarda iptal edilebilir. Bu imkân, çoğunlukla, taraflardan birinin ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitsizlik oluşturduğu durumlarda kullanılabilir⁹⁵. Bu konuda ortaya konulabilecek başka bir öneri, yapılacak bir düzenleme ile kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin tahkim sözleşmesinin, tahkim kaydı şeklinde değil, ayrı bir tahkim sözleşmesi şeklinde yapılmasının zorunlu hâle getirilmesidir. Bu

⁹² Ermenek, Zayıf Tarafın Korunması, s. 63; İnceoğlu, s. 1-5; Veysel Başpınar, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na İlişkin Şekli Yönünden Bir Değerlendirme, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, 2011, s. 8-9, (Ermenek, Zayıf Tarafın Korunması, s. 63'den naklen).

⁹³ Üstündağ, s. 935; Kuru, Şerh, s. 5937; Evren Koç, Medeni Usul Hukuk Kapsamında Usuli İşlemlerde İrade Bozuklukları, 1. Bası, Sümer Kitabevi, 2021, s. 170-171.

⁹⁴ Gerhard Wagner, Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrensrecht, 1. Bası, Mohr Siebeck, 1998, s. 299; Koç, s. 162. Tahkim sözleşmesinin geçersizliğinin ileri sürülmesinin hangi aşamaya kadar mümkün olduğu ile ilgili bkz. Koç, s. 173-175. Burada dikkat edilmesi gereken, tahkim sözleşmesinin geçerliliğinin, kira sözleşmesinin geçerliliğinden bağımsız olarak değerlendirildiğidir. Zira, tahkim sözleşmesinin geçerliliği, HMK.m.412/IV uyarınca asıl sözleşmeden bağımsızdır. Buna, tahkim sözleşmesinin ayrılabilirliği ilkesi denilmektedir. Bu ilkenin bir sonucu olarak, bazı durumlarda kira sözleşmesi geçerli iken tahkim sözleşmesi geçersiz, bazı durumlarda da kira sözleşmesi geçersiz iken tahkim sözleşmesi geçerli olabilir. Hiç kuşkusuz tahkim sözleşmesi yerine tahkim şartının (kaydının) söz konusu olduğu durumlarda da bu ilke geçerlidir. Koç, s. 172; Alangoya, s. 93. HMK.m.412/IV hükmü, tüketicilerin mağdur edilmesine yol açabilecek olması gibi gerekçelerle öğretide eleştirilmektedir. Bkz. Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Yetkin Yayınevi, 2014, s. 1198-1199.

⁹⁵ Alangoya, s. 86; Koç, s. 175.

durumda, kira sözleşmelerinde zayıf taraf olarak kabul edilen kiracının, tahkim iradesini daha dikkatli olarak ortaya koyması sağlanabilir⁹⁶. Bu amaç doğrultusunda, tahkim sözleşmesinin (konut ve çatılı işyeri kiralarında) noterde onaylama veya düzenleme biçiminde yapılmasına yönelik bir şekil şartı da getirilebilir. Bu durumda, noterin ilgilileri aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde kira sözleşmesinin zayıf tarafının tahkime yönelik iradesi daha sağlıklı şekilde ortaya konulmuş olur.

Kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu kabul edilirse gündeme gelebilecek olan başka bir endişe, tahkim yargılamasının bağımsız ve tarafsız olarak yürütülememesidir⁹⁷. Bu endişeye karşılık, İsviçre hukukunda olduğu gibi, kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların görüleceği bir kurumsal tahkim merkezi kurulabilmesi imkânı önerilebilir⁹⁸. Bu tahkim merkezlerinin kamu ve sivil otoritelerce kabul edilmiş olmaları, toplumun tahkime olan güvenini de artıracaktır. Örneğin, üniversitelerin bünyesinde hukuk fakültesinde veya bağımsız olarak kurulmuş bir tahkim merkezi, ifade edilen türden bir kurumsal tahkim yargılaması yürütebilir. Bu durumda, kurumsal tahkim merkezlerine seçilecek olan hakemlerin nitelikleri oluşturulacak yönetmeliklerle belirlenmelidir. Bundan başka, söz konusu tahkim merkezlerinde, konut ve çatılı işyeri kirasına ilişkin olan maddî hukuktaki koruyucu hükümlere göre kiracının aleyhine olan hükümlerin uygulanmamasına ilişkin düzenlemeler getirilmelidir. Böylelikle, hakem kararının kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle iptali edilmesinin önüne de geçilmiş olur⁹⁹.

⁹⁶ Bu yaklaşım, Alman Hukukunda (d)ZPO §1031/V'de benimsenmektedir. Alman kanunkoyucu, tüketici sözleşmelerindeki tahkim sözleşmesinin ayrı bir belgede yer alması ve bunun imzalanmasını şart koşmuştur. Ancak, tüketici sözleşmeleri noter huzurunda yapılmışsa, tüketici sözleşmesine tahkim şartı da konulabilir. Böylece, tüketicinin taraf olduğu sözleşmelerde, daha sıkı şekil şartları öngörülmek suretiyle onların korunması amaçlanmaktadır. Bkz. Selçuk, s. 99.

⁹⁷ Bu durumun, daha çok arızî (ad-hoc) tahkimde görüleceği ileri sürülebilir. Zira, arızî tahkimde, tarafların birisinin ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanmak suretiyle hakemi kararlaştırması daha kolaydır.

⁹⁸ Almanya'da kat mülkiyetinden doğan uyuşmazlıklarda görev yapacak bir tahkim merkezi bulunmaktadır. Almanya'da sadece kat mülkiyeti hukukundan doğan uyuşmazlıkları çözümlenmek üzere, 2004 yılında kurulmuş bir tahkim merkezi dahi bulunmaktadır. Tarafların talep etmeleri hâlinde, kat mülkiyeti hukukundan doğan uyuşmazlıklar söz konusu tahkim merkezinde bu alanda uzmanlaşmış hakemler tarafından hızlı bir şekilde çözümlenebilmektedir. Alman Hukukunda kat mülkiyeti hukukundan doğan uyuşmazlıklara ilişkin olarak kurulan bu tahkim merkezi, öğretilerdeki eserlerde dahi olumlu eleştiriler almaktadır. Bu tahkim merkezinin resmî internet sayfası için bkz. <http://www.schiedsgericht-wohnungseigentum.eu/>. Bu tahkim merkezi hakkında detaylı bilgi için bkz. Köhler, s. 1198-1199. Alman Hukukundaki bu tahkim merkezi örnek alınarak, Türkiye'de kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların kurumsal tahkimde çözümlenebilmesi amacıyla bazı düzenlemeler getirilebilir.

⁹⁹ Örneğin, konut ve çatılı işyerine ilişkin kira bedelinin tespiti konusunda yapılan tahkim yargılaması sonucunda belirlenen kira bedeli, bir önceki yılın tüketici fiyat endeksindeki on iki

Kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği konusunda dikkate alınması gereken başka bir durum, tahkim yargılamasının daha pahalı bir yargılama usûlü olduğudur. Kanaatimizce, bu durum daha çok ticarî uyuşmazlıklarda öne çıkan bir durumdur. Kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların kurumsal tahkim yoluyla çözümünde, kira bedelinin miktarı gibi ölçütlerle yargılama giderlerine ve vekâlet ücretlerine ilişkin asgarî ücret tarifesi belirlenebilir. Bu durumda, tahkimin devlet yargısına göre hızlı bir yargılama olması özelliğinden faydalanılarak, makul bir masrafla usûl ekonomisi ilkesine uygunluk sağlanmış olur.

2. Kira Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıkların Tarafların İradelerine Tâbi Olup Olmadığına İlişkin Değerlendirme

Kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği konusunda, dikkate alınması gereken tek ölçüt, uyuşmazlığın tarafların iradelerine tâbi olup olmadığıdır (HMK.m.408). Bu bakımdan, kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlık türlerinin neler olabileceği belirlenip, bunların tarafların iradelerine tâbi olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır.

Kira sözleşmelerinde zayıf tarafı koruyan hükümlerin içeriğinden, kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların üç başlık altında toplanabileceği ifade edilebilir. Bunlar, kira sözleşmesinden doğan alacaklara ve kiralananın kullanımına ilişkin uyuşmazlıklar, kira bedelinin tespitine ilişkin uyuşmazlıklar ve kiralananın tahliyesine ilişkin uyuşmazlıklardır¹⁰⁰.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, bu tür uyuşmazlıklar bakımından hiçbir ayırım yapılmaksızın zayıf tarafın korunması bakımından (konut kiralalarında) tahkime gidilmemelidir¹⁰¹. Yargıtay da konut ve çatılı işyeri kirası bakımından (tarafların tacir olduğu uyuşmazlıklar hariç) tahkime elverişliliği mümkün görmemektedir¹⁰². Yargıtay, kira bedelinin tespitine ilişkin uyuşmazlıkların, tahkime elverişli

aylık ortalamalara göre değişim oranını geçmiş olabilir. Bu hakem kararı, TBK.m.344/I'deki düzenlemeye aykırılık oluşturur. Bu düzenleme, Türk Hukukunda kamu düzeninden olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, tahkim yargılaması sonucunda verilen karar kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilme riskiyle karşı karşıya gelecektir.

¹⁰⁰ Pürselim, s. 508.

¹⁰¹ Bu görüş çatılı işyerini istisna tutmaktadır. Bkz. Pürselim, s. 509; Albayrak Ceylan, s. 115.

¹⁰² Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 02.12.2004, E. 2004/13018, K. 2004/13409, www.legalbank.net, Erişim Tarihi, 17.09.2021; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 11.11.1965, 7792/5764; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, T. 13.9.1965, 6722/4090; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 10.07.1970, 3032/3170, Akıncı, s. 357-358.

olmamasının sebebini, TBK.m.344/I uyarınca, tarafların serbestçe tasarruf edememeleri olarak belirtmektedir¹⁰³.

Öğretide, Yargıtay'ın vermiş olduğu bir karardan yola çıkarak, Yargıtay'ın kira sözleşmesinden doğan alacakların ödenmesine ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olarak gördüğü ifade edilmektedir¹⁰⁴. Kanaatimizce, Yargıtay'ın söz konusu karara konu olan olayda, tarafların tacir olmasından dolayı tahkime elverişli olduğunu kabul ettiği ileri sürülebilir. Bu bakımdan Yargıtay'ın, kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlık türlerine göre ayırım yaptığı söylenemez.

Öğretide ileri sürülen diğer görüşe göre, kira bedelinin tespiti ve kira alacağının ödenmesine ilişkin ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, tahkime gidilebilir¹⁰⁵. Zira, bu tür uyuşmazlıklarda, dava konusu, tarafların iradelerine tâbidir¹⁰⁶. Nitekim, bu konuda açılmış bir davada taraflar, kabul veya sulh ile uyuşmazlığı sona erdirebilmektedir. Bu görüşü ileri süren bazı yazarlara göre, kiralananın tahliyesine ilişkin uyuşmazlıklarda tahkime elverişlilik bakımından ikili bir ayırım yapılmalıdır¹⁰⁷. Bu görüşe göre, tahkim şartı ilk kira sözleşmesi yapılırken konulmuşsa tıpkı tahliye taahhüdü gibi geçersiz olmalıdır. Ancak, tahkim şartı, daha sonra uzayan süre için yapılan kira sözleşmesine ilişkinse geçerli kabul edilmelidir. Bundan başka, ilk kira sözleşmesinden sonraki bir tarihte yapılan tahliyeye ilişkin tahkim sözleşmesi de geçerli olarak kabul edilmelidir.

¹⁰³ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 02.12.2004, E. 2004/13018, K. 2004/13409, "HUMK.nun 518. maddesi gereğince, tahkim sözleşmesi yalnız tarafların arzularına tabi olan uyuşmazlıklar hakkında mümkündür. Bundan maksat, tarafların konusu üzerinde serbestçe tasarruf yetkilerinin bulunduğu uyuşmazlıklardır. Taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı gidermek için serbestçe anlaşma yapabiliyorlar ve bu anlaşma mahkemenin kararına gerek olmaksızın geçerli ise, o uyuşmazlık hakkında tahkim sözleşmesi (ya da tahkim şartı) yapılabilir. İki tarafın arzusuna tabi olmayan ...tahkim cereyan etmez. Yani tarafların dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri hallerde tahkim caiz değildir. Yargıtay'ın yerleşik uygulamalarına göre, kira bedelinin tespiti davalarında tahkim yoluna başvurulamaz. Kira tespiti hususu kamu düzenini ilgilendirdiği için, tarafların serbest iradeleri ile kira parasını karşılaştırmaları ancak belli ölçüler ve sınırlar dahilinde mümkündür. Dolayısıyla bu hususta tarafların tasarruf yetkileri sınırsız değildir. Kaldı ki kiracı, kiralayanın talep ettiği kira bedelini de ödemek zorunda değildir. O halde kamu düzenini ilgilendiren kira tesbit uyuşmazlıklarının çözümü hakkındaki tahkim şartı HUMK.nun 518. maddesi hükmü gereğince geçersiz olduğundan dava konusu kira uyuşmazlığının hakem heyeti tarafından görülmesi doğru değildir." www.legalbank.net, Erişim Tarihi, 17.09.2021.

¹⁰⁴ Aydemir, s. 241; Ekşi, s. 98; Pürselim, s. 508-509. Söz konusu Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi. 30.01.2013, E. 2012/9581, K. 2013/1334, www.legalbank.net, Erişim Tarihi, 17.09.2021.

¹⁰⁵ Kuru, Şerh, s. 5952; Aydemir, s. 241; Yılmaz, Şerh, s. 5405; Yeşilova, s. 338; Selçuk, s. 248. Bu tür uyuşmazlıklar hakkında Yargıtay'ın tutumunu değiştireceğinin beklenmesi gerektiği yönünde bkz. Yılmaz, İtirazın İptali, s. 547.

¹⁰⁶ Tarafların iradelerine tâbi olması ölçütü için bkz. I, B, 2.

¹⁰⁷ Kuru, Şerh, s. 5952; Aydemir, s. 241.

Kanaatimizce, kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların türleri ne olursa olsun, bunlar kiraya veren ve kiracının iradelerine tâbi olan işlerdendir. Bu bakımdan, kira bedelinin tespitine, kira alacağının tahsiline ve kiralananın tahliyesine ilişkin uyuşmazlıklar¹⁰⁸ tahkime elverişli olarak kabul edilmelidir. Öte yandan, Yargıtay'ın kira bedelinin tespitine ilişkin uyuşmazlıkların, tarafların iradelerine tâbi olmadığı yönündeki görüşü de isabetli olarak görülmektedir. Zira, taraflar kira bedeline ilişkin açılan davayı, davadan feragat, davayı kabul ve sulh gibi işlemlerle sona erdirebilme imkânına sahiptir. Bu sebeple, kira bedelinin tespitinde, HMK.m.408 uyarınca, tahkime elverişsizlik gündeme gelmemelidir. Kaldı ki tahkim yargılaması sonucunda mutlaka, TBK.m.344/I'e göre kiracı aleyhine olacak bir karar çıkacak da değildir. Ancak, kira bedelinin tespitine ilişkin tahkim yargılaması sonucunda verilen kararın, TBK.m.344/I'deki sınıra uymadığı gerekçesiyle kamu düzenine aykırılık engeline takılmaması için, bu uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği konusunda yukarıda ifade edilen öneriler dikkate alınmalıdır.

3. İhtiyarî Arabuluculuğa Elverişli Olması Karşısında Tahkime Elverişliliğın Mümkin Olması Gerekliliği

Kira sözleşmelerinin tahkime elverişliliği bağlamında üzerinde durulması gereken başka bir konu, arabuluculuğa elverişlilik ve tahkime elverişliliğın kapsam bakımından aynı olup olmadığıdır. Zira, öğretilerde genel olarak kabul edilen görüşe göre, kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda ihtiyarî arabuluculuğa gidilebilmektedir¹⁰⁹. HUK.m.1/II'de, “*ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının*” arabuluculuğa elverişli olduğu ifade edilmektedir. Öğretilerde, genel olarak kabul edilen ve kanaatimizce de isabetli olan görüşe göre, “*üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek olan uyuşmazlıklar*” ifadesi ile kastedilen, tarafların söz konusu uyuşmazlıklar hakkında dava açtıkları varsayımında, bu davayı “*sulh ya da davayı kabul*” ile sona erdirip erdiremeyecekleridir¹¹⁰. Başka bir anlatımla, kural olarak,

¹⁰⁸ Kiralananın tahliyesine ilişkin uyuşmazlıklarda, genel hükümlere göre tahliye davası ya da cibrî icra hukukuna ilişkin tahliye prosedürü gündeme gelebilir. Bkz. II, D. Tahliye davasında görevli mahkeme, HMK.m.4/1-a uyarınca, sulh hukuk mahkemesidir. Ancak, tahkim sözleşmesinin varlığı hâlinde, bu davanın tahkimde görülebilmesi mümkün olmalıdır.

¹⁰⁹ Ömer Ekmekçi/ Muhammet Özkes/ Murat Atalı/ Vural Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2. Bası, 2019, s. 52; Ermenek, Zayıf Tarafın Korunması, s. 63. Aksi yönde ileri sürülen bir görüş, zayıf taraf olarak işçiyi koruma ilkesinin varlığında, işçi alacaklarına ilişkin olarak dava şartı arabulucuya gidilirken, kira sözleşmesinde arabulucuya gidilebilmesini açıklayamamaktadır.

¹¹⁰ Pekcanitez/ Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2772; Ermenek, Zayıf Tarafın Korunması, s. 88; Ekmekçi/ Özkes/ Atalı/ Seven, s. 50; Mustafa Serdar Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 4. Bası, Yetkin Yayınevi, 2016, s. 1186; Ermenek, Zayıf Tarafın Korunması, s. 84-89. Aksi yöndeki görüş için bkz. Görgün/ Börü/ Kodakoğlu, s. 809-811.

tarafların üzerinde medenî hukuka göre tasarruf yetkilerinin olduğu uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişlidir¹¹¹.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, arabuluculuğa elverişlilik ile tahkime elverişliliğin kapsamı aynı değildir¹¹². Bu görüşe göre, arabuluculuk, tahkimden farklı olarak taraflar açısından yargı yolunu kapatmadığından, arabuluculuğa elverişlilik daha geniş anlaşılmalıdır. Bu bakımdan, malvarlığına ilişkin tüm hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuğa gidilebilmelidir¹¹³. Öğretide ileri sürülen ve kanaatimizce isabetli olan diğer görüşe göre, her ne kadar HMK.m.408 ve HUAK.m.1/II hükümlerinin düzenlenme tarzı farklı olsa da arabuluculuğa elverişlilik ile tahkime elverişliliğin kapsamı aynıdır¹¹⁴. Bu bağlamda, arabuluculuğa elverişli olan kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkime de elverişli olması gerektiği ileri sürülebilir.

Kanaatimizce, kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olması karşısında, tahkime elverişlilikleri bakımından bir tereddüt olmamalıdır. Zira, arabuluculuk, menfaat temelli bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Başka bir anlatımla, arabuluculuk sürecinde, tarafların sahip olduğu haklar göz önünde bulundurularak yargısal usullere uyulmak suretiyle tarafları bağlayıcı objektif bir karar verilmemektedir. Bu durumun aksine arabuluculukta, tarafların müzakeresi sonucunda menfaat temelli bir anlaşmaya varılmaktadır¹¹⁵. Tarafların müzakere gücünde mevcut olan eşitsizlik, arabuluculukta zayıf tarafın mağdur edilme riskini de beraberinde getirmektedir¹¹⁶. Bundan başka, arabuluculukta yargılama usûlüne ilişkin ilke ve kuralların kendiliğinden bağımsız

¹¹¹ Bu kuralın istisnası, iflâsın açılmasına, sıra cetveline itiraza ve konkordatonun tasdikinden sonra açılan çekişmeli alacaklara ilişkin davalardır. Zira, bu durumlarda da tarafların medenî hukuka göre tasarruf yetkisi vardır. Ancak, dava sonucunda verilen karar, üçüncü kişilerin menfaatiyle ilgili olduğundan, usûl hukuku bakımından tasarruf yetkisinin olduğundan bahsedilemez. Bunun sonucunda, söz konusu uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli olarak değerlendirilemez. Benzer bir açıklama için bkz. Ermenek, Zayıf Tarafın Korunması, s. 89.

¹¹² M. Turgay Bilge, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Açısından Kamu Düzeni Kavramı, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, 2014, s. 101, (Ermenek, Zayıf Tarafın Korunması, s. 88'den naklen); Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1186.

¹¹³ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1186. Hatta, bu görüşte olan yazarlardan bazılarının göre, tarafların iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklar (HMK.m.408) ile tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri uyuşmazlıklar (HUAK.m.1/II) ifadeleri de birbirinden farklıdır. Bkz. Görgün/ Börü/ Kodakoğlu, s. 809-811.

¹¹⁴ Ermenek, Zayıf Tarafın Korunması, s. 88. Taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklar hariç tutularak bu tespit yapılmaktadır. Zira, HMK.m.408'de açıkça taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklar tahkime elverişsiz olarak kabul edilmektedir.

¹¹⁵ Pekcanitez/ Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2829; Ekmekçi/ Özekes/ Atalı/ Seven, s. 259.

¹¹⁶ Ekmekçi/ Özekes/ Atalı/ Seven, s. 50; Ermenek, Zayıf Tarafın Korunması, s. 9.

bir hâkim veya hakem tarafından uygulanması söz konusu değildir¹¹⁷. Arabuluculuk sürecinin doğasında bulunan bu özellikler sebebiyle, bir tarafın diğerine göre zayıf olduğu durumlarda, taraflar arasındaki eşitliğin sağlanması, yargılama işlevine kıyasla daha zayıf olmaktadır¹¹⁸. Öte yandan, arabuluculuk sürecinde anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşmaya varılan hususlar bakımından dava açılmaması (HUAK.m.18/V), bu tespiti daha da dikkate değer hâle getirmektedir.

Tahkimde ise hak temeline dayanan, bağımsız ve tarafsız hakemler tarafından yargısal usullere uyulmak suretiyle verilen objektif bir karar söz konusudur. Başka bir anlatımla, arabuluculukta olduğu gibi tarafların müzakere sonucunda bir anlaşmaya varması değil, bir yargılama faaliyeti sonucunda verilen kararın tarafları bağlaması söz konusudur. Bununla birlikte, tahkim yargılaması sürecinde, zayıf tarafın korunmasına ilişkin maddî hukuk hükümlerinin işlerlik kazandığı durumlarda, tarafların birbirlerine oranla daha zayıf veya güçlü olması, arabuluculukta çok önemli bir etki doğururken, tahkimde bu etkiyi doğurmayacaktır¹¹⁹. Sonuç itibarıyla, taraflardan birisinin zayıf olduğu durumlarda bile, kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların ihtiyarî arabuluculuğa elverişli olması karşısında, evleviyetle (*a fortiori*) tahkime de elverişli olması gerektiği ileri sürülebilir¹²⁰.

Ç. Kira Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklara İlişkin Tahkim Sözleşmesi Yapıldığında Usûl Hukuku ve İcra Hukuku Alanında Ortaya Çıkan Bazı Sonuçlar

Kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin tahkim sözleşmesi yapıldığı durumda, usûl hukuku ve icra hukuku alanında ortaya çıkan ilk sonuç, tahkim sözleşmesinin müspet ve menfi olmak üzere iki etkisidir. Tahkim sözleşmesinin müspet etkisi, tahkimde yargılama yapılabilmesi ve bu yargılama sonucunda, maddî anlamda kesin hüküm¹²¹ teşkil eden bir karar verilebilmesi

¹¹⁷ Ermenek, Zayıf Tarafın Korunması, s. 13.

¹¹⁸ Öğretide, arabuluculuk sürecinde zayıf tarafın korunmasını temin etmek üzere ileri sürülen görüşler için bkz. Ermenek, Zayıf Tarafın Korunması, s. 149-237.

¹¹⁹ Bkz. Ermenek, Zayıf Tarafın Korunması, s. 13.

¹²⁰ Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların arabuluculuk ile çözümünde, kiracılar aleyhine müzakere eşitsizliğinin olmaması ve kiracıyı zayıf taraf olarak kabul edilmesini gerektirecek hukukî ve fiilî enstrümanlar bulunmamaktadır. Bu sebeple, kiracının arabuluculuk sürecinde özel olarak korunması gerekmemektedir. Bkz. Ermenek, Zayıf Tarafın Korunması, s. 64.

¹²¹ Hakem kararlarının kesin hüküm etkisine sahip olduğu Türk Hukuku öğretisinin çoğunluğu tarafından ve Yargıtay kararlarında ifade edilmektedir. Bu konuda kapsamlı açıklamalar için bkz. Erdoğan, s. 79-92.

yetkisini ifade eder¹²². Bu karar, tıpkı devlet mahkemeleri tarafından verilen kararlar gibi ilâmlı icraya konu olabilmektedir¹²³.

Tahkim sözleşmesinin menfi etkisi ise, devlet mahkemelerinin taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlığa ilişkin yargılama yetkisinin ortadan kalkmasıdır¹²⁴. Taraflardan birisinin, aralarındaki tahkim sözleşmesine rağmen devlet mahkemelerinde dava açması durumunda, davalı taraf, süresi içerisinde vereceği cevap dilekçesinde tahkim ilk itirazında (HMK.m.413/I) bulunabilir¹²⁵. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, tahkim sözleşmesinin menfi etkisi, yalnızca dava açılması suretiyle önüne gelen uyuşmazlıkta devlet mahkemelerinin yargılama yetkisinin ortadan kaldırılmasına ilişkindir¹²⁶. Başka bir anlatımla, tahkim sözleşmesinin mevcudiyeti, tarafların cebrî icraya başvurmalarına engel değildir.

¹²² Tanrıver, s. 354; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, Medenî Usûl Hukuku, s. 733.

¹²³ Erdoğan, s. 89; Tanrıver, s. 354; Alangoya, Tahkim, s. 27. Ayrıca, HMK.m.439/IV uyarınca, iç tahkim bakımından hakem kararının icra edilebilmesi için kesinleşmesine de gerek yoktur. Bkz. Seyhan Selçuk, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Verilen Hakem Kararlarının İcrası”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2019, 49, s. 118; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, İcra ve İflâs Hukuku, s. 425. Ancak, yargılama giderlerine ilişkin olan kısmı hariç olmak üzere, tespit davası ve inşâî dava niteliğinde olan davalar sonucunda verilen hakem kararları cebrî icraya konu olamazlar. Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz / Sema Ayvaz Taşpınar / Emel Hanağası, İcra ve İflâs Hukuku, 7. Bası, Yetkin Yayınevi, 2021, s. 406-407; Selçuk, Hakem Kararlarının İcrası, s. 116. Yeri gelmişken belirtmelidir ki, İİK.m.72 uyarınca, menfi tespit davaları sonucunda verilen tazminatlara ilişkin kararlar da kesinleşmeden ilâmlı icraya konu edilemez. Bu hükmün, yargılama gideri ve vekalet ücretine ilişkin kısmı kapsayıp kapsamadığı tartışmalıdır. Bkz. Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, İcra ve İflâs Hukuku, s. 423-424. Ayrıca, Yargıtay’ın vermiş olduğu ve güncelliğini koruyan bir içtihadı birleştirme kararında, kira bedelinin tespiti davalarında, kira bedelinin farkının ödeme zamanının gelmiş sayılabilmesi için, kira bedelinin tespiti davası sonucu verilen kararın kesinleşmesi gerektiği belirtilmiştir. Karar için bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 12.11.1979, E.1979/1, K.1979/3, www.kazanci.com, Erişim Tarihi, 21.11.2021. Önemle belirtmelidir ki, içtihadı birleştirme kararında ifade edilen kira bedelinin tespitine ilişkin kararın kesinleşmiş olması, kararın icra edilebilirliği ile ilgili değildir. Zira, kira bedelinin tespiti davaları, hukuki nitelik itibarıyla, tespit davası ya da inşâî dava niteliğinde olup, bu tür davalar sonucunda verilen kararlar edaya ilişkin bir hüküm içermediğinden (yargılama giderlerine ve vekâlet ücretine ilişkin kısmı hariç) icra edilebilmesi mümkün değildir. Bu kararda ifade edilen, kira bedelinin farkı, dava yolu ile ya da takip yolu (kanaatimizce, bu farka ilişkin yalnızca ilâmsız icra yolu ile takip yapılabilir) ile talep edilebilmesi için, kira bedelinin tespiti davası sonucunda verilen kararın kesinleşmesi gerekmesidir.

¹²⁴ Tanrıver, s. 349; Alangoya, Tahkim, s. 81; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, Medenî Usûl Hukuku, s. 733.

¹²⁵ Tahkim ilk itirazıyla ilgili kapsamlı açıklamalar için bkz. Mustafa Serdar Özbek, “Tahkim İlk İtirazı Üzerine Tahkim Sözleşmesi Üzerinde Yapılan Mahkeme Denetimi”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, 2, s. 179-253.

¹²⁶ Kuru, Şerh, s. 5981; Pekcanitez/ Yeşilırmak, Pekcanitez Usûl, s. 2666; Tanrıver, s. 351; Yılmaz, İtirazın İptali, s. 539-540; Yeşilova, s. 534. Konu hakkında kapsamlı açıklamalar için bkz. Ali Yeşilırmak, “Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığına Rağmen Genel Haciz Yolu ile Takip Yapılabilir Mi?”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011/96, s. 205-228.

Aksi bir yaklaşım, tarafların, Anayasa'nın 36'ncı maddesinde yer alan hak arama özgürlüğüne haksız bir müdahale anlamına gelir. Öğretide ileri sürülen diğer bir görüşe göre, tahkim sözleşmesinin mevcudiyeti hâlinde, ilâmsız icra yolu ile takibe başvurulamaz¹²⁷. Zira, bu durumda taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın çözümünü, hakemlere bırakmıştır. Tarafların, genel haciz yolu ile takibe başvurusu, tahkim iradelerinin tek taraflı olarak sonlandırılması anlamına gelebileceği ifade edilebilir. Bu konuda ileri sürülen diğer görüşe göre, tahkim sözleşmesinin yapıldığı durumlarda, ilâmsız icra yolu ile takipte bulunabilmek mümkündür¹²⁸. Ancak, karşı tarafın ödeme emrine itiraz etmek suretiyle tahkim itirazında bulunabileceği kabul edilmelidir. Zira, bu durum devlet mahkemelerinde, tahkim ilk itirazında bulunmak suretiyle kabul edilmektedir. Söz konusu tartışmaya ilişkin olarak Yargıtay'ın da istikrarlı bir uygulaması olduğu ifade edilemez¹²⁹. Öğretide, söz konusu içtihat aykırılıklarının hukukî güvenlik ilkesini ve adalete olan güveni zedelediği ve bu aykırılıkların içtihadı birleştirme kararı ile giderilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹³⁰.

Kanaatimizce, tarafların aralarında bir tahkim sözleşmesi bulunduğu durumda, cebrî icraya başvurabilmeleri açısından şu an için kanunî bir engel yoktur¹³¹. Tarafların cebrî icraya başvuru imkânının, yalnızca genel haciz yolu ile takibe ilişkin değil, şartları varsa ilâmsız icraya ilişkin diğer takip yolları için de

¹²⁷ Yılmaz, İtirazın İptali, s. 541.

¹²⁸ Yeşilirmak, s. 214.

¹²⁹ Yargıtay, bazı kararlarında, tahkim sözleşmesinin bulunması halinde, cebrî icraya başvurunun mümkün olmadığını belirtmektedir. Bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 03.11.1978, 4625/4623, "Alacaklı ile borçlu arasında bir tahkim sözleşmesi bulunsa dahi, alacaklı hakemde dava açmadan icra takibinde bulunabilir. Borçlu, alacaklının hakemde dava açması gerektiğinden bahisle itiraz edemez. İtirazın kaldırılmasında dahi tahkim itirazı ileri sürülemez. Çünkü itirazın kaldırılması talebi bir dava değildir" (Yılmaz, İtirazın İptali, s. 542'den naklen). Yargıtay, diğer bazı kararlarında ise, tahkim sözleşmesinin bulunması halinde, cebrî icraya başvuruyu mümkün görmemektedir. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 27.02.1990, 8745/1848, "Alacaklı ile borçlu arasında bir tahkim sözleşmesi bulunsa dahi, alacaklı hakemde dava açmadan icra takibinde bulunabilir. Borçlu, alacaklının hakemde dava açması gerektiğinden bahisle itiraz edemez. İtirazın kaldırılmasında dahi tahkim itirazı ileri sürülemez. Çünkü itirazın kaldırılması talebi bir dava değildir", (Yılmaz, İtirazın İptali, s. 542'den naklen).

¹³⁰ Yılmaz, İtirazın İptali, s. 544; Hakan Pekcanitez, 15.3.2011 tarihli Mütalâa, Yayınlanmamıştır, (Yeşilirmak, s. 212'den naklen).

¹³¹ Tüketici hakem heyetlerinin görev alanına giren uyuşmazlıkta, hakem heyetine başvurulmadan haciz yolu ile takibe başvurulup başvurulamayacağı, öğretide ve yargı uygulamasında tartışma konusu yapılmaktaydı. Ancak, 06.12.2017 tarihli ve 7063 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 6502 sayılı Kanun'un 68'inci maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişiklik ile söz konusu tartışma sona ermiştir. Zira, ilgili hükümde, tüketici hakem heyetine başvurulması zorunlu olan uyuşmazlıklar için tarafların İcra İflas Kanunu'ndaki haklarının saklı kalacağı ifade edilmiştir. Bkz. Tandoğan Özbaykal, s. 468.

olduğu ifade edilebilir. Buna karşılık, yukarıda aktarılan görüşe uygun olarak¹³², tarafların en azından ödeme emrine veya tahliye emrine itiraz etmek suretiyle tahkim itirazında bulunabilecekleri imkânını kabul edilmelidir¹³³. Zira, aşağıda incelendiği üzere, genel haciz yolu ile takipte itirazın kaldırılması yoluna gidilmesinde veya kiralananın ilâmsız icra yolu ile tahliyesine ilişkin takip yolunda icra mahkemesinin görev alanına giren uyuşmazlıklarda, tahkime gidilebilmesi mümkün değildir. Bu durumda, taraflara ödeme emrine itirazda, karşı tarafa tahkim itirazını ileri sürme imkanını vermemek, tahkim sözleşmesinin alacaklı (takip talebinde bulunan taraf) tarafından sona erdirilmesi anlamına gelir.

Tahkim sözleşmesinin cebrî icraya başvuru hakkını ortadan kaldırmayacağı kabul edilirse, cebrî icra prosedürü içerisinde ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, tahkime gidilip gidilemeyeceği konusu üzerinde de durulmalıdır. Bu bağlamda, tarafların ilâmsız icra yolu ile takibe başvurusu mümkündür¹³⁴.

İlk olarak, kiralananın ilâmsız icra yolu ile tahliyesine ilişkin takip yoluna başvurduğu ihtimali üzerinde durulmalıdır. Türk hukukunda kiralanan taşınmazların tahliyesi kural olarak, Türk Borçlar Kanunu'nun tahliye hükümleri çerçevesinde,

¹³² “Kanımızca, İİK, taraflara genel haciz yoluyla takip yapmak konusunda bir hak verdiğine ve bu hakkın, tahkim anlaşması bulunması halinde kullanılmaması gerektiği yönünde bir sınırlama getirmediğine göre, tahkim ve genel haciz yoluyla icra kurumlarını mümkün olduğunca birlikte kullanmak; ancak nitelik itibarı ile birisini diğerine tercih etmek gerektiğinde, hukukumuzda genel ilke olarak kabul gören irade serbestisi ilkesine üstünlük tanıyarak tahkim yolunu tercih etmek yerinde olacaktır. Buna göre, 1) Takip borçlusunun bir muhalefeti bulunmadığı takdirde, tahkim anlaşmasının varlığına rağmen genel haciz yoluyla takip yapılabilir; ancak ödeme emrine itiraz halinde uyuşmazlığın çözümü için tahkim tercih edilmelidir. 2) Öte yandan, tahkim anlaşması, davalının muhalefeti halinde, davaya devam edilmesini engellediğine göre, itiraz halinde evleviyetle genel haciz yoluyla takip yapılmasını da engelleyebilmelidir. Aksi bir düşünce, tahkim anlaşması yapma amacını ve bu anlaşmanın etkisini tamamiyle geçersiz kılar.”, Yeşilirmak, s. 214.

¹³³ Zira, öğretide de ifade edildiği, üzere asıl olanın ilamlı icradır. Bkz. Murat Atalı / İbrahim Ermenek / Ersin Erdoğan, İcra ve İflâs Hukuku, 4. Bası, Yetkin Yayınevi, 2021, s. 414.

¹³⁴ Burada cebrî icra ile kastedilen genel haciz yolu ile takip ve kiralananın ilâmsız icra yolu ile tahliyesine ilişkin takiptir. Zira, tarafların ilamlı icra yolu ile takipte bulunabilmesi, söz konusu ihtimalde mümkün gözükmemektedir. Zira, takipten öncesinde devlet mahkemesinden ya da tahkimden aldığı ilâm sonucunda cebrî icraya başvurulmaktadır. Bu nedenle, ilamlı icra takibi sürecinde tekrar bir dava açılması söz konusu olmaz. Açılırsa, tahkimde ya da devlet mahkemelerinde verilen ilâm nedeniyle, kesin hükmün menfi etkisi gündeme gelecektir. Ayrıca, yakın zamanda verilmiş bir içtihadı birleştirme kararında ifade edildiği üzere, ilamlı icraya başvuru imkanının bulunduğu durumda ilamsız icraya başvurulmasında hukuki yararın bulunmaması, ilamsız icraya başvurunun belirtilen ihtimalde pek mümkün gözükmediğinin başka bir göstergesidir. Karar için bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, 26.05.2017, E.2017/2, K.2017/3, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/e-2017-2-k-2017-3-t-26-05-2017>, Erişim Tarihi, 01.01.2022.

sulh hukuk mahkemesinde tahliye davası açmak suretiyle gerçekleştirilir¹³⁵. Tahliye davası sonucunda verilen hüküm kiraya veren lehine olursa, ilâmlı icraya konu edilir. Kanaatimizce, Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri çerçevesinde açılan tahliye davası, taraflarca kararlaştırıldığı durumda tahkimde görülebilmelidir. Zira, kiralananın tahliyesine ilişkin uyuşmazlık tarafların iradelerine tâbidir. Başka bir anlatımla taraflar açılacak olan tahliye davasını davayı kabul veya sulh ile sona erdirme imkânına sahiptir.

Bundan başka, iki ihtimâlde, kiraya veren kiracıyı ilâmsız icra yolu ile taşınmazdan tahliye ettirebilir¹³⁶. Bu iki durumdan birincisi, kira bedelinin ödenmemesi sebebi ile kiralananın tahliyesidir (İİK.m.269). İkincisi ise kira sözleşmesinin süresinin sona ermesi sebebi ile kiralananın tahliyesidir (İİK.m.272)¹³⁷.

Kanaatimizce, kiralananın ilâmsız icra yolu ile tahliyesi prosedüründe ister kira bedelinin ödenmemesi ister kira sözleşmesinin sona ermesi sebebine dayansın, icra mahkemesinin görevi kapsamında kalan uyuşmazlıklarda (itirazın kaldırılması), kiracı ile kiraya veren arasında tahkim sözleşmesi bulunsa bile, bu uyuşmazlıklar tahkimde görülemez. Zira, itirazın kaldırılması kurumu, öğretide haklı olarak ifade edildiği üzere, icra takibinin devamı ve onun ayrılmaz bir parçasıdır¹³⁸. Tahkim, devlet mahkemelerindeki yargılamaya ikâme bir yargılamadır. Ancak, tahkimin icra

¹³⁵ Hakan Pekcanitez / Oğuz Atalay / Muhammet Özekes / Meral Sungurtekin Özkan, İcra ve İflâs Hukuku, 8. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 271-281; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, İcra ve İflâs Hukuku, s. 381; Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz / Sema Taşpınar Ayvaz/ Emel Hanağası, İcra ve İflâs Hukuku, 7. Bası, Yetkin Yayınevi, 2021, s. 383-397.

¹³⁶ Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, İcra ve İflâs Hukuku, s. 383; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes/ Sungurtekin Özkan, İcra ve İflâs Hukuku, s. 271; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, İcra ve İflâs Hukuku, s. 381.

¹³⁷ Kira bedelinin ödenmemesi sebebi ile yapılan ilâmsız takibe ilişkin prosedürde, kiralananın tahliyesini gerçekleştirmek üzere icra mahkemesine başvurulabilir. Örneğin, borçlu, imzaya ya da kira alacağına itiraz etmişse, bu durumda kiraya verenin elinde noterde onaylama veya düzenleme şeklinde yapılmış bir kira sözleşmesi var ise, itirazın kaldırılması talebi icra mahkemesine yapılır. Ancak, bu nitelikte bir kira sözleşmesi yok ise borçlunun itirazı üzerine duran takip sona erer. Bu durumda, yapılması gereken, HMK.m.4 uyarınca, sulh hukuk mahkemesinde tahliye davası açmaktır. Benzer durum, kira sözleşmesinin süresinin sona ermesi sebebine dayanarak yapılan ilâmsız icra yolu ile tahliyeye ilişkin takipte de vardır. Örneğin, kiracı, tahliye emrine karşı, kira sözleşmesine veya tahliye taahhüdüne (konut ve çatılı işyerinde) sebebiyle itiraz etmişse takip durmaktadır. Kiraya verenin elinde, noterde onaylama veya düzenleme şeklinde yapılmış veya imzası borçlu tarafından ikrar edilmiş bir kira sözleşmesi veya tahliye taahhüdü var ise bu durumda icra mahkemesine gitmek suretiyle itirazın kaldırılmasını temin edebilir. Ancak, kiraya verenin elinde bu nitelikte olan bir belge yoksa, sulh hukuk mahkemesinde tahliye davası açmaktan başka hukukî yol kalmamıştır. Bkz. Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, İcra ve İflâs Hukuku, s. 391; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes/ Sungurtekin Özkan, İcra ve İflâs Hukuku, s. 275.

¹³⁸ Ekşi, s. 116; Kuru, Şerh, s. 5982; Yılmaz, İtirazın İptali, s. 542.

takibine ikâme bir kurum olabilmesi söz konusu değildir. Bu sebeple, zaten dava niteliğinde olmayan itirazın kaldırılmasına ilişkin talepler tahkimde görülemez. Buna karşılık, yukarıda örnek olarak verilen ihtimallerde olduğu üzere, sulh hukuk mahkemelerinin görev alanına giren uyuşmazlıkların, tarafların irade etmeleri durumunda, tahkimde görülebilmesi mümkündür. Örneğin, İİK.m.269/d hükmünde, İİK.m.72'deki menfi tespit davasının bu takip yolunda da kıyasen uygulanabileceği öngörülmektedir¹³⁹. Esasen, bu davada görevli mahkeme, HMK.m.4 uyarınca sulh hukuk mahkemesidir. Ancak, tarafların aralarında tahkim sözleşmesi mevcut ise, söz konusu dava, tahkimde de görülebilmelidir.

İkinci olarak, kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar için aralarında tahkim sözleşmesi bulunan tarafların genel haciz yolu ile takibe başvurmaları ihtimali üzerinde durulmalıdır. Bu durumda, takip esnasında ortaya çıkması muhtemel imzaya itiraz ve borca itiraz durumlarında, tarafların söz konusu itirazın kaldırılmasına veya takibin sona erdirilmesine ilişkin olarak hangi hukukî yollara müracaat edebileceği değerlendirilmelidir. Genel haciz yolu ile takipte, itiraz üzerine duran takipte başvurabilecek yollar ikiye ayrılarak incelenmelidir. Bunlardan birincisi, icra hukukuna özgü hukukî çare niteliğinde¹⁴⁰ olan itirazın geçici kaldırılması (İİK.m.68/a) ve itirazın kesin kaldırılmasıdır (İİK.m.68). İtirazın geçici ve kesin kaldırılması hukukî çarelerinin tahkimde görülebilmesi öğretide tartışmalıdır. Bir görüş itirazın kaldırılmasının tahkimde görülebileceğini ifade etmektedir¹⁴¹. Diğer görüş ise, isabetli olarak, itirazın kaldırılmasının takip prosedürüne ilişkin bir hukukî çare olduğunu ve bunların dava olmaması¹⁴² nedeniyle tahkimde görülemeyeceğini ifade etmektedir¹⁴³. Genel haciz yolu ile takipte, itiraz üzerine duran takipte alacaklının başvurabileceği yolların ikincisi ise, genel hükümlere göre görülen itirazın iptali davasıdır (İİK.m.67). İtirazın iptali davasının, tahkimde görülüp görülemeyeceği konusu da öğretide tartışmalıdır¹⁴⁴.

¹³⁹ Her ne kadar, ilgili hüküm kira bedelinin ödenmemesi sebebiyle kiralananın ilamsız icra yolu ile takibine ilişkin olsa da öğretide kira süresinin sona ermesinden dolayı kiralananın ilamsız icra yolu ile tahliyesinde de uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, İcra ve İflâs Hukuku, s. 399.

¹⁴⁰ Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, İcra ve İflâs Hukuku, s. 194; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes/ Sungurtekin Özkan, İcra ve İflâs Hukuku, s. 116; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, İcra ve İflâs Hukuku, s. 157; Yılmaz, İtirazın İptali, s. 544.

¹⁴¹ Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2013, s. 193.

¹⁴² Bu görüşün, “dava olmaması” ile ilgili kısmına bir çekince koyulabilir. Zira, tahkimde görülen her uyuşmazlık veya talep, dava niteliğinde değildir. Örneğin, ihtiyati tedbir de hukukî niteliği itibarıyla bir dava değildir.

¹⁴³ Yılmaz, İtirazın İptali, s. 542; Tanrıver, s. 352; Yeşilirmak, s. 223-224.

¹⁴⁴ Konu hakkında kapsamlı açıklamalar için bkz. Pekcanitez/ Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2665-2673.

Konuya ilişkin olarak öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, itirazın iptali davası, takip hukukuna özgü bir dava olması nedeniyle tahkimde görülemez¹⁴⁵. Konuya ilişkin olarak ileri sürülen ikinci görüşe göre ise, genel hükümlere göre görülen bir dava olması nedeniyle, itirazın iptali davasının tahkimde görülebilmesi mümkündür¹⁴⁶. Bu görüş de kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan birincisine göre, itirazın iptali davası tahkimde görülse bile, hakemlerce icra-inkâr tazminatına ve haksız takip tazminatına hükmedilebilmesi mümkün değildir¹⁴⁷. Kanaatimizce isabetli olan ikinci görüşe göre ise, söz konusu tazminatlar, takip hukukunda işlerlik kazanan ve bireyleri dürüst davranmaya yönelten medenî ceza konumunda olup, hakemler tarafından verilmelerinde herhangi bir engel bulunmamaktadır¹⁴⁸.

Burada, genel haciz yolu ile takipte borçlunun müracaat edebileceği hukukî imkanlara değinilmelidir. Bu bağlamda, cebrî icra hukukundaki ihtimaller dikkate alındığında, ödeme emrine itiraz edilmemesi veya bu ödeme emrinin kesinleşmesi sonucunda borçlunun başvurabileceği hukukî imkanlar genel hükümlere göre dava açmaktır¹⁴⁹. Bu dava, borçtan kurtulma davası (İİK.m.69/II), menfi tespit davası ve istirdat davası (İİK.m.72) olarak ortaya çıkabilir. Öğretide, kanaatimizce de isabetli olarak, bu davaların da tahkimde görülebileceği ifade edilmektedir¹⁵⁰. Ayrıca, bu davalarda, teminat alınması, takibin durdurulması veya icra veznesine giren paranın

¹⁴⁵ Nihat Yavuz, İtirazın İptali ve Tahsil (Eda) Davası, 2. Bası, 2007, s. 98, (Yeşilirmak, s. 213'den naklen).

¹⁴⁶ “Yukarıda, tahkim anlaşmasının varlığı halinde tarafın (hakeme gitmeksizin doğrudan) ilâmsız icra takibi yoluna başvurmaması gerektiği görüşünde olduğumu ifade etmiştim. Bu görüşün kabulü halinde, doğrudan ilâmsız icra takibi yapılamayacağından, icra hukukuna has bir müessese olan itirazın iptali davası açma ihtiyacı da doğmayacaktır. Ancak, çıkartılabilecek bir içtihadî birleştirme kararında farklı sonuca varılarak ilâmsız icra takibi yapılmasına olarak verilmesi halinde, itirazın iptali davasının hakem önünde açılmasının, tahkim anlaşmasının gereği olduğunu değerlendirmekteyim.”, Yılmaz, İtirazın İptali, s. 545; Tanrıver, s. 352; Pekcanitez/ Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2671.

¹⁴⁷ Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, itirazın iptali davasında tahkime başvurmak, icra inkâr tazminatından feragat edildiği anlamına gelir. Bu görüş için ve bu konuda kapsamlı bir değerlendirme için bkz. Hakan Pekcanitez, “Tahkimde Açılan İtirazın İptali Davasında Hakemler İcra ve İnkâr Tazminatına Karar Verilebilir mi?”, Fasikül Hukuk Dergisi, 10(100), 2018, s. 57-65. Pekcanitez/ Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2671.

¹⁴⁸ Tanrıver, s. 352-353.

¹⁴⁹ Takibin iptali ve taliki (İİK.m.71) de icra hukukuna özgü kurumlardır. Bu durumlarda da münhasıran icra mahkemesi görevlidir. Bu nedenle söz konusu uyuşmazlıkların tahkimde görülebilmesi mümkün gözükmemektedir. Bundan başka hacizde istihkak prosedürü (İİK.m.96-97 ve 99) de üçüncü kişilerin müdahil olduğu, icra hukukuna özgü bir prosedürdür. Bu tür uyuşmazlıkların da mahiyeti gereği tahkimde görülebilmesi mümkün değildir.

¹⁵⁰ Borçtan kurtulma davası için bu yönde açıklamalar için bkz. Tanrıver, s. 353. Menfi tespit ve istirdat davası için bu yönde açıklamalar için bkz. Yılmaz, İtirazın İptali, s. 541. Borçtan kurtulma davası ve menfi tespit davaları için aksi yöndeki görüş için bkz. Pekcanitez/ Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2673.

ödenmemesi ve bu davalar sonucunda kanunda yer alan tazminatlara karar verilmesi gibi kararların, tahkimde de verilebileceği ifade edilebilir. Zira, tahkimde, mahiyeti itibariyle söz konusu işlemler kadar önemli sonuç doğuran ihtiyatî tedbire hükmedebilmektedir (HMK.m.414)¹⁵¹.

Tahkim sözleşmesinin, usûl hukuku alanında ortaya çıkardığı bir etki de dava şartı niteliğindeki arabuluculuğa ilişkindir. Kira sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar, bazı durumlarda, ticarî davaya veya tüketici hukukundan kaynaklanan davaya vücut verebilir¹⁵². Tarafların, aralarındaki kira sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların tahkimde görülmesini kararlaştırıldığı durumlarda, kira sözleşmesinden doğan uyuşmazlık, ticari davaya veya tüketici hukukundan doğan bir davaya vücut verse bile HUA.K.m.18/A-18 uyarınca, dava şartı arabuluculuk uygulanmayacaktır¹⁵³. Dava şartı arabuluculuk bağlamında, kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların ticari dava niteliğinde olduğu durumda, itirazın iptali davasına konu olabileceği ihtimali üzerinde durulmalıdır. Zira, Yargıtay, vermiş olduğu son kararlarında¹⁵⁴, ticari dava niteliğinde olan itirazın iptali davalarında, dava şartı arabuluculuğun uygulanması gerektiğini belirtmektedir¹⁵⁵. Böyle bir

¹⁵¹ Belirtilmelidir ki, yukarıda tahkimde görülebilmesi mümkün olarak ifade edilen davalar, tahkim sözleşmesine rağmen, devlet mahkemelerinde açılmış olabilir. Bu durumda diğer tarafın tahkim ilk itirazında bulunup, davanın hakemlerce çözülmesi gerektiğini ileri sürmesi mümkündür.

¹⁵² Bu tür durumlarda, TTK.m.5/A ve TKHK.m.73/A uyarınca dava şartı arabuluculuğun uygulanıp uygulanması sorunu da gündeme gelebilir.

¹⁵³ Zira, HUA.K.m.18/A-18’de, “özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz” hükmüne yer verilmektedir.

¹⁵⁴ Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 04.12.2020, E.2020/1943, K.2020/4052, “Yukarıda açıklanan nedenlerle 7155 sayılı Kanun’un 20. maddesi ile eklenen 6102 sayılı TTK’nın 5/A maddesi uyarınca, ”ticari nitelikteki itirazın iptali davalarında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmasının zorunlu olduğuna ve arabulucuya başvurulmuş olmasının HMK’NIN 114/2 ve TTK’NIN 5/A maddeleri gereği dava şartı olduğuna, uyuşmazlığın bu şekilde giderilmesine” 04.12.2020 gününde oybirliğiyle ve 5235 sayılı Kanun’un 35/4 maddesi gereğince kesin olarak karar verildi.”, www.legalbank.net, Erişim Tarihi, 17.09.2021.

¹⁵⁵ İtirazın iptali davalarında dava şartı arabuluculuğun uygulanmasının mümkün olmadığı yönünde bkz. Muhammet Özekes / Pınar Çiftçi, “Menfi Tespit Davalarını Zorunlu Arabuluculuğa Dahil Saymanın Gereksizliği Üzerine (İstanbul Bam Kararları Örneğinden Bir Bakış)”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 148(1), 2020, s. 113, 130. Bu yönde başka bir görüş ve icra ve iflâs hukuku açısından diğer davalar bakımından yapılan inceleme bkz. Ermenek, İ/Azakh Arslan, B, “İcra ve İflâs Hukuku Açısından Ticarî Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m. 5/A)”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 148, 2020, s. 135-197. Aksi yöndeki görüş için bkz. Barış Toraman, “İflâs Davasının Arabuluculuğa Elverişliliği ve Dava Şartı Arabuluculuk Kapsamında Olup Olmadığı Üzerine”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 28(3), 2020, s. 1027–1059.

durumda, itirazın iptali davası tahkimde açılmışsa HUAK.m.18/a-18 hükmü uyarınca, dava şartı arabuluculuğun uygulanması mümkün olmamalıdır.

SONUÇ

Zayıf tarafın korunması düşüncesi, maddî hukuka ilişkin bir düşünce olup, usûl hukuku sözleşmesi olan tahkim sözleşmesinde uygulama alanı bulmaz. Tahkime elverişlilik konusunda, usûlî eşitlik ilkesinin alt kategorisi konumunda bulunan “mahkemeye erişim hakkının” işlerlik kazandığı ileri sürülebilir. Bu sebeple, zayıf tarafın korunması düşüncesi bir tarafa bırakılarak, kira sözleşmelerinin türleri bakımından tahkime elverişlilik konusunda ayırım yapılmadan, bunlardan doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu kabul edilmelidir. Nitekim, kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği konusunda, HMK.m.408 uyarınca, objektif tahkime elverişlilik ile ilgili engel yoktur. Öte yandan, bu uyuşmazlıkların, menfaat temelli olan arabuluculuğa elverişli olması karşısında, evleviyetle tahkime de elverişli olması gerektiği ifade edilebilir.

Bunlara karşılık, maddî hukuktaki kiracıyı koruyan düzenlemelerin öngörülmesindeki endişelerin tümüyle göz ardı edilmesi, menfaat-değerlendirme hukukçuluğuna uygun bir yaklaşım olarak görülemez. Bu sebeple, kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tahkim sözleşmesi yapılmasına ilişkin birtakım öneriler ortaya konulabilir. Bu önerilerin, tahkim yargılaması sonucunda verilen kararın, kamu düzenine aykırılık sebebine dayalı olarak iptal edilme riskini azaltacağı düşünülmektedir.

Kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin tahkim sözleşmesi yapıldığı durumlarda, usûl hukuku ve icra ve iflâs hukuku alanlarında ortaya çıkan bir sonuç olarak tahkim sözleşmesinin müspet ve menfî etkisi gündeme gelmektedir. Ancak, tahkim sözleşmesinin menfî etkisinin, ilâmsız icra yoluyla takibi engellediği söylenemez. Bununla birlikte, borçlunun, alacaklının takip talebine ödeme emrine itiraz etmek suretiyle tahkim itirazında bulunma imkanına sahip olması gerektiği ifade edilebilir.

Kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin tahkim sözleşmesi yapıldığı durumlarda, ilâmsız icra yoluyla takibe başvurulursa, icra hukukuna özgü olan ve icra mahkemelerinin görev alanına giren durumlarda tahkime gidilmesi mümkün gözükmemektedir. Öte yandan, takip prosedürü içinde, görevli merciin genel hükümlere göre belirlendiği davalarda, tahkim yargılaması mümkün olmalıdır.

Son olarak, tahkim sözleşmesinin varlığı durumunda, HUAK.m.18/A-18 uyarınca, bu uyuşmazlıklar hakkında, ticarî dava veya tüketici hukukundan doğan dava niteliğinde olsalar bile, dava şartı arabuluculuk uygulanmaz.

KAYNAKÇA

- Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim*, 5. Bası, Filiz Kitabevi, 2020.
- Alangoya Y, *Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi*, Fakülteler Matbaası, 1973.
- Arslan R/ Yılmaz E/ Taşpınar Ayvaz S/ Hanağası E, *İcra ve İflâs Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2021 (Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, İcra ve İflâs Hukuku).
- Atalı M/ Ermenek İ/ Erdoğan E, *İcra ve İflâs Hukuku*, 4.Bası, Yetkin Yayınevi, 2021 (Atalı/Ermenek/Erdoğan, İcra ve İflâs Hukuku).
- Atalı M/ Ermenek İ/ Erdoğan E, *Medenî Usûl Hukuku*, 3.Bası, Yetkin Yayınevi, 2020 (Atalı/Ermenek/Erdoğan, Usûl).
- Aydemir F, *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi*, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Ayverdi İ, *Misalli Büyük Türkçe Sözlük*, 1. Bası, Kubbealtı Lügatı, 2010.
- Başpınar V/ Ünal M, *Şekli Eşya Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Yayınevi, 2012.
- Bhadra S/ Jalan N, “Alternative Dispute Resolution In Tenancy Disputes – Walking The Tightrope”, *NUJS Journal on Dispute Resolution*, 2021, 1(1), s. 96-116.
- Born G B, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2009.
- Böckstiegel K H, Public Policy as a Limit to Arbitration and its Enforcement 11th IBA International Arbitration Day and United Nations New York Convention Day “The New York Convention, 50 Years” in New York on 1 February 2008, <https://www.arbitration-icca.org/media/4/44543421599110/media012277202358270bckstiegel_public_policy...iba_unconference_2008.pdf>, Erişim Tarihi 21 Aralık 2020.
- Budak A C, “Kılı Kırk Yarma Makinesi”, *Medeni Usul Hukukunda Kavram İctihadi ve Menfaat İctihadi*, Filiz Kitabevi, 2021 (Budak, Menfaat İctihadi).
- Budak A C/ Karaaslan V, *Medeni Usul Hukuku*, 4. Bası, Adalet Yayınevi, 2020.
- Çetinel T, *Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarruflar Bağlamında Tasarrufun İptali ve Muvazaa Davaları*, 1. Bası, Yetkin Yayınevi, 2020, s. 182-183.
- Demirkol B/ Aküzüm U, *Türkiye’de Med-Arb (Arbuluculuk-Tahkim)*, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2020.

- Deren Yıldırım N, *Tahkim ve Objektif Açıdan Tahkime Elverişlilik*, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, Alkım Yayınevi, İstanbul 2007, s. 47-61.
- Deskoski T/ Dokovski V, “Notes on Arbitrability- Focus on Objective Arbitrability”, *Iustinianus Primus Law Review*, 1(1), 2018, s. 1-12.
- Ekmekçi Ö/ Özekes M/ Atalı M/ Seven V, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Ekşi N, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim*, 2. Bası, Beta Yayıncılık, 2019.
- Erdoğan E, *Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi*, 2. Bası, Yetkin Yayınevi, 2020.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 4. Bası, Yetkin Yayınevi, 2017.
- Ermenek İ, *Arabuluculukta Zayıf Tarafın Korunması*, 1. Bası, Yetkin Yayınevi, 2021.
- Ermenek İ, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Ön İnceleme”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(1), 2011, s. 139 – 177.
- Ermenek İ/Azaklı Arslan B, “İcra ve İflâs Hukuku Açısından Ticarî Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m. 5/A)”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 148, 2020, s. 135-197.
- Frankel R, “The Arbitration Clause as Super Contract”, *Washington University Law Review*, 531, 2014, <https://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol91/iss3/4>, Erişim Tarihi, 21.12.2020.
- Gerhard W, *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Mohr Siebeck, 1998.
- Görgün Ş/ Börü L/ Kodakoğlu M, *Medenî Usûl Hukuku*, 10. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2021.
- Gümüş M A, *Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, 2012.
- Hanağası E, *Medeni Usul Hukukunda Silahların Eşitliği*, Yetkin Yayınevi, 2016.
- Harris J, *Alternative Approaches to Resolving Housing Disputes*, Bristol 2020.
- Horton D, “Infinite Arbitration Clauses”, *University of Pennsylvania Law Review*, 168(1), s. 633-688.
- Huysal B, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, Vedat Kitapçılık, 2010.

- İnceoğlu M M, *Kira Hukuku*, C. II, On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- İnceoğlu S, *Adil Yargılanma Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 4, 2018 (İnceoğlu, Adil Yargılanma).
- Kalpsüz T, *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2007.
- Kılıç Öztürk G, “Kira Tespit Davası ve Esasları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2017, 129(1), s. 229-260.
- Kirry A, “Arbitrability, Current Trends in Europe”, *Arbitration International*, 12(4), 1996, s. 373-389.
- Koç E, *Medeni Usul Hukuk Kapsamında Usuli İşlemlerde İrade Bozuklukları*, Sümer Kitabevi, 2021.
- Köhler W J, *Anwalts-Handbuch Wohnungseigentumsrecht*, 4. Baskı, Otto Schmidt, 2020.
- Kurtulan G, “Türk Hukukunda Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2017, 131(1), s. 239-260.
- Kuru B, *Hukuk Muhakemesi Usûlü*, C.VI, 6. Baskı, Demir-Demir Yayıncılık, 2001, (Kuru, Şerh).
- Kuru B, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2013 (Kuru, El Kitabı).
- Kuru B, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, C.2, Yetkin Yayınevi, 2020 (Kuru, Usûl).
- Kurzkommentar, *Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn, 2014.
- Liebscher C, “Objektive Schiedsfähigkeit - Eine Skizze”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16(Özel Sayı), 2014, s. 1625-1643, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, 2015.
- Lüke W, *Zivilprozessrecht I*, 11. Baskı, C.H. Beck, 2020.
- Ozanoğlu H S, “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 50(1), 2001, s. 55-90.
- Ömeroğlu E, “Taşınmazların Kiralanmasına İlişkin Sözleşmelerin Uygulanacak Hukuk, Milletlerarası Yetki ve Milletlerarası Tahkim Bakımından Türk Hukukundaki Yeri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 127(1), 2016, s. 375-396.

- Özbay İ, “1998 Alman Tahkim Hukuku Reformu ve Bu Reforma İlişkin Özellikler”, *Bilgi Toplumda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C.II*, Beta Yayıncılık, 2013, s. 1055-1079.
- Özbay İ, *Hakem Kararlarının Temyizi*, 1. Bası, Yetkin Yayınevi, 2004.
- Özbek M S, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 4. Bası, Yetkin Yayınevi, 2016.
- Özbek M S, “Tahkim İlk İtirazı Üzerine Tahkim Sözleşmesi Üzerinde Yapılan Mahkeme Denetimi”, *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019(2), s. 179-253.
- Özdamar M, “Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17(1-2), 2013, s. 831-867.
- Özekes M/ Birben E, “2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunundaki Mecburi Tahkim ile İhtiyari Tahkimin Karşılaştırılması”, *Prof. Dr. Turhan Tüfan YÜCE’ye Armağan*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2001, s. 149-173.
- Özekes M/ Çiftçi P, “Menfi Tespit Davalarını Zorunlu Arabuluculuğa Dahil Saymanın Gereksizliği Üzerine (İstanbul Bam Kararları Örneğinden Bir Bakış)”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 148(1), 2020, s. 101-134.
- Öztan B, *Medenî Hukukun Temel Kavramları*, 41. Baskı, Turhan Kitabevi, 2016.
- Pekcanitez H, “Belirsiz Alacak Davasının İş Hukukunda Uygulanması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Polat Soyer’e Armağan, Özel Sayı*, 2013, s. 933-968.
- Pekcanitez H, “Tahkimde Açılan İtirazın İptali Davasında Hakemler İcra ve İnkâr Tazminatına Karar Verilebilir mi?”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, C. 10, S. 100, 2018, s. 57-65.
- Pekcanitez H/ Atalay O/ Özekes M, *Medenî Usûl Hukuku, C.I, II, III*, On İki Levha Yayıncılık, 2016 (Pekcanitez/ Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl).
- Pekcanitez H/ Atalay O/ Özekes M/ Sungurtekin Özkan M, *İcra ve İflâs Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 2019 (Pekcanitez/ Atalay/ Özekes/ Sungurtekin Özkan, İcra ve İflâs Hukuku).
- Pürselim H S, “Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Kira Sözleşmelerinin Tahkime Elverişliliği”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2021, 27(1), s. 496-512.
- Radbruch G, *Beş Dakikada Hukuk Felsefesi*, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi/ 2, (Çeviren, Hayrettin Ökçesiz), s. 7-8.

- Sarialioğlu S, İstanbul Tahkim Merkezi Tahkimde Taraf Vekilliği Eğitimi Sunumu, 11.04.2021.
- Schütze R A/ Thummel R C/ Wendland M, *Grosskommentar der Praxis ZPO §§ 916-1066*, 5. Baskı, De Gruyter, 2019.
- Selçuk S, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Hakem Kararlarının İptali*, Yetkin Yayınevi, 2018.
- Selçuk S, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Verilen Hakem Kararlarının İcrası”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2019, 49(1), s. 115-140.
- Serozan R, *Hukukta Yöntem*, Vedat Kitapçılık, 2015.
- Smith R A, *The Question of Arbitrability- The Role of the Arbitrator, the Court, and the Parties*, 16(1), 1962, s. 1-42.
- Spühler K/ Tenchio L/ Infanger D, Basler Kommentar, *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)*, 3. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2017.
- Tandoğan H, *Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasaya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi*, Vedat Kitapçılık, 1993.
- Tandoğan Özbaykal N, “Tüketici Hakem Heyetlerinde İtirazın İptali Davası Sorunu ve 7063 Sayılı Kanun Sonrasında Verilen Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 26(1), Haziran 2020, s. 467-486.
- Tanrıver S, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*, Yetkin Yayınevi, 2020.
- Tanrıver S, *Medeni Usul Hukuku, C.II*, Yetkin Yayınevi, 2020.
- Toraman B, “İflâs Davasının Arabuluculuğa Elverişli ve Dava Şartı Arabuluculuk Kapsamında Olup Olmadığı Üzerine”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, 28(3), s. 1027-1059.
- Umar B, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2014.
- Üstündağ S, *Medeni Yargılama Hukukunun Esasları*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, 2000.
- Voit U, *Die objektive Schiedsfähigkeit nach Österreichischem Recht*, Mohr Siebeck, 2009.
- Wutzel E, *Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit im Verhältnis Österreich*, Wien 2019.

- Yeşilirmak A, “Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığına Rağmen Genel Haciz Yolu İle Takip Yapılabilir mi?”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 96(1), 2011, s. 205-228.
- Yeşilova B, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, Güncel Hukuk Yayınları, 2008.
- Yılmaz E, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Mahkemelerin Geleneksel İşlevini Yitirmesi”, *Yüz Yetmiş Dört (İNTES)*, 2020, s. 48-53.
- Yılmaz E, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, C.4, 4. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2021.
- Yılmaz E, “Tahkimde İtirazın İptali Davası ve Tahkime Elverişlilik Kuralı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16(1), 2014, s. 531-554.
- Yılmaz S/ Çavuşoğlu G F, “Türk Hukukunda Tahkime Elverişlilik ve Taşınmazın Aynına İlişkin Uyuşmazlıkların Tahkimde Görülmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10(2), 2019, s. 594-613.

AVRUPA BİRLİĞİ VE TÜRK REKABET HUKUKUNDA DE MINIMIS (HOŞGÖRÜLEBİLİRLİK) KURALI

Sezen Dilege BEŞİR*

ÖZET

“De minimis (hoşgörülebilirlik)” kuralı çoğunlukla Anglosakson hukukunda uygulama alanı bulurken, Kara Avrupası hukukunda daha sınırlı bir işleve sahiptir. Buna karşılık kural, Avrupa Birliği hukukunun çeşitli alanlarında ve bilhassa rekabet hukukunda sıklıkla uygulanmaktadır. Rekabet hukuku anlamında de minimis kuralı; normal şartlar altında bir rekabet ihlali oluşturan anlaşma, uyumlu eylem ve kararların; bu anlaşma, uyumlu eylem ve kararların tarafı olan teşebbüslerin iktisadi güçlerinin ve pazar paylarının düşük olması sebebiyle piyasa üzerinde hissedilir bir etki yaratmaması ve bu nedenle ihlal olarak görülmemesi şeklinde tanımlanabilir. Avrupa Birliği rekabet hukuku de minimis kuralını oldukça detaylı düzenlemelere konu ederken, Türk rekabet hukukunda yakın zamana kadar de minimis kuralı ile ilgili açık bir düzenleme yer almamış ve kural, Rekabet Kurulu’nun kararları doğrultusunda şekillenmiştir. Ancak Haziran 2020’de Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da yapılan değişikliklerle de minimis kuralı, Türk rekabet hukukunda ilk kez kanuni düzenlemelere konu olmuştur. Türk hukukundaki bu düzenlemenin mehası Avrupa Birliği hukukundaki düzenleme olduğu için, konunun mukayeseli olarak ele alınması tercih edilmiştir. Bu kapsamda öncelikle de minimis kuralının tanımı ve benzer kavramlarla ilişkisi ele alınmış, ardından Avrupa Birliği rekabet hukukundaki düzenlemeler incelenmiştir. En son Türk rekabet hukukundaki durum, 2020’de yapılan kanun değişikliği öncesi ve sonrası şeklinde ikiye ayrılarak değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: De Minimis Kuralı, Rekabet Hukuku, KOBİ, Pazar Payı Eşiği, Amaç Yönünden Rekabeti Sınırlayan Anlaşmalar

* Arş. Gör., İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı/İSTANBUL, e-posta: sezen.besir@izu.edu.tr,

ORCID: 0000-0001-7158-6991

DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1101677

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 11/04/2022

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 22/05/2022

DE MINIMIS RULE IN EUROPEAN UNION AND TURKISH COMPETITION LAW

ABSTRACT

While “de minimis” rule is mostly applied in Anglo-Saxon law, it has a more limited function in Continental law. On the other hand, the rule is frequently seen in various fields of European Union law, especially the competition law. In the context of competition law, de minimis rule can be defined as considering some agreements, concerted practices and decisions which would be the violation of competition law under normal circumstances as negligible, because their effects on the market are insignificant. While European Union competition law makes detailed regulations about de minimis rule, there has not been a clear regulation regarding the rule in Turkish competition law until recently and the rule was mainly given shaped with the decisions of Turkish Competition Authority. Since the source of the regulation in Turkish law is mainly European Union competition law, it was preferred to handle the subject comparatively. At first, the definition of de minimis rule and its relationship with similar concepts are discussed, then the regulations in European Union competition law are examined. Lastly, the situation in Turkish competition law is studied by dividing the subject into two as before and after the law amendment in 2020.

Keywords: *De Minimis Rule, Competition Law, Small and Medium Sized Enterprises, Market Share Threshold, Restrictions of Competition by Object*

GİRİŞ

Rekabet hukuku temelinde, amacı yahut etkisi bakımından gerek doğrudan gerekse dolaylı olarak rekabeti engelleyen, bozan ve kısıtlayan anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar yasaklanmıştır. Buna karşılık bir rekabet hukuku ihlali teşkil etmesine rağmen, rekabeti bozucu etkisi piyasalar üzerinde hissedilir derecede olmayan anlaşma, uyumlu eylem ve kararların yasak kapsamı dışında tutulması de minimis kuralı olarak adlandırılmaktadır.

De minimis kuralının ortaya çıkmasında iki temel sebep etkili olmuştur. Bunlardan ilki, küçük nitelikteki uyuşmazlıkların mahkeme veya diğer karar mercilerinin önüne taşınmasını engellemek ve bu sayede usul ekonomisini sağlamaktır. Rekabet hukuku bakımından ön plana çıkan asıl sebep ise küçük ve orta ölçekli işletmelerin kimi haksız eylemlerinin görmezden gelinmesi suretiyle bu işletmelerin, piyasadaki büyük rakipleri karşısında rekabet edebilme güçlerini artırmaktır. Bu anlamda de minimis kuralının muhatabı öncelikli olarak küçük ve orta ölçekli işletmelerdir.

De minimis kuralının hangi hallerde uygulanacağını belirlemek için hem Avrupa Birliği hem de Türk rekabet hukukunda kabul edilen temel ölçüt, rekabet ihlali oluşturan anlaşmanın tarafı olan teşebbüslerin pazar payı olmuştur. Zira bir teşebbüsün pazarda sahip olduğu yer ne kadar büyükse, eylemlerinin piyasadaki rekabeti etkileyebilme gücü de kural olarak o kadar büyüktür. Ancak kimi hallerde teşebbüslerin pazar payı düşük olmasına rağmen, ilgili pazarın özelliği nedeniyle rekabetin ihmal edilemeyecek ölçüde sınırlanmış olması mümkündür. Bu anlamda de minimis kuralının uygulanmasında pazar payları yol gösterici bir ölçüt olmakla birlikte, kesin bir sınır çizmemektedir. İlgili pazarın ve teşebbüslerin özellikleri de incelenmelidir.

Çalışmamız kapsamında öncelikle de minimis kuralının kavramsal tanımı ve ortaya çıkmasının arkasındaki sebepler incelenecek, daha sonra Avrupa Birliği rekabet hukukunda kuralın gelişimi ve kuralın uygulanabilmesi için gerekli şartlar ele alınacaktır. Son bölümde ise Türk hukukundaki durum, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Haziran 2020'de yapılan değişikliklerden önce ve sonra olmak üzere iki farklı bölümde incelenecektir.

I. DE MİNİMİS KURALININ ANLAMI, ORTAYA ÇIKMASINDAKİ SEBEPLER VE BENZER KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ

A. Kavramsal Tanım

Latince “önemsiz şey” anlamına gelen de minimis, aslında “hukuk/hâkim önemsiz konularla ilgilenmez” şeklinde tercüme edilen “*de minimis non curat lex/de minimis non curat praetor*” ifadesinin kısaltılmış halidir¹. 15. yüzyılda özel hukukta uygulanmaya başlayan² kuralın temelinde; önemsiz olarak nitelenebilecek küçük sorunların yargıya taşınma imkânının sınırlanması, böylece mahkemelerin gereksiz yere meşgul edilmesinin engellenmesi fikri yatmaktadır.

Kavram özellikle Anglosakson hukuk sisteminde sözleşme ve haksız fiil uyuşmazlıklarından ceza hukukuna kadar geniş bir uygulama alanı bulurken³, Kara Avrupası hukuk sisteminde daha sınırlı olarak uygulanmaktadır. Zira Kara Avrupası hukukunda genel olarak tüm zararların dava edilebilir nitelikte olduğu kabul

¹ Bryan A. Garner (Ed.), *Black's Law Dictionary*, 9. Bası, Thomson Reuters, 2009, s. 496.

² De minimis kuralının uygulamalarına Romalı hukukçular Callistratus, Ulpianus ve Paulus'un eserlerinde rastlandığı, buna karşılık de minimis veya onunla aynı anlama gelen bir kavrama Digesta'da yer verilmediği; “de minimis non curat praetor” ifadesinin ilk defa Portekizli hukukçu Agostinho Barbosa'nın *Tractatus Varii* isimli hukuk terimlerini derlediği eserinde görüldüğü belirtilmektedir. – Max L. Veech / Charles R. Moon, “De Minimis Non Curat Lex”, *Michigan Law Review*, 45(5), 1947, s. 538-539.

³ Jeff Nemerofsky, “What is a ‘Trifle’ Anyway?”, *Gonzaga Law Review*, 37(2), 2001-2022, s. 324.

edilmektedir⁴. Bu anlayışa paralel olarak Kara Avrupası ülkelerinin pozitif hukuk düzenlemelerinde büyük çoğunlukla bu kurala yer verilmediği görülmektedir. Her ne kadar Kara Avrupası pozitif hukuk düzenlemelerinde de minimis kuralına açıkça yer verilirse de çok küçük nitelikteki kimi zarar ve uyuşmazlıkların mahkemeler önüne taşınmasının engellenmesi dürüstlük kuralından kaynaklanabilir⁵. Bunun haricinde Avrupa Birliği hukukunda de minimis kuralı yalnızca rekabet hukukunda değil, hukukun diğer alanlarında da görülmektedir⁶.

Rekabet hukuku perspektifinde de minimis, esas itibariyle çalışmamızın konusunu oluşturduğu üzere, rekabet ihlali oluşturan anlaşma, uyumlu eylem ve kararların, piyasa üzerindeki etkilerinin ihmal edilebilecek kadar düşük olduğu durumlarda; bu anlaşma, uyumlu eylem ve kararların rekabeti bozucu davranış yasağı kapsamı dışına çıkarılması anlamına gelmektedir⁷. Bu yönüyle de minimis kuralı, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma (ABİHA)'nın 101. maddesi⁸ ile Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun (RKHK)'un 4. maddesinde⁹ yer alan yasağın istisnası olarak değerlendirilebilir.

⁴ Selin Özden Merhacı / Vehbi Umut Erkan, “Anglo-Amerikan Hukukundan Kıta Avrupası Hukukuna – Özel Hukukta De Minimis Kuralı”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9(2), 2018, s. 51.

⁵ Örneğin TMK m. 737/2 ve mehzatı İsviçre Medeni Kanunu m. 684/2'de yer alan, diğer Kara Avrupası ülkelerinde de benzerlerine rastlanılan; komşuların, birbirlerinin hoşgörülebirlir seviyede kalan rahatsızlıklarına katlanma yükümlülüğünün de minimis kuralının bir örneği olduğu belirtilmektedir. – Helmut Koziol, “Comparative Conclusions”, Helmut Koziol (Ed.), *Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective*, Jan Sramek Verlag, 2015, s. 794.

⁶ Örneğin üye devletlerdeki üreticilerin ayıplı ürün sorumluluğuna ilişkin 85/374/EEC sayılı Direktif'in 9. maddesine göre, ayıplı ürün dışındaki eşyaya gelen zararın, tazmin edilebilmesi için en az 500 avro olması gerekir.

⁷ Emel Badur, *Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar*, Rekabet Kurumu, 2001, s. 77; Gülören Tekinalp / Ünal Tekinalp, *Avrupa Birliği Hukuku*, Beta Yayınları, 1997, s. 358; Kerem Cem Sanlı, *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Rekabet Kurumu, 2000, s. 102; Metin Topçuoğlu, *Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları*, Rekabet Kurumu, 2001, s. 145; Pelin Güven, *Rekabet Hukuku*, 2. Bası, Yetkin Yayınları, 2008, s. 209; Yılmaz Aslan, *Rekabet Hukuku: Teori ve Uygulama (Rekabet Hukuku 2021)*, 6. Bası, Ekin Basım Yayın, 2021, s. 140.

⁸ ABİHA m. 101/1: “Üye devletler arasındaki ticareti etkileyebilecek nitelikte olan ve amacı veya etkisi iç pazardaki rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulması olan ve özellikle aşağıdaki nitelikleri taşıyan tüm teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüs birliklerinin kararları ve uyumlu eylemler iç pazarla bağdaşmaz ve yasaktır.”

⁹ RKHK m. 4: “Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.”

Ancak bunun haricinde, Avrupa Birliği rekabet hukukunda de minimis kuralına ilişkin başka bir düzenleme de yer almaktadır. ABİHA'nın 107. maddesinde belirli teşebbüsleri veya belirli malların üretimini kayıtarak rekabeti bozan veya bozma tehlikesi yaratan devlet yardımları ve devlet kaynakları aracılığıyla yapılan yardımlar iç pazarla bağdaşmayan yardımlar olarak kabul edilmiştir. Konuya ilişkin 1407/2013 sayılı Avrupa Komisyonu tüzüğünde, belirli tutarı aşmayan ve belirli bir süre için teşebbüslere sağlanan yardımlar “de minimis yardımı (*de minimis aid*)” olarak tanımlanmış ve bu yardımların ABİHA'nın 107. maddesinde yer verilen rekabeti bozucu yardımlardan sayılmayacağı açıklanmıştır. Tüzüğün 3. maddesine göre üye devletin, bir teşebbüse yaptığı yardım miktarı üç yıllık dönemde 200.000 avroyu aşmıyorsa, de minimis yardımı olarak değerlendirilebilecek ve ABİHA'nın 107. maddesi kapsamına girmeyecektir. De minimis kuralının rekabet hukukunda bir görünümü olması sebebiyle devlet yardımlarına ilişkin düzenlemeye burada kısaca yer verilmekle birlikte, çalışmamızda esas olarak rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar yönünden kuralın uygulanma şartları incelenecektir.

Türk rekabet hukuku öğretisinde de minimis kuralına ilişkin terminoloji birliğinin olduğunu söylemek mümkün değildir. “Hoşgörülebilirlik kuralı”¹⁰, “de minimis kuralı”¹¹, “de minimis doktrini”¹², “hissedilir etki”¹³, “rekabetin hissedilir derecede bozulması”¹⁴, önemsiz anlaşmalar”¹⁵, “azımsanabilir nitelikteki anlaşmalar”¹⁶, “hissedilir ölçüde rekabetçi endişe doğurmayan anlaşma ve davranışlar”¹⁷ gibi kavramlara rastlanmaktadır. *Tomur*, de minimis kuralının ne ifade ettiğine ilişkin olarak hem kavramlar hem de tanımlar arasında görülen farklılığın sebebinin, rekabet ihlallerinde aranan hissedilir etkinin ABİHA'nın 101. maddesinde yer alan üye devletler arasındaki ticaretin etkilenmesi koşulu ile ilişkisinin farklı

¹⁰ Aslan, *Rekabet Hukuku 2021*, s. 140; İlhan Yiğit, *Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 70; Tekinalp / Tekinalp, s. 358.

¹¹ Badur, s. 77; Güven, s. 208.

¹² Ateş Akıncı, *Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukukunda Rekabetin Yatay Kısıtlanması*, Rekabet Kurumu, 2001, s. 193; Sanlı, s. 101; Topçuoğlu, s. 145.

¹³ Zekeriyya Arı, “Rekabet Hukukunda De Minimis Kuralı (Hissedilir Etki)”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 21(4), 2002, s. 71.

¹⁴ Gamze Aşçıoğlu Öz, *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, Rekabet Kurumu, 2000, s. 56; Meltem Küçükayhan Aşçıoğlu, *Rekabet Hukuku ve Dağıtım Sözleşmeleri*, Adalet Yayınevi, 2011, s. 72.

¹⁵ Kemal Erol, *Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması*, Rekabet Kurumu, Ankara, 2000, s. 66.

¹⁶ Arif Esin, “Avrupa Birliği Rekabet Hukuku’nda De Minimis Kuralı Değişiyor”, *Rekabet Bülteni*, 3(5), 2001, s. 10.

¹⁷ Mustafa Ateş, *Rekabet Hukukuna Giriş (Rekabet Hukuku)*, 2. Bası, Adalet Yayınevi, s. 130.

değerlendirilmesinden kaynaklanabileceğini ifade etmiřtir¹⁸. Haziran 2020’de RKKH’de yapılan değişiklikleri takiben çıkarılan de minimis kuralına ilişkin tebliğde “rekabeti kayda değer ölçüde kısıtlamayan” kavramı tercih edilmiştir. Biz de çalışmanın genelinde “de minimis kuralı” ifadesini kullanmakla birlikte, kuralın Türkçe karşılığı olarak “hoşgörülebirlirlik kuralı” kavramını tercih ettik.

B. Kuralın Ortaya ıkmasına Etkili Olan Sebepler

1. Usul Ekonomisi

Genel olarak de minimis kuralının hizmet ettiği amaçların başında usul ekonomisi gelir. Yargılamanın basit, çabuk ve ucuz gerçekleşmesi olarak tanımlanan usul ekonomisi adil yargılanma hakkının bir geređidir¹⁹. Mahkemelerin ve diğer karar mercilerinin iş yüklerinin çok fazla olması, uyuşmazlıkların uzun süreler sonunda karara bağlanmasına sebebiyet vermekte, bu durum da adaleti geciktirmektedir.

De minimis kuralı, hoş görülebirlir seviyede olduğu kabul edilebilir kimi uyuşmazlık ve zararların dava/talep konusu yapılmasını engelleyerek en başta usul ekonomisine hizmet etmektedir. Kuralın, özellikle yargılama masrafları ve süresinin davadan beklenen potansiyel faydadan daha büyük olduğu durumlarda uygulanması gerektiği ifade edilmektedir²⁰. Rekabet hukuku bakımından da kural olarak ihlal teşkil eden bazı eylemlerin, piyasadaki etkilerinin hissedilir derecede olmaması halinde soruştırmaya konu edilmemesi, rekabet otoritelerinin dosya yükünü azaltarak usul ekonomisine katkı sağlamaktadır.

2. Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelerin Piyasa Faaliyetlerinin Devamının Sağlanması

De minimis kuralının rekabet hukukunda uygulanmasının asıl sebebi, küçük ve orta ölçekli işletmelerin (KOBİ) piyasa faaliyetlerinin devamının sağlanmasıdır. KOBİ’ler hızlı karar alabilen yapıları, üretim maliyetlerinin düşük olması gibi olumlu özellikleriyle piyasaya hareketlilik ve rekabetçi bir ortam kazandırarak, ekonominin temel yapı taşlarını oluřtırmaktadırlar²¹. Ne var ki KOBİ’lerin, piyasadaki büyük ölçekli işletmelere karşı rekabet edebilmesi güçtür. İşte bu sebeple KOBİ’ler, piyasadaki rekabeti hareketlendirecek dinamik sermaye yapıları

¹⁸ Kerem Tomur, *Kobiler ve Rekabet Politikası – De Minimis Kuralının Rekabet Hukukundaki Yeri, İşlevi ve Uygulama Prensipleri*, Rekabet Kurumu, 2004, s. 21.

¹⁹ Hakan Pekcanitez / Oğuz Atalay / Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 189.

²⁰ Andrew Inesi, “A Theory of De Minimis and a Proposal for Its Application in Copyright”, *Berkeley Technology Law Journal*, 21(2), 2006, s. 956.

²¹ Tomur, s. 7.

olmalarından hareketle diğer teşebbüslerden farklı rekabet uygulamalarının konusu olabilmektedirler²². De minimis kuralının uygulanmasıyla, KOBİ'lerin faaliyetlerinin ve hatta birbirleriyle aralarındaki iş birliklerinin desteklenmesi ve bu sayede büyük ölçekli işletmeler karşısında piyasadaki varlıklarını sürdürebilmelerinin sağlanması amaçlanmaktadır²³.

Aşağıda ele alınacağı üzere Avrupa Komisyonu da de minimis kuralı ile ilgili duyurularında KOBİ'ler arasındaki anlaşmaların Birlik ülkelerindeki ticareti önemli ölçüde etkileyemeyeceğini, bu nedenle KOBİ'ler tarafından gerçekleştirilen ve kural olarak ihlal niteliğinde olan bazı davranışların görmezden gelinebileceğini ifade etmektedir²⁴.

C. De Minimis Kuralının Benzer Kavramlarla İlişkisi

Per se ve *rule of reason* öğretileri, de minimis kuralında olduğu gibi teşebbüsler arası anlaşma, eylem ve kararların rekabet ihlali oluşturup oluşturmadığının tahlilinde belirleyici olmaktadır. *Per se* rekabet ihlalleri, rekabet ihlali oluşturduğu açık olan ve rekabet hukuku kurallarına uygun olmadığını ortaya koymak için detaylı analize ihtiyaç duyulmayan davranışları ifade eder²⁵. Buna karşılık haklı sebep olarak tercüme edilebilecek *rule of reason*, per se ihlalin bulunmadığı durumlarda, ilgili davranışın rekabet ihlali oluşturup oluşturmadığının tespitinde tüm faktörlerin dikkate alınarak inceleme yapılması anlamına gelir²⁶. Görüldüğü üzere *per se* ve *rule of reason* öğretileri; teşebbüsler arası anlaşma, eylem ve kararların rekabete olan etkisini *nitelik* yönünden analiz etmektedir²⁷. Buna karşılık de minimis kuralının uygulandığı hallerde, ihlali gerçekleştiren teşebbüslerin pazar paylarının düşük olması sebebiyle piyasadaki rekabeti hissedilir derecede etkilemediklerinin kabul edilmesi, yani anlaşmaların *nicelik* yönünden yasak kapsamı dışına çıkarılmaları söz konusudur.

²² İsmail Hakkı Karkelle, “Rekabet Politikası ve Türkiye Deneyimi”, *Türkiye İkinci Uluslararası Rekabet Sempozyumu (6-7 Mart 2000, İstanbul/Türkiye)*, Rekabet Kurumu, 2000, s. 134.

²³ Arı, s. 70; Mustafa Ateş, “Son Yapılan Düzenlemeler Işığında AB Rekabet Hukuku ve Politikasına Genel Bir Bakış (AB Rekabet Hukuku ve Politikası)”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, 7(2), 2008, s. 58.

²⁴ Arı, s. 70.

²⁵ Rekabet Kurumu, “Rekabet Terimleri Sözlüğü”, <<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/geneldosya/rk-terimleri-sozlugu-2018-pdf>>, Erişim Tarihi 23.03.2022.

²⁶ Rekabet Kurumu, “Rekabet Terimleri Sözlüğü”, <<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/geneldosya/rk-terimleri-sozlugu-2018-pdf>>, Erişim Tarihi 23.03.2022.

²⁷ Arı, s. 86; Sanlı, s. 101.

De minimis kuralına, sonuçları itibariyle benzeyen diğer bir kavram da muafiyettir²⁸. Muafiyette, rekabeti sınırlayıcı olmasına rağmen aynı zamanda olumlu yönleri de bulunan anlaşma ve eylemlerin yasak kapsamı dışına çıkarılması söz konusudur²⁹. Kanun, muafiyet bakımından anlaşmaların; üretim ve dağıtımda gelişme ve iyileşme sağlamaları, tüketiciye faydalı olmaları, piyasanın önemli bir bölümünde rekabeti ortadan kaldırmamaları gibi nitelikleriyle ilgilenmektedir. Görüldüğü üzere hem de minimis kuralının hem de muafiyetin uygulandığı hallerde, rekabet ihlali oluşturduğu kabul edilen davranışlar yasak kapsamında değerlendirilmemektedir. Ancak muafiyette söz konusu davranışlar ağırlıklı olarak nitelik yönünden ele alınmaktadır. Bu anlamda muafiyet ve de minimis kuralı arasındaki fark da yine *nitelik* ve *nicelik* yönünden karşımıza çıkmaktadır³⁰.

Kimi zaman muafiyete ilişkin düzenlemelerde de teşebbüslerin pazar paylarına ilişkin eşiklere yer verilmektedir. Ancak muafiyet düzenlemelerindeki bu pazar payı eşikleri genellikle, de minimis kuralının uygulanması için öngörülen eşiklerden çok daha büyüktür. Zira muafiyet bakımından ilgili piyasada rekabetin önemli ölçüde sınırlanmamış olması şartı aranırken, de minimis kuralının uygulandığı hallerde piyasada kayda değer, hissedilir bir etkinin ortaya çıkmaması söz konusudur.

Bunun yanında, Türk rekabet hukukundaki düzenleme bakımından de minimis kuralı ile muafiyet arasındaki farklardan birinin de Rekabet Kurulu'na verilen yetki olduğunu söyleyebiliriz. RKHK m. 5'te Haziran 2020'de yapılan değişikliklerle, maddede sayılan şartların gerçekleşmesi halinde teşebbüsler arası anlaşma, eylem ve kararların 4. maddedeki yasaktan muaf olduğu açıkça belirtilmiştir. Kanunun önceki metninde yer alan "*Kurul, ... muaf tutulmasına karar verebilir.*" ifadesi değiştirilmiş, böylece şartları sağlayan anlaşma ve eylemlere muafiyet tanınması hususunda Kurul'un takdir yetkisi ortadan kaldırılmıştır. Oysa de minimis kuralını örtülü olarak düzenleyen RKHK m. 41'de Kurul'un, piyasada rekabeti kayda değer ölçüde kısıtlamayan anlaşma ve eylemleri soruşturma konusu yapmayabileceği ifade edilmiştir. Bu durumda Kurul, tebliğle belirlenecek ölçütlerin altında kalsa dahi ilgili anlaşma ve eylemleri soruşturma konusu yapma hususunda takdir yetkisine sahiptir.

²⁸ Ateş, muafiyetleri "bireysel muafiyet", "grup muafiyeti" ve "hissedilir ölçüde rekabetçi endişe doğurmayan anlaşma ve davranışlar" şeklinde üçe ayırarak; de minimis kuralını da muafiyetin bir türü olarak değerlendirmiştir. – Ateş, *Rekabet Hukuku*, s. 129-130.

²⁹ Aslan, *Rekabet Hukuku 2021*, s. 460.

³⁰ Arı, s. 86.

II. AVRUPA BİRLİĞİ REKABET HUKUKUNDA DE MINIMIS KURALI VE UYGULANMASI

A. Avrupa Birliği'nde Kuralın Ortaya Çıkışı

1. 1969 Tarihli *Völk v. Vervaecke* Kararı

Avrupa Birliği'nde de minimis kuralı ilk kez Avrupa Adalet Divanı'nın 1969 tarihli *Völk v. Vervaecke*³¹ kararında yaptığı tespitlerle ortaya çıkmıştır. Alman *Franz Völk, Maison Josef Erd & Co.* isimli işletmesinde çamaşır makinesi imalatı yapmaktadır. Davalı konumunda olan *Établissements J. Vervaecke* ise elektrikli ev aletlerinin dağıtımı ile uğraşan Belçikalı bir limited şirkettir. Tarafların aralarında yaptıkları dağıtım sözleşmesinde *Völk*, ürettiği makineleri Belçika ve Lüksemburg bölgelerinde satması için *Vervaecke*'ye mutlak bölgesel koruma tanımış; *Vervaecke* de dağıtım bölgesi içinde *Völk*'ün ürünlerine benzer başka markaların ürünlerini satmamayı taahhüt etmiştir.

Völk, Vervaecke'nin sözleşmedeki taahhütlerini yerine getirmediği gerekçesi ile dava açmıştır. *Vervaecke* ise savunmasında aralarındaki sözleşmenin ABİHA m. 85/1'deki (Antlaşma'nın bugünkü metninde m. 101/1'i ifade etmektedir) yasağı ihlal ettiğini ve bu nedenle kendiliğinden hükümsüz olduğunu ifade etmiştir. *Vervaecke*, sözleşmeye göre *Völk*'ün anlaşma bölgesindeki başka satıcılara ürünlerinin satımı konusunda yetki veremeyeceğini; kendisinin de aynı pazarda *Völk*'ün ürünlerinden başka ürünleri satamayacağını belirterek bu durumun rekabeti engelleyici nitelikte olduğunu, bu nedenle sözleşmenin kendiliğinden geçersiz sayılması gerektiğini belirtmiştir.

Divan, kararında m. 85/1'deki (m. 101/1) yasağın uygulanabilmesi için taraflar arasındaki anlaşmanın amacı veya etkisi bakımından ortak pazardaki rekabeti engelleme, sınırlama ya da bozması gerektiğini ifade etmiştir. Divan'a göre piyasadaki etkisi önemsiz (*insignificant*) olan anlaşmalar, m. 85/1'deki (m. 101/1) yasağın kapsamı dışında kalmaktadır. Mutlak alan korumasının tanındığı anlaşmaların dahi, tarafların ilgili piyasadaki zayıf konumları dikkate alındığında yasak kapsamı dışında kalabileceği yine Divan tarafından belirtilmiştir.

Kararda çamaşır makinesi imalatında *Völk*'ün işletmesinin ortak pazardaki payının %0.08, Almanya pazarındaki payının ise %0.2 olduğu; Belçika ve Lüksemburg'da yapılan çamaşır makinesi satışlarında da *Vervaecke*'nin pazar payının %0.6 olduğu belirtilmiştir. Divan bu rakamları tespit ettikten sonra, yukarıdaki açıklamalarına paralel olarak, piyasa payları bu denli düşük olan

³¹ Court of Justice of the European Union, *Franz Völk v. Établissements J. Vervaecke* (Case No 5/69), 9 July 1969, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61969CJ0005&from=EN>>, Erişim Tarihi 24.03.2022.

teşebbüslerin gerçekteşirdiği ihlallerin ortak pazarda hissedilir bir etki yaratmadıklarını belirterek m. 81/1'in (m. 101/1) uygulanmayacağını ifade etmiştir.

2. Komisyonun Yayınladığı Duyurular

Avrupa Komisyonu, 1969 tarihli *Völk v. Vervaecke* kararından sonra, de minimis kuralı ile ilgili ilk duyurusunu 1970 tarihinde yayınlamıştır. Komisyon bu tarihten sonra 1977, 1986, 1994, 1997, 2001 ve 2014 yıllarında de minimis kuralı ile ilgili yeni duyurular yayınlamıştır. Çalışmamızın tarihi itibarıyla halen yürürlükte bulunan duyuru, 30 Ağustos 2014'te yayınlanan duyurudur³².

Avrupa Birliği rekabet hukukuna ilişkin düzenlemeler birincil ve ikincil kaynaklar olarak ayrılmaktadır³³. Birincil kaynaklarla ifade edilmek istenen topluluğun kurucu metinleridir³⁴. İkincil kaynaklar ise tüzükler, yönergeler, kararlar ve tavsiye ve görüşlerdir³⁵. Birlik, rekabet hukukuna ilişkin kuralları genellikle duyurular (*notice*) ve kılavuzlar (*guidance*) ile açıklamayı tercih etmiştir. Esasen tavsiye ve görüş niteliğinde olan bu duyuru ve kılavuzlar, Antlaşma'nın 288. maddesinde de belirtildiği üzere bağlayıcı değildir.

Her ne kadar de minimis kuralına ilişkin duyuruda kuralın uygulanabilmesi için belirli pazar payı eşikleri belirlenmişse de bu eşikler kesin olmayıp, hangi hallerde rekabetin ihmal edilebilir derecede kısıtlanmış olabileceğine yönelik genel bir kıstas getirilmeye çalışılmıştır³⁶. Güncel duyurunun 5. ve 6. maddelerinde de bu duyurunun Adalet Divanı'nın Antlaşma'nın 101. maddesiyle ilgili yorumuna halez getirmeyeceği; üye ülkelerin mahkemeleri ve rekabet otoriteleri bakımından bağlayıcı olmadığı, ancak onlara yol gösterici nitelikte olabileceği belirtilmiştir³⁷.

³² European Commission, "Notice on Agreements of Minor Importance Which Do Not Appreciably Restrict Competition Under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice) (Notice No 2014/C 291/01)", <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0830\(01\)&from=en](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0830(01)&from=en)>, Erişim Tarihi 24.03.2022.

³³ Ateş, *AB Rekabet Hukuku ve Politikası*, s. 53.

³⁴ Tekinalp / Tekinalp, s. 53. Avrupa Birliği'nin kurucu metinleri 1922'de Maastricht'te imzalanan Avrupa Birliği Antlaşması ve 1957'de Roma'da imzalanarak Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu kuran Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'dır. Avrupa Birliği rekabet hukukuna ilişkin temel hükümler Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 101 – 109. maddeleri arasında düzenlenmektedir.

³⁵ Arı, s. 74.

³⁶ Ariel Ezrahi, *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*, 6. Bası, Hart Publishing, 2018, s. 62.

³⁷ Duyurunun Adalet Divanı ve üye ülkelerin mahkemeleri ile rekabet otoriteleri bakımından bağlayıcı olmadığı açıktır. Ancak duyurunun 5. maddesi; duyurunun kapsadığı durumlarda Komisyon tarafından tahkikatın başlatılmayacağını, başlatılan hallerde ise teşebbüslerin ilgili maddelerde belirtilen pazar paylarını iyiniyetli olarak aşmadıklarını düşündüklerini

Öyle ki bir anlaşma, eylem veya karar duyuruda öngörülen pazar payı eşiklerinin aşılmadığı hallerde bile rekabeti ihmal edilemeyecek ölçüde sınırlamış olabileceği gibi; bazı hallerde de pazar payı eşikleri aşılmış olsa bile rekabet halen hissedilir ölçüde sınırlanmış olmayabilir³⁸. Bu durum duyurunun 3. maddesinde de açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle duyuruda belirlenen pazar paylarının altında kalan teşebbüslerin rekabeti engelleyici faaliyetleri bakımından her zaman duyurunun uygulanacağı ve 101. maddedeki yasağın aşılabacağı sonucu çıkarılmamalıdır.

Örneğin *Distillers Company Limited v. Commission of the European Communities*³⁹ kararında Divan, teşebbüslerin veya ürünlerin pazar paylarının incelenmesi sonucunda doğrudan tespit yapılmasını doğru bulmamış, hissedilir etkiyi tespit edebilmek için *piyasa yapısının* göz önünde bulundurulması gerektiğini söylemiştir. Kararda, pazar paylarının çok düşük olması sebebiyle de minimis kuralının uygulanabileceği düşünülen kimi özel nitelikli alkollü içkilerin, teşebbüslerin pazar payları düşük olmasına rağmen toplam pazarı ve piyasa koşullarını ciddi derecede etkilediği tespit edilerek, yasağa aykırılığın ortadan kaldırılamayacağı belirtilmiştir⁴⁰.

B. Komisyonun Yayınladığı Duyuru Doğrultusunda De Minimis Kuralının Uygulanabilme Şartları

1. Genel Olarak

Komisyon, rekabeti sınırlayıcı faaliyetlerden hangilerinin duyuru kapsamında kabul edilebileceğini belirlerken esas olarak ihlali gerçekleştiren teşebbüslerin pazar paylarından hareket etmiştir. Komisyon, rakipler ve rakip olmayanlar için farklı pazar payı eşikleri (*market share threshold*) öngörmüştür. Ancak, tekrar hatırlatmak gerekir ki duyurunun 3. maddesinde de ifade edildiği üzere, ilgili pazar payı eşiklerini aşan her anlaşmanın rekabet üzerinde hissedilir etkisi olduğunu söylemek

ispatlayabildikleri halde para cezası verilmeyeceğini belirtmiştir. Duyurunun lafzından anlaşılana, Komisyon için bağlayıcı olduğudur. Ancak bu bağlayıcılığı, duyuruda belirtilen pazar payı eşiklerinin aşılmadığı her durumda Komisyon'un de minimis kuralını uygulayacağı, bu nedenle yaptırıma hükmedilmeyeceği şeklinde yorumlamak doğru değildir. Zira Komisyon, ilgili olayda rekabetin hissedilir ölçüde etkilenip etkilenmediğinin tespitinde takdir hakkını kullanacaktır.

³⁸ Ezrachi, s. 62; Jonathan Faull / Ali Nikpay, *The EU Law of Competition*, 3. Bası, Oxford University Press, 2014, s. 291; Richard Whish / David Bailey, *Competition Law*, 7. Bası, Oxford University Press, 2012, s. 140.

³⁹ Court of Justice of the European Union, “Distillers Company Limited v. Commission of the European Communities (Case No 30/78)”, 10 July 1980, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61978CJ0030&from=FR>>, Erişim Tarihi 24.03.2022.

⁴⁰ Esin, s. 10.

mümkün deđildir⁴¹. Nitekim duyurunun 4. maddesinde bu duyurunun, hangi anlaşma ve eylemlerin üye devletler arasındaki ticareti önemli ölçüde etkilediğini belirlemediği; bir anlaşma ve eylemin Antlaşma'nın 101. maddesindeki yasak kapsamı dışında kalabilmesi için önemli olanın bu anlaşma veya eylemin üye devletler arasındaki ticaret üzerindeki etkisinin önemsizliği olduğu ifade edilmiştir.

De minimis kuralının uygulanabilmesi bakımından önemli olan, *piyasa üzerinde meydana gelen etkinin ne derece hissedilir olduğudur*. Duyuru, hissedilir etkiyi tespit edebilmek için somut bir ölçüt getirmeye çalışılmış, bu ölçüt de teşebbüslerin pazar payları olarak belirlenmiştir. Zira bir teşebbüsün pazarda işgal ettiği alan ne derece büyükse, anlaşma ve eylemlerinin piyasa üzerinde doğuracağı etki de genellikle o kadar büyüktür.

Duyurunun 6. maddesinde de minimis kuralına ilişkin bu duyurunun sadece anlaşmalar değil, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliği kararları yönünden de uygulanabilir olduğu belirtilmiştir. Çalışmamızın bundan sonraki kısmında tüm bunları kapsar şekilde anlaşma kavramı kullanılacaktır.

2. Pazar Paylarının Tespiti

Pazar paylarının nasıl tespit edileceği duyurunun 12. maddesinde açıklanmıştır. Payların tespit edilebilmesi için öncelikli olarak ilgili pazarın belirlenmesi gerekmektedir. Maddeye göre pazar, ilgili ürün pazarından ve ilgili coğrafi pazardan oluşmaktadır. İlgili pazar tespit edilirken, konuyla ilgili Komisyon duyurusunun incelenmesi gerekmektedir⁴². Yine aynı maddeye göre pazar payları satış değeri veya uygun oldukları takdirde satın alma değeri verilerine göre hesaplanacaktır. Eğer bu veriler mevcut değilse, diğer güvenilir piyasa verilerine dayanan tahminler kullanılacaktır.

a. Rakipler arasındaki anlaşmalarda pazar payının tespiti

Duyurunun 8. maddesine göre gerçek veya potansiyel rakipler arasında yapılan ve iç pazardaki rekabeti engelleyen, kısıtlayan ve bozan anlaşmalar; teşebbüslerin anlaşmadan etkilenen pazardaki toplam paylarının %10'u geçmediği

⁴¹ Faull / Nikpay, s. 291.

⁴² European Commission, "Notice on the Definition of Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law (Notice No 97/C 372/03)", <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A31997Y1209%2801%29>>, Erişim Tarihi 24.03.2022.

Komisyon 1997 tarihli bu duyurunun güncellenmesi için 2020 yazında kamuoyu görüş alımına başlamıştır ve 2021'de konuya ilişkin çalışma belgesi yayınlanmıştır – European Commission, "Commission Staff Working Document Evaluation of the Commission Notice on the Definition of Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law of 9 December 1997", <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021SC0199&from=EN>>, Erişim Tarihi 24.03.2022.

durumlarda, rekabeti kayda değer ölçüde sınırlamaz ve Antlaşma'nın 101. maddesindeki yasağa tabi olmaz.

Maddede rakip kavramının, hem gerçek hem de potansiyel rakipleri kapsadığı belirtilmiştir. Gerçek ve potansiyel rakip kavramları, Komisyon'un yayınladığı kılavuzda tanımlanmıştır⁴³. Kılavuza göre iki teşebbüs, aynı ilgili pazarda aktif veya göreceli fiyatlarda yaşanacak küçük ama kalıcı bir artış karşısında bir teşebbüs, diğerinin ürünlerini ciddi ek maliyet ve ticari riske katlanmadan ikame edebiliyorsa gerçek rakiplerdir. Eğer bir teşebbüs, anlaşmanın mevcut olmadığı durumda, göreceli fiyatlarda küçük ama kalıcı bir artışın olması halinde, diğerinin aktif olduğu pazara girebilmek için kısa sürede gerekli ilave yatırımları veya diğer değişken maliyetleri üstlenebiliyorsa, potansiyel rakiptir.

Görüldüğü üzere, rakip teşebbüsler arasında yapılmış rekabeti sınırlayıcı nitelikte anlaşmaların, teşebbüslerin ilgili pazardaki toplam paylarının %10'u geçmediği durumlarda, piyasa bakımından etkisiz görülerek de minimis kuralından yararlanması ve Antlaşma'nın 101. maddedeki yasaktan sıyrılması söz konusu olabilecektir. Her ne kadar rakipler bakımından öngörülmüş pazar payı eşiği %10 olsa da duyurunun 11. maddesine göre bu eşik, iki ardışık takvim yılı boyunca %2'den fazla olmamak kaydıyla aşılsa bile duyuru uygulama alanı bulabilecektir. Yani Komisyon, pazar payları bakımından %10'luk kesin bir sınır çizmek yerine, iki yıllık zaman dilimi içinde gerçekleşebilecek %2'lik artışı görmezden gelmeyi tercih etmiştir⁴⁴.

b. Rakip olmayanlar arasındaki anlaşmalarda pazar payının tespiti

Komisyon, yatay ve dikey anlaşmaların rekabet üzerinde farklı etkiler yaratıyor olmalarını göz önünde bulundurarak, rakip olmayanlar arasında yapılacak anlaşmalar bakımından farklı bir pazar payı eşiği öngörmüştür⁴⁵. Duyurunun 8.

⁴³ European Commission, "Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements (Communication No 2011/C 011/01)", <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=EN)>, Erişim Tarihi 25.03.2022.

⁴⁴ Whish/Bailey, anlaşmanın tarafı teşebbüslerin pazar paylarının, duyuruda öngörülen sınırı aşması durumunda ne olacağına ilişkin bir kesinliğin olmadığını vurgulayarak; anlaşmanın ya geriye dönük olarak duyurunun kapsamı dışına çıkacağı ya da ilgili pazar payı eşiğinin aşıldığı andan itibaren duyurunun uygulanamaz hale geleceği şeklinde iki görüş ileri sürülebileceğini ve ikinci görüşün Antlaşma'nın 101. maddesi ile daha uyumlu olduğunu ifade etmiştir (Whish/Bailey, s. 142). Duyurunun 3. maddesinde belirtildiği üzere pazar payı eşiklerini aşan her anlaşmanın rekabeti kayda değer ölçüde sınırladığı doğrudan kabul edilemeyeceğinden, kanaatimizce yazarların yaptığı ayırma gerek yoktur; çünkü duyuruda öngörülen pazar payı eşikleri aşılmasına rağmen anlaşma halen duyurunun kapsamında kalıyor olabilir.

⁴⁵ Arı s. 80.

maddesine göre gerçek veya potansiyel rakip olmayan teşebbüsler arasında yapılan ve iç pazardaki rekabeti engelleyen, kısıtlayan ve bozan anlaşmalar; her bir teşebbüsün ilgili pazardaki payı %15'i geçmediği durumlarda, rekabeti kayda değer ölçüde sınırlamaz ve Antlaşma'nın 101. maddesindeki yasağa tabi olmaz.

Dikey anlaşmaların, rekabeti sınırlayıcı özelliklerinin yanında piyasa ve müşteriler bakımından olumlu sonuçlar yaratıyor olmaları, onlar bakımından daha yüksek bir pazar payı eşiğinin kabul edilmesine neden olmuştur. Yatay anlaşmalarda ise bu olumlu etkilerle karşılaşma ihtimali pek olası değildir⁴⁶.

Duyurunun 11. maddesinde belirtilen %2'lik olası artış, rakip olmayan teşebbüslerin pazar payları bakımından da tanınmıştır. Yani ilgili teşebbüslerin pazar paylarının, %15 eşiğini iki yıllık süre içinde %2'yi geçmemek kaydıyla aşmaları halinde de duyurunun uygulanması mümkün olacaktır.

c. Rakiplik halinin tespit edilemediği durumlar

Duyurunun 9. maddesine göre bir anlaşmanın rakipler veya rakip olmayanlar arasında yapıldığı tespit edilemiyorsa, pazar payı eşiği %10 olarak uygulanacaktır. Komisyon bu durumda, rakiplik durumunun mevcut olma ihtimalini göz önünde bulundurarak, rakipler arasındaki anlaşmalara uygulanacak pazar payı eşiğini esas kabul etmiştir.

d. Pazar payı eşiğinin %5 olarak kabul edildiği haller

Bazen bir anlaşma, tek başına rekabet üzerinde hissedebilir bir etki yaratmamakla birlikte, piyasadaki çoğu teşebbüs tarafından yapılan benzer nitelikteki anlaşmaların yarattığı toplam etkiye önemli nitelikte katkı sağlayabilir. *Arı*'nın ifadesiyle rekabet hukuku, "pazardaki rekabetin bizatihi kendisini koruduğu için", kimi hallerde küçük nicelikte anlaşmalar, piyasada büyük etkiler doğuracak şekilde yapılabilir ve bunların Antlaşma'nın 101. maddedeki yasağa tabi olması gerekir⁴⁷. Bu anlaşmalar, de minimis kuralının uygulanması için aranan pazar payı eşiğilerinin altında kalsalar dahi, piyasada ihmal edilemeyecek derecede hissedilir etkiye sahip olmaları nedeniyle, Antlaşma'nın 101. maddesindeki yasak kapsamına dâhil olacaklardır.

Duyurunun 10. maddesine göre ilgili piyasada rekabet, farklı tedarikçiler veya distribütörler tarafından yapılan mal veya hizmet satış anlaşmalarının kümülatif etkisi nedeniyle kısıtlanıyorsa, önceki maddelerde belirtilen pazar payı eşiğileri hem rakip hem rakip olmayan teşebbüsler bakımından %5'e geriler. Burada ifade edilmek istenen şey, rekabetin, ilgili pazarda benzer etkilere sahip paralel dağıtım

⁴⁶ Aslan, *Rekabet Hukuku 2021*, s. 351.

⁴⁷ Arı, s. 83.

anlaşmalarının kümülatif engelleyici etkisi ile sınırlanmış olduğu hallerde, anlaşmanın bu kümülatif etkiye dahil olmak suretiyle önemsiz kabul edilemeyecek bir etki yaratmasıdır.

Yine 10. maddeye göre pazar payı %5'i geçmeyen teşebbüslerin, kümülatif etkiye önemli bir katkı sağlamadıkları genel olarak kabul edilmektedir. Ancak belirttiğimiz üzere, pazar payları yalnızca nesnel bir ölçüt getirmek amacıyla belirlendiklerinden, %5'lik eşğin altında kalan bir teşebbüsün faaliyetlerinin de kümülatif etkiye önemli bir katkı sağlaması mümkündür. Mühim olan piyasanın, söz konusu faaliyetten ne derece etkilendiğidir.

10. madde ayrıca, ilgili pazarın %30 veya daha küçük bir kısmının benzer etkilere sahip paralel dağıtım anlaşmalarının kapsamında kaldığı durumlarda, kümülatif engelleyici etkinin mevcudiyetinin muhtemel olmadığını belirtmiştir. Daha açık bir ifade ile maddede belirtilen %5'lik pazar payı eşğinin uygulanabilmesi için, benzer nitelikli paralel dağıtım anlaşmalarının, ilgili pazarın %30'undan daha büyük bir kısmını etkisi altına alması gerekmektedir.

e. Pazar payı %5'i ve yıllık cirosu 40 milyon avroyu geçmeyen teşebbüslerin durumu

Duyurunun 4. maddesi, bu duyurunun hangi faaliyetlerin üye devletler arasındaki ticareti etkiler nitelikte olduğunu tespit etmediğini belirterek; duyuruda ifade edilen pazar payı eşiklerinin yalnızca nesnel bir ölçüt olduğuna işaret etmiştir. Duyuru, Komisyon'un zaman içerisinde yaptığı tespitlere göre şekillenmiştir. Nitekim duyurunun 4. maddesi, 2004 tarihli ticaret üzerindeki etkinin belirlenmesine ilişkin Komisyon kılavuzuna⁴⁸ atıf yaparak, pazar payı ve yıllık cirosu belli miktarda geçmeyen teşebbüslerin faaliyetlerinin üye devletler arasındaki ticaret bakımından hissedilir bir etki yaratmadığının genel olarak kabul edildiğini ifade etmiştir.

2004 tarihli kılavuzun 52. maddesine göre Komisyon, anlaşmanın tarafı olan teşebbüslerin ilgili pazardaki toplam pazar payının %5'i, yıllık cirolarının ise 40 milyon avroyu geçmediği hallerde kural olarak (*in principle*) anlaşmanın üye devletler arasındaki ticareti etkileyebilir nitelikte olmadığını kabul etmektedir. 2004 tarihli bu kılavuzun 50. maddesinde; üye devletler arasındaki ticaretin ne zaman önemli ölçüde etkileneceğini gösteren, tüm anlaşmaları kapsayıcı nitelikte genel nicel kurallar belirlemenin imkânsız olduğu ifade edilmiştir. Komisyon'un uygulamalarında çoğunlukla, KOBİ'lerin faaliyetlerinin üye devletler arasındaki ticareti etkileme gücüne sahip olmadığı kabul edilmiştir. Maddeye göre,

⁴⁸ European Commission, "Guidelines on the Effect on Trade Concept Contained in Articles 81 and 82 of the Treaty (Notice No: 2004/C 101/07)", <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427\(06\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427(06)&from=EN)>, Erişim Tarihi 25.03.2022.

Komisyon'un böyle bir faraziyede bulunmasının nedeni KOBİ'lerin faaliyetlerinin genellikle yerel/bölgesel nitelikte olmasıdır. Ancak KOBİ'lerin kimi hallerde sınır ötesi faaliyetlerde bulunmasının ve ülkeler arasındaki ticareti etkileyerek Topluluk Hukuku'nun konusu haline gelmesinin mümkün olduğu da maddede ifade edilmiştir.

3. Pazar Paylarına Bakılmaksızın Duyurunun Kapsamı Dışında Bırakılan Haller

Komisyon; teşebbüsler arasındaki bazı faaliyetlerin, yaratabilecekleri somut etkilerden bağımsız olarak, nitelikleri gereği önemsiz olarak atfedilemeyecek rekabet kısıtlamaları oluşturduklarını tespit etmiştir. Duyurunun 2. ve 12. maddelerinde belirttiği üzere; iç pazardaki rekabeti engelleme, kısıtlama ve bozma amacı taşıyan anlaşmalar ile gerek mevcut gerekse ileride çıkartılacak grup muafiyeti düzenlemelerinde ağır sınırlayıcı olarak nitelendirilebilecek anlaşmalara, duyuruda belirtilen pazar payı eşikleri uygulanmayacaktır.

a. Rekabeti sınırlama amacı taşıyan anlaşmalar

Komisyon, amaç ve etki yönünden rekabeti sınırlayan anlaşmaları farklı şekilde değerlendirmektedir. Duyurunun 2. maddesine göre iç pazarda rekabeti engelleme, kısıtlama ve bozma amacı taşıyan (*restriction by object*) anlaşmalar nitelikleri gereği, sebep olacağı somut etkilerden bağımsız olarak, görmezden gelinmesi mümkün olmayan bir rekabet sınırlaması yaratır. Duyurunun 8, 9 ve 10. maddelerinde belirtilen pazar payı eşiklerinin rekabeti sınırlayıcı etkiye sahip (*restriction by effect*) olan anlaşmalar bakımından uygulanacağı belirtilmiştir. Buna karşılık, rekabeti sınırlama amacı taşıyan anlaşmalar, duyurunun 8, 9 ve 10. maddelerinde belirtilen pazar payı eşikleriyle oluşturulan güvenli limandan (*safe harbour*) yararlanamayacaklardır.

2001 tarihli eski duyuruda rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar bakımından etki ve amaç ayrımı yapılmamış, duyurunun 11. maddesinde, rekabeti ağır (*hard core*) sınırlayıcı olduğu düşünölen bazı anlaşmaların listelenmesi yoluna gidilmiştir. 2014 tarihli yeni duyuru ise spesifik bir liste yapmaktan ziyade genel olarak rekabeti sınırlama amacı taşıyan anlaşmalara de minimis kuralının uygulanamayacağını, çünkü bunların doğaları gereği rekabet üzerinde kayda değer bir etki yaratacağını belirtmiştir⁴⁹. Yine de 2014 tarihli duyurunun 13. maddesinde; üçüncü taraflara ürün satışında fiyat tespiti, üretim ve satışın sınırlanması, pazar ve müşterilerin paylaşılması amaçlarını güden ve rekabet ihlali oluşturduğu açık olan anlaşmalar örnek verilerek, bunların de minimis kuralından yararlanamayacağı belirtilmiştir.

⁴⁹ Maria Gaia Pazzi, "The Review of the De Minimis Notice", *Italian Antitrust Review*, 1(3), 2014, s. 247.

2014'te yayınlanan yeni duyuruda amaç ve etki ayırımına gidilmesinin sebebi, Komisyon ve Divan'ın yıllar içerisindeki uygulamalarında bu ayrımı dikkate almış olmalarıdır. Bu konudaki en bilindik örnek olan 2012 tarihli *Expedia Inc. v. Autorité de la concurrence and Others*⁵⁰ dosyasında; Fransa Rekabet Kurumu'nun rekabeti sınırlama amacı taşıdığı gerekçesiyle ihlal tespit ettiği anlaşmanın tarafı teşebbüsler, toplam pazar paylarının %10'u geçmediğini belirterek de minimis kuralından yararlanmaları gerektiğini söylemişlerdir. Buna karşılık Divan; rekabeti sınırlama amacı taşıyan anlaşmaların rekabet üzerinde ihmal edilemeyecek bir etki yarattığını, bu sebeple rekabeti sınırlama amacı taşıyan anlaşmaların de minimis kuralından yararlanamayacağını belirtmiştir⁵¹. Divan'a göre teşebbüslerin pazar payları de minimis duyurusunda belirtilen eşikleri aşmıyor olsa dahi bu anlaşmalar yapıları gereği her zaman rekabeti sınırlayıcı etkiye sahiptir ve Antlaşma'nın 101. maddesindeki yasağa tabi olmaları gerekmektedir.

Divan'ın bu kararından sonra, 2014 tarihli yeni de minimis duyurusunda rekabeti sınırlayan anlaşmalar amaç ve etki yönünden ayrılmış ve duyurunun esas olarak rekabeti etki yönünden sınırlayan anlaşmalara uygulanacağı belirtilmiştir⁵². Amaç yönünden rekabeti sınırlayıcı olan anlaşmaların ise hemen hemen her koşulda piyasa üzerinde ihmal edilemeyecek bir etki yarattığı belirtilmiştir. Bu tür anlaşmalar bakımından Komisyon'un etki analizi yapmasının gerekli olmadığı, bu durumun da ispat yükünü kolaylaştırdığı ifade edilmektedir⁵³.

2014 tarihli duyurunun yayınlanmasının hemen ardından Komisyon, ne tür anlaşmaların amaç bakımından rekabeti kısıtlayıcı olduğunu belirten bir kılavuz

⁵⁰ Court of Justice of the European Union, *Expedia Inc. v. Autorité de la concurrence and Others* (Case No C 226/11), 13 December 2012, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62011CJ0226&from=EN>>, Erişim Tarihi 25.03.2022.

⁵¹ Gönenç Gürkaynak / Ayşe Gizem Yaşar, “‘Rekabeti Kısıtlayıcı Amaç’ı Yeniden Değerlendirmek: ‘Groupement Des Cartes Bancaires v. Commission’ Kararı Işığında Yeni Bir Gün”, *Rekabet Dergisi*, 16(1), 2015, s. 58.

⁵² Scordamaglia-Tousis, 2014 tarihli duyuruda yapılan bu değişikliğin önemli pratik farklılıklara yol açtığını belirtmiştir. Bu farklılıklardan ilki KOBİ'ler arasındaki anlaşmaların büyük bir çoğunluğunun de minimis kuralından faydalanamayacak olması, ikincisi ise “amaç yönünden rekabeti sınırlayan anlaşmalar” şeklindeki geniş tanımın Komisyon için uğraştırıcı olacağı ve bu nedenle rekabeti bozucu etkisi daha fazla olan anlaşmalar için gerekli kaynakların ayrılamayacağıdır. – Andreas Scordamaglia-Tousis, “New De Minimis Communication: ‘De Minimis’ and ‘By Object’ Restrictions of Competition Law”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 5(10), 2014, s. 699-700.

⁵³ Craig Pouncey / Kim Dietzel / Molly Herron, “EU Commission Adopts Revised De Minimis Notice Exempting Certain Agreements from the EU Competition Law Rules and Continues Hard-line Approach to Object Restrictions”, <<https://www.lexology.com/library/document.ashx?g=8fd07e4c-a98e-4819-8c29-70494e189ed4>>, Erişim Tarihi 25.03.2022.

yayınlanmıştır⁵⁴. Ancak bu kılavuz kesin bir liste değildir ve şüphesiz Komisyon ve Divan'ın, farklı anlaşma türlerinin de rekabeti sınırlama amacını taşıdığı yönünde bir tespit yapmasına engel olmayacaktır.

Duyurunun 2. maddesinde yer alan amaç yönünden rekabeti sınırlayan anlaşmalara duyurunun uygulanmayacağı yönündeki kesin ifadenin yerindeliği tartışılabilir. Zira bir anlaşma rekabeti sınırlama amacı taşıyor olsa dahi anlaşmanın tarafı teşebbüslerin, bu amacı gerçekleştirebilecek hiçbir iktisadi güçleri yoksa rekabet otoriteleri ve mahkemelerin dosya üzerinde zaman ve emek harcamasının bir anlamı yoktur. Akman da *Expedia* kararı sonrası yerleşen ve amaç yönünden rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların hiçbir zaman de minimis kuralından yararlanamayacağı şeklindeki anlayışın, modern rekabet hukuku teorisiyle bağdaşmadığını ifade etmiştir⁵⁵.

Amacı itibariyle rekabeti sınırlayıcı anlaşmalara ilişkin kılavuzda, bu anlaşmaların Antlaşma'nın 101/3. maddesindeki şartları sağlayarak, bireysel muafiyetten yararlanabilecekleri; bireysel muafiyet şartlarını taşımasalar bile, rekabet hukuku dışında meşru bir amaca (sağlık ve güvenlik gibi) ulaşılması için gerekli olmaları halinde, Antlaşma'nın 101. maddesindeki yasağın kapsamı dışına çıkabilecekleri ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra, de minimis duyurusunun 4. maddesinde toplam pazar payları %5'i ve yıllık toplam ciroları 40 milyon avroyu aşmayan teşebbüslerin yaptığı anlaşmaların, rekabeti sınırlama amacına sahip olsalar dahi, Antlaşma'nın 101. maddesindeki yasağın kapsamı dışına çıkabilecekleri ifade edilmiştir. O halde, her ne kadar *Expedia* kararında aksi yönde görüş belirtilmiş olsa da hem duyurunun hem de yukarıda atıf yapılan kılavuzun lafzından hareketle, rekabeti sınırlama amacı taşıyan anlaşmaların, etkisi itibariyle rekabeti sınırlayan anlaşmalara kıyasla nadiren de olsa, de minimis kuralından yararlanabileceğini söylemek mümkündür.

b. Grup muafiyeti düzenlemelerinde öngörülen ağır sınırlayıcı anlaşmalar

Duyurunun 13. maddesinde, mevcut yahut ileride çıkarılacak grup muafiyeti düzenlemelerinde, rekabeti ağır (*hard core*) şekilde sınırladığı öngörülen ve bu

⁵⁴ European Commission, "Guidance on Restrictions of Competition "by object" for the Purpose of Defining Which Agreements May Benefit from the De Minimis Notice", <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex.pdf>, Erişim Tarihi 29.03.2022.

⁵⁵ Pınar Akman, "The Court of Justice's Expedia Ruling Undermines the Economic Approach by Eliminating the 'De Minimis' Defence in Object Agreements", <<https://competitionpolicy.wordpress.com/2013/06/04/the-court-of-justices-expedia-ruling-undermines-the-economic-approach-by-eliminating-the-de-mimimis-defence-in-object-agreements/>>, Erişim Tarihi 29.03.2022.

nedene muafiyetten yararlanma imkânını ortadan kaldıran anlaşmaların, de minimis kuralından yararlanamayacağı belirtilmiştir.

2001 tarihli eski duyurunun 11. maddesi, yukarıda da açıklandığı üzere, ne tür anlaşmaların ağır sınırlayıcı nitelikte olduğunu bir liste olarak belirtmekteydi. Buna karşılık, 2014 tarihli yeni duyuru, bu türden bir listeleme yapmamış, grup muafiyetine ilişkin düzenlemelere atıf yaparak, bu düzenlemelerde ağır sınırlayıcı olduğu ve bu nedenle muafiyetten yararlanamayacağı öngörülen anlaşmaların, duyurunun kapsamına girmeyeceğini ifade etmiştir. Bunun yanı sıra Komisyon; mevcut veya ileride çıkarılacak grup muafiyeti düzenlemelerinde ağır sınırlayıcı olduğu öngörülen anlaşmaların çoğu zaman amaç yönünden de sınırlayıcı olduğunu belirtmiştir⁵⁶.

III. TÜRK REKABET HUKUKUNDA DE MINIMIS KURALI VE UYGULANMASI

A. Giriş

Avrupa Birliği rekabet hukukunda de minimis kuralı oldukça geniş düzenlemelere konu olmasına rağmen, Türk rekabet hukukunda yakın zamana kadar kuralla ilgili kanuni bir düzenleme mevcut değildi. 24.06.2020 tarihli ve 31165 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 7246 sayılı kanun ile 4054 sayılı RKHK'nin muhtelif hükümlerinde değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliklerden biri de RKHK'nin 41. maddesine eklenen fıkra ile de minimis kuralının hukukumuzda ilk kez yer alması olmuştur.

Ancak yakın tarihli bu değişiklikten önce, konunun Türk hukukunda hiç irdelenmemiş olduğunu söylemek de mümkün değildir. Nitekim Rekabet Kurulu farklı tarihlerde verdiği kararlarda, teşebbüslerin pazar paylarına istinaden rekabetin önemli ölçüde sınırlanmadığına hükmederek soruşturma açılmamasına karar vermiştir.

Konunun daha iyi anlaşılması bakımından çalışmanın Türk hukukuna ilişkin kısmının, 2020 değişiklikleri öncesi ve sonrası olarak iki farklı bölümde ele alınması tercih edilmiştir.

⁵⁶ European Commission, “Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty (Notice No 2004/C 101/08)”, <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427\(07\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427(07)&from=EN)>, Erişim Tarihi 29.03.2022.

B. 2020 Tarihli Kanun Değişikliği Öncesinde De Minimis Kuralının Uygulanması

1. Değişiklikten Önceki Genel Durum

Yukarıda da izah edildiği üzere, Haziran 2020 tarihli kanun değişikliği öncesinde de minimis kuralına ilişkin açık bir düzenleme hukukumuzda mevcut değildi. Bu dönemde konuyla ilgili açık bir düzenlemenin olmaması öğretilerde, Türk rekabet hukukunda de minimis kuralının uygulanabilirliğine ilişkin farklı fikirlerin ileri sürülmesine sebep olmuştur.

Yazarlardan büyük bir çoğunluğu, konuyla ilgili açık bir düzenleme olmasa da de minimis kuralının Türk hukukunda uygulanması gerektiğini söylemiřtir⁵⁷. Bu fikirdeki yazarların hareket noktası, de minimis kuralının içtihatlarla şekillenen bir kural olması ve kuralın hukukumuzda uygulanmasının önünde herhangi bir kanuni engelin bulunmaması olmuştur. Buna karşılık bazı yazarlar, RKHK'nin konuyu ele alış biçiminin, de minimis kuralının Türk hukukunda uygulanmasını engellediğini savunmuřlardır⁵⁸. ABİHA m. 101'in, yasakladığı anlaşmalar bakımından, açıkça *üye devletler arasındaki ticareti etkileyebilecek nitelikte* olmalarını şart koşması; ancak kanunumuzda hissedilir etkiye ilişkin böyle bir göndermenin olmaması, bu fikirdeki yazarlara göre, de minimis kuralının, hukukumuzda uygulanmasını engellemekteydi.

Örneğin *Arı*'ya göre, RKHK m. 1'de kanunun amacına ilişkin yapılan açıklama, hukukumuzda de minimis kuralının uygulanabilmesi için yeterli yasal dayanak oluşturmaz. Eğer hissedilir etkiye ilişkin bir düzenleme RKHK m. 4'te yer alsaydı, hissedilir etkinin oluşup oluşmadığının nasıl tespit edileceği (pazar payları vb.), 1. maddedeki amaç unsuru da göz önüne alınarak, Rekabet Kurumu tarafından belirlenebilirdi. Ancak Kanunda hissedilir etkiye ilişkin bir belirleme olmadığına göre; Rekabet Kurumu'nun kanunun amacından hareket ederek böyle bir tespit yapması, RKHK m. 4'te öngörülen yasağa düzenleyici bir işlemlle sınırlama getirmek anlamına gelecektir ki bunun kabulü mümkün deđildir⁵⁹.

2. Bu Dönemde Rekabet Kurulu'nun Verdiği Kararlar

2020 değişikliğinden önce kanunda açık bir düzenleme yer almasa da Rekabet Kurulu, kimi kararlarında teşebbüslerin pazar paylarından hareket ederek piyasada rekabetin önemli derece sınırlanmadığına yönelik tespitlerde bulunmuştur.

⁵⁷ Buğra Kesici, *Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu*, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 143 dipnot 364; Güven, s. 217; Tomur, s. 51; Topçuoğlu, s. 144-145; Sanlı, s. 103; Yılmaz Aslan, *Rekabet Hukuku: Teori – Uygulama – Mevzuat (Rekabet Hukuku 2017)*, 5. Bası, Ekin Basım Yayın, 2017, s. 142.

⁵⁸ *Arı*, s. 90; *Esin*, s. 9; *Yiğit*, s. 74.

⁵⁹ *Arı*, s. 90-91.

Kurul'un de minimis kuralını dolaylı olarak ele aldığı ilk karar, 20.11.1997 tarihli ve 40/245-1 karar no'lu Antalya Fırıncılar Odası kararı olmuştur⁶⁰. Başvuran konumundaki Tüketiciyi Koruma Derneği; ekmek fiyatlarına yapılacak zamma ilişkin teklifin kabul edilmemesi üzerine Antalya Fırıncılar Odası ve merkez ilçedeki bazı fırın işletmelerinin, zam teklifinin kabul edilmesi yönünde baskı kurmak amacıyla bayi ve bakkallara ekmek dağıtımını durduğunu, bu durumun ise kanunu ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Kurul ise kararında; ülkemiz ekmek piyasasında rekabetin sınırlandırıldığına ilişkin iddiaların sürekli gündemde olduğunu, bu iddiaların özellikle İstanbul, Ankara, İzmir gibi nüfusu fazla büyükşehirlerde yoğunlaştığını, ilçede gerçekleşen bu eylemin *piyasanın küçüklüğü sebebiyle* kanunun 4. ve 6. maddelerinde öngörülen ülkenin bütününde veya bir bölümünde rekabetin sınırlanmış olması şartını sağlamadığını belirterek soruşturma açılmamasına karar vermiştir.

Kurul, kararında de minimis kuralını uygulamak istemekle birlikte kuralın uygulanması bakımından gerekli şartlar yönünden yanlış değerlendirmeler yapmıştır. De minimis kuralının uygulanması bakımından önemli olan piyasanın küçüklüğü değil, anlaşma ve eylemin tarafı teşebbüslerin küçüklüğü ve piyasadaki rekabetin hissedilir derecede sınırlanıp sınırlanmadığıdır. Bu anlamda piyasanın kendisi küçük olmakla birlikte, eğer o piyasada rekabet hissedilir şekilde kısıtlanmışsa de minimis kuralının uygulanmaması gerekir. Olayda Antalya'nın merkez ilçesinin bir pazar oluşturduğu yönünde şüphe yoktur. Ülkenin geneline veya Antalya iline kıyasla daha küçük olmakla birlikte, ilçe bazında da rekabet önemli ölçüde kısıtlanmış olabilir. Dolayısıyla piyasanın küçüklüğünün, Kurul tarafından de minimis kuralının uygulanmasına gerekçe olarak kabul edilmesi kanaatimizce hatalı olmuştur.

1998 tarihli kararda⁶¹ başvuran konumundaki elektrik mühendisi şahıs, teknik uygulama sorumlusu (TUS) olarak atanan mühendisler Elektrik Mühendisleri Odası tarafından TUS puanı verildiğini, serbest çalışan elektrik mühendislerinin 5.000 m²'lik TUS hizmeti ile sınırlandırıldığını, bu durumun da rekabeti sınırlayıcı nitelikte olduğunu iddia etmiştir. Kurul, kararında söz konusu olayın Manisa'nın Salihli ilçesi gibi *RKHK'nin uygulanması bakımından oldukça küçük bir bölgede gerçekleşmiş* olmasından yola çıkarak, *ilgili hizmet piyasasında rekabetin önemli ölçüde sınırlanmadığını* belirtmiş ve soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar

⁶⁰ Rekabet Kurulu, Karar No 40/245-1, 20.11.1997, <<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=c2160369-3396-4633-8c60-03a8ca47ae9a>>, Erişim Tarihi 29.03.2022.

⁶¹ Rekabet Kurulu, Karar No 53/384-44, 19.92.1998, <<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=47de3ad7-9a06-4743-9b2d-d81a2c890f69>>, Erişim Tarihi 29.03.2022.

vermiştir. Bu kararda da tıpkı Antalya Fırıncılar Odası kararında olduğu gibi hatalı bir yaklaşımla, piyasanın küçüklüğünden hareketle rekabetin önemli ölçüde sınırlanmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

2000 tarihli bir başka kararda⁶² ise Kurul, aşağıdaki gerekçe ile soruşturma açılmamasına karar vermiştir:

“Diğer taraftan şikâyete konu olan az sayıda firmanın aralarında gerçekteşirecekleri bir anlaşma ya da uyumlu eylemin ilgili pazarda rekabeti kısıtlayıcı etki doğurması mümkün görünmemektedir. İlgili coğrafi pazarda faaliyet gösteren fırın ve ekmek fabrikalarının toplamının 77 olduğu, bunlardan 24’ünün Keçiören, 53’ünün de Yenimahalle’de faaliyet gösterdiği dosya mevcudu bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. şikâyetçinin iddialarında ise ekmek üretim kapasiteleri bakımından ortalama büyüklükte oldukları ifade edilen üç ya da dört fırının adı geçmektedir. Dolayısıyla, ilgili pazarın yaklaşık %5’ine sahip olan firmalar tarafından gerek nihai tüketici, gerekse yeniden satıcı bakkal ve marketler bakımından ürünün elde edilmesi yönünde herhangi bir kısıtlamanın yaratılması olası değildir.”

Görüldüğü üzere Kurul bu kararda, tıpkı Avrupa Birliği hukukundaki yaklaşımla, teşebbüslerin pazar paylarından yola çıkarak ilgili pazarda hissedilir bir etkinin ortaya çıkmadığına kanaat getirmiştir.

2004 tarihli kararda⁶³ Kurul, benzer bir gerekçe ile yine soruşturma açılmamasına karar vermiştir:

“Bu bağlamda, söz konusu protokolün arkasında yatan asıl amaç, Tavşanlı ilçesinde bira pazarındaki rekabeti sınırlandırmak değildir. Protokolün ... Gıda tarafından dağıtımı üstlenilen ürünlerin satışa sunulduğu pazarlardaki rekabeti kısıtlama amacı olmaması ve tek amacının ... Gıda’ya olan tepkilerini ortaya koymak olduğu hususuyla birlikte rekabet kurallarının temel amacının bireysel olarak teşebbüslerin korunmasından ziyade rekabet sürecinin kendisinin korunması olduğu da göz önünde bulundurulduğunda, protokol çerçevesinde gerçekteştirilen boykotun 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi kapsamında rekabeti kısıtlama amacı olan bir eylem olmadığı kanaatine ulaşılmıştır. Diğer yandan, söz konusu boykot eyleminin kapsamının, süresinin ve etkisinin son derece sınırlı olduğu, bu eylem sonucunda bira piyasasındaki ve diğer ürünlerin yer aldığı piyasalardaki rekabet

⁶² Rekabet Kurulu, Karar No 00-32/338-192, 29.08.2000, <<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=74e159cf-67fd-4f44-bc59-b246ed58d211>>, Erişim Tarihi 29.03.2022.

⁶³ Rekabet Kurulu, Karar No 04-17/126-28, 26.02.2004, <<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=b01e3e1e-3cb8-4f4e-b410-f9d764b9bef5>>, Erişim Tarihi 29.03.2022.

üzerinde kısıtlayıcı bir etkiye yol açmadığı ve ilgili pazarda yer alan tüketicilerin ... markalı ürünlere ulaşmakta bir sıkıntı ile karşılaşmadığı anlaşılmıştır.”

Kararın karşı oyunun gerekçesinde ise Kanun'un, piyasada meydana gelecek etkiye yönelik tespit yapmadığı, bir anlaşmanın rekabeti sınırlama amacı güttüğünü tespit ettikten sonra piyasada bu etkiyi doğurma gücü olup olmadığına bakılmasının anlamlı olmadığı belirtilmiştir. Söz konusu gerekçe şu şekildedir:

“4054 Sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi, doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan anlaşmaları yasaklamış ve ihlalin oluşumunda amacın kanıtlanmasını yeterli görerek, "etki doğurma" veya "etki doğurabilme" unsurunu amaçla birlikte koşul olarak öngörmemiştir. Rekabet hukuku literatüründe ve yargısında yoğun tartışmalara neden olan ve iki ana görüşün temelini oluşturan amaç-etki ayırımı veya birlikteliği, öncelikle 4 üncü maddenin ifadeleriyle yorumlanmak durumundadır. Dolayısıyla anlaşmalarda birincil olarak amaç tespit edilmek zorundadır. Anlaşmanın amacının açıkça rekabeti sınırlayıcı olduğunun anlaşılması halinde, artık bunun piyasa ve rekabet üzerindeki etkilerinin araştırılmasına gerek kalmaksızın, ihlalin oluştuğuna karar verilmesi gerekir.”

Bu gerekçe, tıpkı Avrupa Birliği düzenlemelerindeki gibi, amaç yönünden rekabeti sınırlayıcı olan anlaşmalara de minimis kuralının uygulanamayacağı fikri etrafında şekillenmektedir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere kimi hallerde, rekabeti sınırlama amacı taşıyan bir anlaşmanın dahi, teşebbüslerin pazar paylarının çok küçük olması sebebiyle de minimis kuralından yararlanması mümkün olabilir. Hedeflediği rekabeti sınırlayıcı amacı gerçekleştirme yönünde hiçbir iktisadi gücü bulunmayan teşebbüslerin anlaşma ve eylemlerinin, mutlak surette 4. maddedeki yasağa tabi olması gerektiği görüşü, kanaatimizce Kurul'un gereksiz yere araştırma yapmasına sebebiyet vererek usul ekonomisi ilkesini ihlal etmektedir.

Kurul, hemen bir sene sonra verdiği kararında⁶⁴, de minimis kuralının hukukumuzda uygulanabilir olduğu yönündeki görüşünü terk etmiştir. Kurul'un açıklaması şu şekildedir:

“İnceleme konusu durumda, “de Minimis” kuralının uygulanmasına imkanı bulunmamaktadır. Çünkü, “de Minimis” kuralı, 4054 sayılı Kanun'a kaynaklık eden Roma Antlaşması'nın 81/1 (eski 85/1) maddesi çerçevesinde, “üye devletler arasındaki ticareti etkilemeyecek” ölçüdeki ihlal unsurlarını içeren anlaşmaları kapsamaktadır. 81. maddenin uygulanmasında, Avrupa Toplulukları

⁶⁴ Rekabet Kurulu, Karar No 05-60/893-242, 23.09.2005, <<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=5d2e10ec-5e24-49ad-a6e4-4a68e76914eb>>, Erişim Tarihi 29.03.2022.

Komisyonu'nun, Topluluk çapındaki rekabet ihlalleriyle ilgilenmesi nedeniyle, söz konusu maddede de öngörüldüğü gibi, üye ülkeler arasındaki ticaretin etkilenmesi ve rekabetin "hissedilir seviyede" sınırlanması ölçüt olarak kullanılmıştır... Ülkemiz rekabet mevzuatında halihazırda benzer bir düzenleme bulunmamaktadır. Ülkenin herhangi bir parçasındaki rekabet ihlalinin diğer bölgeleri etkilememesi şeklinde bir hissedilebilirlik savunmasının kabulü de mümkün değildir. Ancak, "de Minimis" uygulamasının olması durumunda dahi bu uygulamanın Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesi kapsamındaki anlaşmalara yönelik olarak uygulanabileceği görülmektedir. Olayımızda soruşturma konusu teşebbüs, İstanbul ili şehirlerarası terminal işletmeciliği pazarında hakim konumda bulunmaktadır. Soruşturma konusu eylemler de adı geçen Kanun'un 6. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir. İlgili pazardaki hakim durumdaki bir teşebbüsün kötüye kullanmacı davranışlarının sonucu olarak ortaya çıkan rekabet ihlalinin pazardaki etkisinin düşük olduğunu savunmanın kabulü mümkün değildir."

Görüldüğü üzere bu kararında Kurul, öncelikle Türk rekabet hukukundaki kanuni düzenlemenin hissedilir etkiye atıf yapmaması nedeniyle de minimis kuralının uygulanamayacağını belirtmiş; hemen akabinde bu kuralın Türk rekabet hukukunda uygulanabilirliği kabul edilse dahi söz konusu olayda hakim durumu kötüye kullanma mevcut olduğu için her halükarda kuralın işletilemeyeceğini ifade etmiştir. Zira hakim durumun kötüye kullanıldığı hallerde de minimis kuralının uygulanması için öngörülen pazar payı eşikleri zaten çokça aşılmıştır. Böyle bir durumun piyasa üzerinde ihmal edilebilir bir etki yarattığını söylemek imkânsızdır⁶⁵.

Kurul daha sonra verdiği başka kararlarında⁶⁶ ABİHA m. 101'in, rekabeti sınırladığı gerekçesiyle yasakladığı anlaşma ve eylemlerin, üye devletler arasındaki

⁶⁵ Küçükayhan Aşçıoğlu, Rekabet Kurulu'nun hakim durumun kötüye kullanılması söz konusu olduğunda de minimis kuralının işletilemeyeceğine ilişkin benzer bir kararına yönelik yaptığı incelemede, Kurul kararına katılmadığını belirtmiştir. Yazara göre de minimis kuralının Avrupa Birliği rekabet hukukunda Antlaşma'nın 101. maddesi kapsamında uygulanıyor olması, kuralın diğer rekabet ihlalleri bakımından uygulanmasına engel değildir. Dolayısıyla de minimis kuralı hakim durumun kötüye kullanılıp kullanılmadığının tespitinde bir ölçüt olamayacaksa da cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilir ve ilgili teşebbüse ceza verilmemesi yahut alt sınırdan ceza verilmesi söz konusu olabilir. – Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 76.

⁶⁶ Rekabet Kurulu, Karar No 06-37/477-129, 30.05.2006, <<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=4076b7f9-e3e5-4679-a0be-32a1dd47c61a>>, Erişim Tarihi 29.03.2022; Rekabet Kurulu, Karar No 07-07/43-12, 19.01.2007, <<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=43fa0864-c22a-45a6-88d6-a56414940191>>, Erişim Tarihi 29.03.2022; Rekabet Kurulu, Karar No 07-30/297-113, 05.04.2007, <<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=7342d36f-4994-49f7-ba2d-ee13d90951dc>>, Erişim Tarihi 29.03.2022; Rekabet Kurulu, Karar No 10-24/338-122, 18.03.2010, <<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=450cbf75-6530-4470-b8b1-07dbe543972d>>, Erişim Tarihi 29.03.2022.

ticareti etkileyebilecek nitelikte olması gerektiğini ifade ederek; kanunumuzda hissedilir etkiye ilişkin böyle bir tespitin yapılmadığını belirtmiş ve karara konu olaylarda de minimis kuralının uygulanamayacağını vurgulamıştır.

Bu düşüncesinde de istikrar sürdüremeyen Kurul, yakın zamanda verdiği farklı kararlarda de minimis kuralının uygulanabilirliğine hükmederek soruşturma açılmamasına karar vermiştir⁶⁷. Anlaşıldığı üzere, RKHK’de açık bir düzenlemenin bulunmadığı dönemlerde de minimis kuralının uygulanabilirliği bakımından Kurul’un yaptığı tespitlerin istikrarlı olduğunu söylemek mümkün değildir. Kurul; önceleri de minimis kuralının hukukumuzda uygulanabileceği yönünde kararlar verirken bu karardan dönmüş, hukukumuzda Avrupa Birliği hukukundaki gibi hissedilir etkiye önem atfeden bir düzenlemenin olmamasından hareketle de minimis kuralının uygulanamayacağı fikrini savunmuştur. Çalışmamızın tarihi itibarıyla son dört-beş yıldır verdiği kararlarında ise, karara konu teşebbüs ve faaliyetlerin piyasa üzerinde sınırlı bir yere sahip olmasından hareketle de minimis kuralının uygulanmasına imkân tanımaktadır.

C. 2020 Tarihli Kanun Değişikliği ve Getirdiği Yenilikler

1. Kanun Metnindeki Değişiklik

24.06.2020 tarihli ve 31165 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 7246 sayılı kanun, RKHK’nin 41. maddesine eklediği yeni fıkra ile de minimis kuralının hukukumuzda ilk kez açık bir düzenleme olarak yer almasını sağlamıştır. “Önaraştırmanın Sonuçlanması” kenar başlıklı 41. maddenin önceki halinde Kurul’un elde edilen bilgileri değerlendirerek soruşturma açılması veya açılmaması yönünde karar vereceği ifade edilmiş; ancak bu kararın hangi ölçütlere göre şekilleneceği açıkça ifade edilmemiştir.

Değişiklikle getirilen ek fıkra metni şu şekildedir:

“Kurul; pazar payı ve ciro gibi ölçütleri esas alarak rakipler arasında fiyat tespiti, bölge veya müşteri paylaşımı ve arz miktarının kısıtlanması gibi açık ve ağır ihlaller hariç olmak üzere, piyasada rekabeti kayda değer ölçüde kısıtlamayan anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği karar ve eylemlerini soruşturma konusu yapmayabilir. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurul tarafından çıkarılan tebliğ ile belirlenir.”

⁶⁷ Rekabet Kurulu, Karar No 17-08/94-41, 23.02.2017, <<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=a70fcc3-2212-405e-ae8a-9c948e1af358>>, Erişim Tarihi 29.03.2022; Rekabet Kurulu, Karar No 19-14/189-85, 04.04.2019, <<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=7b36ed94-440a-4fd1-ba39-09c671478101>>, Erişim Tarihi 29.03.2022.

Görüldüğü üzere ek fıkra, pazar payı ve ciro gibi ölçütlere atıf yaparak piyasada *rekabeti kayda değer ölçüde kısıtlamayan* anlaşma, uyumlu eylem ve kararların soruşturma konusu yapılmayabileceğini ifade etmiştir. Değişikliğin mehazının Avrupa Komisyonu'nun 2014 tarihli de minimis duyurusu olduğu, kullanılan ifadelerden açıkça anlaşılmaktadır. Zira Kanun, hissedilir etkinin tespit edilebilmesi için Komisyon ile aynı nesnel ölçütlere atıf yapmıştır: pazar payı ve ciro. Bunun yanı sıra tıpkı Komisyon duyurusunda olduğu gibi, açık ve ağır (*hard core*) ihlaller madde metninin uygulanmasından hariç tutulmuştur. Kanun, terminoloji olarak da Komisyon duyurusuna paralel bir kavram kullanmayı tercih etmiştir. Buna göre, rekabeti kayda değer (*appreciable*) ölçüde kısıtlamayan anlaşma, eylem ve kararlar 4. maddede öngörülen yasağın kapsamı dışına çıkarılabilecektir.

RKHK'nin “Önaraştırmanın Sonuçlanması” kenar başlıklı 41. maddesi, Kurul'un ön araştırma sonunda hangi süre içinde ne tür bir karar verebileceğini düzenlemektedir. Bu niteliği ile 41. madde, soruşturma usulüne ilişkin bir düzenlemedir. Nitekim maddenin bulunduğu dördüncü kısmın başlığı da “Kurulun İnceleme ve Araştırmalarında Usul” şeklindedir. Oysa de minimis kuralı; soruşturma usulüne değil, soruşturmanın konusunu oluşturan anlaşma, eylem ve kararların niteliğine ilişkindir.

ABİHA'da doğrudan de minimis kuralına ilişkin açık bir düzenleme yer almasa da 101. maddede yasak olarak atfedilen anlaşma, eylem ve kararların üye ülkeler arasındaki ticareti etkileyebilecek nitelikte olması aranmıştır. Buna paralel olarak çıkarılan de minimis duyurusunda da duyurunun amacının; hangi anlaşma, eylem veya kararların ABİHA'nın 101. maddesi uyarınca kayda değer rekabet sınırlaması oluşturduğunu tespit etmek olduğu ifade edilmiştir. Daha açık bir ifade ile Avrupa Birliği hukukundaki düzenlemelerde de minimis kuralı, soruşturma usulü ile değil, doğrudan yasak maddesi (101. madde) ile ilişkili ele alınmıştır. Bu nedenle hukukumuzda da de minimis kuralının, RKHK'nin soruşturma usulüne ilişkin 41. maddesinde değil, yasağa ilişkin 4. maddesinde yer alması kanaatimizce daha uygun olurdu.

Kanun metni oldukça genel nitelikte bir düzenleme getirerek, fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esasların Kurul tarafından çıkarılan tebliğ ile belirleneceğini söylemiştir. Bunun üzerine 2021/3 numaralı “Rekabeti Kayda Değer Ölçüde Kısıtlamayan Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Karar ve Eylemlerine İlişkin Tebliğ” 16 Mart 2021 tarihli ve 31425 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

2. 2021/3 No'lu Tebliğ Doğrultusunda De Minimis Kuralının Uygulanabilme Şartları

a. Genel olarak

Tebliğin 1. maddesinde tebliğin amacının; açık ve ağır ihlaller hariç olmak üzere, piyasada rekabeti kayda değer ölçüde kısıtlamadığı kabul edilen anlaşma, eylem ve kararların soruşturma konusu yapılmamasına ilişkin esasları belirlemek olduğu ifade edilmiştir. Bu anlamda tebliğ, de minimis kuralının hangi şartlarda uygulanabileceğini belirtmek için somut ölçütler getirmeye çalışmaktadır. Bu somut ölçütler ise Avrupa Birliği düzenlemelerinde olduğu gibi pazar payı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun yanı sıra 2. maddede tebliğin, tıpkı Komisyon duyurusu gibi, anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği karar ve eylemlerini kapsadığı belirtilmiştir. Yine aynı madde, Komisyon duyurusundan farksız olarak, açık ve ağır ihlallerin tebliğin kapsamında olmadığını ve bu nedenle de minimis kuralından faydalanamayacağını ifade etmiştir.

b. Pazar paylarının tespiti

(1) Nasıl tespit edileceği

Tebliğin 7. maddesine göre tebliğde öngörülen pazar payları, pazardaki satış değeri bazında hesaplanacaktır. Eğer satış değeri verilerine ulaşmak mümkün değilse satış miktarı dâhil olmak üzere diğer güvenilir pazar verilerine dayalı tahminlere göre hesaplama yapılacaktır. Bu yönüyle tebliğ, Komisyon duyurusu ile tamamen paraleldir.

Yine tebliğin 7. maddesinde pazar payı eşiklerinin uygulanmasında, anlaşma veya karar dönemi boyunca her bir takvim yılında sahip olunan pazar paylarının dikkate alınacağı ifade edilmiştir. Madde ayrıca, teşebbüslerin ve teşebbüs birliklerinin pazar paylarının hesaplanmasında Rekabet Kurulu'nun 2010/4 sayılı tebliğine⁶⁸ atıf yaparak, o tebliğin 8. maddesinin 1. fıkrasında sayılan ekonomik birimlerin toplam pazar paylarının dikkate alınacağını söylemiştir.

(2) Rakipler arasındaki anlaşmalarda pazar payının tespiti

Tebliğin 5. maddesi, Komisyon duyurusundan tamamen farksız olarak, rakip teşebbüsler arasında yapılacak anlaşmaların de minimis kuralından yararlanabilmesi için, bu teşebbüslerin anlaşmadan etkilenen pazardaki toplam paylarının %10'u aşmaması gerektiğini belirtmiştir. Yani rakipler bakımından öngörülen pazar payı eşiği %10'dur.

⁶⁸ Rekabet Kurulu, "Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ (Tebliğ No 2010/4)", <<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/tebligler/2010-4-20200210100639796-pdf>>, Erişim Tarihi 29.03.2022.

Komisyon duyurusunun ilgili maddesi rakipleri, gerçek ve potansiyel şeklinde ikiye ayırmıştı. Tebliğ de pazar paylarına ilişkin maddede olmamakla birlikte, ‘‘Tanımlar’’ başlıklı 4. maddesinde aynı şekilde rakipleri fiili ve potansiyel rakipler olarak ikiye ayırmış, ancak Komisyon duyurusundan farklı olarak bu kavramları tanımlamamıştır. Bu tanımlarla ilgili tekrara dışmemek adına, Avrupa Birliği’ndeki düzenlemelere ilişkin açıklamalarımıza atıf yapmakla yetiniyoruz.

Komisyon duyurusunda pazar payı eşikleri bakımından öngörülen %2’lik opsiyon, aynı şekilde tebliğde de tanınmıştır. Buna göre teşebbüslerin pazar payı, birbirini izleyen iki takvim yılı içinde tebliğde öngörülen eşiklerin üzerinde olmakla birlikte, bu eşikleri %2’den fazla aşmadığı takdirde, piyasadaki rekabetin kayda değer ölçüde sınırlanmadığı kabul edilecektir.

(3) Rakip olmayanlar arasındaki anlaşmalarda pazar payının tespiti

Kurul, tıpkı Komisyon gibi, yatay anlaşmalar ile dikey anlaşmaların piyasa üzerinde farklı etkiler yarattığını göz önünde bulundurarak, rakip olmayanlar arasındaki anlaşmalar bakımından daha yüksek bir pazar payı eşiği öngörmüştür. Tebliğin 5. maddesine göre bir anlaşmanın tebliğ kapsamında değerlendirilebilmesi için, rakip olmayan teşebbüslerin her birinin ilgili piyasada sahip olduğu pazar payı %15’i açmamalıdır. Hemen belirtmek gerekir ki %2’lik olası artış payı, rakip olmayan teşebbüslerin pazar payları yönünden de tanınmıştır.

(4) Teşebbüs birliği kararlarında pazar payının tespiti

Tebliğ, Komisyon duyurusundan farklı olarak teşebbüs birliği kararları ile ilgili ayrıca düzenleme yapmıştır. Tebliğe göre rekabeti sınırlayıcı olmakla birlikte, üyelerinin toplam pazar payının ilgili pazarın %10’u aşmadığı teşebbüs birliği kararlarının, rekabet üzerinde kayda değer bir etki meydana getirmediği kabul edilmektedir. Bu durumda bir teşebbüs birliği kararının de minimis kuralından yararlanabilmesi için, birliğe üye olan teşebbüslerin toplam pazar payının, ilgili pazarın %10’unu aşmaması gerekmektedir.

(5) Pazar payı eşiğinin %5 olarak kabul edildiği haller

Tebliğin 5. maddesinin 4. fıkrasına göre, benzer nitelikte dikey sınırlamaların oluşturduğu paralel ağlar ilgili pazarın %50’sinden fazlasını kapsıyorsa, pazar payı eşiği hem rakip hem de rakip olmayan teşebbüsler arasındaki anlaşmalar bakımından %5 olarak uygulanacaktır. Bu düzenleme ile birlikte Kurul, tek başına rekabeti sınırlayıcı bir etkisi olmamakla birlikte, ilgili piyasada aynı türden anlaşmaların yoğun olarak yapılması sebebiyle rekabetin sınırlanmasına önemli ölçüde katkıda bulunan anlaşmaları göz önünde bulundurarak pazar payı eşiğini %5’e çekmiştir. Bu madde, dikey sınırlayıcı anlaşmaların oluşturduğu paralel ağların piyasada önemli bir yer tuttuğu hallerde, teşebbüsler arasında yapılan benzer nitelikli anlaşmanın,

piyasadaki rekabete önemsiz atfedilemeyecek bir etkide bulunacağı gerçeğinden hareket etmektedir.

Hatırlanacak olursa Komisyon duyurusu da aynı düzenlemeye ve %5'lik pazar payı eşiğine yer vermişti. Ne var ki %5'lik pazar payı eşiğinin uygulanabilmesi için paralel ağların piyasada işgal ettiği alanın büyüklüğü tebliğ ve duyuruda farklı değerlendirilmiştir. Duyuru, paralel ağların piyasada işgal ettiği alan bakımından azami bir sınıra yer vermiş ve pazarın %30 veya daha küçük bir kısmının benzer etkilere sahip paralel dağıtım anlaşmalarının kapsamında kaldığı durumlarda, kümülatif engelleyici etkinin mevcudiyetinin muhtemel olmadığını belirtmiştir. Daha açık bir ifade ile duyuru, %5'lik pazar payının uygulanabilmesi için öncelikle bu paralel ağların ilgili piyasanın %30'undan daha büyük bir kısmını etki altına alması gerektiğini belirtmiştir.

Tebliğ ise paralel ağların piyasada kapsadıkları alan bakımından asgari bir sınır öngörerek, %5'lik pazar payı eşiğinin uygulanabilmesi için paralel ağların ilgili pazarın %50'sinden fazlasını etkisi altına alması gerektiğini ifade etmiştir. Anlaşılacağı üzere bu noktada tebliğ ve duyuru, gerek öngördükleri sınırlar gerekse bu sınırları ifade ediş biçimleri bakımından birbirlerinden ayrılmaktadır.

(6) Pazar payı eşiklerine ilişkin diğer hususlar

Hatırlanacak olursa Komisyon duyurusu, rakip ve rakip olmayan teşebbüsler bakımından pazar payı eşiklerini belirledikten sonra; ilgili pazardaki payı %5'i, yıllık cirosu da 40 milyon avroyu geçmeyen teşebbüslerin anlaşma ve eylemlerinin, kural olarak üye devletler arasındaki ticareti etkilemeyecek nitelikte olduğunu ifade etmişti. Buna karşılık tebliğ, her ne kadar Kanun'un 41. maddesinde ciro ölçütüne atıf yapılmış olsa da, bu şekilde bir düzenlemeye yer vermemiştir. Yalnızca pazar payları yönünden bir ölçüt getirmiştir.

Bunun yanında tebliğin 5. maddesinin 6. fıkrası, tıpkı duyuru gibi, teşebbüslerin pazar paylarının maddede öngörülen sınırı aşıyor olmasının, ilgili anlaşmanın rekabeti kayda değer ölçüde sınırladığı yönünde doğrudan bir tespit yapılmasının mümkün olmadığını belirtmiştir. Tebliğin 6. maddesinin 2. fıkrasında ise tebliğin öngördüğü pazar payı eşiklerinin aşılmamış olduğu durumlarda dahi Kurul'un soruşturma açabileceği ifade edilmiştir. Anlaşıldığı üzere tebliğ, tıpkı Komisyon duyurusu gibi önemli olanın piyasa üzerinde kayda değer bir etkinin ortaya çıkıp çıkmaması olduğuna işaret ederek; pazar payı eşiklerinin bu tespitin yapılmasında kesinlik arz etmediğini, yalnızca tespit yapmaya yardımcı somut ölçütler olduğunu vurgulamıştır.

c. Pazar paylarına bakılmaksızın tebliğin kapsamı dışında bırakılan haller

Hem Kanun'un 41. maddesinde hem de tebliğin muhtelif maddelerinde açık ve ağır ihlallerin tebliğin kapsamına girmediği, bu nedenle de minimis kuralından yararlanmalarının mümkün olmadığı belirtilmiştir. Açık ve ağır ihlallerin ne olduğu RKHK'nin 4. maddesinde "*rakipler arasında fiyat tespiti, bölge veya müşteri paylaşımı ve arz miktarının kısıtlanması*", tebliğin 4. maddesinde ise "*1) Rakip teşebbüsler arasında fiyat tespiti, müşterilerin, sağlayıcıların, bölgelerin ya da ticaret kanallarının paylaşılması, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması, ihalelerde danışıklı hareket, gelecekte uygulanması planlanan fiyat, üretim ya da satış miktarı gibi rekabete duyarlı bilgilerin paylaşılması, 2) Üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren teşebbüsler arası ilişkide alıcının sabit veya asgari satış fiyatının belirlenmesi*" olarak ifade edilmiştir.

d. Tebliğin uygulanmasının sonuçları

Tebliğin 6. maddesinde rekabeti kayda değer ölçüde kısıtlamadığı kabul edilen anlaşma, eylem ve kararların Kurul tarafından soruşturma konusu yapılmayabileceği ifade edilmiştir. Düzenleme ile birlikte soruşturmanın açılıp açılmaması hususunda Kurul'a takdir yetkisi tanınmıştır. Bu takdir yetkisinin kaynağı, tebliğe öngörülen şartları sağlayan her anlaşmanın, mutlak surette rekabet üzerinde hissedilir bir etki yaratmadığı şeklinde yorumlanamamasıdır. Yani tebliğe öngörülen pazar payı eşikleri aşılmamış olsa dahi Kurul, piyasada hissedilir bir etkinin ortaya çıkmış olabileceğine kanaat getirerek soruşturma açılmasına karar verebilecektir.

6. maddenin 3. fıkrasında teşebbüslerin pazar paylarının tam olarak tespit edilemediği, daha açık bir ifadeyle teşebbüslerin pazar paylarının tebliğeeki eşiği geçiş geçmediğinin tam olarak anlaşılamadığı durumlarda soruşturma açılabilirdiği; soruşturma açıldıktan sonra teşebbüslerin pazar paylarının tebliğeeki eşiği aşmadığının anlaşılması üzerine Kurul'un soruşturmaya son verebileceği belirtilmiştir.

6. maddenin 3. fıkrasındaki bu düzenleme, Avrupa Birliği'ndeki düzenlemeden ayrılan bir başka noktadır. Komisyon duyurusu; teşebbüslerin iyiniyetine özel bir önem atfederek, soruşturmanın açıldığı durumlarda teşebbüslerin iyiniyetli olarak duyuruda öngörülen eşikleri aşmadıklarını düşündüklerini ispatlayabilmeleri halinde para cezası verilmeyeceğini söylemektedir. Buna karşılık tebliğ, teşebbüslerin iyiniyetini göz önünde bulundurmaksızın, soruşturma sırasında teşebbüslerin pazar paylarının tebliğeeki eşikleri aşmadığının anlaşılması üzerine soruşturmaya son verilebileceğini ifade etmiştir.

Kurul'un de minimis kuralına istinaden soruşturma açılmamasına karar verdiği hallerde, soruşturma açılmamasına yönelik karar nihai bir karar olduğundan, karara karşı idare mahkemesine başvurulması mümkün olacaktır. Son olarak belirtmek gerekir ki tebliğin geçici 1. maddesine göre tebliğ, yürürlüğe gireceği tarih itibariyle devam eden önaraştırma ve soruşturmalar bakımından da uygulanacaktır.

3. Kanun Değişikliğinden Sonraki Dönemde Verilen Rekabet Kurulu Kararları

Tespit edebildiğimiz kadarıyla, RKHK'de Haziran 2020'de yapılan değişikliklerden sonra de minimis kuralına ilişkin önemli tespitlere yer veren iki karar mevcuttur. Bunlardan ilki tebliğin henüz taslak halinde olduğu dönemde verilen 21-01/18-8 sayılı karardır⁶⁹. Karara konu olayda Karadeniz bölgesinde faaliyet gösteren ve Karadeniz Un Sanayicileri Derneği (KUSAD) üyesi olan 46 farklı teşebbüsün önemli bir çoğunluğunun ekmeklik buğday unu fiyatlarını belirlemeye yönelik uyumlu eylemlerinin olduğu iddiası üzerine yapılan soruşturmada; teşebbüslerden bazıları RKHK'de yapılan değişiklik ile birlikte de minimis kuralının hukukumuzda kazandırıldığını, Avrupa Birliği hukukunda rakipler arasındaki anlaşmalarda pazar payı eşliğinin %10 olarak uygulandığını, soruşturma raporundaki verilere göre KUSAD üyesi teşebbüslerin Türkiye toplamı içerisindeki paylarının %8,37 olduğunu ve bu nedenle de minimis kuralının uygulanması gerektiğini savunmuşlardır. Kurul ise tespitlerinde her ne kadar teşebbüslerin Türkiye toplamı içerisindeki pazar payları çok büyük olmasa da Karadeniz bölgesi kapsamında önemli bir pazar gücüne sahip olduklarını ve bu nedenle de minimis kurulunun uygulanamayacağını belirtmiştir. Nihayetinde teşebbüslerin çoğunluğuna idari para cezası uygulanmıştır.

Aslında Kurul burada Adalet Divanı'nın *Distillers Company Limited* kararındakine benzer şekilde; de minimis kuralı için öngörülen pazar payları eşiklerinin aşılmadığı tüm durumlarda rekabetin hissedilir ölçüde sınırlandırılmış olmadığı yönünde doğrudan bir tespit yapılamayacağını, pazar payı eşikleri aşılmamış olsa dahi rekabetin önemli ölçüde sınırlandırılmış olabileceğini ifade etmek istemiştir. Ancak kanaatimizce kararda problemliler olan husus şudur: Kurul, pazara ilişkin yaptığı değerlendirmede bölgesel pazar tanımlamasını gerektirecek herhangi bir husus olmadığını belirtmiş ve ilgili coğrafi pazarı Türkiye olarak tespit etmiştir. İlgili coğrafi pazar Türkiye olarak tespit edildikten sonra, teşebbüslerin eylemlerinin Karadeniz bölgesinde rekabeti önemli ölçüde sınırlandırıldığından hareketle de minimis kuralının uygulanmaması kanaatimizce hatalı olmuştur. Coğrafi pazar Türkiye

⁶⁹ Rekabet Kurulu, Karar No 21-01/18-8, 07.01.2021,
<<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=ade64d67-b691-4947-9444-e350d61fd6cc>>
Erişim Tarihi 30.03.2022

olarak belirlendiğine göre, rekabet üzerindeki etkinin de yine Türkiye pazarı yönünden incelenmesi gerekirdi. Ancak kararda esas itibariyle rakip teşebbüsler arasındaki fiyat tespiti nedeniyle cezaya hükmedildiği ve rakipler arasındaki fiyat tespitlerinin hem genel olarak rekabet hukuku öğretisinde hem de Tebliğ'in 4. maddesinde açık ve ağır ihlal olarak kabul edildiği göz önünde bulundurulduğunda; karara konu eylemler her halükarda de minimis kuralından yararlanamaz nitelikte görünmektedir.

Kurulun, kanun değişikliğinden sonra de minimis kuralıyla ilgili tespitlere yer verdiği ikinci kararı 21-22/267-117 sayılı karardır⁷⁰. Karara konu olayda DYO Boya Fabrikaları Sanayi ve Ticaret A.ř. isimli teşebbüsün, bayilerinin yeniden satış fiyatını belirlediği ve bayiler yönünden müşteri ve bölge kısıtlamaları uyguladığı iddiaları üzerine yapılan soruşturmada; DYO, de minimis kuralının yürürlüğe girdiği anda devam eden ve açılacak olan tüm soruşturmalarda uygulanacağını, soruşturmada ileri sürülen iddiaların tamamının dikey ihlal niteliğinde olduğunu ve Tebliğ'de de minimis kuralının uygulanmayacağına belirtildiği açık ve ağır ihlallerden sayılmadığını, pazar payının dikey ilişkiler yönünden öngörülen %15'lik eşiğin altında kaldığını, anılan tüm nedenlerle de minimis kuralının uygulanabilir olduğunu savunmuştur.

Kurul öncelikle de minimis kuralına ilişkin genel açıklamalara yer vermiştir. Bu kapsamda ilk olarak de minimis kuralının RKHK'nin "Kurulun İnceleme ve Araştırmalarında Usul" başlıklı dördüncü kısmında düzenlendiği ve bu nedenle maddi hukuka değil usul hukukuna ilişkin bir kural olduđu⁷¹; Kurulun RKHK m. 4

⁷⁰ Rekabet Kurulu, Karar No 21-22/267-117, 15.04.2021, <<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=720e626d-5e87-4525-93a4-2e2e1a55d1e4>>, Erişim Tarihi 30.03.2022.

⁷¹ De minimis kuralının usul hukukuna mı yoksa maddi hukuka mı ilişkin olduğu, kuralın uygulanma zamanına etki edebilir. De minimis kuralının bir usul hukuku kuralı olduğu kabul edilirse, usul hükümlerinin tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal yürürlüğe gireceğinden hareketle kuralın, tebliğin yürürlüğe girdiği tarihte devam eden ve sonradan açılacak tüm soruşturmalar bakımından uygulanabilir olması gerekir. Buna karşılık de minimis kuralı bir maddi hukuk kuralı olarak kabul edilirse ne olacağı incelenmelidir. Kural olarak kanunlar yürürlüğe girdikleri tarihten itibaren ve yürürlükte buldukları dönem içinde ortaya çıkan olay ve ilişkilere uygulanırlar. Bu anlamda de minimis kuralının bir maddi hukuk kuralı olduğu kabul edilirse, soruşturmanın RKHK'de yapılan değişiklik sonrası açıldığı ancak soruşturmaya konu anlaşmanın RKHK'deki değişiklikten önce gerçekleştiği hallerde de minimis kuralı uygulanamaz. Ancak bu ihtimalde dahi rekabeti sınırlayıcı anlaşmanın tarafı teşebbüslerin en nihayetinde bir ceza yaptırımı ile karşı karşıya kaldığı, de minimis kuralının uygulandığı hallerde teşebbüslerin, yasağa aykırı davranmaları sebebiyle alacakları cezadan kurtuldukları ileri sürülerek; ceza hukukundaki lehe hükümlerin geriye yürümesi prensibi gereği kuralın, kanunun yürürlüğünden önce ortaya çıkmış ihlallere de uygulanabileceği söylenebilir. Ancak hem RKHK'nin de minimis kuralını düzenleyiş şekline hem de Kurul'un de minimis kuralının bir usul hukuku kuralı olduğu yönündeki ifadelerinden sonra bu tartışmanın pratik bir önemi olmadığını ifade etmek gerekir.

anlamında rekabet ihlalinin varlığına veya yokluğuna ilişkin bir inceleme yapmasına gerek olmadığı belirtilmiştir. Yukarıda da bahsettiğimiz üzere Avrupa Birliği hukukunda de minimis kuralı, usul hukukuna değil maddi hukuka ilişkin bir kural olarak düzenlenmiştir. Zira kurala ilişkin Avrupa Komisyonu duyurusunda, şartları sağlayan anlaşmaların, ABİHA m. 101'deki yasağın kapsamı dışına çıkacağı belirtilerek, kural aslında ABİHA m. 101'deki yasağın bir istisnası olarak düzenlenmiştir. Bu da Avrupa Birliği hukuku ile Türk hukuku arasındaki önemli farklardan biridir.

Bunun yanı sıra Kurul, de minimis kuralının rekabet otoriteleri açısından emek ve zaman maliyetini azalttığını, daha önemli ihlallere öncelik verilmesini sağlayarak kaynak tahsisinde etkinlik yarattığını ve bunun sonucu olarak usul ekonomisi ilkesinin gerçekleştirildiğini ifade etmiştir.

Somut olayla ilgili Kurul, öncelikle de minimis kuralının açık ve ağır ihlaller yönünden uygulama bulamayacağını belirtmiş; daha sonra hem yeniden satış fiyatının tespiti hem de müşteri ve bölge kısıtlamalarının aynı olayda bulunmasının, dikey anlaşmalardaki tek bir ihlale kıyasla rekabeti daha büyük ölçüde etkilediğini ifade etmiştir. DYO'nun eylemleri açık ve ağır ihlal kapsamında değerlendirildiği için, pazar paylarına ilişkin ayrıca bir tespite yer verilmemiştir. Sonuç olarak DYO'nun ne de minimis kuralından ne de bireysel muafiyet ile grup muafiyetinden yararlanamadığı belirtilerek, idari para cezası uygulanmıştır. Karar, de minimis kuralına ilişkin detaylı açıklamaları sebebiyle önemlidir.

SONUÇ

Normal şartlar altında amacı yahut etkisi yönünden rekabeti sınırlayıcı olmasına rağmen, piyasa üzerinde hissedilir bir etki yaratmayan anlaşma, eylem ve kararların yasak kapsamı dışına çıkarılması de minimis kuralı olarak adlandırılmaktadır. De minimis kuralı, rekabet otoriteleri ve mahkemelerin, rekabet üzerinde kayda değer bir etki yaratmayan anlaşmalarla gereksiz yere zaman ve emek harcamasının önüne geçerek usul ekonomisine katkıda bulunmaktadır. Kuralın asıl amacı ise KOBİ'lerin rekabet ihlali oluşturabilecek bazı faaliyetlerinin yasak kapsamı dışında tutulması, böylece büyük ölçekli rakipleri karşısındaki rekabet güçlerinin arttırılmasıdır. Zira rekabet ihlali oluşturduğu tespit edilen her faaliyetin mutlak surette cezalandırılması kimi hallerde adaletsiz sonuçlar doğurabilir, bunun ötesinde özellikle küçük teşebbüslerin, sık sık yaptırımlarla karşılaşması neticesinde büyük ölçekli rakipleri karşısında tutunamamasına sebep olabilir. Bu durumun da piyasadaki rekabet ortamını yok etmesi ve tekelleşmeye yol açması olasıdır.

De minimis kuralının tarihsel gelişimi Avrupa Birliği ve Türk rekabet hukukunda farklı olmuştur. Zira Avrupa Birliği hukukunda de minimis kuralı 1970'ten beri Avrupa Komisyonu'nun yayınladığı duyurularda yer alırken, Türk

hukukunda 2020 kanun değişikliklerine kadar kuralla ilgili açık bir düzenleme mevcut olmamıştır. Buna karşılık kuralın uygulanma şartları bakımından RKHK'ye eklenen fıkra ve sonrasında yayınlanan tebliğ, ufak farklılıklar dışında genel olarak Avrupa Komisyonu duyurusuyla paralel ltleri kabul etmiştir.

Kanun değişikliği sonrası verilen ilk Kurul kararında, tıpkı değişiklikten önceki kararların bir kısmında olduğu gibi, de minimis kuralının uygulanma şartlarına ilişkin olarak isabetli olmayan bazı değerlendirmelerde bulunulmuştur. Her ne kadar kuralın uygulanma esaslarına ilişkin tebliğ yürürlüğe girmiş olsa da Rekabet Kurulu'nun kuralı nasıl yorumladığı ve ne tür ihlallerde kuralı uygulayıp uygulamadığının belirlenmesi açısından daha fazla zamana ve karara ihtiyaç olduğu açıktır.

KAYNAKÇA

- Akıncı A, *Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukukunda Rekabetin Yatay Kısıtlanması*, Rekabet Kurumu, 2001.
- Akman P, “The Court of Justice’s Expedia Ruling Undermines the Economic Approach by Eliminating the ‘De Minimis’ Defence in Object Agreements”, <<https://competitionpolicy.wordpress.com/2013/06/04/the-court-of-justices-expedia-ruling-undermines-the-economic-approach-by-eliminating-the-de-minimis-defence-in-object-agreements/>>, Erişim Tarihi 29.03.2022
- Arı Z, “Rekabet Hukukunda De Minimis Kuralı (Hissedilir Etki)”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 21(4), 2002, s. 69-97.
- Aslan Y, *Rekabet Hukuku: Teori – Uygulama – Mevzuat*, 5. Bası, Ekin Basım Yayın, 2017.
- Aslan Y, *Rekabet Hukuku: Teori ve Uygulama*, 6. Bası, Ekin Basım Yayın, 2021.
- Aşçıoğlu Öz G, *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, Rekabet Kurumu, 2000.
- Ateş M, “Son Yapılan Düzenlemeler Işığında AB Rekabet Hukuku ve Politikasına Genel Bir Bakış”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, 7(2), 2008, s. 47-76.
- Ateş M, *Rekabet Hukukuna Giriş*, 2. Bası, Adalet Yayınevi, 2019.
- Badur E, *Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar*, Rekabet Kurumu, 2001.
- Erol K, *Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması*, Rekabet Kurumu, 2000.
- Esin A, “Avrupa Birliği Rekabet Hukuku’nda De Minimis Kuralı Değişiyor”, *Rekabet Bülteni*, 3(5), 2001, s. 9-14.
- Ezrachi A, *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*, 6. Bası, Hart Publishing, 2018.
- Faull J / Nikpay A, *The EU Law of Competition*, 3. Bası, Oxford University Press, 2014.
- Garner B A (Ed.), *Black’s Law Dictionary*, 9. Bası, Thomson Reuters, 2009.
- Gürkaynak G / Yaşar A G, “‘Rekabeti Kısıtlayıcı Amaç’ı Yeniden Değerlendirmek: ‘Groupement Des Cartes Bancaires v. Commission’ Kararı Işığında Yeni Bir Gün”, *Rekabet Dergisi*, 16(1), 2015, s. 41-103.
- Güven P, *Rekabet Hukuku*, 2. Bası, Yetkin Yayınları, 2008.
- Inesi A, “A Theory of De Minimis and a Proposal for Its Application in Copyright”, *Berkeley Technology Law Journal*, 21(2), 2006, s. 945-995.
- Karakelle İ H, “Rekabet Politikası ve Türkiye Deneyimi”, *Türkiye İkinci Uluslararası Rekabet Sempozyumu (6-7 Mart 2000, İstanbul/Türkiye)*, Rekabet Kurumu, 2000.

- Kesici B, *Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu*, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Koziol H, “Comparative Conclusions”, Helmut Koziol (Ed.), *Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective*, Jan Sramek Verlag, 2015.
- Küçükayhan Aşçıoğlu M, *Rekabet Hukuku ve Dağıtım Sözleşmeleri*, Adalet Yayınevi, 2011.
- Nemerofsky J, “What is a ‘Trifle’ Anyway?”, *Gonzaga Law Review*, 37(2), 2001-2022, s. 315-341.
- Özden Merhacı S / Erkan V U, “Anglo-Amerikan Hukukundan Kıta Avrupası Hukukuna – Özel Hukukta De Minimis Kuralı”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9(2), 2018, s. 49-70.
- Pazzi M G, “The Review of the De Minimis Notice”, *Italian Antitrust Review*, 1(3), 2014, s. 245-249.
- Pekcanitez H / Atalay O / Özekes M, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Pouncey C / Dietzel K / Herron M, “EU Commission Adopts Revised De Minimis Notice Exempting Certain Agreements from the EU Competition Law Rules and Continues Hard-line Approach to Object Restrictions”, <<https://www.lexology.com/library/document.ashx?g=8fd07e4c-a98e-4819-8c29-70494e189ed4>>, Erişim Tarihi 25.03.2022.
- Sanlı K C, *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Rekabet Kurumu, 2000.
- Scordamaglia-Tousis A, “New De Minimis Communication: ‘De Minimis’ and ‘By Object’ Restrictions of Competition Law”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 5(10), 2014, s. 698-700.
- Tekinalp G / Tekinalp Ü, *Avrupa Birliği Hukuku*, Beta Yayınları, 1997.
- Tomur K, *Kobiler ve Rekabet Politikası – De Minimis Kuralının Rekabet Hukukundaki Yeri, İşlevi ve Uygulama Prensipleri*, Rekabet Kurumu, 2004.
- Topçuoğlu M, *Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları*, Rekabet Kurumu, 2001.
- Veech M L / Moon C R, “De Minimis Non Curat Lex”, *Michigan Law Review*, 45(5), 1947, s. 537-570.
- Whish R / Bailey D, *Competition Law*, 7. Bası, Oxford University Press, 2012.
- Yiğit İ, *Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, 2013.

SİGORTACININ SÖZLEŞME ÖNCESİ AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ İHLAL ETMESİ HÂLİNDE SİGORTA ETTİRENİN İTİRAZ HAKKI

Sefa ER*

ÖZET

Güven ilişkisinin yoğun şekilde görüldüğü sigorta sözleşmelerinde tarafların sözleşme öncesinde birbirini aydınlatma yükümlülüğü TTK ile özel olarak düzenlenmiştir. Bu kapsamda TTK'nin 1423. maddesi gereğince sigortacının sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi hâlinde sigorta ettirene on dört gün içinde sözleşmenin yapılmasına itiraz hakkı tanınmıştır. Oysa Türk hukukunda “sözleşmenin yapılmasına itiraz” diye bir müessese bulunmamaktadır. İtiraz hakkının hukuki niteliğinin belirlenmesi, sadece teorik açıdan değil aynı zamanda uygulama açısından da önemli anlamlar ifade etmektedir. Zira sigortacının sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin düzenleme yapılmasının altında sigortacı karşısında zayıf konumda olan sigorta ettirenin korunması amacı yer almaktadır. Dolayısıyla itiraz hakkının hukuki niteliğinin belirlenmesi hem sigorta ettirenin korunması anlamında hem de sigorta ettirenin diğer haklarını kullanıp kullanamayacağını tespit edilmesi hususunda önem arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler: itiraz hakkı, sözleşmenin yapılmasına itiraz, sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğü, culpa in contrahendo, bilgilendirme metni

THE POLICYHOLDER'S RIGHT OF OBJECTION IN THE EVENT OF A VIOLATION OF INSURER'S PRE-CONTRACTUAL INFORMATION DUTY

ABSTRACT

In the case of insurance contracts in which trust is perceived intensely, the TTK expressly regulates that the parties each other pre-contractual information duty. According to Article 1423 of the TTK, if the insurer violates the pre-contractual

* Dr., Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Tetkik Hâkimi/ANKARA, e-posta: sefaer@hotmail.com,

ORCID: 0000-0002-5738-8224

DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1084789

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 08/03/2022

Yayımlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 19/05/2022

information duty, the policyholder has the right of objection to the conclusion of the contract within fourteen days. However, in Turkish Law, there is no such concept as "objection to the formation of the contract". Determining the legal nature of the right of objection has important meanings not only from the theoretical point of view, but also from the practical point of view. Because, the purpose of protecting the policyholder's, who is in a weak position against the insurer, is under the regulation regarding the insurer's pre-contractual information duty. Therefore, determining the legal nature of the right of objection is important both in terms of protection of the policyholder and in determining whether the insured can use other rights.

Keywords: *right of objection, objection to the formation of the contract, pre-contractual information duty, culpa in contrahendo, information text*

GİRİŞ

Sigorta sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen ve sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmedir. Ancak sigorta sözleşmesi, karmaşık yapısı ve tarafların konumu nedeniyle sözleşme görüşmelerinin başladığı ilk andan itibaren karmaşık hak ve yükümlülüklerden oluşan bir borç ilişkisi doğurmaktadır. Bu borç ilişkisi, özellikle sigorta şirketlerinin güvenilen kişi olmaları nedeniyle daha ilk baştan yoğun güven ilişkisine ve azami iyi niyete dayanmaktadır¹. Bu nedenle sigorta sözleşmelerinde sözleşme öncesi tarafların birbirlerini aydınlatma yükümlülüğü, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) ile her iki taraf için de özel olarak düzenlenmiş ve her iki taraf için de bu yükümlülüğün ihlaline farklı sonuçlar öngörülmüştür.

TTK'de sözleşme öncesi sigorta ettirenin sigortacıyı aydınlatması, başka bir deyişle gerekli bilgileri sigortacıya vermesi beyan yükümlülüğü başlığı altında düzenlenmiş; beyan yükümlülüğünün ihlali hâlinde sigortacının sahip olduğu haklar ise TTK'nin 1439. maddesinde detaylı olarak belirtilmiştir. Buna karşılık sigortacının sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğünü² ihlal etmesi hâlinde

¹ Mehmet Özdamar, *Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü*, 1. Bası, Yetkin Yayınları, 2009, s. 74; Rıza Ayhan/Hayrettin Çağlar/Mehmet Özdamar, *Sigorta Hukuku Ders Kitabı*, 2. Bası, Yetkin Yayınları, 2019, s. 154; Sevgican Aydın, *Sigorta Ettirenin Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğünün İhlali ve İhlal Halinde Sigortacının Hakları*, 1. Bası, Seçkin, 2018, s. 20; A. Oğuzhan Hacıömeroğlu, "Sigorta Sözleşmelerinin Kuruluş Safhasındaki Sigorta Ettirenin Beyan Yükümlülüğünün Culpa In Contrahendo Sorumluluğu Açısından Değerlendirilmesi", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 1(2), 2015, s. 50.

² TTK'nin 1423. maddesinde "aydınlatma" kavramı, SK'nin 11/3 maddesi ile SSBİY'de ise "bilgilendirme" kavramı kullanılmaktadır. Aydınlatma kavramı bilgilendirme kavramına göre biraz daha kapsamlı olsa da her iki kavramda "danışmanlık yapma" kavramını kapsamamaktadır. Danışmanlık yapma, sigortacının aydınlatma yükümlülüğünden ayrı bir yükümlülüğü ifade etmektedir. Sigorta hukukunda "aydınlatma" ve "bilgilendirme"

sigorta ettirene tanınan hak ise TTK'nin 1423/2 maddesinde “*Aydınlatma açıklamasının verilmemesi hâlinde, sigorta ettiren, sözleşmenin yapılmasına ondört gün içinde itiraz etmemişse, sözleşme poliçede yazılı şartlarla yapılmış olur.*” şeklinde belirtilmiştir. Buna göre sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi hâlinde sigorta ettirene tanınan hak, sözleşmenin yapılmasına itiraz hakkıdır. Anılan maddede tartışmaya açık birçok husus bulunmakla birlikte yoruma en muhtaç ve en muğlak olan husus “*sözleşmenin yapılmasına itiraz*” ile neyin kastedildiğidir³. Zira Türk hukukunda “*sözleşmenin yapılmasına itiraz*” diye bir müessese bulunmadığı gibi sigorta hukukunda da “*itiraz*” kavramı bilinmeyen ve dolayısıyla kullanılmayan bir kavramdır⁴.

Sigorta sözleşmelerinin kurulması hakkında özel bir düzenleme yer almadığından sigorta sözleşmeleri de diğer borçlar hukuku sözleşmeleri gibi TBK'nin 1/1 maddesi gereğince tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamaları ile kurulur. Ancak sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesi bakımından sigorta sözleşmelerine özgü olarak çeşitli sözleşme kurma modellerinin geliştirildiği görülmektedir. Bunlardan “*öneri modeli*”, “*öneriye davet modeli*” ve “*poliçe modeli*” uygulamada öne çıkan sözleşme kurma modelleridir⁵. Öneri modelinde, taraflar arasındaki hukuki işlem teması ile birlikte sigortacı, sigorta ettirene bir başvuru formu ve gerekli olan tüm bilgileri vermekte (öneriye davet), sigorta ettiren gerekli incelemeleri yaptıktan sonra başvuru formunu doldurarak sigortacıya ulaştırmaktadır (öneri). Sigortacı da bu öneriye karşı ya açıkça ya da poliçe göndererek zımnen kabul beyanında bulunmaktadır. Öneriye davet modelinde, taraflar arasındaki hukuki işlem teması ile birlikte sigorta ettiren, sigortacıya sigorta yaptırma konusundaki isteklerini iletmekte (öneriye davet),

kavramlarının aynı anlamda ve birbirinin yerine kullanıldığı görülmektedir. Bu nedenle biz de çalışmamızda bu iki kavramın aynı anlamda ve birbirinin yerine kullanılabileceğini kabul etmekle birlikte kanuni terim olan “*aydınlatma*” kavramını kullanmayı tercih ettik. Ancak Alman hukukundan bahsedildiği yerlerde aslına uygun olarak özellikle “*bilgilendirme*” kavramını kullandık.

³ Emine Yazıcıoğlu/Zehra Şeker Öğüz, *Sigorta Hukuku*, 3. Bası, Filiz Kitabevi, 2020, s. 112; Samim Ünan, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Sigorta Hukuku C. I*, 1. Bası, On İki Levha, 2016, s. 239; Emine Yazıcıoğlu, “*Sigortacının Bilgilendirme (Aydınlatma) Yükümlülüğü*” *Sigorta Hukuku Sempozyumları, Sorumluluk Sigortaları Sempozyumu 1–2 Aralık 2017 İstanbul/Sigorta Hukukunda Güncel Sorunlar Sempozyumu 2–3 Şubat 2018 Bursa*, 1. Bası, On İki Levha, 2018, s. 410; Melda Taşkın, *Krediye Bağlı Hayat Sigortası Sözleşmesi*, 1. Bası, On İki Levha, 2019, s. 186; Kübra Yetiş Şamlı, “*Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğünü Düzenleyen TTK m. 1423 Hükmüne İlişkin Bazı Değerlendirmeler*”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22(3), 2016, s. 2992; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 210; Aydın, s. 53;

⁴ Evrim Akgün, *Ferdi Kaza Sigortası Sözleşmesi*, 1. Bası, On İki Levha, 2017, s. 194; Yazıcıoğlu, *Bilgilendirme*, s. 410. Yazar, söz konusu düzenlemenin TTK'nin Sigorta Hukuku Kitabının en sorunlu maddesi olduğunu ifade etmektedir. Aynı yönde Yazıcıoğlu/Şeker Öğüz, s. 112.

⁵ Detaylı bilgi için bkz. Ünan, Şerh, s. 192.

sigortacı riski değerlendirdikten sonra poliçeyle birlikte diğer gerekli tüm bilgileri sigorta ettirene ulaştırmaktadır (öneri). Sigorta ettiren de gerekli incelemeleri yaptıktan sonra ya açıkça ya da prim ödemek suretiyle zımnen kabul beyanında bulunmaktadır. Poliçe modelinde ise, taraflar arasındaki hukuki işlem teması ile birlikte sigortacı, sigorta ettirene sadece doldurulup verilmesi hâlinde sigorta sözleşmesine ilişkin öneride bulunulmuş sayılacağına dair açıklamanın da yer aldığı başvuru formu vermekte (öneriye davet), sigorta ettiren bu başvuru formunu doldurarak sigortacıya ulaştırmaktadır (öneri). Bazen bu başvuru formu verilmeden dâhi sigorta ettiren öneride bulunmaktadır. Sigortacı da bu öneriye karşı poliçe ve gerekli olan tüm bilgileri göndererek kabul beyanında bulunmaktadır⁶. Görüldüğü üzere öneri modeli ve öneriye davet modelinde aydınlatma yükümlülüğü sigorta ettirenin sözleşmeye ilişkin iradesini açıklamadan önce yerine getirilmekte; buna karşılık poliçe modelinde ise aydınlatma yükümlülüğü kapsamında verilecek bilgiler sözleşmenin kurulmasından sonra sigorta ettirene iletilmektedir.

TTK'nin 1423/2 maddesinde aydınlatma yükümlülüğünün ihlali sadece "aydınlatma açıklamasının verilmemesi" şeklinde belirtilmiştir. Oysa TTK'nin 1423. maddesi bir bütün olarak değerlendirildiğinde "aydınlatma açıklamasının verilmemesi" ifadesinin geniş yorumlanması gerektiği, hem aydınlatma yükümlülüğünün hiçbir şekilde yerine getirilmemesi hâlini hem de aydınlatma yükümlülüğünün gereği gibi ifa edilmemesi hâlini içerdiği anlaşılmaktadır⁷. Bu kapsamda aydınlatma yükümlülüğünün gereği gibi ifa edilmemesi ise aydınlatmanın gerekli bilgileri içermemesi ya da yanlış bilgileri içermesi veyahut da çok fazla lüzumsuz bilgi içermesi hâli ile aydınlatmanın zamanında yapılmaması hâlini içermektedir⁸. Öte yandan TTK'nin 1423/3 maddesinin verdiği yetki gereğince Hazine ve Maliye Bakanlığı⁹ tarafından çıkarılan Sigorta Sözleşmelerinde

⁶ Peter Schimikowski, *Versicherungsvertragsrecht*, 6. Auflage, C.H.Beck, 2017, (I. Der Versicherungsvertrag, Rn. 38); Theo Langheid/Manfred Wandt/Bearbeiter, *Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz: VVG, Band 1, §§ 1-99, VVG-InfoV*, 2. Auflage, C.H.Beck, 2016, (Langheid/Wandt/Armbrüster, VVG §7, Rn. 6).

⁷ Yetiş Şamlı, s. 2991; Ünan, Şerh, s. 239. Yazar, aydınlatmanın eksik veya yanlış yapılmış olduğu hâllerin de TTK'nin 1423/2 maddesi kapsamında olduğunu, ancak sigorta ettirenin eksik veya yanlış bilgilendirme olgusunu saptamasının birçok hâlde zor olacağını belirtmektedir.

⁸ Langheid/Wandt/Armbrüster, VVG §7, Rn. 123; Özdamar (2009), s. 280; Yazıcıoğlu, Bilgilendirme, s. 411; Ünan, Şerh, s. 239; Yetiş Şamlı, s. 2991; Fatma Dilek Kabukçuoğlu Özer, *Sigortacılık Kanunu Şerhi*, 1. Bası, On İki Levha, 2012, s. 163; Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, Filiz Kitabevi, 1993, s. 976.

⁹ 09.07.2018 tarihli ve 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 13. maddesi ile Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname yürürlükten kaldırılmıştır. 10.07.2018 tarihli ve 1

Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik'in (SSBİY)¹⁰ 8/2 maddesine göre; “*Sigortacının bilgilendirme yükümlülüğünü mevzuata ve usulüne göre ifa etmiş sayılabilmesi için Bilgilendirme Metnindeki bilgilerin eksik, yanlış veya yanıltıcı olmaması gerekir.*” Bu düzenleme ile TTK'nin 1423. maddesi birlikte değerlendirildiğinde “*aydınlatma yükümlülüğünün ihlali*” ifadesinden hem bilgilendirme metni verilmeyerek aydınlatma yükümlülüğünün hiçbir şekilde yerine getirilmemesi hâlinin hem de bilgilendirme metni verilmesine rağmen eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi ve davranış nedeniyle aydınlatma yükümlülüğünün gereği gibi ifa edilmemesi hâlinin anlaşılması gerektiği açıktır.

TTK'nin 1423. maddesinin gerekçesinde¹¹ “*sigortacının aydınlatma ve bilgi verme yükümlülüğü altında olduğu, nitekim benzer düzenlemelere Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu ile Alman Sigorta Murakabe Kanunu'nda da rastlanıldığı, konunun öneminden dolayı aydınlatma açıklamasının verilmemesinin hukuki sonucunun ne olacağına maddenin ikinci fıkrasında (TTK'nin 1423/2) ayrıca belirtildiği*” şeklinde tespit yer almaktadır. Dolayısıyla aydınlatma yükümlülüğünün ihlali hâlinde “*sözleşmenin yapılmasına itiraz*” ile sigorta ettirene bir hak tanındığı, benzer hakkın Alman sigorta hukukunda da yer aldığı anlaşılmaktadır. O hâlde TTK'nin 1423/2 maddesinin yoruma açık ve muğlak nitelikte olması karşısında Türk hukukunda sigortacının sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi hâlinde sigorta ettirene tanınan hakların belirlenmesi ve özellikle itiraz hakkının hukuki niteliğinin ortaya konulması için öncelikle konunun Alman sigorta hukukunda düzenlenişi incelenmelidir. Zira kanunlarımızı yorumlarken kendi metinlerimizi göz önünde tutmakla beraber bunların mehzazına da bakmamız bazen zorunluluk arz etmektedir¹².

sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 217 ilâ 253. maddeleri arasında Hazine ve Maliye Bakanlığı düzenlenmiş ve Hazine ve Maliye Bakanlığı ile Hazine Müsteşarlığı birleştirildiği için Hazine Müsteşarlığı kaldırılmıştır. Dolayısıyla bu dönemde Hazine Müsteşarlığına yapılan atıfların Hazine ve Maliye Bakanlığı olarak anlaşılması gerekmektedir. 18.10.2019 tarihli ve 47 sayılı Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Sigortacılık Genel Müdürlüğü ve Sigorta Denetleme Kurulu Başkanlığı kapatılmış ve “Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu” kurulmuştur. Anılan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 19. maddesi gereğince mevzuatta sigortacılık ve özel emekliliğe ilişkin olarak Bakanlığa, kapatılan Sigortacılık Genel Müdürlüğüne ve Sigorta Denetleme Kurulu Başkanlığına yapılan atıflar Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu'na, Bakana yapılan atıflar Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurulu'na yapılmış sayılacaktır.

¹⁰ RG: 14.02.2020-31039

¹¹ TTK m. 1423 gerekçesi, <<https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf>> Erişim Tarihi 10 Eylül 2021.

¹² Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu E: 1945/13, K: 1945/15, T: 28.11.1945; “*...Medeni Kanunumuzun 481 ve 482. maddelerinin İsviçre Medeni Kanununda karşılığı olan*

I. ALMAN SİGORTA HUKUKU'NDA BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALİ HÂLİNDE SİGORTA ETTİRENİN İTİRAZ HAKKI

A. Reform Öncesi Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'ndaki Düzenleme

1. Genel Olarak

Reform öncesi Alman sigorta hukukunda ilk başlarda sigortacının sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin pozitif bir düzenleme yer almasa da genel hükümler kapsamında sigortacının bilgilendirme ve ayrıca danışmanlık yapma yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmekteydi¹³. Sigortacı tarafından sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğünün ihlal edildiği durumlarda sigorta ettirenin ihlal nedeniyle bir zararı meydana gelmiş ise sigorta ettirenin genel hükümler kapsamında culpa in contrahendo¹⁴ gereğince talepte bulunması mümkündür¹⁵. Ayrıca sigorta sözleşmesi acente aracılığıyla yapılmışsa Alman sigorta hukuku içtihatlarıyla ortaya çıkan geleneksel ifa sorumluluğu kapsamında sigortacının ifa sorumluluğu da bulunmaktadır¹⁶.

maddelerde bahsolunan şerhin tanıkların el yazısıyla yazılacağı hakkında bir beyan ve işaret yoktur. Kanunlarımızı yorumlarken kendi metinlerimizi göz önünde tutmakla beraber yorumlarda ilmi içtihatlardan da faydalanılabileceğine göre bunların asıllarına da bakmaktan vazgeçemeyiz...

¹³ Özdamar, Aydınlatma, s. 160; Hermann Stockmeier, *Privathaftpflichtversicherung*, 1. Auflage, C.H.Beck, 2019, (III. Vertragsabschlussverfahren, Rn. 13); Martin Diller, *Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte*, 2. Auflage, C.H.Beck, 2017, (Einleitung, Rn. 65); Heinrich Dörner / Stefan Hoffmann, "Der Abschluß von Versicherungsverträgen nach §5a VVG", *NJW*, Heft 3, 1996, s. 154.

¹⁴ Schimikowski, I. Versicherungsvertreter, Rn. 135; Alman Federal Mahkemesinin kararına konu olayda "Almanya'da yaşayan Türk vatandaşı kredi kullanarak aldığı aracı için, Ankara'ya gitmek istediğini belirterek tam kapsamlı kasko sigortası yaptırmıştır. Daha sonra sigorta ettiren geldiği Ankara'da kaza geçirmiş ve büyük ölçüde zarar meydana gelmiştir. Sigorta şirketi, sigortanın sadece Avrupa kıtasında geçerli olduğundan bahisle sigortalının tazminat talebini reddetmiştir. Federal Alman Mahkemesi; sigorta genel şartlarında sigortanın sadece Avrupa kıtasında geçerli olduğunun açıkça yazdığı, ancak sigorta ettirenin Türkiye'ye seyahat edeceğini açıkça belirtmesine rağmen sigortanın Türkiye'nin tamamını kapsadığına ilişkin yanlış düşüncesinin acentenin susması sonucunda devam ettiği, acentenin sigorta ettirenin hatalı düşüncesini düzeltmemesi nedeniyle sorumlu olduğu, ancak sigorta ettirenin de kusurunun bulunması nedeniyle geleneksel ifa sorumluluğunun uygulanamayacağı, fakat culpa in contrahendo gereğince sigortalının zararının acentenin kusuru oranında tazmin edilmesi gerektiği belirtilmiştir." Bkz. BGH 20.06.1963, II ZR 199/61, BGHZ 40, 23-28.

¹⁵ Lorenz, Egon, "Zum Abschluß eines Versicherungsvertrags nach §5a VVG", *VersR*, Heft 3, 1995, s. 617 vd.; Dörner/Hoffmann, s. 153.

¹⁶ Helmut Kollhossler, "Gewohnheitsrechtliche Erfüllungshaftung und alternative Regelungen", *r+s*, 2001, s. 89; Knut Pilz, "Die gewohnheitsrechtliche Erfüllungshaftung nach der VVG-Reform", *VuR*, 2010, s. 167; Erich Prölss/Anton Martin/Bearbeiter, *Versicherungsvertragsgesetz*, 31. Auflage, C.H.Beck, 2021, (Prölss/Martin/Dörner, VVG §59, Rn. 37).

Avrupa Birliği'nin ortak bir mal ve hizmet piyasası oluşturmak ve üye ülkelerin sigorta sektörlerini birleştirmek amacıyla çıkardığı Üçüncü Direktifler¹⁷ gereğince Alman hukukunda 21.07.1994 tarihinde yayımlanan Avrupa Toplulukları Konseyi Sigorta Direktiflerinin Uygulanmasına İlişkin Üçüncü Kanun (Üçüncü Kanun) ile bir dizi değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin en önemli olanları sigorta genel şartlarının önceden denetiminin kaldırılması ve sigortacının bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin düzenleme yapılmasıdır¹⁸.

Reform öncesi Alman hukukunda Alman Sigorta Denetleme Kurumu tarafından sigorta ettirenleri korumak amacıyla sigorta şartları ve tarifeleri ön incelemeye tabi tutularak ve onaylanarak bunların içeriğinin ve dış görüntüsünün hukuka uygunluğu sağlanmaya çalışılmıştır¹⁹. Ancak Alman Sigorta Denetleme Kurumu'nun sigorta genel şartlarına yönelik faaliyetleri Üçüncü Direktifler ile değiştirilmiştir²⁰. Üçüncü Direktifler kapsamında sigortacılar tarafından kullanılan sigorta genel şartlarının önceden denetim makamı tarafından incelenmesine yönelik uygulama kaldırılmış ve sadece tavsiye niteliğinde örnek metinler çıkarılabileceği belirtilmiştir²¹. Almanya tarafından bu düzenleme genel olarak iç hukuka uygulanmış ve sigorta genel şartlarının önceden denetimi ve onaylanması uygulaması kaldırılmıştır²².

Alman hukukunda “*genel işlem koşulları*” 1977 yılı itibariyle yürürlüğe giren Genel İşlem Koşulları Düzenlenmesi Hakkında Kanun (AGBG) ile düzenlenmiştir. İş, miras, aile ve ortaklıklar hukuku alanlarındaki sözleşmeler haricinde “*genel işlem koşulu*” kullanılarak kurulan tüm sözleşmeler kural olarak bu Kanun'un kapsamına alınmıştır. Bu kapsamda AGBG §2 gereğince genel işlem koşullarının sözleşmeye

¹⁷ 18.06.1992 tarihli ve 92/49/EEC sayılı Hayat Dışı Üçüncü Direktif ile 10.11.1992 tarihli ve 92/96/EEC sayılı Hayat Üçüncü Direktif, <<https://eur-lex.europa.eu>> Erişim Tarihi 10 Eylül 2021.

¹⁸ Lorenz, Egon, “Neue Aspekte zum Abschluß eines Versicherungsvertrags nach §5a VVG”, *VersR*, Heft 19, 1997, s. 773 vd.; Lorenz (1995), s. 617

¹⁹ Stockmeier, III. Vertragsabschlussverfahren, Rn. 13; Diller, Einleitung, Rn. 65.

²⁰ “Alman hukukunda sigorta genel şartlarının denetim makamı tarafından onaylanmasına yönelik uygulama kaldırıldıktan sonra sigorta genel şartları, sigorta şirketleri tarafından oluşturulan “Der Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft (GDV)-Alman Sigortalar Birliği” isimli bir birlik tarafından hazırlanmakta ve sigorta şirketleri bu genel şartları bir zorunluluğa tabi olmadan kullanmaktadır” bkz. Ü. Aslıhan Sevinç Kuyucu, “Sigorta Genel Şartlarının Hukuki Niteliği ve Uygulanacak Hükümlerin Belirlenmesine İlişkin Esaslar” *Sigorta Genel şartlarının Düzenlenmesi, Denetlenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar Sempozyumu-Prof. Dr. Rayegan Kender'e Saygı Günü*, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, 2020, s. 7.

²¹ Dörner/Hoffman, s. 153; Özdamar, Aydınlatma, s. 161.

²² Karl-Georg von Ferber/Oliver Rosowski, “Die Widerspruchsmöglichkeit bei Lebens und Rentenversicherungsverträgen aus den Jahren 1195 bis 2007”, *VuR*, 2018, s. 90; Lorenz (1995), s. 616.

dâhil olabilmesi için kullanıcının karşı tarafı “genel işlem koşulu” kullanımı noktasında açıkça uyarması, karşı tarafa genel işlem koşullarının içeriği hakkında bilgi sahibi olabilmesi için imkân tanınması ve karşı tarafın da bunların uygulamasını kabul etmesi gerekmektedir. Ancak AGBG §23/3 ile bu genel kurala istisna getirilerek sigorta sözleşmelerinde denetim makamı tarafından onaylanan sigorta genel şartlarının sözleşmenin kapsamına doğrudan gireceği, AGBG §2’nin bu sözleşmelere uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme neticesinde genellikle sigorta ettiren başvuru formunu doldurarak sigortacıya vermekte, sigortacı da kabul beyanı olarak poliçeyi düzenleyerek ekinde yer alan sigorta şartlarıyla birlikte sigorta ettirene göndermesi ile sözleşme kurulmaktadır²³. Bu kapsamda sigorta ettiren ancak sözleşme kurulduktan sonra sigorta genel şartlarıyla karşılaşmakta, önceden görme ve okuma imkânı olmadan bu şartlar, kanun gereği sözleşme içeriği hâline gelmekte ve sigorta ettiren bu şartlarla bağlı olmaktadır. Ancak Avrupa Birliği Direktifleri gereğince Alman Sigorta Denetleme Kurumu’nun sigorta genel şartlarını onaylama faaliyeti ortadan kaldırıldığından AGBG §23/3’in uygulama imkânı kalmamıştır²⁴. Başka bir deyişle sigorta genel şartlarının önceden denetim makamı tarafından onaylanması uygulaması kaldırıldığı için sigorta sözleşmelerindeki genel işlem koşullarının da AGBG §2 kapsamında denetimi tabi tutulması ihtimali ortaya çıkmıştır²⁵.

Bu kapsamda hem sigortacının bilgilendirme yükümlülüğünün kanuni temele dayandırılması hem de sigorta şartlarının (sigorta genel ve özel şartları) sözleşme kapsamına doğrudan girmesi amacıyla genel hükümlere paralel olarak Üçüncü Kanun ile kamu hukuku kapsamında olan Alman Sigorta Murakabe Kanunu’na (VAGaF) §10a eklenmiştir. VAGaF §10a/1 ile esasında genel hükümler çerçevesinde zaten var olan sigortacının bilgilendirme yükümlülüğü özellikle vurgulanmış ve gerçek kişi sigorta ettirenlerin sözleşme öncesi, sigorta genel şartları da dâhil olmak üzere sözleşmenin diğer şartları ve sigorta ettirenin yasal hakları konusunda yazılı olarak bilgilendirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Böylece sigortacının bilgilendirme yükümlülüğü kanuni temele dayandırılmış ve ayrıca bu yolla sözleşmede yer alacak genel işlem koşullarının da sözleşmenin kapsamına

²³ Langheid/Wandt/*Armbüster*, VVG §7, Rn. 47.

²⁴ Lorenz (1995), s. 616; Dörner/Hoffman, s. 154; Diller, Einleitung, Rn. 65.

²⁵ Almanya’da 2000 yılında Borçlar Kanunu’nun modernleştirilmesi anlamında büyük bir reforma imza atılmış; bu kapsamda AGBG 01.01.2002 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılarak buradaki hükümler çok küçük bazı değişikliklerle BGB §§305-310 olarak eklenmiştir. BGB içerisine alınan 1977 tarihli AGBG, 6098 sayılı TBK’nin genel işlem koşulları ile ilgili yeni düzenlemelerine adeta mehz olmuşur. Bkz. Ayşe Havutçu, *Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*, 1. Bası, Güncel Yayınevi, 2003, s. 58.

dâhil olması amaçlanmıştır²⁶. Ancak sigortacının bilgilendirme yükümlülüğünü ihlal etmesi hâlinde uygulanacak yaptırım belirtilmemiş, bu husus genel hükümlere bırakılmıştır.

Sigortacılara sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğü getiren bu düzenleme sigortacılar tarafından şiddetle eleştirilmiş²⁷; VAGaF §10a'nın eklenmesi aşamasında sigorta şirketlerinin isteği üzerine bu düzenlemeyi yumuşatan bir düzenleme de Üçüncü Kanun ile VVGaF'ye §5a olarak son anda eklenmiştir²⁸. Gerçekten de VVGaF §5a/1 ile sigortacının VAGaF §10a gereğince sözleşme öncesi tüketiciyi bilgilendirmediği durumlarda, sigorta ettirenin, belgelerin kendisine sunulmasını takip eden on dört gün (hayat sigortası sözleşmelerinde otuz gün) içinde yazılı (textform) olarak itiraz etmemesi durumunda sözleşmenin sigorta poliçesi, sigorta şartları ve sözleşmenin içeriği ile ilgili diğer tüketici bilgilerine göre akdedilmiş sayılacağı düzenlenmiştir. Bu şekilde sözleşmeden önce verilmeyen sigorta şartları ve sözleşmenin içeriği ile ilgili diğer tüketici bilgilerinin sözleşmenin kapsamına girip girmemesi hususunda sigorta ettirene itiraz hakkı (Widerspruchsrecht) tanınmak suretiyle VAGaF §10a ile getirilen düzenleme yumuşatılmıştır²⁹. Öte yandan daha sonra mesafeli akdedilen sigorta sözleşmelerinde sigorta ettirenin bilgilendirilmesine yönelik olarak VVGaF'ye eklenen §48b ile özel bir düzenleme yapılmıştır.

2. İtiraz Hakkı (Widerspruchsrecht)

VAGaF §10a gereğince esasen sigortacının bilgilendirme yükümlülüğünün sözleşme kurulmadan önce yerine getirilmesi öngörülerek sözleşmenin kurulma

²⁶ Wolfgang Römer, “Zu den Informationspflichten der Versicherer und ihrer Vermittler”, *VersR*, Helf 31, 1998, s. 1313; Lorenz (1995), s. 618.

²⁷ VVGaF §5a düzenlemesiyle sigorta ettirene tanınan hak, VVGaF §5'da düzenlenen hakla paralellik arz etmesi için itiraz hakkı (Widerspruchsrecht) olarak ifade edilmiştir. Ancak fonksiyonel olarak sigorta ettirene VVGaF §5'de tanınan itiraz hakkı ile VVGaF §5a'da tanınan itiraz hakkının farklı olduğu belirtilmektedir. VVGaF §5/1 gereğince sigorta poliçesinin içeriği başvurudan veya yapılan sözleşmelerden sapsa sigorta ettiren, sigorta poliçesinin kendisine ulaşmasından itibaren bir ay içinde yazılı olarak itiraz etmemesi durumunda sapma onaylanmış sayılmaktadır. VVGaF §5a anlamında tanınan itiraz hakkı ise sözleşme öncesi bilgilendirilmeyen sigorta ettirene poliçeyle birlikte verilen sigorta şartları ve tüketici bilgilerinin sözleşme kapsamına girip girmemesi konusunda rol oynamaktadır. Bu itibarla VVGaF §5'de tanınan itiraz hakkı ile VVGaF §5a'da tanınan itiraz hakkı birbirinden farklı fonksiyonlara sahip olup, VVGaF §5'deki itiraz hakkı daha önce kurulan sözleşmenin kanun gereği meydana gelen değişikliğine yönelik iken VVGaF §5a'daki itiraz hakkı ise sigorta ettirenin başvurusuna istinaden sigorta sözleşmesinin, sonradan sunulan sigorta şartları ve sözleşmenin içeriği ile ilgili diğer tüketici bilgilerine göre kurulup kurulamayacağına yöneliktir. Bkz. Lorenz (1995), s. 618; Dörner/Hoffman, s. 154.

²⁸ Lorenz (1995), s. 616.

²⁹ Römer, s. 1316; von Ferber/Rosowski, s. 90.

modeli olarak “*öneri modeli*” veya “*öneriye davet modeli*” benimsenmiş ise de VVGaF §5a gereğince sigorta ettirenin bilgilendirilmesinin poliçeyle birlikte yapılabileceği öngörülerek daha önce uygulamada kullanılan “*poliçe modeli*” tekrar kabul edilmiştir³⁰. Buna göre VVGaF §5a kapsamında poliçe ile birlikte sigorta ettirene sigortacının bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin belgeler de ulaştırılmakta³¹; böylece bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında verilecek olan genel işlem koşulları (sigorta genel ve özel şartları ve tüketici bilgileri), bir nevi sözleşmenin kurulmasından sonra verilmektedir³². Dolayısıyla BGB §305 (AGBG §2) gereğince poliçede yazılı bulunan sigorta genel şartları da dâhil genel işlem koşulları henüz sözleşme kapsamına girmemiş olmaktadır³³. Ancak sigorta ettiren VVGaF §5a gereğince süresinde itiraz hakkını kullanmaz ise genel işlem koşulları bu durumda sözleşme kapsamına girmektedir. Dolayısıyla VVGaF §5a düzenlemesinin BGB §305 (AGBG §2) karşısında sigorta sözleşmelerine yönelik özel hüküm niteliği bulunmaktadır³⁴.

VVGaF §5a/1 gereğince sigorta ettirenin, belgelerin kendisine sunulmasını takip eden on dört gün içinde yazılı olarak itiraz etmemesi durumunda sözleşme; sigorta poliçesi, sigorta şartları ve sözleşmenin içeriği ile ilgili diğer tüketici bilgilerine göre akdedilmiş sayılacaktır. Süre ise ancak sigorta ettirenin sigorta poliçesine sahip olması, tüketici bilgilerinin eksiksiz olarak teslim edilmesi ve itiraz hakkı ile poliçenin teslim edildiği dönemin başlangıcı ve süresi hakkında yazılı olarak ve açıkça bilgilendirilmesi ile başlayacaktır (VVGaF §5a/2). Öte yandan VVGaF §5a/2 gereğince sigortacı tarafından bilgilendirme yükümlülüğü gereği gibi

³⁰ Dörner/Hoffmann, s. 156. VVGaF §10a düzenlemesine sigortacılar tarafından sözleşme kurulmadan önce tüketici bilgilerinin temin edilmesi noktasında zorluk yaşanacağı, sigorta ettirenin başvurusu sırasında henüz belirlenebilir olmayan hususlarda (örneğin hayat sigortasında cayma bedeli) bilgi verilmesinin mümkün olmadığı, sözleşme kurulmadan önce verilecek materyallerin muhafazasının imkânsız olduğu gibi gerekçeyle karşı çıkmış, bu nedenle sigortacıların etkisi doğrultusunda VVGaF §5a ile “*poliçe modeli*” tekrar benimsenmiştir. bkz. Prölls/Martin/Rudy, VVG §7, Rn. 2.

³¹ Schimikowski, Versicherungsvertreter, Rn. 14; Langheid/Wandt/*Armbrüster*, VVG §7, Rn. 6.

³² Diller, Einleitung, Rn. 68; Stockmeier, III. Vertragsabschlussverfahren, Rn. 19; Teo Langheid/Rolan Rixecker, *Versicherungsvertragsgesetz*, 6. Auflage, C.H.Beck, 2019, (Langheid/ Rixecker/ *Langheid*, VVG §7, Rn. 22; Langheid/Wandt/*Armbrüster*, VVG §7, Rn. 6; Prölls/Martin/Rudy (2021), VVG §7, Rn.2.

³³ Dörner /Hoffmann, s. 155.

³⁴ Dörner /Hoffmann, s. 155. Yazar, her ne kadar itiraz hakkı, sigortacının bilgilendirme yükümlülüğünü ihlal etmesi nedeniyle medeni hukuk yaptırımı olarak sigorta ettirene tanınan bir hak gibi görünse de bu hakkın ikircikli bir karaktere sahip olduğunu, bu hakkın bir yönünün gerçekten sigortacının bilgilendirme yükümlülüğünü ihlali karşısında bir yaptırım iken diğer yönünün ise BGB §305 (AGBG §2) karşısında sigortacıya tanınan bir ayrıcalık olduğunu belirtmektedir.

yerine getirilmese (örneğin poliçe haricinde hiçbir bilgi ve belge verilmese) dahi itiraz hakkı, ilk primin ödenmesinden itibaren bir yıl sonra sona erecektir.

Hemen belirtmelidir ki VAGaF §10a gereğince sigortacı tarafından sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğünün tam olarak yerine getirildiği durumlarda, başka bir deyişle sözleşmenin “*öneri modeli*” veya “*öneriye davet modeli*” kapsamında yapıldığı durumlarda, artık sigorta sözleşmesi bu bilgiler kapsamında kurulmuş olacağından VVGaF §5a gereğince sigorta ettirenin itiraz hakkı bulunmamaktadır³⁵. Bu durumda sigorta ettirenin VVGaF §8/4-5 gereğince cayma (geri alma) hakkı söz konusudur³⁶. Ancak VAGaF §10a gereğince sigortacı tarafından gereği gibi bilgilendirme yapılmamışsa veya sözleşme “*poliçe modeli*” kapsamında kurulmuşsa sigorta ettirenin VVGaF §5a gereğince itiraz hakkı bulunmaktadır. Dolayısıyla VVGaF §5a gereğince sigorta ettirenin itiraz hakkı, sigorta şartları ve sözleşmenin içeriği ile ilgili diğer tüketici bilgilerinin sözleşme öncesinde değil de poliçeyle birlikte sigorta ettirene sunulması veya hiç sunulmaması hâlinde söz konusu olmakta; itiraz hakkı kullanılmaz ise anılan bilgiler sözleşmeye dâhil olmaktadır³⁷.

VVGaF §5a gereğince sigorta ettirene itiraz hakkı tanındığı durumlarda, poliçede yer alan genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına henüz girmemesi nedeniyle sözleşmenin geçerli olarak kurulup kurulmadığı hususu bu dönemde Alman öğretisinde tartışılmıştır. Bir görüşe³⁸ göre; sigorta ettirenin başvurusuna karşılık sigortacının VVGaF §5a kapsamında poliçeye ekli olarak sigorta şartlarını ve sözleşmenin içeriği ile ilgili diğer tüketici bilgilerini vermesi ile birlikte sadece taraflar arasında “*temel bir sözleşme*” ilişkisi kurulacak, poliçeyle birlikte sunulan genel işlem koşulları BGB §305 (AGBG §2) gereğince sözleşmenin kapsamına dâhil olmayacaktır. Zira VVGaF §5a’da ilk primden bahsedilmesi karşısında poliçenin teslim alınmasından sonra ve itiraz süresi dolmadan önce sigortacının rizikoyu taşıma yükümlülüğü prim ödemeyle birlikte başlayacaktır. Genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girmemesi hâlinde dâhi BGB §306/1 gereğince sözleşmenin geri kalanı yürürlükte kalacak; boşluk oluşması hâlinde sözleşme BGB §306/2 gereğince kanuni hükümlere dayanılarak tamamlanacaktır. Dolayısıyla sigorta ettirenin itiraz hakkı sona erene kadar sözleşme “*askıda geçerli*” olarak kabul edilecektir. Sigorta ettirenin belirtilen sürede itiraz hakkını kullanmaması durumunda anılan genel işlem koşulları, başlangıçtan itibaren sözleşmenin

³⁵ Dörner/Hoffmann, s. 154; von Ferber/Rosowski, s. 96.

³⁶ Dörner/Hoffmann, s. 159.

³⁷ Dörner/Hoffmann, s. 154.

³⁸ Dörner/Hoffmann, s. 155 vd.; Tronje Döhmer, “Die Fiktionendes §5a VVG”, *zfs*, 1997, s. 281 vd.

kapsamına dâhil olacak ve sözleşme geriye etkili olarak başlangıçtan itibaren hüküm ifade edecektir. Sigorta ettirenin itiraz hakkını kullanması durumunda ise sigorta genel şartları olmadan sözleşmenin kurulmasının sigortacı için makul olmayan zorluklara neden olabileceği hâllerde sözleşme BGB §306/3 gereğince baştan itibaren geçersiz hâle gelecektir. Sigorta genel şartlarının sözleşmeye dâhil edilmemesi sözleşmenin geriye kalan içeriğinin bulanık kalmasına neden olacağı ve karşılıklı hak ve yükümlülükler konusunda belirsizlik barındıracağı için sigorta ettiren açısından da makul olmayan zorluklara yol açacaktır.

Bir diğer görüşe³⁹ göre ise; sigortacının poliçe ile birlikte sigorta şartları ve sözleşmenin içeriği ile ilgili diğer tüketici bilgilerini sigorta ettirene vermesi ile geçerli bir sözleşme kurulmuş olmaz; sigorta ettirenin itiraz hakkı sona erene kadar sözleşme “askıda geçersiz”dir⁴⁰. Zira sigorta sözleşmelerinde sigorta genel şartları ve tüketici bilgileri sözleşmenin esaslı unsurunu oluşturur. Gerçekten de VVGaF §5a gereğince sigortacı tarafından poliçenin düzenlenmesine kadar sigorta ettirenden saklanan ve sigorta ettirenin sağlıklı karar vererek iradesini açıklamasına yarayacak bilgi ve belgelerinin poliçe ile sigorta ettirene verilmesi karşısında sigorta ettirene bir savunma aracı olarak itiraz hakkı tanınmıştır. Bu itiraz hakkının tanınması sigorta ettirenin itiraz süresi sona erene kadar başvurusu ile bağlı kalamayacağı anlamına gelir. Sigorta ettiren belirtilen sürede itiraz hakkını kullanmaz ise sözleşmenin bilgi ve belgelerin verildiği tarihten itibaren geriye etkili olarak geçerli olacağı kabul edilmelidir. Ayrıca sigortacı tarafından sigorta ettirene poliçe ile birlikte VVGaF §5a/2’deki bilgi ve belgeler verilmez ise itiraz hakkının ilk primin ödenmesinden itibaren bir yıl sonra sona ereceğine ilişkin düzenleme karşısında sigorta ettiren bu süre içerisinde itiraz etmez ise sözleşme, başvuru ve poliçe ile birlikte o sigorta için genel geçer kabul edilen ve sigorta ettirenin lehine olan sigorta genel şartlarıyla geçmişe etkili olarak geçerli olacaktır⁴¹. Buna karşılık VVGaF §5a

³⁹ Lorenz (1995), s. 620; Lorenz (1997), s. 775; Peter Prave, “Schweigen als Zustimmung?”, *r+s*, 1998, s. 441; von Ferber/Rosowski, s. 90.

⁴⁰ OLG Frankfurt, 10.12.2003, 7U 15/03; “...davalı (sigorta ettiren), VVG §5a/2 cümle 4 gereğince ilk primin ödenmesinden sonraki bir yıl içinde sigorta sözleşmesinin akdedilmesine itiraz etmediği için sigorta genel şartları sözleşmenin bir parçası olmuştur. Bu arada hâkim görüşe göre poliçe modeli gereğince VAG § 10a gereği sigorta şartları ve tüketici bilgileri daha önce başvuruda bulunduğu sigorta ettirene sunulmaz ise, itiraz süresi sona erdiğinde yürürlüğe giren, başlangıçta beklemede olan askıda geçersiz bir sözleşme akdedilir...”

⁴¹ OLG Frankfurt, 10.12.2003, 7U 15/03. “...VVG §5a/2 cümle 4 gereğince sigorta ettirenin kullanımına sunulmadan sigorta genel şartlarını sözleşmeye dâhil etmek ancak sigorta ettirenin ilk primi ödeyerek sözleşmeyi akdetmeye başlamış olması halinde gerçekleşebilir. Primin ödendiği andan itibaren, sigorta ettiren sigorta teminatının varlığına güvenmektedir. Bu belirsizliğin sona erdirilmesi ve açıkça tanımlanmış bir sigorta teminatı veren bir sigorta sözleşmesinin nihai olarak akdedilmesi yoluyla hukuki kesinliğin yaratılması da, objektif olarak sigorta ettirenin yararına... Dolayısıyla VVG §5a/2 cümle 4 sigortacı

kapsamında sigorta ettirenin itiraz hakkını kullanması hâlinde ise beklemede olan geçersiz sözleşme, hiçbir hâlde geçerli hâlde gelmeyecek, sözleşmenin ilk andan itibaren geçersiz olduğu tespit edilmiş olacaktır.

Bu dönemde özellikle sigortacı tarafından poliçeyle birlikte gerekli bilgi ve belgeler verilmemesine rağmen itiraz hakkının ilk primin ödenmesinden itibaren bir yıl sonra sona ereceğine dair VVGaF §5a/2 düzenlemesinin Avrupa Birliği hukukuna aykırı olduğu yönünde eleştiriler yapılmıştır. Nitekim Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) 19.12.2013 tarihli ve C-209/12 sayılı kararı⁴² ile; sigortacı tarafından, sigorta ettirene sözleşme görüşmeleri çerçevesinde "itiraz veya cayma hakkının kullanılma şartları, süresi ve usulüne ilişkin olarak" eksik bilgi verilmesi veya hiç bilgi verilmemesi durumunda, sigorta ettirenin sözleşmeden sonradan ve herhangi bir süreyle sınırlandırılmaksızın sözleşmeye itiraz edebileceği veya sözleşmeden cayabileceği kabul edilmiş; bu kapsamda itiraz/cayma hakkı konusunda sigorta ettirenin bilgilendirilmediği durumlarda itiraz/cayma hakkının ilk primin ödenmesinden itibaren bir yıl sonra ereceğine dair düzenlemenin İkinci ve Üçüncü Hayat Sigortası Direktiflerine aykırı olduğu belirtilmiştir. ABAD kararından sonra Alman Federal Mahkemesi (BGH) her iki yönde de kararlar vermeye başlamıştır⁴³. Dolayısıyla VVGaF §5a'nın yürürlükte olduğu dönemde, sigorta ettirenin itiraz hakkı konusunda bilgilendirilmediği poliçe modeline göre yapılan

tarafından gerekli bilgi ve belgelerin verilmediği veya verildiğinin ispatlanamadığı durumlarda sigorta ettireni de koruyan bir istisna hükmü olarak karşımıza çıkar. Çünkü sigorta ettiren prim ödemeye başladıysa ve buna göre sözleşmeye dayalı olarak sigorta korumasının varlığına güvendiyseniz, artık Avrupa Birliği Direktiflerinde amaçlandığı gibi bilgilere olan ilgisinin korunmasına değil, buna olan güveninin korunmasına ihtiyaç duyar...

⁴² ABAD, 19.12.2013, C-209/12 "...sigorta ettirenin cayma veya itiraz hakkı konusunda bilgilendirilmediği bir zamanda cayma veya itiraz hakkının sona ermesini öngören ana davadaki gibi bir ulusal hükmün geçerli olduğu kabul edilemez. Bu şekildeki bir ulusal hüküm İkinci ve Üçüncü Hayat Sigortası Direktifi'nin amacına ve etkinliğine aykırıdır..." <<https://curia.europa.eu>> Erişim Tarihi 24 Ekim 2021

⁴³ BGH, 07.05.2014 - IV ZR 76/11 "...sigorta ettirenin itiraz hakkının, bu hak hakkında bilgilendirilmediği bir zamanda sona erdiğini belirten VVG §5a (2) cümle 4 gibi bir ulusal hüküm, Avrupa Birliği Adalet Divanı kararı gereğince İkinci ve Üçüncü Hayat Sigortası Direktiflerinin temel bir amacının gerçekleştirilmesine ve bu nedenle pratik etkinliklerine aykırıdır. Bu, ancak doğru bilgilendirilmeyen sigorta ettirenin itiraz etmesi durumunda ödediği primleri geri alması hali ile garanti edilebilir. Zira VVG §5a halihazırda yapılmış bir sözleşmeden çekilmekle ilgili değil, sözleşmenin gerçekleşmesini engellemekle ilgilidir. İkinci Hayat Sigortası Direktifi'nin 15/1 maddesinin 1. alt fıkrası ile de amaçlanan budur. Buna göre, sigorta ettiren geçmişe dönük olarak bu sözleşmeden doğan tüm yükümlülüklerden kurtulmalıdır. Ancak, bu sadece usulüne uygun şekilde talimat verilmemiş olması durumunda geçerlidir..."

BGH, 16.07.2014 - IV ZR 73/13 "...poliçe modeline göre VVG §5a gereğince sigorta koşullarını, tüketici bilgilerini ve uygun itiraz talimatlarını kabul eden bir sigorta ettiren, sözleşmesinin uygulanmasından yıllar sonra, itiraz hakkını kullanması iyi niyet kurallarına aykırıdır..."

sözleşmelerde, sigorta ettirene süre sınırı olmayan bir itiraz hakkı tanınıp tanınmadığı tartışma konusu olmuştur⁴⁴.

3. Sigorta Ettirenin Cayma (Geri Alma) ve Tazminat Talep Hakkı

Reform öncesi VVGaF §8/4-5 ile hayat sigortalarında ve diğer sigortalarda da bir yıldan uzun süreli olanlarda sigorta ettirenin tüketici olması şartıyla, sigortacının bilgilendirme yükümlülüğünü ihlalden ve VVGaF §5a'daki itiraz hakkından bağımsız olmak üzere, sigorta ettirene belirtilen sürelerde, kurulmuş olan sigorta sözleşmesine yönelik irade beyanından cayma (geri alma) hakkı (Widerrufsrecht) tanınmıştır⁴⁵. Cayma (geri alma) hakkı tüketicinin korunması kapsamında sigorta ettirene tekrar düşünme fırsatı tanıyan, özellikle uzun vadeli sözleşmelerde daha önemli hâle gelen ve sigortacının bilgilendirme yükümlülüğünü ihlal etmesi hâlinde bağımsız bir haktır⁴⁶. Bu hakkın sigortacının bilgilendirme yükümlülüğüyle ilgisi sigortacının cayma (geri alma) hakkı konusunda tüketiciyi bilgilendirmemesi hâlinde öngörülen sürenin başlamayacak olmasıdır (VVGaF §8/4).

Cayma (geri alma) hakkından bahsedilebilmesi için öncelikle geçerli bir sözleşmenin söz konusu olması gerekir. Cayma süresi geçene kadar askıda geçerli olan bu sözleşme, sigorta ettirenin cayma hakkını kullanması ile geçmişe etkili olarak ortadan kalkacaktır⁴⁷. Sigorta ettirenin VVGaF §5a anlamında itiraz hakkı varsa cayma hakkına ilişkin hükümler VVGaF §8/6 gereğince uygulanamayacaktır. Zira sigorta ettirenin VVGaF §5a anlamında itiraz hakkının olması demek ortada sözleşme şartlarının ve tüketici bilgilerinin henüz sözleşmenin kapsamına girmediği ve dolayısıyla içeriği belirsiz olan ve geçerli olup olmadığı net olmayan bir sözleşmenin var olduğu anlamına gelmektedir. Dolayısıyla itiraz hakkı varsa cayma hakkı söz konusu değildir; sigorta ettiren itiraz hakkını itiraz süresinin bitimine kadar herhangi bir zamanda kullanarak cayma hakkı ile ulaşılmak istenen sonuca ulaşabilmektedir⁴⁸. Cayma hakkı ancak itiraz hakkının kullanılmaması veya itiraz süresinin dolmasından sonra ortaya çıkmaktadır⁴⁹.

⁴⁴ von Ferber/Rosowski (2018), s. 92.

⁴⁵ Sigorta sözleşmesi sigorta ettirenin ticari veya bağımsız bir mesleki faaliyetine yönelikse cayma (geri alma) hakkı söz konusu değildir. VVG 8/4-5 ile öngörülen cayma (geri alma) hakkı gerçek kişi tüketiciyi koruma amacıyla tasarlanmış ve özel sigorta ilişkileri ile sınırlandırılmıştır. Yine cayma hakkının geçici teminat durumunda da söz konusu olmaması gerekir. Bkz. Peter Schimikowski, "Die Neuregelungen zum Widerrufs- und Rücktrittsrecht des Versicherungsnehmers", *r+s*, 1994, s. 442.

⁴⁶ Schimikowski (1994), s. 441; Langheid/Wandt/Eberhardt, VVG §8, Rn. 14

⁴⁷ Schimikowski (1994), s. 444.

⁴⁸ Lorenz (1995), s. 620.

⁴⁹ Lorenz (1995), s. 620.

Sigortacının bilgilendirme yükümlülüğünü ihlal etmesi hâlinde, sigorta ettirenin tazminat talep etme hakkı olup olmadığı VVGaF’de düzenlenmemiş olsa da; sigorta ettiren, VVGaF §5a anlamında itiraz hakkından bağımsız olarak ihlal nedeniyle oluşan zararını culpa in contrahendo kapsamında talep edebilmektedir⁵⁰. Başka bir deyişle sigorta ettirenin itiraz hakkını kullanıp kullanmaması culpa in contrahendo kapsamında zararını talep etmesi önünde bir engel oluşturmamaktadır⁵¹. Zira VVGaF §5a gereğince itiraz hakkının kullanılıp kullanılmaması sigorta şartlarının ve tüketici bilgilerinin sözleşmenin içeriği hâline gelip gelmemesiyle ilgiliyken; culpa in contrahendo ise sözleşme öncesi koruma yükümlülüklerinin kusurlu olarak ihlal edilmesiyle ilgilidir. Bu itibarla zamanında veya doğru şekilde bilgilendirilmiş olsaydı daha kapsamlı ve farklı bir sözleşme seçeceğini veya başka bir sigortacı ile daha kapsamlı bir sözleşme yapacağını ispat eden sigorta ettiren, itiraz hakkından bağımsız olarak culpa in contrahendo kapsamında tazminat talebinde de bulunabilecektir⁵². Tazminat miktarı belirlenirken BGB §254 gereğince sigorta ettirenin kusuru da dikkate alınacaktır⁵³.

Sigorta acentesi aracılığıyla yapılan sigorta sözleşmelerinde de bilgilendirme yükümlülüğünün acente tarafından ihlal edilmesi hâlinde culpa in contrahendo çerçevesinde oluşan zararlardan sigortacı sorumludur⁵⁴. Ancak Alman sigorta hukukunda sigorta acentesinin sözleşme öncesindeki kusurlu davranışları nedeniyle meydana gelen zararlar için güven sorumluluğunun sigorta sözleşmelerindeki uygulaması olan ve culpa in contrahendo ile aynı amaca hizmet eden geleneksel ifa sorumluluğu (Gewohnheitsrechtliche Erfüllungshaftung) öngörülmüştür⁵⁵. Geleneksel ifa sorumluluğunda sigortacı, taraflar arasında kurulan sözleşme yerine

⁵⁰ Dörner/Hoffmann, s. 157; Döhmer, s. 290; Langheid/Wandt/*Armbrüster*, VVG §7, Rn. 118; Alman hukukunda önceleri “culpa in contrahendo” sorumluluğunu düzenleyen genel bir kanun hükmü mevcut olmamakla birlikte 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren Borçlar Kanunu’nun Modernizasyonuna İlişkin Kanun ile BGB’ye eklenen §311/2 ve §241/2 maddesi ile culpa in contrahendo sorumluluğu yasal olarak düzenlenmiştir.

⁵¹ Wilfried Rüffer/Dirk Halbach/Peter Schimikowski, *Versicherungsvertragsgesetz*, 4. Auflage, 2020, (Rüffer/Halbach/Schimikowski/*Schimikowski*, VVG §7, Rn. 27).

⁵² Langheid/Wandt/*Armbrüster*, VVG §7, Rn. 126.

⁵³ OLG Koblenz, 27.10.2006, 10U 1615/05; “...Ancak BGB §254 (1) gereğince davacının müterafik kusurunun bu tazminat talebinde dikkate alınması gerekir. Davacının müterafik kusuru, karşılıklı nedensellik tartıldıktan sonra, %50’dir. Davacı zararın sadece yarısını talep edebilir ve diğer yarısını kendisi üstlenmelidir...” Ayrıca bkz. Langheid/Wandt/*Armbrüster*, VVG §7, Rn. 138.

⁵⁴ Manfred Werber, “§6 VVG 2008 und die Haftung des Versicherers für Fehlberatung durch Vermittler”, *VersR*, Heft 7, 2008, s. 285; Schimikowski, I. Versicherungsvertreter, Rn. 133.

⁵⁵ Mehmet Özdamar, “Alman Sigorta Sözleşmeleri Hukukunda Sigortacının Geleneksel Güven (İfa) Sorumluluğu”, *Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan*, 1. Bası, Turhan Kitabevi, 2008, s. 660; Prölls/Martin/Dörner, VVG §59, Rn. 37; Schimikowski, I. Versicherungsvertreter, Rn. 133; Langheid/Wandt/*Armbrüster*, VVG §7, Rn. 332.

acentenin kusurlu davranışları neticesinde sigorta ettirenin düşündüğü şekilde ve onun yararı doğrultusunda yeniden tasarlanan sözleşme çerçevesinde sorumlu tutulmaktadır⁵⁶. Bu sorumlulukta sigorta sözleşmesi, imzalandığı hâliyle değil de sigorta ettirenin aklında tasarladığı hâliyle kurulmuş kabul edilmekte; sigortacı da sigorta ettirenin anladığı şekilde edimleri yerine getirmekle yükümlü tutulmaktadır⁵⁷. Üstelik geleneksel ifa sorumluluğunda sigorta ettirenin aklında tasarladığı sigorta teminatı piyasada mevcut olmasa dâhi sigortacı bu hususta teminat verilmiş gibi sorumlu olmaktadır⁵⁸.

B. Reform Sonrası Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'ndaki Düzenleme

Alman sigorta hukukunda reform niteliğinde düzenlemeler yapılarak 1908 tarihli VVGaF yürürlükten kaldırılmış; 23.11.2007 tarihinde kabul edilen VVG, 01.01.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Alman sigorta hukukunda reform sonrası sigorta ettirenin korunması için sigortacının “bilgilendirme (Information des Versicherungsnehmers)” ve “danışmanlık yapma (Beratung des Versicherungsnehmers)” başlığı altında iki farklı yükümlülük öngörülmüştür. VVG'de Avrupa Birliği Direktifleri (özellikle 2016/97 sayılı Direktif) gereğince daha sonra yapılan değişiklikler neticesinde reform öncesi VAGaF §10a ve §48b'de düzenlenen bilgilendirme yükümlülüğü daha kapsamlı olarak VVG §7 ve §7a-d ile öngörülmüş; bu kapsamda ayrıca VVG-InfoV çıkarılmıştır. Bununla birlikte reform öncesi içtihat hukukunda kabul edilen sigortacının danışmanlık yapma yükümlülüğü VVG §6 ve §6a ile yasal zemine kavuşturulmuştur. Ayrıca VVG §59-68'de sigorta aracılarının danışmanlık yapma ve belgelendirme yükümlülükleri özel olarak

⁵⁶ Pillz, s. 168; OLG Stuttgart, 09.06.2004 - 7 U 211/03; “...sigorta hukukunun içtihatla geliştirilen güvene dayalı sorumluluk ilkelerine göre, sigortacı, sigorta acentesinin sözleşmenin kurulmasından önce sigorta içeriği olarak sigorta ettirene sunduğu ediminden sorumludur. (BGH VersR 2001, 1502; BGHZ 40, 22, 24). Sonuç olarak bu, sigorta sözleşmesinin, taahhüt edilen - ancak koşullar altında sağlanmayan - genişletilmiş sigorta kapsamında fiilen var olacak şekilde acentenin beyanı ile yeniden tasarlanacağı anlamına gelmektedir. Davacılar, sigorta için hareket eden kişilerin, sigortalının emeklilik garantisi süresi dolduktan sonra ölmesi halinde akdedilen özel sigorta sözleşmesi durumunda, kullanılmayan sermayenin lehtarlara ödenmesine ilişkin talepte bulunacağını açıkça sigorta ettirene taahhüt ettiğini iddia etmemiştir. Ancak, sigorta acentesinin, sigorta ettirenin yanlış fikirlerini fark etmesi durumunda bu yanlış fikirleri düzeltmemesi de bilgilendirme yükümlülüğünün ihlalini oluşturabilir...Ödenmiş sermaye tutarları ile sigortalının emekli maaşı garanti süresi sona erdikten sonra ölene kadar ödenen sigorta tazminatları arasındaki farkın geri ödenmesine ilişkin bir hakkın olmadığı sigorta şartlarından açıkça anlaşılabilir... Buna rağmen acente sigorta ettirenin durumundan yanılığın içerisinde olduğunu anlamış ve bu yanılığı düzeltmemişse davacıların talebinden sorumlu olacaktır...” Ayrıca bkz. Özdamar, Geleneksel Güven, s. 662.

⁵⁷ Kollhossler, s. 90; Römer, s. 1316; Pillz, s. 168; Prölss/Martin/Dörner, VVG §59, Rn. 39.

⁵⁸ Schimikowski, I. Versicherungsvertreter, Rn. 134; Prölss/Martin/Dörner, VVG §59, Rn. 41, Yazar, piyasada sigortalanamayacak bir rizikonun sigortalabilirliğine duyulan güvenin korunmayı hak edip etmeyeceğinin çok tartışmalı bir durum olduğunu belirtmektedir.

düzenlenmiştir⁵⁹. Dolayısıyla yeni düzenlemede sigorta ettirenin şahsından kaynaklanan bilgi verme yükümlülüğü ile genel olarak tüm sigorta sözleşmeleri için geçerli olan standartlaştırılmış bilgilerin verilmesi yükümlülüğü arasında ayırım yapılmıştır⁶⁰. Bu kapsamda bilgilendirme yükümlülüğü, tüm sigorta ettirenlere bireysel durumları ne olursa olsun belirli bir bilgi aktarımını sağlamak ve böylece sigorta ettirenin sözleşmeyi bilgilendirilmiş olarak kurmasına yardımcı olmakla ilgili⁶¹ iken; danışmanlık yapma yükümlülüğü ise sigorta ettirenin özel ihtiyaçlarının belirlenmesi, sunulan sigortanın bu ihtiyaca uygunluğunun değerlendirilmesi ve sözleşmenin akdedilmesiyle ilgili tavsiyelerin verilmesiyle ilgilidir⁶².

VVG §7 gereğince sigortacı, sözleşme beyanını vermeden önce, sigorta genel şartları da dâhil olmak üzere sözleşme hükümlerini ve VVG-InfoV kapsamında belirtilen bilgileri sözleşmeye ilişkin iradesini açıklamadan önce metin biçiminde (textform) sigorta ettirene bildirmek zorundadır. Bildirimler, kullanılan iletişim araçlarına uygun bir şekilde açık ve anlaşılır bir şekilde iletilecektir. Sözleşme, sigorta ettirenin talebi üzerine, sözleşme beyanından önce telefonla veya metin biçimindeki bilgilere izin vermeyen başka bir iletişim aracı kullanılarak kurulmuşsa, bilgilerin sözleşmenin kurulmasından hemen sonra elde edilmesi gerekir. Bu durum, sigorta ettirenin sözleşmeye ilişkin iradesini açıklamadan önce yazılı olarak bilgilendirmeden açıkça feragat etmesi durumunda da geçerlidir. Görüldüğü üzere reform sonrası VVG §7 ile birlikte sigortacı tarafından sigorta ettirene verilmesi gereken bilgi ve belgelerin sigorta ettirenin sözleşmeye yönelik iradesini açıklamasından önce verileceği iki istisnai durum haricinde açıkça düzenlenmiş; böylece reform öncesi uygulanan “poliçe modeli” terk edilmiştir⁶³.

Reform sonrası VVG ile “poliçe modeli” kaldırıldığı ve genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girip girmediği hususu genel hükümlere bırakıldığı için bununla bağlantılı olarak VVGaF §5a ile ön görülen “itiraz hakkı (widerspruchsrecht)” da VVG’ye alınmamıştır. VVG §7 ile artık sigorta sözleşmesi için gerekli tüm bilgi ve belgeler ile sigorta genel şartlarının sigorta ettirene iradesini açıklamasından önce teslim edilmesi gerektiği düzenlenmiştir⁶⁴. Başka bir deyişle

⁵⁹ Detaylı bilgi bkz. Prölss/Martin/Dörner, VVG §6, Rn. 1.

⁶⁰ Langheid/Wandt/Armbrüster, Vorbemerkung vor VVG §6-7, Rn. 2; Prölss/Martin/Dörner, VVG §6, Rn. 1; Diller, Einleitung, Rn. 68.

⁶¹ Prölss/Martin/Dörner, VVG §7, Rn. 1.

⁶² Langheid/Wandt/Armbrüster, VVG §7, Rn. 1; Prölss/Martin/Rudy, VVG §6, Rn.1.

⁶³ Diller, Einleitung, Rn. 68; Stockmeier, III. Vertragsabschlussverfahren, Rn. 19; Langheid/Rixecker/Langheid, VVG §7, Rn. 22; Langheid/Wandt/Armbrüster, VVG §7, Rn. 6; Prölss/Martin/Rudy (2021), VVG §7, Rn. 2.

⁶⁴ Prölss/Martin/Rudy, VVG §7, Rn.27; Langheid/Wandt/Armbrüster, VVG §7, Rn. 153.

VVG §7 ile genel hükümler gereğince sözleşme kapsamına girmesi gereken tüm hususlar hakkında sigorta ettirenin detaylı olarak bilgilendirilmesi amaçlanmıştır. Dolayısıyla bu düzenlemenin BGB §305 karşısında özel hüküm niteliği bulunmamaktadır⁶⁵. Öte yandan sözleşme, sigorta ettirenin talebi üzerine telefonla veya mahiyeti gereği metin biçiminde bilgilendirmeye uygun olmayan başka bir iletişim aracı kullanılarak kurulmuşsa bu durumda da genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girmesi genel hükümlere göre belirlenmektedir. Ancak bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmesi Kanun'un özel düzenlemesi gereğince sözleşmenin kurulmasından hemen sonra olmaktadır⁶⁶. Dolayısıyla reform sonrası Alman sigorta hukukunda VVG §7 anlamında bilgilendirme yükümlülüğünün ihlal edilmesi etkin bir sözleşmenin kurulmasını engellemektedir⁶⁷. Sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğüne aykırı olarak kurulan bir sigorta sözleşmesi, VVG §8 gereğince cayma (geri alma) hakkı kullanılabileceği kadar geçerli olmaktadır⁶⁸.

Bununla birlikte VVG §8 ile reform öncesi VVGaF §8/4-5'de yer alan cayma (geri alma) hakkından daha kapsamlı olan bir cayma (geri alma) hakkı öngörülmüştür. Düzenleme ile ilk kez, sigorta ettiren için, özellikle belirli bir risk durumuyla bağlantılı olmaksızın ve somut bir gerekçe ileri sürülmeksizin kullanılabilecek bir cayma (geri alma) hakkı formüle edilmiştir⁶⁹. Bu düzenleme ile cayma (geri alma) hakkı, kural olarak⁷⁰ tüm sigorta sözleşmelerini içerdiği gibi tacirler de dâhil olmak üzere tüm sigorta ettirenleri kapsamaktadır. VVG §8 gereğince sigorta ettirene tanınan cayma (geri alma) hakkı esasen bilgilendirme yükümlülüğünün ihlalinden bağımsız bir haktır. Sadece VVG §7/1-2 gereğince bilgilendirme yükümlülüğü ihlal edilirse cayma (geri alma) süresi başlamayacak; sigortacı ne zaman gerekli bilgi ve belgeleri sigorta ettirene sunarsa süre bu andan itibaren başlayacaktır. Dolayısıyla bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali hâlinde sigorta ettirene süresiz bir cayma (geri alma) hakkı tanınmış olmaktadır⁷¹. Süresiz

⁶⁵ Langheid/Wandt/*Armbrüster*, VVG §7, Rn. 153.

⁶⁶ Langheid/Rixecker/ *Langheid*, VVG §7, Rn. 41; Langheid/Wandt/*Armbrüster*, VVG §7, Rn. 159.

⁶⁷ Langheid/Wandt/*Armbrüster*, VVG §7, Rn. 148; Ruffer/Halbach/Schimikowski/*Schimikowski*, VVG §7, Rn. 29.

⁶⁸ Ruffer/Halbach/Schimikowski/*Schimikowski*, VVG §7, Rn. 29.

⁶⁹ Langheid/Wandt/*Eberhardt*, VVG §8, Rn. 17.

⁷⁰ VVG §8/3 gereğince bir aydan kısa süreli sözleşmeler, büyük riskler alanındaki sözleşmeler ve geçici teminat sözleşmeleri ile belirli emeklilik sözleşmelerinde cayma hakkı söz konusu değildir.

⁷¹ Langheid/Wandt/*Armbrüster*, VVG §7, Rn. 114; Ruffer/Halbach/Schimikowski/*Schimikowski*, VVG §7, Rn. 24.

bir cayma hakkıyla karşılaşmak istemeyen sigortacı, VVG §7/1-2 gereğince gerekli bilgi ve belgeleri sigorta ettirene vererek cayma (geri alma) süresini başlatmalıdır⁷².

Sigortacının veya aracısının danışmanlık yapma yükümlülüğünü ihlali etmesi hâlinde VVG §6/5 ve VVG §63 gereğince sigorta ettiren lehine tazminat öngörülmesine rağmen bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali hâlinde tazminat düzenlemesi pozitif olarak yapılmamıştır. Ancak sigortacının bilgilendirme yükümlülüğünü ihlal etmesi hâlinde sigorta ettireni, süresiz cayma hakkının yanında uğradığı zarar nedeniyle culpa in contrahendo kapsamında tazminat hakkı da bulunmaktadır. Alman hukukunda culpa in contrahendo yasal olarak düzenlendiğinden sigorta ettirenin bu kapsamdaki tazminat talep hakkı BGB §280/1, §311/2 ve §241/2'ye dayanmaktadır. Bu nedenle bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali durumunda sigortacı ayrıca culpa in contrahendo kapsamında sigorta ettirenin zararlarından da sorumludur. Öte yandan reform sonrası VVG ile sigortacı ve aracılarının bilgilendirme ve danışmanlık yapma yükümlülükleri ile yaptırımlarının detaylı olarak düzenlenmiş olması karşısında acente aracılığıyla yapılan sözleşmelerde sigortacının geleneksel ifa sorumluluğunun hâlen söz konusu olup olmayacağı hususu Alman öğretisinde tartışmalı⁷³ olsa da Alman mahkemeleri tarafından reform sonrasında da acentenin bilgilendirme veya danışmanlık yapma yükümlülüğünü ihlal etmesi hâlinde sigortacının geleneksel ifa sorumluluğunun bulunduğu dair kararlar verilmektedir⁷⁴.

II. TÜRK HUKUKU'NDA SİGORTACININ AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ İHLAL ETMESİ HÂLİNDE SİGORTA ETTİRENİN İTİRAZ HAKKI

A. İtirazın Hukuki Niteliği

1. Genel Olarak

Adalet Bakanlığı tarafından 08.12.1999 tarihinde TTK Tasarısını hazırlamak amacıyla bir Komisyon kurulmasına karar verilmiş; kurulan Komisyon, özellikle TTK Tasarısının sigorta hukukuna ilişkin kitabının hazırlanmasında VVGaF'yi ana kaynak olarak kabul etmiş ve ayrıca VAGaF hükümlerini de göz önünde bulundurmuştur⁷⁵. Bu kapsamda TTK Tasarısının 1423. maddesi hazırlanırken de

⁷² Langheid/Rixecker/Rixecker, VVG §7, Rn. 36.

⁷³ Tartışmalar için Bkz. Prölls/Martin/Rudy, VVG §59, Rn.41; Langheid/Wandt/Armbrüster, VVG §6, Rn. 333; Ruffer/Halbach/Schimikowski/Schimikowski, VVG §6, Rn. 46.

⁷⁴ LG Saarbrücken, 08.05.2013, 14 O 152/12; LC Ansbach, 15.12.2020, 3 O 852/20; LG Stuttgart, 07.12.2020, 18 O 270/20.

⁷⁵ Bkz. TTK Genel Gerekeç No. 204, <<https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf>> Erişim Tarihi 10 Eylül 2021.

VAGaF §10a ile VVGaF §5a birlikte değerlendirildiği anlaşılmaktadır. TTK Komisyonu yaklaşık beş yıl süreyle çalışarak TTK Tasarısını hazırlamış ve Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü'ne teslim etmiştir. Nihai metin ise "TTK Tasarısı" olarak 09.11.2005 tarihinde TBMM'ye sevk edilmiştir. TTK Tasarısının görüşülmeye başlanmasından belli bir süre sonra görüşmelere ara verilmiş, görüşmelerin tekrar başlaması ile birlikte TTK Tasarısı 13.01.2011 tarihinde kanunlaşarak 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁷⁶. TTK Komisyonunun çalışmalarını tamamlamasından sonra ana kaynak niteliğindeki VVGaF yürürlükten kaldırılmış ve reform niteliğinde değişiklikler içeren VVG, 01.01.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. TTK, VVG'den yaklaşık dört yıl sonra yürürlüğe girmiş olmasına rağmen Tasarı'nın görüşmelerinde VVG hükümleri hiçbir şekilde dikkate alınmamıştır. Böylece TTK'nin sigorta hukuku kitabındaki birçok madde daha yürürlüğe girer girmez dünyadaki gelişmeler karşısında eski bir düzenleme hâline gelmiştir. Sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi hâlinde sigorta ettirene itiraz hakkının öngörüldüğü TTK'nin 1423/2 maddesi de bu kapsamda daha yürürlüğe girmeden eskimiş olan maddelerdendir.

TTK'nin 1423/2 maddesi ile aydınlatma yükümlülüğünün ihlali hâlinde VVGaF §5a'da olduğu gibi sigorta ettirene sözleşmenin yapılmasına on dört gün içinde itiraz etme hakkı tanınmıştır. Ancak Türk hukukunda "*sözleşmenin yapılmasına itiraz*" diye bir müessese bulunmadığı gibi sigorta hukukunda da "itiraz" kavramı bilinmeyen ve dolayısıyla kullanılmayan bir kavramdır⁷⁷. Esasen itiraz kavramı Türk Dil Kurumu sözlüğünde "*bir düşünce veya kararı benimsemeyerek karşı çıkma*" şeklinde tanımlanmaktadır⁷⁸. Bu tanımdan hareketle itiraz kavramının Türk hukukunda birçok farklı yerde, farklı şekillerde kullanıldığı; TTK'nin diğer kitaplarında da itiraz kavramının farklı anlamlara gelecek şekilde yer aldığı görülmektedir. Bu kapsamda "*itiraz*" kavramı, TTK'nin 1423/2 maddesinde bahsedilen "*sözleşmenin yapılmasına itiraz*" anlamına en yakın olarak TTK'nin 21/3 maddesinde kullanılmıştır. TTK'nin 21/3 maddesi gereğince telefonla, telgrafla, herhangi bir iletişim veya bilişim aracıyla veya diğer bir teknik araçla ya

⁷⁶ 6102 sayılı TTK'nin hazırlık süreci ile ilgili geniş bilgi için bkz. Kerim Atamer "Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Zarar Sigortalarına Giriş", *Batider*, XXVII (1), 2011, s. 28-32.

⁷⁷ Akgün, Ferdi Kaza, s. 194; Yazıcıoğlu, Bilgilendirme, s. 410. Yazar, söz konusu düzenlemenin, "maddede yer verilen itiraz hakkı ile ne kastedildiğinin belirsiz olması; süresinde itiraz edilmemesinin anlam ve sonucu hakkında bir düzenleme getirilmemiş olması; on dört günlük itiraz süresinin ne zaman işlemeye başlayacağını belirtmemiş olması; sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali hakkında düzenleme getirilip, sözleşme süresince bilgilendirme yükümlülüğü öngörüldüğü halde bunun ihlalinin sonuçlarının düzenlenmemiş olması" nedeniyle eksik ve TTK'nin Sigorta Hukuku Kitabının en sorunlu maddesi olduğunu ifade etmektedir. Aynı yönde Yazıcıoğlu/Şeker Ögüz, s. 112.

⁷⁸ bkz. <www.sozluk.gov.tr> Erişim Tarihi 15. Eylül 2021

da sözlü olarak kurulan sözleşmelerde teyit mektubunu alan kişi (tacir) teyit mektubunun yapılan sözleşmeye uygun olmadığı sonucuna varırsa buna sekiz gün içinde itiraz etmelidir⁷⁹. Buna karşılık teyit mektubunu alan kişi itiraz etmezse sözleşmenin teyit mektubunun içeriğine uygun olarak yapıldığını kabul etmiş olmaktadır. Teyit mektubu kurulmuş olan bir sözleşmeye ilişkin olup buna itiraz edilip edilmemesi sözleşmenin varlığını etkilememektedir⁸⁰. Sadece teyit mektubuna itiraz edilmemesi hâlinde teyit mektubunda yer alan içeriğin sözleşme kapsamına girdiği ve sözleşmenin bu içerikte kurulduğu hususunda karine oluşmaktadır⁸¹. Teyit mektubuna itiraz edilmesi hâlinde ise teyit mektubunda yer alan daha önce görüşülmemiş hususlar sözleşmenin kapsamına girmemekte sözleşmenin bu içerikle kurulduğunun ispatı hâlâ teyit mektubunu gönderen üzerinde olmaktadır.

Sigorta hukukunda “*itiraz hakkının*” hukuki niteliğinin belirlenmesi sadece teorik açıdan değil aynı zamanda uygulama açısından da önem arz etmektedir. Zira TTK’nin sigorta ettirenin korunması amacı da gözetildiğinde kanun koyucunun sigorta ettirene tanıdığı “*itiraz hakkı*” ile neyi düzenlemek istediğinin anlaşılması, bu hakkın kullanılması veya kullanılmaması hâlinde sözleşmenin akıbetinin veya sigorta ettirenin diğer haklarını kullanıp kullanamayacağını belirlenmesinde rol oynayacaktır. Türk hukukunda “*sözleşmenin yapılmasına itiraz*” diye bir müessesenin bulunmaması nedeniyle öğretilerde “*itiraz*” kavramına çeşitli anlamlar yüklenmiş ve “*itiraz*” kavramı sözleşme hukukunda yer alan benzer kavramlar yardımıyla açıklanmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda öncelikle itiraz hakkının hukuki niteliğine yönelik görüşümüze yer vermeden önce öğretilerdeki tartışmalara ve konunun uygulamadaki yansımalarına yer verilmesi gerekmektedir.

2. Öğretilerde İleri Sürülen Görüşler ve Uygulamadaki Yansıması

Öğretilerde TTK’nin 1423/2 maddesi ile öngörülen “*itiraz*” kavramının hukuki niteliği konusunda görüş birliği bulunmadığı gibi birbirinden çok farklı sonuçlara

⁷⁹ Alman hukukunda teyit mektubuna itiraz süresinin düzenlendiği BGB §121 gereğince teyit mektubunu alan kişi, teyit mektubuyla bağlanmak istemiyorsa derhal itiraz etmesi (die Anfechtungserklärung) gerektiği öngörülmüş, itiraz kavramı olarak “Widerspruch” kavramı değil, “Anfechtung” kavramı kullanılmıştır.

⁸⁰ Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Abuzer Kendigelen/Arslan Kaya/Fusun Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku*, 5. Bası, On İki Levha, 2015, s. 280; Rıza Ayhan, “Teyit Mektubu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, LXXI (2), 2013, s. 68.

⁸¹ Gönen Eriş, *Ticari İşletme ve Şirketler C. I*, 3. Bası, Seçkin, 2017, s. 754; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 279; Öğretilerde ATAMER, sözlü görüşmelerde genel işlem koşullarından hiç bahsetmeyen kişinin, daha sonra teyit mektubunda ilk kez genel işlem koşullarından bahsetmesi halinde buna sekiz gün içerisinde itiraz edilmemesi halinde sözleşme içeriği haline geleceğini belirtmektedir. bkz. Yeşim M. Atamer, *Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, 2. Bası, Beta, 2001, s. 93.

ulaşıldığı görülmektedir. Bu kapsamda öğretilen ileri sürülen bir görüşe⁸² göre; TTK'nin 1423/2 maddesindeki "...sigorta ettiren sözleşmenin yapılmasına on dört gün içinde itiraz etmemişse sözleşme poliçede yazılı şartlarla yapılmış olur" düzenlemesinin mefhum-u muhalifi dikkate alındığında sigorta ettirenin itiraz etmesi hâlinde sözleşmenin kurulmamış sayılacağına anlaşılması karşısında itiraz hakkının cayma (dönme) hakkı (Rückrufsrecht) olarak kabul edilmesi gerekir.

Bir diğer görüşe⁸³ göre ise; itirazın sonuçları bakımından takdirin sigorta ettirene ait olması gerekir. Şöyle ki, itirazın sözleşmenin hiç kurulmamış sayılması sonucunu ortaya çıkarması, itirazdan önceki zaman dilimi bakımından sigorta ettireni sigorta himayesinden mahrum bırakacağı için uygun bir çözüm yolu değildir. Şu hâlde, itirazın sözleşmeyi ileriye etkili sonuçlar doğuran fesih veya poliçede yazılı şartların değiştirilmesi şeklinde anlaşılması sigorta ettirenin menfaatlerinin korunmasına daha uygun düşer. Böylece aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi hâlinde sigorta ettirene sözleşmeyi devam ettirmeme veya kendisinin istediği şartlarla sürdürme imkânı tanınmış olacaktır. Dolayısıyla sigorta ettirenin bu hususta bir seçim hakkı bulunduğu kabul edilmelidir.

⁸² Zehra Şeker Öğüz/Aslıhan Sevinç Kuyucu, *Yeni Türk Ticaret Kanununda Sigorta Hukuku*, 1. Bası, Filiz Kitabevi, 2011, s. 24; Rauf Karasu, *Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası*, 1. Bası, Yetkin Yayınları, 2016, s. 79; Ali Selim, "Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü ve Yükümlülüğün İhlali Halinde Sigorta Ettirenin Sahip Olduğu Haklar", *Terazi Hukuk Dergisi*, 15(165), 2020, s. 1053; Zehra Avcı, "Sigorta Sözleşmesinde Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2019, 14(155), s. 1348; Senem Gökyar Çınar, *Sigorta Hukukunda Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü*, 1. Bası, Yetkin, 2021, s. 55; İrem Aral Eldeleklioğlu "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Sigortacılık Mevzuatı Uyarınca Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 18(1), 2012, s. 398; İlknur Uluğ Cicim, "Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", *Türk Ticaret Kanunu'nun 5. Yıl Sempozyumu, Türkiye Adalet Akademisi*, 1. Bası, 2018, s. 662; Evrim Akgün, *Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirme Yükümlülüğü*, Bahçeşehir Üniversitesi, (Yüksek Lisans Tezi), 2010, s. 83. Ünan, Şerh, s. 239. Yazar, itiraz üzerine sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkmış olmasının kabul edilmesi gerektiğini, VVG'de itiraz yerine iptal sözcüğünün tercih edildiğini, bu kapsamda itirazın iptal ya da cayma hakkı gibi düşünülmesi gerektiğini belirtmektedir.

⁸³ Özdamar, Aydınlatma, s. 365-366; Mehmet Özdamar, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğünü İhlal Eden Sigortacı Uygulanacak Yaptırım Sorunu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 71(2), 2013, s. 356; Aydın, s. 54, d.pn. 154; Sevim Ceren Civan, "Sigorta Sözleşmelerinde Sigorta Şirketinin Bilgilendirme Yükümlülüğü", *İstanbul Barosu Dergisi*, 94(3), 2020, s. 84; Fatma Dilek Kabukçuoğlu Özer, *Mukayeseli Hukukta ve Uygulamada Hayat Sigortası*, 2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2014, s. 325. Yazar, SSBİY'nin 7. maddesinin TTK'nin 1423/2 maddesi ile birlikte düşünülmesi halinde sigorta ettirenin itirazda bulunarak sözleşmeyi feshedebileceğini ve fesih hakkını da on dört günlük süre içerisinde kullanabileceği sonucuna varılacağını belirtmektedir.

Öğretide ileri sürülen bir başka görüşe⁸⁴ göre ise; itiraza bağlanacak sonucun herhâlde itirazın içeriğine göre belirlenmesi gerekir. Bu yorum sigorta ettirenin daha lehine olduğu gibi itiraz kavramının anlamına da uygundur. Bu itibarla sigorta ettiren sözleşmenin yapılmasına itiraz ediyorsa bu itiraz, duruma (sigorta himayesi sağlama ediminin ifasının başlayıp başlamadığına) göre fesih veya cayma (dönme) olarak kabul edilecek, neticesinde sigorta ettiren tarafından SSBİY'nin 7. maddesi gereğince varsa uğradığı zarar talep edilebilecektir. Buna karşılık sigorta ettiren sözleşmenin yapılmasına değil de bilgilendirilmediği bir veya birden fazla sözleşme koşuluna itiraz ediyorsa ve sigortacı itiraza yanıt vermemiş veya itirazının haksız olduğu cevabını vermiş ise bilgilendirilmediği bu hususun sigorta ettirenin sözleşme yapma iradesini etkilemiş olması koşuluyla SSBİY'nin 7. maddesinde belirtilen haklarını kullanabileceği kabul edilmelidir. Buna karşılık sigortacı, sigorta ettirenin sözleşme şart veya şartlarına itirazının haklı olduğunu kabul ettiği takdirde taraflar itiraz doğrultusunda sözleşme değişikliğinde anlaşabilirler. Ancak sigortacının sözleşme değişikliğini ek prim şartına bağlaması ve sigorta ettirenin bunu kabul etmemesi nedeniyle taraflar sözleşme değişikliği hususunda anlaşamamışlar ise sigorta ettiren SSBİY gereğince fesih hakkını kullanabilecek ve varsa uğradığı zararı talep edebilecektir.

Öğretide ileri sürülen bir diğer görüş⁸⁵ ise; TTK'nin 1423/2 maddesindeki itiraz hakkı, TBK'nin 39. maddesinde düzenlenen ve yanılma, aldatma veya korkutma etkisi altında sözleşme yapan kişiye verilen iptal hakkından başka bir şey değildir. Sözleşmenin kurulup kurulmayacağı veya hangi şartlar altında kurulacağına ilişkin kararına etki edebilecek olan hususlarda hiç veya gereği gibi bilgilendirilmemiş olan sigorta ettiren ile yanılmış veya aldatılmış taraf arasında menfaatler durumunda bir benzerlik söz konusudur. Ayrıca, TBK'nin 39. maddesindeki iptal ile TTK'nin 1423/2 maddesindeki itiraz hakkının kullanılmasına bağlanan sonuçlar da benzer niteliktedir. Zira itiraz hakkının on dört günlük süre içerisinde kullanılmaması hâlinde sözleşme poliçede yazılı şartlar ile yapılmış sayılacak; iptal hakkının bir yıllık süre içinde kullanılmadığında ise askıda geçerli olan sözleşme tamamen geçerli bir şekilde kurulmuş sayılacaktır. Buna göre, sigorta

⁸⁴ Yazıcıoğlu, Bilgilendirme, s. 413; Yazıcıoğlu/Şeker Ögüz, s. 115; Melda Taşkın, *Krediye Bağlı Hayat Sigortası Sözleşmesi*, 1. Bası, On İki Levha, 2019, s. 187-188. Yazar, itirazın sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik cayma beyanı olarak kabul edilmesinin "itiraz"ı işlevsel ve caydırıcı olmayan bir yaptırım haline getireceğini, zira rizikonun gerçekleşmesi ihtimalinde, sigorta ettirenin himayeden faydalanabilmek amacıyla sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını kullanmayı göze alamaması nedeniyle sigortacının bilgilendirme yükümlülüğünü ihlal etmesinin çok defa yaptırımsız kalacağını, bu nedenle itiraza bağlanacak sonucun itirazın içeriğine göre belirlenmesi gerektiğini belirtmektedir.

⁸⁵ Ramazan Durgut/Erkam Haşim Bulut, "Karar İncelemesi: Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğe Aykırılığın Sonuçları", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 6(2), 2020, s. 350; Yetiş Şamlı, s. 2995-2996;

sözleşmesinin yapılmasına itiraz edilmesi, iptal hakkında olduğu gibi, sözleşmenin kesin olarak geçersiz hâle gelmesi sonucunu doğuracaktır.

Öğretide ileri sürülen bir başka görüşe⁸⁶ göre ise; sigorta ettirenin itirazı, cayma (dönme) veya fesih bildirimini mahiyetinde değildir; sadece yükümlülüğün yerine getirilmediğinin ihbarı niteliğindedir. İtirazın kabul edilmemesi üzerine sigorta ettirene VVG §8’de kabul edildiği gibi cayma (geri alma) hakkı (Widerrufsrecht) tanınmalıdır⁸⁷.

Nihayet öğretide ileri sürülen bir başka görüşe⁸⁸ göre; TTK’nin 1423/2 maddesi, genel işlem koşullarının yürürlük denetiminin düzenlendiği TBK’nin 21. maddesinin, farklı bir şekilde ifade edilmiş hâlidir. İtiraz hakkının hukuki niteliğinin belirlenmesi için cayma veya fesih gibi yenilik doğuran haklardan yararlanmaya gerek yoktur. Zira itiraz, itirazın içeriğine göre sonuç doğurmaktadır. Eğer sigorta ettiren genel işlem koşulu niteliğindeki özel şartlara itiraz ederse bu hâlde sözleşmeye dâhil edilmeye çalışılan genel işlem koşulları yazılmamış sayılmalıdır. TTK’nin 1423/2 maddesinin yöneldiği amaç sigorta ettirenin azami korunması olduğu için “*itiraz hakkı*”, sigorta ettirenin hangi sözleşmeyle hangi şartlarla devam edebileceğinin bir göstergesidir. Şayet itiraz sözleşmenin esasına ilişkin ise bu hâlde sözleşmenin kurulmamış sayılmasına sebep olabilir. Bu durum özellikle sigorta genel şartlarıyla devam etmenin sigorta ettiren için bir anlam ifade etmediği hâllerde geçerlidir. Bu hâlde itiraz hakkı, bozucu yenilik doğuran bir hak olarak karşımıza çıkar. Nihayet itiraz sözleşmenin ileriye yönelik ortadan kaldırılmasına yönelikse itiraz fesih olarak kabul edilmelidir.

Yargıtay kararlarında itiraz hakkının hukuki niteliği hakkında bir belirleme yer almamakla birlikte, süresinde itiraz hakkının kullanılmaması durumunda sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiği varsayımı kabul edilerek sigorta ettirenin artık fesih ve tazminat talep etme hakkının bulunmadığı

⁸⁶ Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 211; Hacı Kara, *Sigorta Hukuku*, 1. Bası, On İki Levha, 2021, s. 182. Yazar, itiraz hakkının fesih, cayma (dönme) veya iptal anlamına gelmediğini, itiraz hakkının kullanılmasının sözleşmenin içeriğine veya kapsamına yönelik ihbar olarak anlamanın daha uygun olduğunu, itirazın sonucuna göre ise fesih, cayma (dönme) veya iptal hakkının kullanılabileceğini belirtmektedir.

⁸⁷ Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 211

⁸⁸ Tekin Memiş, *Sigorta Sözleşmesi Şartlarının Yargısal Denetimi*, 1. Bası, On İki Levha, 2016, s. 148. Yazar, sigorta genel şartlarının idare tarafından hazırlanması ve onanması nedeniyle genel işlem koşulu olmayacağını, bu nedenle TBK’nin 21. maddesi gereğince yürürlük denetime tabi olmadan doğrudan sözleşmenin içeriği haline geleceğini, zira sigorta genel şartlarının sigorta sözleşmesinin parçası olmadığı hallerde taraflar arasında akdin esaslı unsurları noktasında da anlaşma sağlanmamış olacağını ve bu nedenle sigorta sözleşmesinin sigorta genel şartları olmadan kurulmayacağını, ancak sigorta özel şartlarının genel işlem koşulu niteliğinde olduğunu belirtmektedir. bkz. Memiş, s. 124-133.

belirtilmektedir⁸⁹. Dolayısıyla Yargıtay kararlarında TTK'nin 1423/2 maddesi ile sigorta ettirene "itiraz hakkı" tanındığı kabul edilmesine rağmen sigorta ettirenin bu hakkını kullanmaması hâlinde sanki sigorta ettirene bir külfet yüklenmiş gibi aydınlatma yükümlülüğünün ihlali hâlinde diğer haklarını kaybettiği kabul edilmektedir.

3. Görüşümüz

TTK'nin 1423/2 maddesi ile öngörülen itiraz hakkının hukuki niteliğinin belirlenebilmesi için öncelikle TTK'nin 1425/2 maddesinin irdelenmesi gerekir. TTK'nin 1425/2 maddesinde "*Poliçenin ve zeyilnâmenin eklerinin içeriği teklifnameden veya kararlaştırılan hükümlerden farklıysa, anılan belgelerde yer alıp teklifnameden değişik olan ve sigorta ettirenin, sigortalının ve lehtarın aleyhine öngörülmüş bulunan hükümler geçersizdir.*" şeklinde düzenleme yer almaktadır. Buna göre sigorta poliçesi her hâlükârda taraflarca yapılan sözleşmeyi yansıtmak zorundadır. Eğer poliçe yapılan sigorta sözleşmesini yansıtmıyorsa, TTK'nin 1423/2 maddesinden bağımsız olarak, sigorta ettirenin, sigortalının ve lehtarın aleyhine öngörülmüş bulunan sözleşmeye aykırı olan hükümler geçersiz olacaktır. Örneğin kara araçları kasko sigorta sözleşmesinde taraflar Türkiye sınırları dışında meydana gelen zararların teminat kapsamına alınması hususunda anlaşmış olmalarına rağmen poliçenin ekinde yer alan genel şartlarda bu husus teminat dışında bırakılmış ise sigorta ettiren TTK'nin 1423/2 maddesinden bağımsız olarak her zaman poliçede yer alan bu istisnanın geçersiz olduğunu ileri sürebilecektir. Yine kredi sözleşmesi sırasında hayat sigortası yapılacağı kararlaştırılmış olmasına rağmen poliçede ferdi kaza sigortası genel şartlarının yer alması durumunda ferdi kaza sigortası genel

⁸⁹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E: 2020/6094, K: 2021/5119, T: 16.06.2021; "...Somut olayda sigorta poliçesi en son 25.11.2017 tarihinde yapılmış, davaya konu hasar ise 02.02.2018 tarihinde meydana gelmiştir. 6102 sayılı TTK 1423/2 maddesinde düzenlendiği şekilde, aydınlatma açıklamasının verilmemesi halinde sigorta ettirenin 14 gün içinde itiraz edebileceği, edilmemesi halinde sözleşmenin poliçede yazılan şartlarla yapılmış olduğunun kabulü gerekecektir. Davacı tarafından sözleşmeye yasal süresi içinde herhangi bir itirazda bulunulmamış olup, bu durumda itiraz hakem heyetince sigortacının bilgilendirme yükümlülüğüne aykırı davrandığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmamış, hükmün davalı yararına bozulması gerekmiştir..."

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E: 2019/1676, K: 2019/8202, T: 16.12.2019; "...Somut olayda; davacılar murisinin sigortalı sıfatıyla 30.12.2013 tarihli Esnaf Acil Destek Sigortası yaptırdığı, 11.01.2014 tarihinde motosiklet kazasında vefat ettiği, motosiklet kazası neticesinde rizikonun gerçekleşmesinin poliçe muafiyetleri kapsamında olduğu hususunda uyumsuzluk bulunmamaktadır. Davacılar, TTK'nin 1423. maddenin 2. fıkrası kapsamında sözleşmenin inikadından sonraki yasal süre içinde murislerinin sözleşmeye itiraz ettiğini iddia ve ispat etmediğine göre açık yasa hükmü gereği sözleşmenin poliçedeki şartlara uygun olarak yapıldığının kabulü gerekir. Bu durumda, poliçe muafiyetleri kapsamında davacıların sigorta tazminatı talep edememelerinde davalı sigorta şirketinin kusur ve sorumluluğunun bulunmadığı göz önüne alınmaksızın, yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi isabetli olmamış, kararın davalı yararına bozulmasını gerektirmiştir..."

şartları, sigorta ettirenin itiraz edip etmemesinden bağımsız olarak geçersiz olacaktır. O hâlde TTK'nin 1423/2 maddesindeki itiraz hakkından bahsedebilmemiz için öncelikle poliçenin esas unsurları ile kurulmuş olan sözleşmeyi yansıtmaması zorunludur⁹⁰.

İtiraz hakkının hukuki niteliğinin belirlenmesi için mehaz VVGaF §5a'nın dikkate alınması son derece önemlidir⁹¹. Yukarıda detaylı olarak bahsedildiği üzere VVGaF §5a'nın ihdas amacı; sigorta sözleşmelerinin poliçe modeli ile kurulması durumunda genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına dâhil edilmesi için genel hükümlerden ayrılma ihtiyacının hissedilmesidir. Dolayısıyla VVGaF §5a anlamında tanınan itiraz hakkı, sözleşme öncesi bilgilendirilmeyen sigorta ettirene poliçeyle birlikte verilen genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girip girmemesi konusunda rol oynamaktadır⁹². O hâlde TTK'nin 1423/2 maddesi ile öngörülen itiraz hakkı da sözleşme öncesinde genel işlem koşulları hakkında bilgilendirme yapılmadığı veya eksik yapıldığı durumlarda sözleşme kapsamına girmeyen genel işlem koşullarının, sözleşme yapılmasından sonra sözleşme kapsamına girip girmeyeceği hususunda sigorta ettirene tanınan bir seçme hakkından başka bir şey değildir.

Kanaatimizce sigorta sözleşmelerinde genel işlem koşulları; denetim makamı (SEDDK) tarafından düzenlenen ve onaylanan⁹³ sigorta genel şartları ile ileride çok sayıda sözleşmede kullanılmak amacıyla sigortacı tarafından önceden hazırlanan özel şartlar ve klozlardır⁹⁴. TBK'nin 21. maddesi gereğince bu genel işlem

⁹⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E: 2017/11-1301, K: 2020/878, T: 11.11.2020; "...Sigorta poliçesi sadece sigorta sözleşmesinin ispatına yönelik bir belge olduğu için bunun yapılan sözleşmeye aykırı olmaması gerekir. Başka bir deyişle sigortacı ile sigorta ettiren sigorta sözleşmesinin esaslı unsurları üzerinde anlaşmış iseler poliçenin bu anlaşmayı yansıtmaması gerekmektedir. Taraflar arasındaki sözleşmeden farklı bir poliçe bu farklar bakımından yanlış düzenlenmiş bir belge niteliği taşıyacaktır..."

⁹¹ Samim Ünan/Yeşim Atamer "Control of General and Special Conditions of Insurance Under Turkish Law with Special Regard to the Transparency Requirement", *Transparency in Insurance Law, Istanbul 4 May 2012, Joint Seminar Organized by Sigorta Hukuku Türk Derneği, Sigorta Hukuku Türk Derneği-Deutscher Verein für Versicherungswissenschaft*, 2012, s. 72.

⁹² Dörner/Hoffman, s. 155; Lorenz (1995), s. 618.

⁹³ Öğretide bir görüş, sigorta genel şartlarının idarenin isimsiz düzenleyici işlemlerinden biri olduğunu, sigortacıların bu genel şartlara uymasının bir seçenek değil zaruret teşkil ettiğini, bu nedenle sigorta genel şartlarının genel işlem koşulu olarak kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. Bkz. Memiş, s. 32-40; Ecehan Yeşilova Aras, "Sigorta Sözleşmelerinde Genel İşlem Şartlarının Kullanılması", *Genel İşlem Şartları Sempozyumu, İzmir Barosu Dergisi*, 2015, 1(3), s. 466.

⁹⁴ Aynı yönde, Samim Ünan, "Sigorta Genel Şartları İle İlgili Olarak Uygulamada Karşılaşılan Bazı Problemler", *Sigorta Genel şartlarının Düzenlenmesi, Denetlenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar Sempozyumu-Prof. Dr. Rayegan Kender'e Saygı Günü*, 1. Bası, Filiz

koşullarının sözleşmenin kapsamına girebilmesi; sigorta ettirenin bu şartların varlığı konusunda açıkça uyarılmasına, bu şartların içeriğini öğrenme fırsatının tanınmasına ve sigorta ettirenin de bunları kabul etmesine bağlıdır; aksi hâlde bu şartlar yazılmamış sayılacaktır. Genel işlem koşullarının kullanılacağı konusundaki uyarının yapılması ve içeriğinin öğrenme imkânının sağlanması kural olarak sözleşme öncesinde veya en geç sözleşmenin kurulması sırasında sözlü veya yazılı olarak yerine getirilmelidir⁹⁵. Başka bir deyişle sözleşme öncesinde veya kurulurken genel işlem koşulları hakkında bilgilendirme yapılmaması durumunda sözleşme kurulmasından sonra karşı tarafa verilen belgelerde yer alan genel işlem koşulları sözleşmenin kapsamına dâhil olmayacaktır⁹⁶.

Sigorta sözleşmesinin kurulması, kanunen bir şekle tabi tutulmamıştır. Bu kapsamda sigorta sözleşmesinin yazılı şekilde yapıldığı hâllerde sözleşme metninde genel işlem koşullarının kullanılacağı, sözleşmenin hangi sigorta genel şartları altında yapılacağı, hangi klozların geçerli olacağı konusundaki uyarının yapılması ve bunların içeriğinin öğrenilmesine imkân sağlanması ile birlikte sigorta ettirenin de sözleşmeyi imzalaması (global kabul) hâlinde genel işlem koşulları sözleşme kapsamına girecektir⁹⁷. Aynı şekilde sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce sigortacı tarafından sigorta ettirene bilgilendirme metni verilmiş ve bu metinde genel işlem koşullarının varlığına ve içeriğini öğrenme imkânının sağlanmasına ilişkin bilgilendirme yapılmış ise bu durumda da sözleşmenin kurulması ile genel işlem koşulları sözleşme kapsamına girecektir⁹⁸.

Türk sigorta uygulamasında sigorta sözleşmeleri genellikle sözlü olarak kurulmakta; daha sonra sigortacı veya acentesi tarafından tanzim edilen sigorta

Kitabevi, 2020, s. 180; Yeşim Atamer, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m.6 ve TTK m. 55, F. 1(f) İle Karşılaştırmalı Olarak”, *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2012, s. 15; Mertol Can, *Türk Özel Sigorta Hukuku*, 2. Bası, İmaj Yayınevi, 2007, s. 246; Ünan/Atamer, s. 69; Yazıcıoğlu/Şeker Öğüz, s. 14; Kabukçuoğlu Özer, Şerh, s. 154; Sevinç Kuyucu, s. 21; Taşkın, s. 76;

⁹⁵ Atamer, Sempozyum, s. 29; Ömer Çınar, *Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar*, 1. Bası, On İki Levha, 2009, s. 70.

⁹⁶ “Örneğin, bir otobüs biletinin satın alınması için satış ofisine girildiği, taşımının gerçekleşeceği gün, saat ve gidilecek yer konusunda anlaşıldığı, paranın ödendiği ve sonra satış elemanının bileti basarak müşteriye verdiği düşünülün. Bu biletin arkasında basılı bulunan GİK sözleşme içeriği olmamıştır. Zira sözleşme daha önce kurulmuştur. Müşterinin GİK’i öğrenme imkânı hiç olmamıştır. Dolayısıyla tümü itibarıyla bu metin sözleşme dışında kalmıştır.” b kz. Atamer, Sempozyum, s. 29.

⁹⁷ Örneğin yazılı olarak yapılan kredi sözleşmelerinde genel işlem koşullarına ilişkin uyarı ve bu koşullar yer alıyorsa müşterinin sözleşmeyi imzalaması ile birlikte bu genel işlem koşulları sözleşme kapsamına girer.

⁹⁸ Ünan, Genel Şartlar, s. 181.

poliçesi sigorta ettirene verilmektedir⁹⁹. Sigortacının poliçe verme yükümlülüğünün düzenlendiği TTK'nin 1424/1 maddesinde sigortacının, sigorta sözleşmesi kendisi veya acentesi tarafından yapılmışsa, sözleşmenin yapılmasından itibaren yirmi dört saat, diğer hâllerde on beş gün içinde, yetkililerce imzalanmış bir poliçeyi sigorta ettirene vermekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Görüldüğü üzere sigorta poliçesi sözleşmenin kurulmasından sonra düzenlenen ve düzenleyen tek taraflı imzasını taşıyan sözleşmenin yazılı koşullarla yapıldığını ispat eden bir belgedir¹⁰⁰. Sigorta poliçesinde sigorta ettirenin imzası bulursa dâhi bu husus sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiği anlamına gelmeyeceği gibi sözleşmenin yazılı olarak yapıldığı ve genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girdiği anlamına da gelmeyecektir. Zira sözleşme sonrasında genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girmesi mümkün olmayıp bunun ancak TTK'nin 1423/2 maddesinde olduğu gibi kanunla düzenlenmesi gerekir. Poliçe sigorta ettiren tarafından imzalanmış olsa dahi sigorta ettiren on dört gün içerisinde itiraz hakkını kullanarak genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girmesini engelleyebilir.

Sigorta sözleşmelerinde sözleşmenin kurulmasından sonra genel işlem koşullarının poliçe ile birlikte sigorta ettirene verilmesi TBK'nin 21. maddesi gereğince genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girmesini sağlamayacaktır. Bu durumda TTK'nin 1423/2 maddesinin lafzı ve mehz VVGaF §5a dikkate alındığında, kanaatimizce TTK'nin 1423/2 maddesi, sigorta sözleşmelerine özgü olarak, genel işlem koşullarının yürürlük denetimine ilişkin TBK'nin 21. maddesi karşısında özel hüküm niteliğindedir¹⁰¹. Bu itibarla itiraz hakkı da genel hükümler gereğince sözleşme kapsamına giremeyen genel işlem koşullarından hangilerinin sözleşme kapsamına gireceği, hangilerinin yazılmamış sayılacağı hususunda sigorta ettirene tanınan bir hak olarak kabul edilmelidir. Eğer sigorta ettiren on dört gün içinde itiraz hakkını kullanmaz ise genel işlem koşulları o zaman sözleşme kapsamına girecek ve sözleşme poliçede yazılı şartlarla yapılmış olacaktır¹⁰². Hemen belirtmelidir ki itiraz hakkının kullanılmaması durumunda sözleşmenin kapsamına girecek olan genel işlem koşulları şaşırtıcı olmayan koşullardır. Zira TBK'nin 21/2

⁹⁹ Ünan, Şerh, s. 245; Memiş, s. 139; Yazıcıoğlu/Şeker Ögüz, s. 138.

¹⁰⁰ Alman hukukunda da Türk hukukunda olduğu gibi sigorta poliçesi metin biçiminde (textform) hazırlanan ve sigorta sözleşmesinin yapıldığını gösteren bir belgedir. Rüffer/Halback/Schimikowski/*Schimikowski*, VVG §3, Rn. 7

¹⁰¹ Öğretide MEMİŞ, poliçe üzerinde yer alan sigorta özel şartlarının genel işlem koşulu olduğunu, ancak yürürlük denetimi bakımından TTK'nin 1423/2 maddesinin TBK'nin 21. maddesine istisna getirdiğini belirtmektedir. bkz. Memiş, s. 144.

¹⁰² Buna karşılık sigorta ettirenin itiraz etmemesi genel işlem koşullarının yürürlük denetiminin aşılmasını sağlayacak ise de genel işlem koşullarının yorum ve içerik denetiminden muaf olmasını sağlamayacaktır. bkz. Memiş, s. 145.

maddesi gereğince şaşırtıcı koşulların bu durumda dâhi sözleşme kapsamına girmesi mümkün değildir.

TTK'nin 1423/2 maddesi ile öngörülen itiraz hakkının mehaza uygun olarak bu şekilde yorumlanması hem Kanun'un lafzına ve amacına hem de sözleşmenin zayıf tarafını oluşturan sigorta ettirenin korunmasına hizmet edecektir¹⁰³. Aksi hâlde sözleşmenin güçlü tarafını oluşturan ve genel işlem koşulu kullanan sigortacının, bu genel işlem koşullarını sözleşme kapsamına dâhil etmemesinin faturası sigorta ettirene çıkartılmış olacaktır. Dolayısıyla itiraz hakkı, bozucu yenilik doğuran haklardan cayma (geri alma), dönme, fesih ve iptal gibi haklardan farklı olarak kendine özgü bir hak olarak kabul edilmelidir. Zira öngörülmek istenen hak, cayma (geri alma), dönme, fesih ve iptal gibi haklar olsaydı kanun koyucu TTK'nin sigorta hukuku kitabında olduğu gibi çok basit olarak bu kavramlardan birini rahatlıkla kullanabilirdi¹⁰⁴. Örneğin Türk sigorta hukukunda gerçek anlamda cayma (geri alma) hakkı sadece TTK'nin 1489. maddesi ile hayat sigortası sözleşmelerinde (ayrıca kaza ve hastalık sigortaları) ve bazı tüketici işlemi niteliğindeki sigorta sözleşmelerinde öngörülmüştür¹⁰⁵. Dolayısıyla itiraz hakkı, cayma (geri alma) hakkı niteliğinde olsaydı kanun koyucu bu hak için ayrıca "itiraz" kavramını kullanmazdı. O hâlde sigorta ettirenin itiraz hakkı ile cayma (geri alma), dönme, fesih ve iptal gibi haklar, birbirinden farklı ve bağımsız kavramlardır¹⁰⁶.

Hemen belirtmelidir ki, Türk hukukunda sigortacının aydınlatma yükümlülüğü sigorta sözleşmelerinde kullanılan genel işlem koşulları hakkında bilgilendirmeyi ve bunların içerikleri hakkında bilgi vermeyi de kapsamaktadır¹⁰⁷. Dolayısıyla aydınlatma yükümlülüğü gereği gibi yerine getirildiği zaman genel

¹⁰³ Sigorta sözleşmelerinde sigortacının sözleşmenin güvenilir kişisi ve teknik anlamda bu işin uzmanı olması karşısında sigorta ettiren herhalde sigorta sözleşmesinin zayıf tarafını oluşturmaktadır. Zira sigorta sözleşmelerinde sigorta ettiren, tüzel kişi tacir veya ekonomik olarak güçlü olsa dahi, gerek sigorta hukukuna gerekse sözleşmede yer alan önceden hazırlanmış genel ve özel şartlara ilişkin olarak sigortacıya göre daha az bilgi sahibi olduğundan (asimetrik bilgi), her zaman için sözleşmenin zayıf ve dolayısıyla korunması gereken tarafıdır. bkz. Langheid/Wandt/*Armbüster*, Vorbemerkung vor VVG §§6-7, Rn.17; Ünan, Şerh, s. 209; Yetiş Şamlı, s. 2978.

¹⁰⁴ Yetiş Şamlı, s. 2993.

¹⁰⁵ Kabukçuoğlu Özer, Hayat Sigortası, s. 368; TKHK'nin cayma (geri alma) hakkı tanıdığı taksitle satış sözleşmeleri, iş yeri dışında kurulan sözleşmeler, mesafeli sözleşmeler ve finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeler niteliğine uygun düştüğü ölçüde tüketici işlemi niteliğindeki sigorta sözleşmelerine de uygulanacaktır.

¹⁰⁶ Yargıtay 17. Hukuk Dairesi E: 2018/1213, K: 2020/1723, T: 19.02.2020; "...Davacı 6102 sayılı TTK ve 4077 sayılı TKHK nun yukarıda anılan hükümlerine göre yasal süresi içinde poliçeye itiraz etmediğine ve cayma hakkını da kullanmadığına göre; sözleşmenin poliçede yazılı şartlarla yapılmış olduğunun kabulü gerekirken..."

¹⁰⁷ Memiş, s. 150.

işlem koşullarının varlığı hakkında sigorta ettiren uyarılmış ve içeriği hakkında bilgilendirilmiş olacağından TBK'nin 21. maddesinde öngörülen yürürlük denetimi açısından da genel işlem koşulları sözleşme kapsamına dâhil olacak; bu durumda sigorta ettirenin itiraz hakkı da bulunmayacaktır. Ancak bu hususun aksini söylemek her zaman mümkün değildir. Sigortacının sigorta ettireni genel işlem koşullarının varlığı konusunda uyarmasına ve sigorta ettirene bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına rağmen bunların içerikleri hakkında sigorta ettireni aydınlatmaması hâlinde de genel işlem koşulları sözleşme kapsamına girecek ve dolayısıyla sigorta ettirenin yine itiraz hakkı bulunmayacak, ancak aydınlatma yükümlülüğü gereği gibi yerine getirilmiş de olmayacaktır¹⁰⁸. O hâlde sigorta ettirenin sözleşmenin yapılmasına itiraz etmediği her durumda aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiği kabul edilemez; sadece genel işlem koşulları sözleşme kapsamına girmiş olur. Bu husus denetim makamı tarafından da kabul edilmektedir ki SSBİY'de sigortacının sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi hâlinde sigorta ettirene tanınan haklar arasında itiraz hakkından bahsedilmemiş, sigorta ettirenin tazminat ve fesih hakkının bulunduğu özellikle vurgulanmıştır.

4. İtiraz Hakkının Kullanılması

a. İtiraz hakkını kullanacak kişi

Sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi hâlinde, öngörülen itiraz hakkının hüküm ifade edebilmesi için itirazın bir beyanla karşı tarafa yöneltilmesi gerekir. TTK'nin 1423/2 maddesinde itiraz hakkını kullanacak kişinin sözleşmenin tarafı olan sigorta ettiren olduğu açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla başkası lehine yapılan sigorta sözleşmelerinde de itiraz beyanının sigortalı ya da lehtar tarafından değil sigorta ettiren tarafından yöneltilmesi gerekir. Sigortadan faydalanacak kişiler SSBİY'nin 4/1-b maddesi gereğince sözleşme öncesinde aydınlatma talep etmiş olsalar dâhi bu kişilerin Kanun'un açık hükmü karşısında itiraz hakları bulunmamaktadır.

Sigorta ettirenin birden fazla olduğu durumlarda ise itiraz hakkının birlikte kullanılması gerekir. Ancak birden fazla sigorta ettiren, kendi arasında bir sigorta ettirene temsil yetkisi vermişse itiraz beyanının temsil yetkisiyle donatılmış sigorta

¹⁰⁸ Langheid/Rixecker/Langheid, VVG §7, Rn. 40, Yazar, VVG §7'de düzenlenen bilgilendirme yükümlülüğü ile BGB §305/2'de düzenlenen genel işlem koşullarının sözleşmeye dâhil olmasının birbirinden bağımsız farklı müesseseler olduğunu, genel işlem koşullarının BGB §305/2 gereğince sözleşme kapsamına dâhil olmasının VVG §7 kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir. Aynı yönde bkz. Langheid/Wandt/Armbrüster, VVG §7, Rn. 153. Yazar ayrıca, reform öncesi VVGaF §5a'nın AGBG (BGB §§305-310) karşısında özel hüküm olarak yer aldığını, ancak reform sonrası VVG §7'nin BGB §§305-310 karşısında özel hüküm niteliğinin bulunmadığını, zira VVG §7'nin herhangi bir şekilde genel işlem koşullarının sözleşmeye dâhil edilmesine yönelik bir gerekliliği taşımadığını, bu iki kurumun farklı ve birbirinden bağımsız işlemlere sahip olduğunu belirtmektedir.

ettiren tarafından yapılması mümkündür. Sigorta ettirenin ölümü veya iflası hâlinde ise itiraz beyanının on dört günlük süre içerisinde kanuni halefleri tarafından kullanılması gerekmektedir.

b. İtirazın muhatabı

TTK'nin 1423/2 maddesinde itiraz hakkını kullanacak kişinin sigorta ettiren olduğu açıkça belirtilmesine rağmen itiraz beyanının muhatabının sigortacı mı yoksa acente mi olduğu düzenlenmemiştir. Ancak TTK'nin 1416. maddesinde “*Sigorta ettiren tarafından yapılacak tebliğler ve bildirimler sigortacıya veya sözleşmeyi yapan ya da yapılmasına aracılık eden acenteye; sigortacı tarafından yapılan tebliğler ve bildirimler ise, sigorta ettirenin veya gerektiğinde sigortalının ya da lehtarın sigortacıya bildirilmiş son adreslerine yapılır.*” şeklinde düzenleme yer almaktadır¹⁰⁹. Buna göre itiraz beyanı, sözleşme acente aracılığıyla yapılsa dâhi, sözleşmenin tarafı olan sigortacıya yöneltilebileceği gibi, sözleşmenin tarafı olmayan sözleşmeyi yapan ya da yapılmasına aracılık eden acenteye karşı da yöneltilebilecektir. Bu hüküm TTK'nin 1452/3 maddesi gereğince sigorta ettiren aleyhine değiştirilemeyen hükümler arasında yer almaktadır. Bu sebeple taraflar arasında sigortacıya yönelik bildirimlerin acenteye yapılamayacağı sadece sigortacıya yapılması gerektiği düzenlenemez¹¹⁰.

c. İtiraz hakkının kullanılacağı süre

TTK'nin 1423/2 maddesi ile sigorta ettirene tanınan itiraz hakkı belirli bir süreye bağlanmıştır. Bu süre tüm sigorta sözleşmeleri için on dört gün olarak belirlenmiştir. Ancak TTK'nin 1423/2 maddesinde on dört günlük itiraz süresinin ne zaman başlayacağı düzenlenmemiş; bu durum öğretilerde tartışmalara neden olmuştur. Bir görüşe¹¹¹ göre; on dört günlük itiraz süresi Kanun'da, sözleşmenin yapılmasına itirazdan bahsedildiği için sözleşmenin kurulmasından itibaren başlayacaktır. Bir

¹⁰⁹ TTK'nin 105/1 maddesinde benzer düzenleme yer almaktadır. Anılan madde; “*Acente, aracılıkta bulunduğu veya yaptığı sözleşmelerle ilgili her türlü ihtar, ihbar ve protesto gibi hakkı koruyan beyanları müvekkili adına yapmaya ve bunları kabule yetkilidir.*” şeklindedir.

¹¹⁰ Ünan, Şerh, s. 142.

¹¹¹ Özdamar, Aydınlatma, s. 364; Şeker Ögüz/Kuyucu, s. 24; Akgün, Ferdi Kaza, s. 195; Karasu, s. 79; Ünan, Şerh, s. 239, Yazar, on dört günlük itiraz süresinin, sigortacı tarafından sigorta ettirene itiraz hakkı olduğunun bildirilmesinden itibaren işlemeye başlamasının daha doğru olacağını, VVG §8/2'de sürenin sigorta ettirene bilgilendirme kapsamında verilmesi gereken belgelerin verilmesinden ve sigorta ettirenin itiraz hakkının varlığından ve sonuçlarından haberi kılınmasından itibaren işletildiğini, oysa Türk hukukunda TTK'de başkaca bir açıklık olmadığından itiraz süresinin sözleşmenin kurulmasından itibaren başlaması gerektiğini belirtmektedir.

diğer görüşe¹¹² göre ise; sigorta ettiren sözleşmenin kararlaştırılan şartlarla kurulup kurulmadığını ancak poliçe verildikten sonra inceleyebilecek olması nedeniyle on dört günlük süre poliçenin verilmesinden itibaren başlayacaktır. Bir başka görüşe¹¹³ göre ise; sürenin başlangıcı bakımından TBK'nin 39. maddesinde düzenlenen iptal hakkına ilişkin esasların dikkate alınmak suretiyle on dört günlük itiraz süresinin aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edildiğinin öğrenildiği tarihten itibaren işlemeye başlaması gerekir.

Esasında öğretilerdeki bu tartışmaların temelinde, itiraz hakkının hukuki niteliğinin cayma (geri alma), dönme, fesih veya iptal gibi bozucu yenilik doğuran haklar gözetilerek açıklanmaya çalışılması yatmaktadır. Oysa savunduğumuz görüş doğrultusunda, itiraz hakkının sadece genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girip girmemesi hususunda sigorta ettirene tanınan bir hak olarak kabul edilmesi hâlinde itiraz süresinin herhâlde poliçenin tesliminden itibaren başlayacağı aşikârdır. Zira genel işlem koşullarının sözleşme öncesinde sigorta ettirene verilmediği gözetildiğinde sözleşmede hangi genel işlem koşullarının yer aldığı, hangi rizikoların teminat kapsamında kaldığı veya kalmadığı hususları poliçenin teslimiyle birlikte öğrenilecektir.

TTK'nin 1425/1 maddesi gereğince sigorta poliçesi, tarafların haklarını, temerrüde ilişkin hükümler ile genel ve varsa özel şartları içeren, rahat ve kolay okunacak biçimde düzenlenen bir belgedir¹¹⁴. Sigorta ettiren hangi genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına dâhil edilmek istendiğini ancak poliçeyle birlikte öğrenmektedir. Bu itibarla kendisine “sözleşmenin kurulmasından önce” genel işlem koşulları hakkında bilgilendirilmeyen ve ayrıca aydınlatma açıklaması da verilmeyen sigorta ettiren, genel işlem koşullarının varlığını ve içeriğini ancak “sözleşmenin kurulmasından sonra” verilecek poliçe ile öğrenebileceğinden, itiraz hakkının poliçenin tesliminden önceki safhada kullanılması hayatın olağan akışına terstir. Alman hukukunda da reform öncesi VVGaF §5a/2 gereğince itiraz süresi sigorta ettirenin sigorta poliçesine sahip olması, poliçeyle birlikte genel işlem koşullarının ve tüketici bilgilerinin eksiksiz olarak teslim edilmesi ve ayrıca itiraz hakkı ile poliçenin teslim edildiği dönemin başlangıcı ve süresi hakkında yazılı olarak ve açıkça bilgilendirilmesi ile başlamaktadır. Dolayısıyla TTK'nin 1423/2 maddesi ile öngörülen on dört günlük itiraz süresinin mehaza uygun olarak poliçenin tesliminden itibaren işlemeye başlayacağı kabul edilmelidir. O hâlde sigorta poliçesi

¹¹² Yazıcıoğlu, Bilgilendirme, s. 412; Yazıcıoğlu/Şeker Öğüz, s. 144; Aral Eldeleklioğlu, s. 398; Taşkın, s. 190; Kabukçuoğlu Özer, Hayat Sigortası, s. 325; Gökyar Çınar, s. 56.

¹¹³ Yetiş Şamlı, s. 2984.

¹¹⁴ TTK'nin 1425/1 maddesinde bahsedilen poliçe içeriği kuşkusuz asgari olan içeriktir. Buna ek olarak poliçede taraflara, sigortanın türü ve hangi değer için yapıldığına, riziko adresine vb. hususlara ilişkin birçok kayıt da yer alacaktır. Bkz. Ünan, Şerh, s. 250.

verilmediği sürece itiraz süresi de başlamayacaktır. Örneğin taraflar arasında sigorta sözleşmesinin kurulmasına rağmen sigorta ettirene poliçe verilmemesi durumunda riziko gerçekleşmiş ve sigortacı da rizikonun teminat kapsamında olmadığını ileri sürmüş ise sigorta ettiren itiraz hakkını kullanabilecektir.

TTK'nin 1423/2 maddesi ile öngörülen on dört günlük itiraz süresi, TTK'nin 1452/3 maddesi gereğince nispi emredici hüküm niteliğinde olması sebebiyle sigorta ettiren aleyhine değiştirilememektedir. Ayrıca sigorta ettirenin itiraz hakkını süresinde kullanmaması hâlinde, itiraz hakkı düşmekte ve sigorta sözleşmesi poliçede yazılı şartlarla yapılmış olmaktadır. Dolayısıyla on dört günlük sürenin geçirilmesi hâlinde sigorta ettirenin itiraz hakkı kendiliğinden ortadan kalkacağı için bu sürenin niteliği zamanaşımı değil; hak düşürücü süredir¹¹⁵.

d. İtirazın şekli

TTK'nin 1423/2 maddesinde itiraz beyanının şekli hususunda herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Dolayısıyla itiraz beyanı on dört günlük süre içerisinde yazılı yapılabileceği gibi sözlü olarak da yapılması mümkündür. Önemli olan husus itiraz beyanının on dört günlük süre içerisinde yapılması olup ayrıca bu süre içerisinde sigortacıya veya acentesine ulaşması aranmamaktadır. İspat hukuku anlamında ise sigorta ettirenin itiraz beyanını yazılı olarak veya ispatı mümkün olan uzaktan iletişim araçlarıyla yapması ileride ortaya çıkabilecek bir ihtilafta sigorta ettiren lehinedir¹¹⁶. Zira TTK'nin 1423/2 maddesi gereğince aydınlatma açıklamasının verildiğinin ispat külfeti sigortacı üzerinde ise de süresi içerisinde itiraz beyanında bulunulduğunu ispat külfeti sigorta ettiren üzerindedir. Hazine Müsteşarlığı (SEDDK) tarafından çıkarılan 2017/5 sayılı Sigortacılık E-Başvuru Sistemine İlişkin Genelge kapsamında sigorta ettirenin itirazını ispat sorunu yaşamaksızın e-devlet sistemi üzerinden göndermesinin önünde de bir engel bulunmamaktadır.

TTK'nin 1423. maddesi nispi emredici nitelikte olduğundan sözleşme ile de şekil şartı öngörülemez. Zira şekil şartı getirilmesi sigorta ettiren aleyhine bir durumdur. Reform öncesi Alman hukukunda ise sigorta ettirenin, belgelerin kendisine sunulmasını takip eden on dört gün (hayat sigortası sözleşmelerinde otuz gün) içinde yazılı olarak itiraz etmesi aranmakta idi (VVGaF §5a/2).

Sigorta ettirenin tacir olduğu durumlarda da itirazın şekline ilişkin TTK'nin 18/3 maddesinin uygulama alanı bulmaması gerekir. Zira TTK'nin 18/3 maddesi gereğince tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü

¹¹⁵ Gönen Eriş, *Sigorta Hukuku*, 1. Bası, Seçkin, 2020, s. 379.

¹¹⁶ Yazıcıoğlu/Şeker Öğüz, s. 114.

mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır. Sigorta ettirenin itiraz hakkı ihbar niteliğinde olsa da sigortacıyı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe veya sözleşmeden dönmeye ilişkin değildir. Kaldı ki sigortacıyı temerrüde düşürme, sözleşmeyi feshetme veya sözleşmeden dönme hâlinde dâhi TTK'nin 18/3 maddesinin gerekçesinde belirtildiği üzere bu madde ile öngörülen şekil, artık geçerlilik şartı olmaktan çıkarılarak ispat şartına dönüştürmüştür. Uygulamada da TTK'nin 18/3 maddesi ile öngörülen şekil şartının geçerlilik şartı değil, ispat şartı olduğu kabul edilmektedir¹¹⁷. Dolayısıyla sigorta ettiren tacir olsa dâhi bir ihtilaf hâlinde ispatlaması şartıyla her türlü yolla itiraz beyanında bulunabilir.

5. İtiraz Hakkının Kullanılmasının Sonucu

TTK'nin 1423/2 maddesinde sigorta ettirenin itiraz hakkını kullanmamasının sonucu düzenlenmiş iken itiraz hakkını kullanmasının sonucu düzenlenmemiştir. TTK'nin 1423/2 maddesinde yer alan düzenlemeye göre sigorta ettiren sözleşmenin yapılmasına on dört gün içinde itiraz etmemişse sözleşme poliçede yazılı şartlarla yapılmış olacaktır. Bu düzenlemenin mefhum-u muhalifi dikkate alındığında sigorta ettirenin itiraz hakkını kullanması hâlinde sözleşmenin poliçede yazılı şartlarla yapılmamış olacağı anlamı çıkmaktadır¹¹⁸. Sözleşmenin poliçede yazılı şartlarla yapılmamış olması ise var olan bir sözleşmeye poliçede yazılı şartların dâhil olmayacağı anlamına gelmektedir. Gerçekten de burada kurulmuş bir sözleşme vardır; ancak savunduğumuz görüş doğrultusunda itiraz edildiğinde poliçede yazılı şartlar sözleşme kapsamına girmeyecektir. Eğer sözleşme öncesinde sigortacı aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmişse veya en azından genel işlem koşullarına ilişkin gereken bilgilendirme yapılmışsa poliçede yazılı şartlar zaten sözleşme kapsamında olan şartlar olacaktır. Bu durumda sigorta ettirenin itiraz hakkından da bahsedilemeyecektir. Demek ki ortada poliçede yazılı şartların sözleşmenin kapsamına girmediği bir durum söz konusu ki kanun koyucu itiraz hakkının kullanılmaması hâlinde sözleşmenin poliçede yazılı şartlarla yapılmış sayılacağını özellikle belirtme ihtiyacı hissetmiştir. Dolayısıyla sigorta ettiren sözleşmenin genel işlem koşulları ile yapılmasına poliçenin kendisine verilmesinden itibaren on dört gün içinde itiraz ederse genel işlem koşulları sözleşme kapsamına

¹¹⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E: 2014/19-861, K: 2016/632, T: 25.05.2016, "...6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda tacirler arasındaki ihbar ve ihtarların ne şekilde yapılacağı 18/3 maddesinde düzenlenmiş ve ... önceki hükümde bir kısım değişiklikler yapılmıştır. Yapılan değişiklikler madde gerekçesinde, "...hükümdeki şekil, geçerlilik şartı olmaktan çıkarılmış, ispat şartına dönüştürülmüştür..." şeklinde açıklanmış ve böylece tacirler arasında ihtar ve ihbarlar için öngörülen şekil şartı geçerlilik şartı olmaktan çıkarılmıştır..."

¹¹⁸ Yazıcıoğlu/Şeker Öğüz, s. 114.

girmez. Bu durumda sözleşme ya poliçede yazılı şartlarla yapılmamış kabul edilir ya da poliçede yazılı şartların itiraza uğramayanları ile yapılmış olur.

Sigortacının sözleşme öncesinde genel işlem koşulları hakkında bilgi vermemesi veya TTK'nin 1423/1 maddesi ile öngörülen aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi hâlinde kanun koyucu itiraz beyanının içeriği hakkında herhangi bir düzenleme yapmamıştır. İtiraz hakkının genel işlem koşullarının sözleşme kapsamında dâhil edilip edilmemesi hususunda sigorta ettirene tanınan bir hak olması nedeniyle itiraz beyanı poliçede yazılı şartların tamamına yönelik olabileceği gibi kısmen bazı şartlara da yönelik olabilir. Sigorta ettiren itirazında açıklama yapmamış sadece “*itiraz ediyorum*” demiş ise poliçede yer alan daha önce sözleşme kapsamına girmemiş şartları kastettiği anlaşılmalıdır. Sigorta ettirenin itiraz beyanında özellikle “*itiraz*” kavramını kullanması da zorunlu değildir. Önemli olan itiraz beyanında poliçede yazılı şartların kabul edilmediği hususunun anlaşılmasıdır. Ayrıca Yargıtay on dört günlük itiraz süresi içerisinde olmak şartıyla rizikonun ihbarını da itiraz olarak kabul etmektedir¹¹⁹.

Sigorta sözleşmelerinde genel işlem koşullarının yer aldığı poliçe sonradan verilse dâhi sözleşme, teklifnamenin içeriği, sigorta himayesinin türü (yangın, kasko, hayat sigortası gibi), taraflarca önemli kabul edilen ve görüşülen bireysel sözleşme, prim ve ödeme takvimi gibi tarafların üzerinde anlaşıkları esaslı unsurlarla ve kanundaki emredici hükümlerle kurulmaktadır¹²⁰. Zaten sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde anlaşma sağlanamamışsa sigorta sözleşmesi kurulmuş sayılmayacağı için genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına dâhil olup olmamasının da bir anlamı olmayacaktır¹²¹. Sözleşmenin kurulması sırasında taraflar arasında genel işlem koşulu niteliğinde olan genel ve özel şartların bazı hükümlerini karşılıklı görüşme ile belirlemiş olmaları hâlinde bu hükümler yönünden bireysel sözleşmenin

¹¹⁹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E: 2021/5147, K: 2021/6003, T: 13.10.2021; “...her ne kadar TTK'nin 1423/2 maddesi ve Dairemizin emsal uygulamaları uyarınca aydınlatma açıklamasının verilmemesi hâlinde, sigorta ettiren, sözleşmenin yapılmasına on dört gün içinde itiraz etmemişse sözleşme poliçede yazılı şartlarla yapılmış olacaksa da, davacının hem 28.01.2015- 28.01.2016 tarihlerini kapsayan 4671238 sayılı, hem de 28.01.2016- 28.01.2017 tarihleri arasında kapsayan 5996062 sayılı poliçelere dayanıp yeterli aydınlatmanın yapılmadığını ve hasarın poliçe teminatları kapsamında kaldığının kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmesine, 5996062 sayılı poliçenin 12.01.2016 tarihinde düzenlenmesine, dava konusu hasarın on dört günlük itiraz süresi içinde kalan 17.01.2016 tarihinde meydana gelmesine, yine itiraz süresi içinde hasar ihbarında bulunmuş olmasına göre yapılan istinaf başvurusunun HMK'nin 353/b-1 maddesi uyarınca Bölge Adliye Mahkemesince esastan reddine ilişkin kararın usul ve yasaya uygun olduğu kanısına varıldığından Bölge Adliye Mahkemesi kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir...” Yargıtay bu kararında on dört günlük itiraz süresi içerisinde hasar ihbarında bulunulmasını itiraz olarak kabul etmiş ve poliçede yer alan istisna şartının yazılmamış sayılması gerektiğini kabul etmiştir.

¹²⁰ Memiş, s. 124.

¹²¹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Bası, Yetkin, 2017, s. 222.

varlığından bahsedilir ve bunlar artık genel işlem koşulu olmayacağı için sözleşme kapsamına dâhil olarak yürürlük denetimine tabi olmazlar¹²². Başka bir deyişle bireysel sözleşme olduğu anlaşılan ve iki tarafın da şekillenmesine etki ettiği bir düzenleme hiçbir şekilde genel işlem koşulu olarak kabul edilemez ve bunlar için genel işlem koşulları denetimi söz konusu değildir¹²³.

Sigortacı tarafından sigorta ettirene verilen poliçede, teklifnameden veya bireysel sözleşmeye aykırı hükümler varsa TTK'nin 1425/2 maddesi gereğince bu hükümlerden sigorta ettirenin, sigortalının ve lehtarın aleyhine öngörölmüş bulunanlar zaten geçersizdir. Başka bir deyişle sigorta ettirenin poliçede yer alan bireysel sözleşmelere itiraz hakkı yoktur; zira taraflar bunlar hakkında sözleşme öncesinde mutabık kaldığı için genel işlem koşullarına ilişkin denetime tabi tutulamazlar. O hâlde sigorta ettirenin süresinde itiraz hakkını kullanması hâlinde sigorta sözleşmesinin akıbetini itirazın içeriğine göre belirlemek gerekir. Bu kapsamda sigorta ettiren poliçede yazılı genel işlem koşullarının bazı hükümlerine itiraz ederse, itiraza uğrayan bu hükümler TBK'nin 21/1 maddesi gereğince yazılmamış sayılacaktır. TBK'nin 22. maddesi gereğince sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini koruyacaktır. Daha öncede belirttiği üzere yazılmamış sayılan şart, sözleşmenin esaslı unsurunu oluşturuyorsa sigorta sözleşmesi kurulmamış sayılır. Sigortacı, yazılmamış sayılan ve sözleşmenin esaslı unsuru olmayan bu hükümler olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremeyecek; sözleşme, poliçede kalan diğer hükümlerle yapılmış sayılacaktır. Örneğin sigorta ettiren poliçede yazılı olan genel işlem koşulları arasındaki bir muafiyet hükmüne veya özel şartlarda yer alan bir istisna hükmüne itiraz ederse sözleşme bu şartlar olmadan yapılacak; sigortacı kalan hükümler ile sözleşmeyi yapmayacağını ileri süremeyeceği gibi daha sonra rizikonun meydana gelmesi durumunda da bu istisna hükmünü belirterek zararı ödemekten kaçınamayacaktır.

Sigorta ettirenin itiraz beyanı sigorta özel şartlarına veya klozlara yönelikse bunların yazılmamış sayılacağı hususu tartışmalı değildir. Böyle bir durumda sigorta sözleşmesi poliçede yazılı diğer şartlarla (özellikle sigorta genel şartlarıyla) yapılmış sayılır¹²⁴. Ancak sigorta ettirenin tüm poliçeye itiraz etmesi veya sadece sigorta genel şartlarına itiraz etmesi hâlinde SK'nin 11/1 maddesi karşısında sigorta sözleşmesinin hangi içerikle kurulmuş sayılacağı hususu tartışmalıdır. Zira SK'nin

¹²² Atamer, Sempozyum, s. 20; Çınar, s. 70.

¹²³ Alman hukukunda BGB 305/1'de bu husus "...sözleşme şartlarının sözleşme tarafları arasında tek tek pazarlık konusu edilmiş olduğu hallerde genel işlem koşullarının varlığından bahsedilemez..." şeklinde düzenlenmiştir.

¹²⁴ Memiş, s. 148.

11/1 maddesi gereğince sigorta sözleşmelerinin ana muhtevası, denetim makamı tarafından onaylanan ve sigorta şirketlerince aynı şekilde uygulanacak olan genel şartlara uygun olarak düzenlenir. Sigorta genel şartları özellikle, sigortanın konusuna, kapsamında yer alan veya ek sözleşme ile kapsama dâhil edilebilecek kıymetlere, teminat kapsamında olan ve olmayan hâller ile ek sözleşme ile teminata dâhil edilebilecek hâllere, zararın belirlenmesine ve sigortacının sigorta tazminatı veya bedelini ödemesine ilişkin yükümlülüğüne, sigorta ettirenin sözleşme öncesi ve sonrası yükümlülüklerine, prim ödeme borcu ve temerrüde ilişkin hükümleri içermektedir¹²⁵. Bunların birçoğu esasında kanun metninin tekrarı niteliğindeki düzenlemelerdir. SK'nin 11/1 maddesi sigorta genel şartlarının kendiliğinden sözleşme içeriği hâline geleceğini düzenlememiş, bunların sözleşme kapsamına girmesini, sigorta şirketlerinin çalışma esaslarını düzenleyen bu Kanun ile sigortacı üzerine yüklemiştir. Sigortacı genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girmesi için gerekenleri yapmamışsa sonuçlarına da katlanması gerekir. Sigortacı tarafından sözleşme yapılmadan önce sigorta genel şartları hakkında sigorta ettiren bilgilendirilmişse veya en azından örtülü olsa dahi bunları sözleşme içeriği olması yönünde taraf iradeleri mevcutsa sigorta genel şartları sözleşme kapsamına girer ve dolayısıyla sigorta ettirenin TTK'nin 1423/2 maddesi gereğince itiraz hakkı da olmaz. Ancak sigortacı tarafından genel işlem şartları konusunda gerekli bilgilendirme yapılmamış ve tarafların da bu yönde iradeleri oluşmamışsa bu genel şartların sözleşme içeriği hâline gelmesi mümkün değildir. Bu durumda sigorta ettiren TTK'nin 1423/2 maddesi gereğince sigorta genel şartlarının tümüne itiraz edebileceği gibi istediği herhangi bir hükmüne de itiraz edebilir¹²⁶. Bu durumda sözleşmenin hangi içerik ile kurulacağını belirlenmesi gerekir.

TBK'nin 22. maddesi gereğince yürürlük denetiminden geçerek sözleşme içeriği hâline gelen genel işlem koşulları, yürürlük denetimi sonucunda yazılmamış sayılan genel işlem koşullarından farklı olarak geçerliliklerini koruyacaklardır. Gerçekten de TBK'nin 21. maddesinde ele alınan sorun bir butlan veya geçersizlik

¹²⁵ Sevinç Kuyucu, s. 11-12.

¹²⁶ Öğretide YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, sigorta ettirenin itiraz hakkına bağlanacak sonucun itirazın içeriğine göre belirlenmesi gerektiğini, sigorta ettiren sözleşmenin yapılmasına itiraz ediyorsa bu itirazın sigorta himayesi sağlama ediminin başlayıp başlamadığına göre SSBİY'nin 7. maddesinde belirtilen fesih olması gerektiğini, itirazın sadece bilgilendirilme yapılmayan sözleşmenin birkaç maddesine yönelik ise sigortacının itiraza cevap vermemesi ya da olumsuz cevap vermesi halinde sigorta ettirenin yine SSBİY'nin 7. maddesi gereğince fesih ve tazminat hakkı olduğunu, sigortacının sigorta ettirenin itirazını kabul ettiği takdirde tarafların sözleşmenin değiştirilmesi hususunda anlaşabileceklerini, sigortacının sözleşme değişikliğini ek prim koşuluna bağlayabileceğini ve sigorta ettirenin bunu kabul etmemesi veya sözleşmenin değiştirilmesi hususunda anlaşılabilmesi halinde sigorta ettirenin SSBİY'nin 7. maddesi fesih ve varsa uğradığı zararı talep edebileceği belirtilmektedir. bkz. Yazıcıoğlu/Şeker Öğüz, s. 115.

sorunu değil, sözleşmenin baştan eksik ve tamamlanmaya muhtaç şekilde kurulmuş olması sorunudur¹²⁷. Genel işlem koşullarının sözleşme içeriği olmadıği hâllerde TBK'nin 22. maddesi ile hâkime sözleşmenin kalanını ayakta tutma veya tutmama konusunda bir seçenek zaten tanınmamıştır. Zira uyuşmazlık hâlinde hâkim, sözleşmenin geriye kalanını gözeterek sözleşmenin objektif esaslı unsurları üzerinde tarafların iradelerinin uyuşup uyuşmadığına bakacak; taraflar sözleşmenin objektif esaslı unsurları üzerinde anlaşmamış iseler sözleşmenin baştan itibaren hiç kurulmamış olduğu sonucu ortaya çıkacaktır¹²⁸. Dolayısıyla böyle bir durumda TTK'nin 1423/2 maddesinde öngörülen itiraz hakkı da söz konusu olmayacaktır.

Objektif esaslı unsurlar dışında kalan hususlar, sözleşmenin ikinci derecede noktasını oluşturur. Bu kapsamda genel işlem koşulları da kural olarak, sözleşmenin ikinci derecede noktalarını düzenler ve sözleşmenin esaslı olmayan unsurlarını içerir¹²⁹. Sözleşmenin objektif esaslı unsurlarında uyuşulduğu sürece genel işlem koşulları sözleşme kapsamına girmese dâhi sözleşme, TBK'nin 2/1 maddesi gereğince objektif esaslı unsurlarla kurulmuş kabul edilir. Taraflar sözleşmenin objektif esaslı unsurları üzerinde anlaşmış ise o zaman yazılmamış sayılan genel işlem koşulları nedeniyle doğan boşluklar, işin özelliğine bakılarak hâkim tarafından

¹²⁷ Atamer, Sempozyum, s. 32.

¹²⁸ Sözleşmenin objektif esaslı unsurları, sözleşmenin kanunda yer alan tanımında bulunan ve sözleşmenin asgari içeriğini oluşturan, sözleşmenin tipini belirleyen ve sözleşmeyi kurabilmek için tarafların mutlaka anlaşmak zorunda oldukları noktalardır. Objektif esaslı unsurlar olmaksızın sözleşme kurulamaz. Kanundaki düzenlenmiş sözleşmeler açısından objektif esaslı noktalar, yine kanuna bakarak tespit edilir. TTK'nin 1401. maddesindeki tanımdan yola çıkılırsa sigorta sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarını; sözleşme, prim, para ile ölçülebilir bir menfaat, tehlike (riziko, risk, olay), sigorta bedeli, sigorta tazminatı, sigortacı ve sigorta ettiren oluşturmaktadır. Tarafların objektif esaslı unsurlar konusunda iradeleri uyuşmadığı durumda sözleşme kurulmamış olacağı için hâkim bu durumu re'sen dikkate almalıdır. Objektif esaslı unsurların dışında kalan unsurlara ise yan unsurlar (noktalar) veya ikinci derecede unsurlar denilir. Taraflar ikinci derecedeki unsurları ister saklı tutmuş olsun isterse bu hususta sessiz kalsın sözleşme objektif esaslı unsurlar ile kurulmuş olur. Zira kural olarak objektif esaslı unsurlar üzerinde uyuşma sağlanması sözleşmenin kurulması için gerekli ve yeterlidir. Bkz. Eren, s. 249; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 78.

¹²⁹ Bazı durumlarda taraflar anlaşarak veya biri diğer tarafa bunu hissettirerek sözleşmenin ikinci derecede unsuru esaslı unsur haline getirebilir. Sözleşmenin esaslı unsuru haline getirilen bu hususlara sübjektif esaslı unsur adı verilir. Bu itibarla genel işlem koşulları da bir taraf için sözleşmenin sübjektif esaslı unsurları olarak değerlendirilebilir. Genel işlem koşullarının kendisi açısından sözleşmenin sübjektif esaslı unsurlarından olduğunu ve sözleşmenin kurulmadığını iddia eden tarafından bu hususu ispatlamalıdır. Ancak bu şekilde sözleşmenin kurulduğu karinesi çürütülebilir. bkz. Eren, s. 250; Esasında TTK'nin 1425/2 maddesi gereğince; poliçenin ve zeyilnamenin eklerinin içeriği teklifnameden veya kararlaştırılan hükümlerden farklıysa, anılan belgelerde yer alıp teklifnameden değişik olan ve sigorta ettirenin, sigortalının ve lehtarın aleyhine öngörülmüş bulunan hükümler geçersizdir. Dolayısıyla taraflar sözleşme akdedilirken genel olarak teminat kapsamında anlaşmışlar veya teminat istisnasından hiç bahsetmemişler ise sigortacı, yazılmamış sayılan genel şartlardaki istisnanın kendisi için sübjektif esaslı unsur oluşturduğunu ileri süremeyecektir.

doldurulur¹³⁰. Hâkim tarafından sözleşme, önce varsa kanunda yer alan düzenleyici (tamamlayıcı) hukuk kurallarıyla tamamlanır; bunlar yoksa mevcut olmaları hâlinde örf ve adet kurallarından yararlanılır¹³¹. Örf ve adet kuralı da bulunmuyorsa hâkim boşlukları TMK'nin 1/2 maddesi gereğince kendi koyacağı kurallarla tarafların farazi iradelerini esas alarak doldurur.

TMK'nin 1/2 maddesi gereğince kanunda uygulanabilecek bir hüküm olmaması hâlinde hâkim, örf ve âdet kurallarına başvurmalıdır. Bunun için öncelikle hâkimin boşluğu tamamlayacak bir örf ve âdet kuralının olup olmadığını araştırması gerekir. Öte yandan örf ve âdet kuralı hâline gelmemekle birlikte uygulamada yer alan bazı teamüller de söz konusudur. Teamüller, uyulması zorunlu olan hukuk kuralı niteliğinde değildir; ancak bunlar iş hayatında ve belirli bir mesleki çevrede oluşan genel uygulama ve alışkanlıklardır¹³². Teamüller, sözleşmenin içeriği hâline getirilmediği sürece, tarafları bağlamaz. Nitekim TTK'nin 2/1 maddesinde de; kanunda aksine bir hüküm yoksa, ticari örf ve âdet olarak kabul edildiği belirlenmedikçe, teamülün mahkemenin yargısına esas olamayacağı, ancak irade açıklamalarının yorumunda dikkate alınacağı belirtilmiştir. Buradan hareketle teamüllere ancak irade beyanlarının yorumunda, tamamlanmasında ve takdir yetkisinin hakkaniyete uygun kullanılmasında başvurulabilecektir¹³³.

Son olarak boşluk doldurmasında örf ve adet kuralı da bulunmuyorsa, boşluğun tarafların farazi iradeleri esas alınarak hâkimin hukuk yaratması yoluyla doldurulması gerekir. Burada hâkim tarafların gerçek iradesini araştırmasız. Hâkim farazi iradeyi, makul ve dürüst davranan taraflar olarak var olan boşlukları sözleşmeyi kurarken düşünmüş olsalardı nasıl bir düzenleme yapacaklardı ise ona göre tespit eder¹³⁴. Farazi irade belirlenirken sözleşmenin yapısı ve teamüller de

¹³⁰ Eren, s. 498; Atamer, Sempozyum, s. 32; Rüffer/Halbach/Schimikowski/Schimikowski, VVG §7, Rn. 33; Langheid/Wandt/Armbüster, VVG §7, Rn. 153; Stockmeier, III. Vertragsabschlussverfahren, Rn. 55; Prölss/Martin/Rudy, VVG §7, Rn. 27.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E: 2016/13015, K: 2018/4858, T: 27.06.2018, "...Genel işlem koşulu nedeniyle yazılmamış veya kesin hükümsüz sayılan sözleşme hükmünün, sözleşmenin uygulanmasında boşluk doğurması halinde, ortaya çıkan sözleşme içi boşluğun, hakim tarafından öncelikle yedek hukuk, bu yoksa MK m. 1. uyarınca örf ve adet hukukuyla, bu da yoksa hakim tarafından hukuk yaratması yöntemiyle doldurulması gerekir..."

¹³¹ Eren, s. 500.

¹³² Sanem Aksoy Dursun, *Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, 1. Bası, On İki Levha, 2008, s. 98.

¹³³ Demet Özdamar, "Avrupa Sözleşmeler Hukuku'nda ve Türk Borçlar Hukuku'nda Örf ve Âdetler İle Teamül ve Uygulamaların Yeri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan*, 2017, 19(Özel Sayı), s. 130.

¹³⁴ Eren, s. 499; Aksoy Dursun, s. 104.

dikkate alınır¹³⁵. Kanaatimizce sözleşmenin tamamlanmasına yönelik olarak sigorta genel şartlarının da tarafların farazi iradelerinin belirlenmesinde teamül olarak kabul edilmesi gerekir. Zira sigorta genel şartları, örf ve adet kuralı olarak kabul edilemeyecek ise de, sigorta sektöründeki mevcut uygulama kapsamında teamül olarak kabul edilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır¹³⁶.

TBK'nin 22. maddesinin gerekçesinde¹³⁷ BGB §306'ya atıfta bulunulmuş ise de genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girmemesi hâlinde sözleşmenin akıbeti her iki düzenlemede farklılık arz etmektedir. TBK'nin 22. maddesi gereğince sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korumakla birlikte düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremeyecektir¹³⁸. Buna karşılık BGB §306 gereğince genel işlem koşulları tamamen veya kısmen sözleşmenin bir parçası hâline gelmediyse veya geçersizse, sözleşme kalan içeriği ile geçerli olacak ve sözleşmenin içeriği kanun hükümlerine göre tespit edildikten sonra oluşan sözleşmenin taraflarından biri için makul olmayan bir zorluk teşkil ettiği durumda sözleşme tamamen geçersiz olacaktır¹³⁹. Buna göre Türk hukukunda genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girmediği durumlarda sözleşme kalan içerik ve kanun hükümlerine göre geçerliliğini korumakta iken; Alman hukukunda genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girmediği durumlarda kanun hükümleri uygulansa dahi bu husus taraflarından biri için makul olmayan bir zorluk teşkil ettiğinde sözleşmenin tümü geçersiz sayılmaktadır. Başka bir deyişle Alman hukukunda kural olarak sözleşmede yer alacak genel işlem koşullarının bir kısmının

¹³⁵ Aksoy Dursun, s. 104.

¹³⁶ Alman Hukuku'nda sigorta genel şartlarının örf ve adet kuralı niteliğine ilişkin olarak bkz. Rüffer/Halbach/Schimikowski/Schimikowski, VVG §7, Rn. 33; Langheid/Wandt/Armbrüster, VVG §7, Rn. 153; Stockmeier, III. Vertragsabschlussverfahren, Rn. 55.

¹³⁷ “...maddeye göre yazılmamış sayılan genel işlem koşullarını içeren bir sözleşmenin bu genel işlem koşulları dışındaki diğer hükümleri geçerli olmaya devam edecektir. Nitekim aynı konuyu düzenleyen Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 306. maddesinde yazılmamış sayılmanın sözleşmeye etkisi ile ilgili olarak geçerlilik ilkesi benimsenmiş ve oluşabilecek sözleşme boşluklarının kanun hükümleriyle doldurulacağı ifade edilmiştir. Bu sonuç Hukukumuzda yabancı değildir. Mesela 6762 sayılı TTK'nin 1266. maddesinin son fıkrasında, sigorta poliçelerinde okunamayan genel işlem koşulları yerine kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmekle, sözleşmenin geçerli kalacağı esası benimsenmiş bulunmaktadır...”

¹³⁸ “TBK'nin 22. maddesi ile TBK'nin 27/2 maddesinin genel işlem koşulu kullanan taraf için, kıyas yolu ile uygulanması engellenmiştir. Kanun koyucu burada genel işlem şartlarını kullanan tarafın, genel işlem şartları ile ilgili emredici hükümleri ve kendisine genel işlem şartı dayatılan tarafı koruyucu hükümleri dolanmasını ve kanuna karşı hile yapmasını engellemek istemiştir” bkz. Tuğçe Tuzcuoğlu, *Avrupa Birliği Normları ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Işığında Genel İşlem Şartları*, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Doktora Tezi), 2017, s. 264.

¹³⁹ Havutçu, s. 145, dpn. 363.

geçersiz olması hâlinde, bu kısım olmadan da sözleşmenin yürütülebileceği kabul edilmedikçe sözleşmenin tamamı geçersiz olmaktadır.

6. İtiraz Hakkının Kullanılmamasının Sonucu

TBK'nin 21. maddesi karşısında özel hüküm olarak düzenlenen TTK'nin 1423/2 maddesi gereğince sigorta ettiren, sözleşmenin (bu şekilde) yapılmasına on dört gün içinde itiraz etmemişse, sözleşme poliçede yazılı şartlarla yapılmış olur. Başka bir deyişle kanun koyucu itiraz hakkının kullanılmamasının sonucunu, poliçede yazılı şartların (genel işlem koşulları) sözleşme kapsamına girmesi ve dolayısıyla sözleşmenin poliçede yazılı şartlarla yapılmış olması şeklinde düzenlemiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, sigorta ettirenin itiraz hakkını kullanmamasının aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmiş sayılıp sayılmayacağıyla bir ilgisinin bulunmadığıdır. Zira TTK'nin 1423/1 maddesinde düzenlenen aydınlatma yükümlülüğü ile TBK'nin 21. maddesinde düzenlenen genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi (yürürlük denetimi) için yapılması gereken bilgilendirme birbirinden farklı müesseselerdir.

Öğretide genel olarak, sigorta ettirenin itiraz hakkını kullanmaması hâlinde sözleşmenin poliçede yazılı şartlarla yapılmış olacağı ve sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü hiç ihlal etmemiş gibi bir sonucun ortaya çıkacağı, dolayısıyla sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılacağı kabul edilmektedir¹⁴⁰. Bununla birlikte öğretide bir görüş¹⁴¹; sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi hâlinde TTK'nin 1423. maddesi ile öngörülen tek yaptırımın itiraz hakkı olduğunu, sigorta ettiren bu hakkını kullanmaz ise aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmiş sayılacağını ve dolayısıyla artık sigorta ettirenin tazminat ya da fesih hakkı bulunmadığını belirtmektedir. Buna karşılık bir diğer görüş¹⁴² ise sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi hâlinde tek

¹⁴⁰ Yetiş Şamlı, s. 2998; Aral Eldeleklioğlu, s. 399; Yazıcıoğlu/Şeker Ögüz, s. 116; Özdamar, Aydınlatma, s. 366. Yazar, sigorta ettiren on dört gün içinde herhangi bir itirazda bulunmadığı takdirde aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğini veya yerine getirilmese de itiraz etmeyeceğini ortaya koymuş sayıldığını belirtmektedir.

¹⁴¹ Aral Eldeleklioğlu, s. 399. Yazar, sigorta ettirenin on dört gün içinde herhangi bir itirazda bulunmadığı takdirde aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğini veya yerine getirilmiş olmasa da itiraz etmeyeceği yönündeki iradesini ortaya koyduğunu, bu durumda artık sigorta ettirenin SSBİY'ye dayanarak sözleşmeyi feshetmesinin veya tazminat istemesinin yerinde olmadığını belirtmektedir; Aynı yönde Gökyar Çınar, s. 61; Eriş, Sigorta Hukuku, s. 379, Yazar, itiraz hakkı kullanılmamış ise sigorta ettirenin başka hiçbir hakkının bulunmadığını belirtmektedir; Yazıcıoğlu/Şeker Ögüz, s. 117. Yazarlar, sigorta ettiren süresinde itiraz etmemişse artık SSBİY ile tanınan fesih ve tazminat hakkına da sahip olmadığını belirtmektedirler; Aynı yönde Yazıcıoğlu, Bilgilendirme, s. 415.

¹⁴² Ünan, Şerh, s. 238. Yazar, TTK'nin 1423/2 maddesinin aydınlatma yükümlülüğünün ihlali halinde uygulanacak tek hüküm olmadığını, TBK çerçevesinde doğacak sonuçlarında söz konusu olduğunu, culpa in contrahendo gereğince tazminat istemlerinin gündeme

yaptırımın itiraz hakkı olmadığını, esasen bu durumun aydınlatma yükümlülüğünün düzenlenmesi amacıyla da uyuşmadığını, bu nedenle sigorta ettirenin zarara uğraması hâlinde culpa in contrahendo gereğince tazminat talep hakkı ile fesih hakkının bulunduğunu kabul etmektedir. Yargıtay uygulamasında da daha öncede bahsedildiği üzere sigorta ettirenin itiraz hakkını kullanmaması durumunda sözleşmenin poliçede yazılı şartlarla yapılmış olacağı ve böylece aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiği dolaylı olarak kabul edilmekte, bu kapsamda sigorta ettirenin aydınlatma yükümlülüğünün ihlaline dayalı olarak tazminat hakkının bulunmadığı yönünde kararlar verildiği görülmektedir¹⁴³. Oysa savunduğumuz görüş doğrultusunda sigorta ettirenin itiraz hakkını kullanmaması durumunda aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmiş olduğu varsayılmamakta; sadece genel işlem koşulu niteliğindeki sigorta genel ve özel şartlarının TBK'nin 21. maddesi gereğince sözleşme kapsamına girmesi için gerekli olan bilgilendirmenin yerine getirildiği varsayılmaktadır. Kanun koyucu tarafından aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmiş olduğu varsayılmış olsaydı bu hususun tartışmaya mahal bırakılmayacak şekilde Kanunda özellikle belirtilmesi gerekirdi¹⁴⁴.

Aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmemiş olsa dahi TBK'nin 21. maddesinin sigorta sözleşmelerindeki özel hükmü niteliğinde olan TTK'nin 1423/2 maddesi gereğince poliçede yazılı sigorta genel ve özel şartları sözleşme kapsamına girmekte; sözleşme poliçede yazılı şartlarla yapılmış sayılmaktadır. Başka bir

gelebileceğini belirtmektedir; Yetiş Şamlı, s. 2998-2999, Yazar, sigorta ettirenin on dört gün içinde itiraz etmezse aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edilmediği sonucunun ortaya çıkacağını, dolayısıyla sigorta ettirenin daha sonra tazminat isteyemeyeceği düşünülecek olsa dahi burada TBK'nin 39/2 maddesinin kıyasen uygulanması gerektiğini, zira sigorta ettirenin sözleşmeyle bağlı kalmak istemesinin varsa uğradığı zararının tazmini talebinden feragat ettiği anlamına gelmeyeceği belirtilmektedir; Durgut/Bulut, s. 349; Kara, s. 183; Karasu, s. 80; Akgün, Ferdi Kaza, s. 197; Özdamar, Yaptırım Sorunu, s. 359.

¹⁴³ Yargıtay kararlarında 2007 tarihli SSBİY'nin yürürlüğe girmesinden TTK'nin yürürlüğe girmesi arasındaki dönemde akdedilen sigorta sözleşmelerinde sigortacının bilgilendirme yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde sigorta ettirenin zararının tazminine karar verildiği (*Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E: 2013/11089, K: 2014/8643, T: 07.05.2014*), ancak TTK'nin 1423/2 maddesinin yürürlüğe girmesinden sonra ise itiraz hakkını kullanmayan sigorta ettirenin tazminat talep edemeyeceği yönünde kararlar verildiği görülmektedir. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E: 2019/947, K: 2019/7662, T: 07.12.2019. "...TTK'nın 1423/2. maddesi uyarınca, aydınlatma açıklamasının verilmemesi hâlinde, sigorta ettirenin, sözleşmenin yapılmasına ondört gün içinde bu duruma itiraz etmesi gerektiğini, aksi halde sözleşmenin poliçede yazılı şartlarla yapılmış sayılacağı, davacının poliçeye yönelik belirtilen süre içerisinde yapmış olduğu herhangi bir itiraz bulunmadığı, bu nedenle mahkemenin aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmediği şeklindeki kabulünün isabetli bulunmadığı..."

¹⁴⁴ Emine Yazıcıoğlu, *Sigorta Araçları Hukuku I*, 1. Bası, On İki Levha, 2010, s. 178. Yazar, TTK'nin 1423/2 maddesinin "sigorta ettiren on dört gün içinde itiraz etmemesi halinde, gerektiği şekilde aydınlatılmış sayılacağı yönünde karine doğacağı" şeklinde değiştirilmesi gerektiğini, zira sözleşme herhalde poliçede yazılmış şartlarla kurulmuş olacağından bu hususun aydınlatma açıklamasının verilir verilmemesine bağlanmaması gerektiği belirtmektedir.

deyişle itiraz hakkının kullanılmaması hâlinde genel işlem koşulları (sigorta genel ve özel şartları) sözleşme kapsamına girmekte ancak aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmiş olmamaktadır. Zira sigorta genel ve özel şartları sözleşme kapsamına girse dahi bu hususun sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi hâlinde ortaya çıkacak sonuçlarla bir ilgisi bulunmamaktadır. Örneğin sigorta ettiren itiraz hakkını kullanmadığı için artık poliçedeki özel şartlarda yer alan istisna hükmünün sözleşme kapsamına girmediğini ileri süremeyecek, ancak bu konuda sözleşme öncesi aydınlatılmadığı için iradesinin etkilendiğini, aydınlatılmış olsaydı ek primle istisnayı teminat kapsamına aldıracağını ileri sürerek varsa zararını talep edebilecek ve/veya sözleşmenin haklı sebeple feshini isteyebilecektir. Aksine düşünüldüğünde sigorta ettirene tanınan “itiraz hakkı” bir haktan ziyade külfete dönüşmekte ve bu durum sigorta ettirenden ziyade sigortacının lehine olmaktadır. Sigortacı hem Kanun’un kendisine yüklenen aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyecek hem de çoğu zaman böyle bir hakkının olduğundan dahi habersiz olan sigorta ettirenin genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girmesine yönelik “itiraz hakkını” kullanmaması nedeniyle aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirilmiş sayılması Kanun’un amacına da aykırı olacaktır.

Öte yandan sigortacı tarafından sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğünün “bilgilendirme metni” olarak adlandırılan belge aracılığıyla yazılı veya metin biçimi (textform) şeklinde yapılması gerekmektedir. Bunun temelinde ise sigorta ettirenin irade beyanını açıklamadan önce sigorta ettirene bilgiyi anlamak, sindirmek ve değerlendirmek için zaman tanınması ve bu bilginin saklanarak gerektiğinde tekrar tekrar okunabilmesi yer almaktadır¹⁴⁵. Sigorta ettirenin itiraz hakkını kullanmaması durumunda, sözleşmenin poliçede yazılı şartlarla yapılmış olması poliçeye “bilgilendirme metni” niteliği yüklenmez. Zira bilgilendirme metni, gerekli inceleme süresi de tanınmak şartıyla sözleşme öncesinde sigorta ettirene verilen, yapılacak sigorta sözleşmesine ilişkin uyarıları ve bilgilendirmeyi içeren bir belge iken; sigorta poliçesi sözleşmenin kurulmasından sonra sigorta ettirene verilen ve sigorta sözleşmesinin içeriğini yansıtan sadece sigorta sözleşmesinin ispatına yönelik sigortacı tarafından tek taraflı imzalanan bir belgedir. Örneğin, sigortacının sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğü kapsamında sigorta ettireni beyan yükümlülüğünün ihlal edilmesinin sonuçları hakkında da bilgilendirmesi ve uyarması gerekmektedir. Zira sigorta ettiren bu hususu bilmiyorsa bu uyarı üzerine beyan yükümlülüğünü yerine getirmeye çalışacaktır. Sözleşme öncesinde bilgilendirme metni ile bu hususta sigorta ettiren aydınlatılmamış ise bu hususun poliçede yer almasının bir anlamı olmayacaktır. Dolayısıyla sigorta poliçesinin sigorta ettirene verilmesinin

¹⁴⁵ Yetiş Şamlı, s. 2990.

veya hatta sigorta ettiren tarafından imzalanmış olmasının aydınlatma yükümlülüğü ile bir bağlantısı bulunmamaktadır¹⁴⁶.

Sigorta ettirenin itiraz hakkını kullanıp kullanmamasından bağımsız olarak sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğünün ihlali hâlinde sigorta ettirenin iradesi etkilenmiş ve bir zararı oluşmuşsa bu zararını culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında talep etmesi mümkündür. İtiraz hakkının kullanılmaması sadece genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girmesi sonucunu doğurduğundan sigorta ettirenin tazminat ve fesih gibi diğer haklarını kullanmasını engellememektedir. Zira sigortacının sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda esasında taraflar arasındaki güven ilişkisi ihlal edilmekte ve sigorta ettirenin bu ihlal nedeniyle oluşan zararı, culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında kalmaktadır¹⁴⁷. Ayrıca aydınlatma yükümlülüğünün ihlali sigorta ettirenin kararı üzerinde etkili olmuşsa bu husus sürekli sözleşme olan sigorta sözleşmesinin feshi için de haklı sebep teşkil etmektedir. Öte yandan SSBİY'nin 7. maddesinde; sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi hâlinde, bu ihlal sigorta ettirenin kararına etkili olmuş ise sigorta ettirenin sigorta sözleşmesini feshedebileceği gibi, varsa uğradığı zararın tazminini de talep edebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemede aydınlatma yükümlülüğünün ihlalinin yaptırımı olarak "itiraz hakkı" özellikle yer almamaktadır. Zira yukarıda ayrıntılı olarak bahsedildiği üzere itiraz hakkı doğrudan aydınlatma yükümlülüğünün ihlalinin yaptırımı değil sadece genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girip girmemesi sonucunu doğuran bir haktır. Dolayısıyla SSBİY'nin 7. maddesi Kanun'a aykırı bir durum içermemekte aksine, genel hükümlerde var olan bir durumu açıklamaktadır.

¹⁴⁶ Aksi yönde bkz. Karasu, s. 80. Yazar, teminat kapsamı dışında tutulan hususu içeren sigorta poliçesinde sigorta ettirenin imzası bulunmuyorsa sigortacının özel şartlar hakkında sigorta ettireni bilgilendirdiğini ispat edemediğini, bu durumda sigorta sözleşmesinin poliçede yazılı şartlarla kurulmuş sayılamayacağını ve teminat dışında tutulan rizikonun teminat kapsamında olduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Dolayısıyla yazar sigorta poliçesinde sigorta ettirenin imzasının bulunması halinde bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirildiği kanaatindedir.

Yargıtay 17. Hukuk Dairesi E: 2013/1087, K: 2013/2041, T: 21.03.2013, "...uyuşmazlık konusu özel şartın davacının imzasını içeren poliçe metninde bulunup bulunmadığı konusunda uzman bilirkişi incelemesi yaptırılması, sigortalının imzasının ve özel şartın mevcut olduğu poliçenin varlığı halinde davalının özel şarttan haberinin olduğunun aksi halde ise davacının özel şarttan haberinin olmadığı, davalının bilgilendirme yükümlülüğüne uymadığının kabulü ile sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu biçimde eksik inceleme ile hüküm tesisi doğru görülmemiştir..."

¹⁴⁷ Özdamar, Aydınlatma, s. 57; Hacıömeroğlu, s. 50.

SONUÇ

Sigortacının sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi hâlinde TTK'nin 1423/2 maddesi ile sigorta ettirene tanınan itiraz hakkı, hükmün lafzı ve mehaz VVGaF §5a gözetildiğinde, sözleşme öncesi TBK'nin 21. maddesi gereğince sigorta sözleşmesi kapsamına girmemiş olan ve poliçeyle birlikte sigorta ettirene verilen genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girip girmeyeceği hususunda sigorta ettirene tanınan bir haktır. Başka bir deyişle sözleşme öncesinde aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmediği durumlarda genel işlem koşullarının da TBK'nin 21. maddesi gereğince sözleşme kapsamına giremeyeceğini öngören kanun koyucu sigorta sektöründeki uygulamaları da gözeterek bu yönde sigorta ettirene itiraz hakkı tanımış bulunmaktadır. Sigorta ettiren itiraz hakkını poliçenin kendisine teslim edilmesinden itibaren on dört gün içinde kullanırsa itirazın içeriğine göre, itiraza uğrayan şartlar yazılmamış sayılacak, sözleşme itiraza uğramayan şartlarla yapılmış olacaktır. Sigorta ettiren itiraz hakkını kullanmaz ise sözleşme poliçede yazılı şartlarla yapılmış olacak; böylece sözleşmenin kurulmasından sonra verilen genel işlem koşulları sözleşme kapsamına girecektir. Sigorta ettirenin itiraz hakkını kullanmaması nedeniyle sözleşmenin poliçede yazılı şartlarla yapılmış olması, hiçbir şekilde sigortacının sözleşme öncesi yerine getirmedeği aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiği anlamına gelmemektedir. Zira TBK'nin 21. maddesinde düzenlenen genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi (yürürlük denetimi) ile TTK'nin 1423/1 maddesinde düzenlenen aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi için yapılması gerekenler birbirinden farklı hususlardır.

TTK'nin 1423/2 maddesinin düzenlenmesiyle öğretide yer alan tartışmaların temelini itiraz hakkının kullanılmaması hâlinde sigortacının aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmiş olacağı varsayımı oluşturmaktadır. Bu şekilde bir varsayımın kabul edilmesi; itiraz hakkının sigorta ettirene tanınan bir haktan ziyade sanki sigortacıya tanınan bir hak görünümü arz etmektedir. Oysa TTK'nin 1423/2 maddesinin yoruma muhtaç bir madde olduğu gözetildiğinde Alman hukukundaki süreç ile VAGaF §10a ve VVGaF §5a incelendiğinde itiraz hakkının genel işlem koşullarının yürürlük denetimine ilişkin olduğu ve itiraz hakkının kullanılmadığı durumda sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiği varsayımının söz konusu olmayacağı aşikârdır. Öte yandan TTK'nin 1423/2 maddesine mehaz olan ve itiraz hakkının yer aldığı Alman sigorta hukukundaki VVGaF §5a, reform sonrası VVG'ye alınmamış; böylece genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girmesi hususu, genel hükümlere bırakılarak tartışmalara son verilmiştir. Avrupa Birliği Mevzuatı'nda da sigortacının bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında itiraz hakkı hiçbir zaman söz konusu olmamıştır. O hâlde sigorta ettirenin gerçek anlamda korunması için Avrupa Birliği Mevzuatı'nda hiç yer almayan ve Alman sigorta hukukunda da kaldırılan itiraz müessesesinin Türk hukukunda da kaldırılması

gereklidir. Kanaatimizce TTK'nin 1423/2 maddesinde yer alan “*Aydınlatma açıklamasının verilmemesi hâlinde, sigorta ettiren, sözleşmenin yapılmasına ondört gün içinde itiraz etmemişse, sözleşme poliçede yazılı şartlarla yapılmış olur*” ibaresinin hükümden çıkarılarak sigorta sözleşmelerinde yer alan genel işlem koşullarının yürürlük denetiminin TBK'nin 21. maddesine bırakılması gerekir.

KAYNAKÇA

- Akgün E, *Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirme Yükümlülüğü*, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yüksek Lisans Tezi), 2010.
- Akgün E, *Ferdi Kaza Sigortası Sözleşmesi*, 1. Bası, On İki Levha, 2017.
- Aksoy Dursun S, *Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, 1. Bası, On İki Levha, 2008.
- Aral Eldeleklioğlu İ, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Sigortacılık Mevzuatı Uyarınca Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 18(1), 2012, s. 383-402.
- Atamer K, “Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Zarar Sigortalarına Giriş”, *Batider*, XXVII(1), 2011, s. 21-108.
- Atamer Y, *Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, 2. Bası, Beta, 2001.
- Atamer Y, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK m.6 ve TTK m.55, F.1 (f) İle Karşılaştırmalı Olarak”, *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2012, s. 9-73. (Sempozyum)
- Avcı Z, “Sigorta Sözleşmesinde Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 14(155), 2019, s. 1338-1351.
- Aydın S, *Sigorta Ettirenin Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğünün İhlali ve İhlal Hâlinde Sigortacının Hakları*, 1. Bası, Seçkin, 2018.
- Ayhan R, “Teyit Mektubu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, LXXI(2), 2013, s. 51-70.
- Ayhan R/Çağlar H/Özdamar M, *Sigorta Hukuku Ders Kitabı*, 2. Bası, Yetkin Yayınları, 2019.
- Can M, *Türk Özel Sigorta Hukuku*, 2. Bası, İmaj Yayınevi, 2007.
- Ceren Civan S, “Sigorta Sözleşmelerinde Sigorta Şirketinin Bilgilendirme Yükümlülüğü”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 94(3), 2020, s. 64-90.
- Çınar Ö, *Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar*, 1. Bası, On İki Levha, 2009.
- Diller M, *Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte*, 2. Auflage, C.H.Beck, 2017.
- Döhmer T, “Die Fiktionendes §5a VVG”, *zfs*, 1997, s. 281 vd.
- Dörner H/Hoffmann S, “Der Abschluß von Versicherungsverträgen nach § 5a VVG”, *NJW*, Heft 3, 1996, s. 153-160.

- Durgut R/Bulut E H, “Karar İncelemesi: Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğe Aykırılığın Sonuçları”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 6(2), 2020, s. 337-358.
- Eren, F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Bası, Yetkin, 2017.
- Eriş G, *Ticari İşletme ve Şirketler C. I*, 3. Bası, Seçkin, 2017.
- Eriş G, *Sigorta Hukuku*, 1. Bası, Seçkin, 2020. (Sigorta Hukuku)
- Gökyar Çınar S, *Sigorta Hukukunda Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü*, 1. Bası, Yetkin, 2021.
- Hacıömeroğlu A O, “Sigorta Sözleşmelerinin Kuruluş Safhasındaki Sigorta Ettirenin Beyan Yükümlülüğünün Culpa In Contrahendo Sorumluluğu Açısından Değerlendirilmesi”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 1(2), 2015, s. 49-70.
- Havutçu A, *Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*, 1. Bası, Güncel Yayınevi, 2003.
- Kabukçuoğlu Özer F D, *Sigortacılık Kanunu Şerhi*, 1. Bası, On İki Levha, 2012. (Şerh)
- Kabukçuoğlu Özer F D, *Mukayeseli Hukukta ve Uygulamada Hayat Sigortası*, 2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2014. (Hayat Sigortası)
- Kara H, *Sigorta Hukuku*, 1. Bası, On İki Levha, 2021.
- Karasu R, *Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası*, 1. Bası, Yetkin Yayınları, 2016.
- Kollhoser H, “Gewohnheitsrechtliche Erfüllungshaftung und alternative Regelungen”, *r+s*, Heft 3, 2001, s. 89-97.
- Langheid T/Wandt M, *Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz: VVG, Band 1, §§ 1-99, VVG-InfoV*, 2. Auflage, C.H.Beck, 2016, (Langheid/Wandt/Bearbeiter, VVG -, Rn. -).
- Lorenz, E, “Zum Abschluß eines Versicherungsvertrags nach § 5a VVG”, *VersR*, Heft 3, 1995, s. 616-626. (1995)
- Lorenz, E, “Neue Aspekte zum Abschluß eines Versicherungsvertrags nach § 5a VVG”, *VersR*, Heft 19, 1997, s. 773-814. (1997)
- Memiş T, *Sigorta Sözleşmesi Şartlarının Yargısal Denetimi*, 1. Bası, On İki Levha, 2016.
- Özdamar M, “Alman Sigorta Sözleşmeleri Hukukunda Sigortacının Geleneksel Güven (İfa) Sorumluluğu”, *Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan*, 1. Bası, Turhan Kitabevi, 2008, s. 659-684. (Geleneksel Güven)

- Özdamar M, *Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü*, 1. Bası, Yetkin Yayınları, 2009. (Aydınlatma)
- Özdamar M, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğünü İhlal Eden Sigortacı Uygulanacak Yaptırım Sorunu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 71(2), 2013, s. 347-360. (Yaptırım Sorunu)
- Özdamar D, “Avrupa Sözleşmeler Hukuku’nda ve Türk Borçlar Hukuku’nda Örf ve Âdetler İle Teamül ve Uygulamaların Yeri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan*, 19(Özel Sayı), 2017, s. 109-188.
- Pilz K, “Die gewohnheitsrechtliche Erfüllungshaftung nach der VVG-Reform” *VuR*, Heft 2, 2010, s. 167-172.
- Prave P, “Schweigen als Zustimmung?”, *r+s*, Helf 5, 1998, s. 441-448.
- Prölss E/Martin A, *Versicherungsvertragsgesetz*, 31. Auflage, C.H.Beck, 2021, (Prölss/Martin/Bearbeiter, VVG -, Rn. -).
- Römer W, “Zu den Informationspflichten der Versicherer und ihrer Vermittler”, *VersR*, Helf 31, 1998, s. 1313-1322.
- Rüffer W/Dirk Halbach D/Schimikowski P, *Versicherungsvertragsgesetz*, 4. Auflage, 2020, (Rüffer/Halbach/Schimikowski/Bearbeiter, VVG -, Rn. -).
- Schimikowski P, “Die Neuregelungen zum Widerrufs- und Rücktrittsrecht des Versicherungsnehmers”, *r+s*, 1994, s. 441-444.
- Schimikowski P, *Versicherungsvertragsrecht, I. Der Versicherungsvertrag*, 6. Auflage, C.H.Beck, 2017.
- Selim A, “Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü ve Yükümlülüğün İhlali Halinde Sigorta Ettirenin Sahip Olduğu Haklar”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 15(165), 2020, s. 1048-1055.
- Sevinç Kuyucu Ü. A, “Sigorta Genel Şartlarının Hukuki Niteliği ve Uygulanacak Hükümlerin Belirlenmesine İlişkin Esaslar”, *Sigorta Genel şartlarının Düzenlenmesi, Denetlenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar Sempozyumu-Prof. Dr. Rayegan Kender’e Saygı Günü*, 1. Bası, Filiz Kitabevi, 2020.
- Stockmeier H, *Privathaftpflichtversicherung*, 1. Auflage, C.H.Beck, 2019.
- Şeker Öğüz Z/Sevinç Kuyucu A, *Yeni Türk Ticaret Kanununda Sigorta Hukuku*, 1. Bası, Filiz Kitabevi, 2011.
- Taşkın M, *Krediye Bağlı Hayat Sigortası Sözleşmesi*, 1. Bası, On İki Levha, 2019.
- Tekinay S/Akman S/Burcuoğlu H/Altıp A, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, Filiz Kitabevi, 1993.

- Tuzcuoğlu T, *Avrupa Birliği Normları ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Işığında Genel İşlem Şartları*, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Doktora Tezi), 2017.
- Uluğ Cicim İ, “Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, *Türk Ticaret Kanunu’nun 5. Yıl Sempozyumu*, 1. Bası, *Türkiye Adalet Akademisi*, 2018, s. 651-672.
- Ülgen H/Helvacı M/Kendigelen A/Kaya A/Nomer Ertan F, *Ticari İşletme Hukuku*, 5. Bası, On İki Levha, 2015.
- Ünan S/Atamer Y, “Control of General and Special Conditions of Insurance Under Turkish Law with Special Regard to the Transparency Requirement”, *Transparency in Insurance Law, Istanbul 4 May 2012, Joint Seminar Organized by Sigorta Hukuku Türk Derneği, Sigorta Hukuku Türk Derneği-Deutscher Verein für Versicherungswissenschaft*, 2012, s. 65-89.
- Ünan S, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Sigorta Hukuku C. I*, 1. Bası, On İki Levha, 2016. (Şerh)
- Ünan S, “Sigorta Genel Şartları İle İlgili Olarak Uygulamada Karşılaşılan Bazı Problemler”, *Sigorta Genel Şartlarının Düzenlenmesi, Denetlenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar Sempozyumu-Prof. Dr. Rayegan Kender’e Saygı Günü*, 1. Bası, Filiz Kitabevi, 2020. (Genel Şartlar)
- von Ferber K. G/Rosowski O, “Die Widerspruchsmöglichkeit bei Lebens und Rentenversicherungsverträgen aus den Jahren 1195 bis 2007”, *VuR*, 2018, s. 89-101.
- Yazıcıoğlu E, *Sigorta Aracıları Hukuku I*, 1. Bası, On İki Levha, 2010.
- Yazıcıoğlu E, “Sigortacının Bilgilendirme (Aydınlatma) Yükümlülüğü” *Sigorta Hukuku Sempozyumları, Sorumluluk Sigortaları Sempozyumu 1-2 Aralık 2017 İstanbul/Sigorta Hukukunda Güncel Sorunlar Sempozyumu 2-3 Şubat 2018 Bursa*, 1. Bası, On İki Levha, 2018. (Bilgilendirme)
- Yazıcıoğlu E/Şeker Öğüz Z, *Sigorta Hukuku*, 3. Bası, Filiz Kitabevi, 2020.
- Yeşilova Aras E, “Sigorta Sözleşmelerinde Genel İşlem Şartlarının Kullanılması”, *Genel İşlem Şartları Sempozyumu, İzmir Barosu Dergisi*, 1(3), 2015, s. 447-496.
- Yetiş Şamlı K, “Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğünü Düzenleyen TTK m. 1423 Hükmüne İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22(3), 2016, s. 2977-3004.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARI ÇERÇEVESİNDE TAHKİM ŞARTININ VARLIĞI HALİNDE GENEL İFLAS YOLUYLA TAKİP YAPILMASININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Bahadır KÖKSAL*

ÖZET

İflasa ilişkin konular, iflasın kamu düzenini ilgilendirmesi nedeniyle tahkime elverişsiz olarak kabul edilmektedir. Bununla beraber; genel iflas yolu ile yapılan takibe itiraz üzerine açılan itirazın kaldırılması ve iflas davası bakımından tahkime elverişlilik bağlamında, öğretide ve Yargıtay kararlarında çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Yargıtay 23. Hukuk Dairesince; itirazın kaldırılması ve iptal davasının niteliği itibariyle iki aşamadan oluştuğu, öncelikle alacağın varlığı, alacak miktarının belirlenmesi ve sonrasında iflas aşamasına geçilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Alacağın varlığı ve alacak miktarının tespitinin maddi hukuka göre ayrı bir yargılama gerektirdiği gerekçesiyle; tahkim şartı uyarınca, bu yargılamanın hakem nezdinde yapılması gerektiği savunulmuştur. Öte yandan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından bu görüşün aksi yönünde karar verilmiş olup itirazın kaldırılması ve iflas davasının birbirinden ayrılamayan prosedürler olduğu, iflas davasının kamu düzeninden olması nedeniyle tahkime elverişli olmadığı ve uyumsuzluğun genel mahkemelerde çözülmesi gerektiği belirlenmiştir. Bu çalışmada; itirazın kaldırılması ve iflas davasının bölünebilirlik konusunda niteliği ve dürüstlük kuralına aykırı olarak, tahkim şartının etkisiz hale gelmesini sağlamak üzere genel iflas yoluyla takibe başvurulup başvurulamayacağı hususları değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Tahkim, Tahkime Elverişlilik, Genel İflas Yoluyla Takip, İtirazın Kaldırılması ve İflas Davası, Dürüstlük Kuralı

* **Avukat,** İ. D. Bilkent Üniversitesi, Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi/ANKARA, e-posta: bahadirkoksal@gmail.com,

ORCID: 0000-0003-0963-3165

DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1104200

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 15/04/2022

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 22/06/2022

**AN ASSESSMENT OF ORDINARY BANKRUPTCY PROCEEDINGS IN
CASE OF EXISTENCE OF AN ARBITRATION CLAUSE BASED ON THE
JUDGEMENT OF THE GENERAL ASSEMBLY OF CIVIL CHAMBERS OF
THE TURKISH SUPREME COURT**

ABSTRACT

Claims related to bankruptcy are considered as non-arbitrable since bankruptcy concerns public order. However, various opinions have been put forward in the doctrine and Supreme Court decisions regarding the removal of objection and bankruptcy case filed upon the objection to the ordinary bankruptcy proceeding, in the context of arbitrability. It has been stated that the removal of the objection and bankruptcy case consist of two stages. It has been claimed that the determination of the existence and the amount of claim require a separate trial and this trial should be proceeded before the arbitrator due to the arbitration clause. However, The General Assembly of Civil Chambers of the Turkish Supreme Court decided to the contrary of this opinion. It was determined that the removal of the objection and bankruptcy case are inseparable procedures from each other. Therefore, the bankruptcy case is unsuitable for arbitration because of the public order. The dispute should be resolved in general courts. The points to be considered are the removal of objection and bankruptcy case regarding divisibility and examining whether it is possible to apply for ordinary bankruptcy proceeding to render the arbitration clause ineffective, contrary to the good faith principle.

Keywords: *Arbitration, Arbitrability, Ordinary Bankruptcy Proceeding, the Removal of Objection and Bankruptcy Case, Good Faith Principle*

GİRİŞ

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun (HGK) 21/12/2021 tarihli ve 2019/(15)6-574E – 2021/1710 K. sayılı kararında, Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin daha önceki kararlarından farklı yönde bir karar verilmiştir. Karara konu somut olayda, taraflar arasında yapılan sözleşmedeki tahkim şartının varlığına rağmen başlatılan genel iflas yolu ile takibe itiraz edilmiş ve İİK m. 155 ve devamı maddeleri uyarınca itirazın kaldırılması ve iflas davası açılmıştır. Buna karşı davalı tarafça tahkim ilk itirazında bulunulmuştur. Aşağıda somut olay, mahkeme kararları ve kararlara ilişkin değerlendirmelere yer verilmiştir.

I. SOMUT OLAY

Taraflar arasında, 19/04/2011 tarihinde “Düzenleme Şeklinde Gayrimenkul Satış Vaadi ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi” imzalanmıştır. Sözleşmenin 42. maddesinde taraflarca, sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların çözümü için tahkim şartı öngörülmüş olup tahkim şartı, “İşbu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar, tapu iptali

davası dışında, İstanbul Ticaret Odası'nın Hakem Mahkemesince seçilecek üç (3) Hakem Kurulu marifetiyle tahkim yoluyla çözümlenir." şeklinde kaleme alınmıştır. Davalı-yüklenici tarafından anahtar teslimi inşaatı tamamlama ve teslim etme borcu, sözleşmede belirtilen süre içerisinde yerine getirilmemiş olup, borca aykırılık nedeniyle davacıların uğradığı iddia edilen ve kendi paylarına isabet edecek şekilde kira kaybına ilişkin belirsiz alacak davası şeklinde şimdilik 2.000.000-TL bedelin tahsili amacıyla davalı-yüklenici aleyhine genel iflas yolu ile takibe (İİK m. 155 vd.) başlanmıştır. Başlatılan takibe, davalı-yüklenici tarafından süresi içerisinde itiraz edilmiş ve İİK m. 156/3 uyarınca takip durmuştur. Bunun üzerine davacı tarafından İİK m. 158 uyarınca davalı-yüklenici şirketin yapmış olduğu itirazın kaldırılması, alacağın belirlenerek bu bedelin depo edilmesi kararı verilmesi, süresinde yerine getirilmediği takdirde davalı-yüklenicinin iflasına karar verilmesi talepli dava, iflas davalarında kesin yetki öngören İİK m. 154/3 uyarınca davalı-yüklenicinin muamele merkezi olan Diyarbakır Asliye Hukuk Mahkemesinde (Asliye Ticaret Mahkemesi sıfatıyla) açılmıştır. Buna karşılık davalı-yüklenici tarafından, sözleşmenin 42. maddesinde bulunan tahkim şartı nedeniyle, HMK m. 116/1-b uyarınca süresi içerisinde cevap dilekçesiyle birlikte tahkim ilk itirazı ileri sürülerek davanın usulden reddine karar verilmesi ve bunun yanında yine davalı tarafından esasa ilişkin savunmalarda da bulunularak davanın esastan reddine hükmedilmesi de talep edilmiştir.

Dolayısıyla uyuşmazlık; taraflar arasında imzalanan sözleşmede bulunan tahkim şartının varlığına rağmen, davacı tarafından genel iflas yolu ile takip yapılması ve buna itiraz edilmesi sonucunda açılan davanın genel mahkemede görülmesinin yerinde olup olmadığı ve bu sebeple davanın usulden reddine karar verilmesinin gerekip gerekmediğine ilişkindir.

II. MAHKEME KARARLARI

A. İlk Derece Mahkemesi Kararı¹

Diyarbakır 2. Asliye Hukuk Mahkemesi, Asliye Ticaret Mahkemesi sıfatıyla bakmaya başladığı dosyada 2016/824E – 2017/649 sayılı kararında, konuyla ilgili olarak Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin muhtelif kararlarını² da örnek göstermek suretiyle yerleşik uygulamaya işaret etmiş ve uyuşmazlığa ilişkin gerekçesini bu çerçevede oluşturmuştur. Gerekçeye göre; Yargıtay 23. Hukuk Dairesi içtihatlarında da belirtildiği üzere, itirazın kaldırılması ve iflas davasının içeriğinde farklı

¹ Diyarbakır 2. Asliye Hukuk Mahkemesi, E: 2016/824, K: 2017/649, T:27.04.2017.

² Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, E: 2015/397, K: 2016/2509, T: 20.04.2016; Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, E: 2013/4113, K: 2013/4498, T: 28.06.2013; Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, E: 2014/9602, K: 2015/6987, T: 02.11.2015; Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, E: 2013/1329, K: 2013/1692, T: 19.03.2013.

aşamaların bulunduğu; ilk aşamanın davacının davalıdan alacaklı olduğunun tespitinin yapılarak alacağın varlığı ve alacak miktarının belirlenmesine ilişkin maddi hukuk yargılaması olduğu, ikinci aşamada ise şartların varlığı halinde davalının iflasına ilişkin hukuki değerlendirmenin yapılacağı tespit edilmiştir.

Anılan kararda; iflasa ilişkin hususların kamu düzeninden olması nedeniyle tahkime elverişsiz bulunduğu ifade edilse de taraflar arasında imzalanan sözleşme içerisinde yer alan tahkim şartının, açılan davada ilk aşamaya yani alacağın varlığının ve miktarının tespit edilmesi kısmına ilişkin olması nedeniyle tahkim yargılamasının yapılması gerektiği; alınacak olan bu hakem kararına istinaden iflas yolu ile takip yapılması ve itiraz halindeki prosedürün işletilmesi gerektiği belirtilerek taraflar arasındaki sözleşmede bulunan tahkim şartını ortadan kaldıracak şekilde genel iflas yolu ile takip yapılmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle HMK m. 116/1-b ve HMK m. 413 uyarınca davanın tahkim ilk itirazı dikkate alınarak usulden reddine karar verilmiştir.

B. İstinaf Mahkemesi Kararı³

İlk derece mahkemesi tarafından verilen karar üzerine davacı vekili tarafından; kararın hukuken doğru olmadığı, açılan davanın iki aşamadan oluştuğu ve bu sebeple alacağın öncelikle tahkim yargılaması kapsamında belirlenmesi ve sonrasında genel iflas yolu ile takip yapılması gerektiği gerekçelerinin hukuka aykırı olduğu, kanunda böyle bir ayırımın bulunmadığı, karara emsal olarak gösterilen Yargıtay kararlarının yabancı hukuk uygulanması ve yabancı mahkemelerin yetkili olması nedeniyle doğru emsal teşkil etmediği ve alacağın tespitinin iflas davasında zorunlu bir aşama olmayıp genel iflas yolu ile takipte borçlu tarafından itiraz edilmemesi halinde doğrudan iflas aşamasına geçildiği hususları ileri sürülerek karar, istinaf kanun yoluna götürülmüştür.

Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesi 2017/1576E – 2018/102 sayılı kararında, ilk derece mahkemesi tarafından atıf yapılan Yargıtay 23. Hukuk Dairesi kararları ve uygulamaları gösterilmek suretiyle, tarafların sözleşme serbestisine dayanarak kendi aralarındaki sözleşmenin 42. maddesinde hüküm altına aldıkları tahkim şartı uyarınca, öncelikle davacıların tahkim yoluna müracaat etmesi ve ancak oradan alacağın varlığı ve miktarına ilişkin bir karar almasından sonra genel iflas yolu ile takibe başvurabileceği gerekçesiyle davacının istinaf itirazlarının esastan reddine karar vermiştir.

³ Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesi, E: 2017/1576, K: 2018/102, T: 18.01.2018.

C. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Kararı⁴

İstinaf talebinin esastan reddi üzerine davacı vekili tarafından süresi içerisinde temyiz kanun yoluna başvurulmuştur. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi tarafından; öncelikle İİK m. 158 uyarınca açılan iflas davalarının basit usul uygulanarak görüleceği, sözleşmenin 42. maddesi gereğince öngörülen tahkim şartının ihtiyari tahkim olduğu, iflas davalarının kamu düzenini ilgilendirmesi, tarafların kendi iradeleri dahilinde sulh veya kabul yolu ile dava konusu üzerinde tasarruf etmelerinin mümkün olmaması nedeniyle tahkim yargılamasının gündeme gelemeyeceği, hak arama özgürlüğü kapsamında alacağına kavuşmak isteyen alacaklının alacağını iflas yoluyla talep etmesi ve mahkemede dava açması seçeneğini kullanmasının söz konusu olduğu durumda -bu tür davaların basit yargılama usulüyle çözüleceği de dikkate alındığında- davalı tarafından tahkim ilk itirazında bulunulmasının dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağı tespit edilerek yargılamaların usul ekonomisi kapsamında basit usulde yürütülecek iflas yargılamasından önce davacı tarafa, tahkim şartı uyarınca, alacağına ilişkin hakem kararı alması şartının getirilmesinin hak arama özgürlüğü ve makul sürede yargılanma ilkesine de aykırılık teşkil edeceği belirtilmiştir.

Bu sebeplerle ilk derece mahkemesi tarafından yapıldığı üzere açılan davanın iki aşamaya ayrılarak görülmesinin haklı bir gerekçesi olmadığı, iflas yargılamasının itirazın kaldırılması ve iflas incelemesi şeklinde bir bütün teşkil ettiği de belirtilerek ilk derece mahkemesi kararının ve istinaf talebinin esastan reddi kararının doğru olmadığı tespit edilmiş ve Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesinin 2017/1576E – 2018/102 sayılı kararı kaldırılarak genel mahkeme kararının bozulmasına oy birliği ile karar verilmiştir.

C. İlk Derece Mahkemesi Kararı (Direnme Kararı)⁵

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi tarafından verilen bozma kararı üzerine ilk derece mahkemesi, ilk kararında işaret ettiği Yargıtay 23. Hukuk Dairesi kararlarını ve uygulamasını tekrarlayarak, iflas takibi üzerine itirazın kaldırılması ve iflas davasının iki aşamadan oluştuğu hususu ve tarafların sözleşme serbestisi gözetilerek imza altında aldıkları tahkim şartı uyarınca ilk aşama olan alacak miktarının varlığının ve miktarının belirlenmesi kısmının tahkim yargılamasında çözülmesi gerektiğini ifade etmiştir. İlk derece mahkemesi tarafından Yargıtay 15. Hukuk Dairesi tarafından verilen bozma kararından bir gün önce yine Yargıtay 23. Hukuk Dairesi tarafından verilen ve daire uygulamasıyla aynı yönde olan karara⁶ da atıf

⁴ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, E: 2018/2228, K: 2019/950, T: 05.03.2019.

⁵ Diyarbakır 2. Asliye Hukuk Mahkemesi, E: 2019/168, K: 2019/317K, T: 17/05/2019.

⁶ Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, E: 2018/1512, K: 2019/796, T: 04.03.2019.

yapılarak⁷ bozmaya konu kararında ileri sürülen gerekçe tekrarlanmıştır. Bunlarla birlikte, ilk derece mahkemesi tarafından -ilgili Anayasa Mahkemesi kararlarına da atıf yapılarak- Yargıtay dairelerince, aynı konuya ilişkin farklı kararlar verilmesinin belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırılık teşkil edeceği ve bu durumun hak ihlali olarak nitelendirildiği de vurgulanarak; ilk aşama olan alacağın varlığının ve miktarının belirlenmesi kısmı için tahkime gidilmesinin ve bunun akabinde genel mahkemede iflas davasının açılmasının hukuka uygun olacağı, aksi takdirde taraflarca imza altına alınan tahkim şartının hükümsüz, tesirsiz veya uygulanmasının imkansız olacağı ve bu durumun da hukuken korunmayacağı gerekçeleriyle önceki kararda direnilmiştir.

D. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı⁸

İlk derece mahkemesi tarafından verilen direnme kararı, davacılar vekili tarafından süresi içerisinde temyiz edilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na (HGK) göre uyumsuzluğun temeli; taraflar arasında imzalanan tahkim şartının varlığı karşısında, davacılar tarafından İİK m. 155 uyarınca yapılan genel iflas yolu ile takibe davalı borçlu tarafından itiraz edilmesi üzerine, genel mahkemede açılan itirazın kaldırılması davasının tahkim şartı nedeniyle usulden reddine karar verilmesinin hukuken uygun olup olmadığı sorusu etrafında toplanmaktadır.

Kararın gerekçe kısmında, HGK tarafından öncelikle İİK m. 155 ve devamı maddeleri uyarınca işletilecek prosedüre ve genel olarak tahkim kavramına ilişkin bilgiler verilmiştir. Daha sonra somut olay dikkate alınarak; iflas davasının kamu düzeni ve diğer alacaklılar üzerinde sonuçları olduğu, iflas yoluyla icra takibi, itirazın kaldırılması ve iflas talebinin birbirini izleyen prosedürler olduğu ve bir bütün teşkil ettiği, dolayısıyla birbirinden ayrılmaması gerektiği, itirazın kaldırılması kısmının tahkimde çözülmesinin ve sonrasında iflas talebi için mahkemeye başvurulmasının usul ekonomisine aykırılık teşkil edeceği, İİK m. 155 ve devamı maddelerinde alacağın tespiti için tahkime gidilebileceğine ilişkin bir düzenleme olmadığı, taraflarca kararlaştırılan tahkim şartı kapsamında da iflas yolu ile takip yapılamayacağı şeklinde bir sınırlama bulunmadığı, alacaklı tarafın hak arama özgürlüğü kapsamında bir an önce alacağına kavuşmak üzere iflas yolu ile takip yapmasının ve bu takibe itiraz üzerine genel mahkemelerde dava açma yolunu

⁷ “...Bu durumda davacının öncelikle tahkim mahkemesinde alacağının varlığını ispatlayacak bir karar alması ve akabinde borçlu aleyhine iflas yolu ile takip yapması ve iflas davası açması gerekirken; taraflar arasındaki hukuk ve yetkili yargı yeri seçimini ortadan kaldıracak şekilde doğrudan iflas takibi yapması ve bunu dayanak göstererek iflas davası açması doğru değildir...”

⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2019/(15)6-574, K: 2021/1710, T: 21.12.2021.

seçmesi durumunda davalı tarafından tahkim ilk itirazında bulunulmasının iyiniyetli bir yaklaşım olarak değerlendirilemeyeceği, yargılamaların en kısa sürede ve usul ekonomisi gereğince çözüleceği dikkate alınarak basit usulde yapılacak olan yargılamanın hak arama özgürlüğünü kısıtlar şekilde usulden reddine karar verilmesinin doğru olmadığı ifade edilmiştir. Ayrıca taraflar arasındaki tahkim şartının varlığına rağmen, davacı tarafından TMK m. 2’de öngörülen dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde, tahkim şartının uygulanabilirliğini imkânsız hale getirmek amacıyla iflas yoluyla takibe başlandığı, bu sebeple direnme kararının onanması gerektiği görüşü HGK nezdinde ileri sürülmüş, ancak bu görüş yukarıda açıklanan sebeplerle Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir. Bu sebeplerle, davacılar vekilinin temyiz itirazları kabul edilerek direnme kararının, Özel Daire bozma kararında açıklanan nedenlerden dolayı bozulmasına oy çokluğu ile karar verilmiştir.

HGK tarafından oy çokluğu ile verilen karara ilişkin yazılan karşı oyda ise; iflas davasının takip hukuku müessesesi olmakla birlikte genel mahkemeler tarafından alacağın varlığı ve miktarının maddi hukuk kurallarına göre esastan incelendiği ve HMK hükümlerine göre yargılama yapılması nedeniyle cebri icra hukukunun kapsamı dışında kaldığı, bu sebeple itirazın kaldırılması kısmı için tahkim şartının bertaraf edilmesinin mümkün olmadığı, tarafların arasında tahkim şartı veya anlaşması bulunması halinde iflas takibinin konusu alacağın varlığı ve miktarının belirlenmesi için tahkime gidilmesi gerektiği ve daha sonra iflas yoluna başvurulabileceğine ilişkin öğretide görüşlerin bulunduğu belirtilmiştir. Bununla birlikte somut olayda, taraflar arasında bir tahkim şartı bulunmasına rağmen davacı tarafından tahkim yolu tercih edilmeyerek genel iflas yolu ile takibe geçilmesinin, tahkim şartının uygulanabilirliğini imkansız hale getirdiği, alacak davası açılmak istense tahkim ilk itirazıyla karşılaşılacağı için tahkim sözleşmesini geçersiz kılmak isteyen davacının iflas yoluyla takip yapmaktan başka bir imkanının bulunmadığı, somut olayda İİK m. 177 uyarınca alacaklının talebi ile doğrudan iflasın koşullarının olduğu iddialarının da bulunmadığı, bu koşulların oluşması halinde alacaklının tahkim yoluna başvurmadan doğrudan iflas davası açabileceği, bu koşulların olmaması nedeniyle alacaklı tarafından genel iflas yolu ile takibe başvurulmasının yasal bir hak olduğu, ancak TMK m. 2’de yer alan dürüstlük kuralı ve ahde vefa ilkesi dikkate alınarak davacının sözleşmedeki tahkim şartını dolanma amacıyla olduğunu açık olduğu, HGK üyelerinin çoğunluğunun kabul ettiği üzere HMK’da bulunan tahkime ilişkin hükümlere tahkim sözleşmesinin varlığı halinde iflas yoluna gidilemeyeceğine ilişkin hüküm konulması gerektiği yaklaşımının ise tahkim sözleşmelerinin uygulanmasını giderek imkansız hale getirebileceği belirtilmiş ve çoğunluk görüşüne uyulmamıştır.

II. HUKUKİ DEĞERLENDİRME

A. Hukuki Sorunun Tespiti

Yukarıda aktarılan kararlarda da açıkça belirtilmiş olduğu üzere, değerlendirilmesi gereken temel husus; taraflar arasında imzalanan tahkim şartının varlığı karşısında, İİK m. 155 uyarınca yapılan genel iflas yolu ile takibe itiraz edilmesi üzerine, genel mahkemede açılan itirazın kaldırılması ve iflas davasının, tahkim şartı nedeniyle usulden reddine karar verilmesinin uygun olup olmadığıdır.

Bu temel sorun kapsamında, İİK m. 155 ve devamı maddeleri uyarınca açılan davanın ilk derece mahkemesinin kararında belirtmiş olduğu üzere iki aşamadan oluşup oluşmadığı ve bu aşamaların bölünebilirliği, bölünmesi halinde alacağın varlığının ve miktarının belirlenmesi hususunun tahkime elverişli olup olmadığı, bu amaçla öncelikle tahkime gidilmesinin usul ekonomisi ilkesine aykırı olup olmadığı konularının incelenmesi gerekmektedir.

Ayrıca, değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise Yargıtay HGK kararının karşı oyunda belirtilmiş olduğu üzere, taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının, genel iflas yolu ile takip yoluna başvurulması sonucunda işlevsiz ve uygulama dışı bırakılmasının, taraflar arasındaki ahde vefa ilkesine ve TMK m. 2 dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edip etmeyeceğidir.

B. Tahkime Elverişlilik Kapsamında Değerlendirme

Tahkime elverişlilik kavramının iç tahkim için genel sınırları HMK m. 408 kapsamında çizilmiş olup söz konusu düzenleme: “*Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir.*” şeklindedir. Dolayısıyla tahkime elverişliliğin belirlenmesindeki ölçüt, uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişkinin tarafların iradelerine tabi olmayan işler arasında yer alıp almadığıdır. Taraf iradesine tabi olmayan işler ise; tarafların üzerinde anlaşmak suretiyle serbestçe tasarrufta bulunamayacağı, kabul veya sulh yoluyla sona erdiremeyeceği kamu düzenine ilişkin uyuşmazlıklardır.⁹ Bu doğrultuda taraflarca imzalanan “Düzenleme Şeklinde

⁹ Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021, s. 825; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, Cilt 2, Yetkin Yayınları, 2021, s. 343; Süleyman Yılmaz/Gökçe Filiz Çavuşoğlu, “Türk Hukukunda Tahkime Elverişlilik Kavramı ve Taşınmaz Aynına İlişkin Uyuşmazlıkların Tahkimde Görülmesi”, *İÜHFD*, 10 (2), 2019, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/inuhfd/issue/46923/630553>>, Erişim Tarihi 15 Haziran 2022, s. 601; Gökçe Kurtulan, “Türk Hukukunda Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği”, *TBB Dergisi*, 131, 2017, <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-131-1676>>, Erişim Tarihi 15 Haziran 2022, s. 241 vd.; Mustafa Cemre Can, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişliliğe Uygulanacak Hukuk”, *Marmara Üniversitesi HFHAD*, 26 (2), 2020,

Gayrimenkul Satış Vaadi ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi”nin 42. maddesinde: “İşbu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar, tapu iptali davası dışında, İstanbul Ticaret Odası'nın Hakem Mahkemesince seçilecek üç (3) Hakem Kurulu marifetiyle tahkim yoluyla çözümlenir.” şeklinde tahkim şartı kararlaştırılmış ve HMK m. 408’de de belirtilmiş olduğu üzere, taşınmazının aynından kaynaklanan tapu iptali davasının, tahkim şartının dışında olduğu ifade edilmiştir.

Somut olayda uyuşmazlık, sözleşmeden kaynaklanmakta olup borçlu-yüklenicinin edimini gerektiği gibi ifa etmemesi nedeniyle, davacının uğramış olduğu zarar olan kira kaybından doğan tazminat talebine ilişkindir. Bu talep sözleşmeden doğan bir tazminat talebi olup tahkime elverişlilik konusunda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır.¹⁰ Bununla birlikte davacı tarafından, alacağa ilişkin genel iflas yolu ile takibe başvurulması ve buna karşı davalı-yüklenicinin itiraz etmesi karşısında, İİK m. 155 ve devamı maddeleri uyarınca açılan itirazın kaldırılması ve iflas davası prosedürü için tahkime elverişlilik konusunda bazı değerlendirmelerin yapılması gerekmektedir.¹¹

İlk derece mahkemesi ve istinaf mahkemesinin gerekçelerine dayanak teşkil ettikleri ve yukarıda zikredilen Yargıtay 23. Hukuk Dairesi içtihatlarında; genel iflas yolu ile yapılan takibe itiraz edilmesi üzerine, İİK m. 155 ve devamı maddeleri uyarınca açılacak olan itirazın kaldırılması ve iflas davalarının; öncelikle alacağın varlığı ve miktarının belirlenmesi ve sonrasında ise borçlu-davalının şartların gerçekleşmesi halinde iflasına karar verilmesi olmak üzere iki aşamadan oluştuğu açıkça belirtilmiştir. Buna istinaden, ilk aşama olan alacağın varlığı ve miktarının belirlenmesine ilişkin uyuşmazlığın, maddi hukuka göre çözülmesi gereken ayrı bir dava olduğu ve buna ilişkin taraflar arasında tahkim veya yetki sözleşmesi var ise belirlenen yerde yargılamanın yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Alacağın varlığına ve miktarına ilişkin hakemden alınan karara müteakip genel iflas yoluyla takip yapılabileceği ve iflas yargılamasının da İİK m. 154 uyarınca borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer Asliye Ticaret Mahkemesinde yapılacağı belirtilmiştir. Bu yaklaşım kısaca: “İflas davalarında tahkim şartının

<<https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/58488/777630>>, Erişim Tarihi 15 Haziran 2022, s. 1351.

¹⁰ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, E: 2010/1581, K: 2010/1652, T: 23.03.2010; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, E: 2010/4423, K: 2010/4960, T: 04.10.2010. İlgili kararlarda gayrimenkul satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan gecikme tazminatı ve cezai şart için tahkim yargılamasının mümkün olduğu, ancak tarafların genel mahkemelerde dava açması durumunda tahkim şartının veya sözleşmesinin uygulamasından vazgeçmiş sayılacakları kabul edilmektedir.

¹¹ İflas davalarının tahkime elverişliliği konusunda detaylı bilgi için bkz. Ebru Şensöz Malkoç, “Milletlerarası Yetki Anlaşması, Tahkim Anlaşması ve Hukuk Seçimi Anlaşmasının İflas Davası Bakımından Etkileri”, *BUHFD*, 14 (179-180), 2019, <<https://www.jurix.com.tr/article/19329>>, Erişim Tarihi 10 Nisan 2022, s. 1411-1422.

uygulanamayacağına ilişkin kural, alacağın tesbiti aşamasına ilişkin olmayıp, iflas kararı verilmesi konusundaki devlet egemenliği ilkesi açısından hüküm ifade eder.”¹² biçiminde dile getirilmiştir.

Buna karşın Yargıtay 15. Hukuk Dairesi ve Yargıtay HGK kararlarında ise; İİK m. 155 ve devamı maddeleri uyarınca açılacak olan davanın basit usulle görüleceği için hızlı bir şekilde sonuca varılacağından bahisle, alacağın varlığının ve miktarının tespiti için öncelikle tahkime gidilmesinin ve akabinde genel iflas yolu ile takip yapılmasının, yargılama sürecini uzatacağı ve masrafları da artıracığı gözetilerek makul sürede yargılanma hakkı ve usul ekonomisiyle bağdaştırılamayacağı hususları üzerinde durulmuştur. Bununla birlikte, iflas davasının yukarıda bahsedildiği üzere ikiye ayrılmasının mümkün olmadığı ve bir bütün olarak değerlendirilmesi ve görülmesi gerektiğinden, iflas davaları için öngörülen tahkim yasağının, somut olaydaki uyuşmazlık için açılan davanın bir bütün olarak iflas davası olarak nitelendirilmesinden bahisle, burada da uygulanacağı ifade edilmiştir. Zira iflas davalarının, borçlunun bütün alacaklılarını ilgilendirmesi,¹³ münhasıran tarafların arzusuna tabi olmayan işlerden olması¹⁴ ve niteliği itibarıyla kamu düzenine¹⁵ ilişkin olması nedeniyle tahkim yoluyla çözülmesi mümkün değildir.¹⁶ Kaldı ki İİK m. 154/3 uyarınca iflas davalarının açılması hakkında kesin yetki kuralı da bulunmaktadır.¹⁷ Bununla birlikte doktrinde,

¹² Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, E: 2018/1512, K: 2019/796, T: 04.03.2019; Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, E: 2013/4113, K: 2013/4498, T: 28/06/2013. İlgili kararların sonuç kısımları sırasıyla: “...Bu durumda davacının öncelikle tahkim mahkemesinde alacağının varlığını ispatlayacak bir karar alması ve akabinde borçlu aleyhine iflas yolu ile takip yapması ve iflas davası açması gerekirken; taraflar arasındaki hukuk ve yetkili yargı yeri seçimini ortadan kaldıracak şekilde doğrudan iflas takibi yapması ve bunu dayanak göstererek iflas davası açması doğru değildir.” ve “...Bu durumda davacının öncelikle anılan yargı yerlerinde alacağının varlığını ispatlayacak bir karar alması ve bununla Türkiye’de borçlu aleyhine iflas yolu ile takip yapması ve iflas davası açması gerekirken; taraflar arasındaki hukuk ve yetkili yargı yeri seçimini ortadan kaldıracak ve özellikle alacağın başka bir yer hukukuna tâbi kılınması sonucunu doğuracak şekilde doğrudan iflas takibi yapması ve bunu dayanak göstererek iflas davası açması doğru değildir.” şeklindedir.

¹³ Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021, s. 480; Tanrıver, *Cilt 2*, s. 353.

¹⁴ Mustafa Oskay/Coşkun Koçak/Adnan Deynekli/Ayhan Doğan, *İİK Şerhi*, 3. Cilt, Turhan Kitabevi, 2007, s. 3754.

¹⁵ Nafi Pakel, “İflas Davasında Hakem Şartı”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 81 (1), 2007, <<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/Yayinlar/Dergi/doc/ibd20071.pdf>>, Erişim Tarihi 8 Nisan 2022, s. 41.

¹⁶ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, *Medenî Usul*, s. 825; Tanrıver, *Cilt 2*, s. 344; Hakan Pekcanitez/Alı Yeşilirmak, *Medenî Usûl Hukuku*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 2673.

¹⁷ “...Şu kadar ki, iflas davaları için yetki sözleşmesi yapılamaz ve iflas davası mutlaka borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinde açılır.”

arabuluculuğa başvuru çerçevesinde takipli iflas yolunda açılan iflas davasının kamu düzeni niteliğine ilişkin bazı tartışmalar da bulunmaktadır.¹⁸ Kamu düzeni hususunda, iflas davası ve iflas kararının etkilerine ilişkin bir ayırım yapılarak takipli iflas yolu sonrasında açılan iflas davasının kamu düzenine ilişkin sonuçlarının, iflasın açılmasıyla ortaya çıkacağı belirtilmiştir.¹⁹ İtiraz üzerine yapılacak itirazın kaldırılması yargılamasının ise, alacak davasının özelliklerini taşıdığı; alacaklıların korunmasına ve tasfiyenin etkinliğinin artırılmasına ilişkin getirilen düzenlemelerin de kamu düzeni niteliği doğurmayacağı ifade edilmiştir.²⁰

Yukarıda verilen bilgiler ışığında, gayrimenkul satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmelerinden doğan alacak davalarının tahkime elverişli olduğu, buna karşın kamu düzeni karakteri nedeniyle iflas davalarının ise tahkim yoluyla çözülemeyeceği açık bir şekilde tespit edilebilecektir. Bu noktada somut olayın isabetli şekilde analiz edilebilmesi için iki hususun incelenmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki, genel iflas yoluyla takibe itiraz edilmesi halinde açılacak davanın birbirinden ayrılabilir iki aşamadan oluşup oluşmadığıdır. Eğer ilk derece mahkemesi ve istinaf mahkemesinin görüşü savunularak ayrılabilen sonucuna varılırsa, o zaman Yargıtay HGK kararının isabetsiz olduğu söylenebilecektir. Bununla birlikte Yargıtay 15. Hukuk Dairesi ve Yargıtay HGK kararları gereğince, itiraz üzerine açılacak olan dava bir bütün olarak değerlendirilirse, o zaman iflas davasının tahkimle çözülmeye elverişli olmayan karakteri nedeniyle, eldeki uyuşmazlığın genel mahkemelerce çözümlenmesinin isabetli olduğu sonucuna varılabilecektir.

İkinci ihtimale kanaat getirildiği takdirde; taraflar arasındaki tahkim şartının varlığına rağmen, genel iflas yolu ile takip başlatılarak, iflas davasının kamu düzeni karakteri nedeniyle tahkime elverişsiz olmasından faydalanılmak sureti ile tahkim şartının etkisiz hale getirilmesinin, TMK m. 2 uyarınca dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edip etmediği ise incelenmesi gereken ikinci husustur.

Aşağıda bu iki husus detaylı olarak incelenecektir.

¹⁸ İflas davalarının niteliği itibarıyla dava şartı arabuluculuğa tabi olup olmayacağına ilişkin detaylı bilgi ve tartışmalar için bkz. İbrahim Ermenek/Betül Azaklı Arslan, “İcra ve İflâs Hukuku Açısından Ticarî Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m. 5/A)”, *TBB Dergisi*, 147, 2020, <<http://tbdergisi.barobirlik.org.tr/Dergi/Dergi148/136/>>, Erişim Tarihi 15 Haziran 2022, s. 135-196; Barış Toraman, “İflâs Davasının Arabuluculuğa Elverişli ve Dava Şartı Arabuluculuk Kapsamında Olup Olmadığı Üzerine”, *SÜHFD*, 28 (3), 2020, <<https://dergipark.org.tr/pub/suhfd/issue/56651/744755>>, Erişim Tarihi 15 Haziran 2022, s. 1027-1059.

¹⁹ Toraman, s. 1046, 1054.

²⁰ Toraman, s. 1054.

C. İtirazın Kaldırılması ve İflas Davasının Bölünebilirliğinin Değerlendirilmesi

Alacaklının, alacağını tahsil etmek için alacak davası veya genel haciz yolu ile takip yerine iflas yolunu tercih etmesi; iflas davasının basit yargılama usulüyle yürütülmesi, iflas takibinin borçlular üzerindeki etkisi, olası bir iflas ilanında borçlunun ticari itibar kaybı, depo kararı, alacağın nakden ve tamamen yatırılması imkânı nedenlerine dayandırılabilir.²¹ Alacaklı tarafından genel iflas yolu ile takip yapılması, İİK m. 155 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Genel iflas yolu ile takip, genel haciz yolunun iflas takibindeki karşılığıdır.²² Ödeme emrinin içeriğine, genel haciz yolundan farklı olarak; borcun ödenmemesi halinde iflas talep edilebileceği, borca itiraz edebileceği ve konkordato teklif edebileceği hususu ilave edilir. Ödeme emrini tebliğ alan borçlunun, İİK m. 155 uyarınca da belirtildiği gibi yedi gün içerisinde takip konusu miktarı ödemesi yahut bu süre içerisinde borca itiraz etmesi gerekmektedir. Takip talebi ve ödeme emri aşamaları genel haciz yoluna çok benzer niteliktedir.²³ Yedi günlük süre içerisinde itiraz edilmez, borç da ödenmez ise İİK m. 156/1 uyarınca alacaklı tarafından, Asliye Ticaret Mahkemesine başvurularak borçlunun iflasına karar verilmesi talep edilebilir. Bunun yanında, ödeme emrinde belirtilen süre içerisinde borçlu tarafından borca itiraz da edilebilir. Bu durumda İİK m. 156/3 uyarınca itirazın kaldırılması ve iflas talepli dava açılabilir. Başvurulacak olan Asliye Ticaret Mahkemesi, İİK m. 154/3 uyarınca öngörülen kesin yetki kuralı sebebiyle, borçlunun “muamele merkezinin bulunduğu yer” Asliye Ticaret Mahkemeleridir.²⁴

Borçlunun bu şekilde ödeme emrine itirazı üzerine açılan itirazın kaldırılması ve iflas davası, genel hükümlere göre görülen maddi hukuk davası olup bu dava sonucunda verilen karar ise maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmektedir.²⁵ Bu doğrultuda, mahkeme tarafından borçlu olunmadığı sonucuna varılırsa dava reddedilecek ve maddi anlamda kesin hüküm teşkil edeceği için alacaklı, iflas takibi

²¹ Sümer Altay, *Türk İflas Hukuku*, 1. Cilt, Vedat Kitapçılık, 2004, s. 168.

²² Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, 1993, s. 2661.

²³ Kuru, s. 2662.

²⁴ İflas davalarının niteliği hakkında detaylı bilgi için bkz. Mustafa S. Özbek, “İflâs Davasının Hukukî Mahiyeti”, *AUHFD*, 61 (1), 2012, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42474/511641>>, Erişim Tarihi 4 Nisan 2022, s. 207-274.

²⁵ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, *İcra ve İflas*, s. 482; Selçuk Öztekin, “İflas Davasının Kabulüne ya da Reddine İlişkin Kararın Hukuki Niteliği (Maddi Anlamda Kesin Hüküm Etkisi)”, H. Ercüment Erdem/Tolga Ayoğlu/Anlam Altay/Alı Dural/Fülurya Yusufoglu/Sinan H. Yüksel (Ed.), *Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 568; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021, s. 528.

ve dava konusu yapmış olduğu alacak için borçluya karşı yeni bir alacak davası açamayacaktır.²⁶ Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından yapılacak inceleme, genel mahkemede İİK m. 67 uyarınca açılan itirazın iptali davalarındaki incelemeye benzetilebilir.²⁷

Bununla birlikte, açılan davanın reddedilmesi, yalnızca esasa ilişkin olarak borçlu olunmadığının tespiti ile değil, başkaca durumlarda da söz konusu olabilecektir. İİK m. 155 uyarınca; borçlu, aleyhinde başlatılan genel iflas yolu ile takibe karşı “kendisinin iflasa tabi kimselerden bulunmadığına dair” itirazını da yedi günlük süre içerisinde ileri sürebilecektir. İflas kararının verilebilmesi için davalının iflasa tabi kişilerden olması gerekir.²⁸ İcra müdürü tarafından, borçlunun iflasa tabi olup olmadığı hususu, diğer itiraz sebeplerinin de kendiliğinden araştırılmayacağı gibi, kendiliğinden gözetilemeyecektir.²⁹ Bu husus, açılacak olan dava kapsamında, taraflarca ileri sürülmemiş olsa dahi, resen incelenecektir.³⁰ Asliye ticaret mahkemesi tarafından yapılan yargılama sonucunda, davalı – borçlunun iflasa tabi olmadığı tespit edildiği takdirde davanın reddine karar verilecektir.³¹

Bir diğer husus ise, İİK m. 158/1 düzenlemesinin ikinci cümlesi uyarınca: “İflas talebinin ilanından itibaren on beş gün içinde diğer alacaklılar davaya müdahale veya itiraz ederek iflası gerektiren bir hal bulunmadığını ileri sürerek mahkemeden talebin reddini isteyebilirler.” şeklinde ifade edilmiştir. İflas talebi İİK m. 166 kapsamında ilan edildikten sonra, borçlunun diğer alacaklıları tarafından, on beş gün içerisinde, görülmekte olan davaya müdahale veya itiraz edilebilir. Diğer alacaklılar tarafından iflası gerektiren bir durumun bulunmadığı ispat olunur ise, mahkeme tarafından davanın reddine karar verilebilir.³² Örneğin, davalı ve davacı

²⁶ Kuru, s. 2677.

²⁷ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, *İcra ve İflas*, s. 482.

²⁸ Altay, s. 126.

²⁹ Kuru, s. 2641.

³⁰ Kuru, s. 2641; Altay, s. 129.

³¹ Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, E: 2017/2341, K: 2020/1916, T: 04.06.2020 “Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, tanınması istenen kararın sadece davacı ile ilgili bir karar olmadığı, Almanya’da kişisel iflas yoluna başvuran kişinin Türkiye’de de iflasa tabi kişilerden olması gerektiği, tacir olmayan kişilerin Türk hukuk sistemine göre iflas edemeyeceği, dolayısı ile iflas kararı verilmesinin mümkün olmadığı gerekçesi ile davanın usulden reddine karar verilmiştir.”; ilk derece mahkemesi tarafından yeterli araştırmanın yapıldıktan sonra davalının iflasa tabi gerçek kişi tacir olmadığı ve dolayısıyla iflasının istenemeyeceği gerekçesiyle davanın HMK m. 114/2 ve 115/2 maddeleri uyarınca dava şartı yokluğu nedeniyle usulden ret kararı verilmesi hakkında Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, E: 2015/8943, K: 2016/3400, T: 02.06.2016.

³² Detaylı bilgi için bkz Altay, s. 135 vd.

arasında görülmekte olan iflas davasının, davalının iflasını sağlamak üzere muvazaalı olarak başlatılıp devam ettirildiği iddiasıyla, asli müdahale talebinde bulunularak davanın reddi talep edilebilir.³³ Bu şekildeki muvazaalı iflas taleplerine ilişkin, müdahale talep eden diğer alacaklıların itirazları doğrultusunda, mahkemece, iflas davasının reddine Yargıtay kararları da mevcuttur.³⁴

Yine üzerinde durulması gereken önemli bir husus, İİK m. 160 uyarınca ilk alacaklılar toplantısına kadar yapılacak olan iflas masraflarının, iflas isteyen alacaklı tarafından karşılanması şartıdır. İflas isteyen alacaklı tarafından bu masrafların karşılanması durumunda, İİK m. 248 uyarınca bu masrafların iadesi talep edilebilecektir.³⁵ Yargıtay önceden, bu masrafların iflas talep eden alacaklı tarafından karşılanmaması durumunda, iflas davasının reddedileceği görüşünü benimsemişti.³⁶ Bununla birlikte, Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin daha sonraki dönemde; iflasın kamu düzeni ilişkin olması gerekçesiyle, iflas talep eden alacaklı tarafından masrafın kesin süre içinde yatırılmamış olması karşısında, HMK m. 325 uyarınca işlem yapılması gerektiği yönünde kararları da mevcuttur.³⁷

İİK m. 156/3'te hüküm altına alındığı ve somut olayda gerçekleştiği üzere, borçlu tarafından yapılan genel iflas yolu ile takibe karşı borçlu-yüklenici tarafından

³³ Kuru, s. 2680 vd.

³⁴ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E: 2001/8522, K: 2002/2289, T: 28.03.2002; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E: 2000/7712, K: 2001/1024, T: 08.02.2001.

³⁵ Altay, s. 140.

³⁶ Gönen Eriş, *Uygulamalı İflas ve Konkordato Hukuku*, Aydın Yayınları, 1991, s. 117 vd.; Oskay/Koçak/Deyneki/Doğan, 3. Cilt, s. 3901 vd.; Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, E: 2013/543, K: 2013/1770, T: 22.03.2013.

³⁷ Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, E: 2015/6028, K: 2015/5860, T: 14.09.2015 “...Mahkemece, dosya kapsamına göre 10.000 TL iflas avansının mahkeme veznesine depo edilmesi için davacıya birkaç kez süre verildiği ve en son duruşmada iflas avansının yatırılmaması halinde davanın dava şartı yokluğundan usulden reddedileceği ihtar yapıldığı, fakat davacının verilen bu kesin süreye uymadığı ve iflas avansını yatırmadığı gerekçesi ile davanın usulden reddine karar verilmiştir... İflas kamu düzenine ilişkindir. Bu nedenle İİK'nın 181. maddesi yollamasıyla 160. maddesi uyarınca, iflasını isteyen gerekli masrafları avans olarak mahkeme veznesine peşin yatırmalıdır. İflas avansı, HMK'nın 120. maddesinde düzenlenen ve dava şartı olan gider avansı olmayıp, tamamlanabilir. Kesin süreye uyulmaması halinde, HMK'nın 325. maddesi uyarınca işlem yapılarak gerekli masrafların karşılanması gerekir. Dairemizin yerleşik uygulaması bu yöndedir. Mahkemece, anılan madde uyarınca, gerekli masrafların bu şekilde karşılanması, uyumsuzluğun esasının incelenmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yanlış gerekçeyle yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır.”; Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, E: 2014/5863, K: 2015/4256, T: 04.06.2015 “...Her ne kadar davacı tarafça, verilen kesin süreye rağmen talep edilen avans yatırılmamış ise de, iflasın açıklanan sebeplerle kamu düzenini ilgilendirdiği gerçeği karşısında HMK'nın 325. maddesi uyarınca işlem yapılarak, gerekli masrafların bu şekilde karşılanması ve anılan araştırma ve değerlendirme yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır.”

itiraz edilmiş, takip durmuş ve itirazın hükümden düşürülmesi için alacaklı tarafından, borçlunun muamele merkezindeki Asliye Ticaret Mahkemesinde (somut olayda Asliye Ticaret Mahkemesi sıfatıyla Diyarbakır 2. Asliye Hukuk Mahkemesi) itirazın kaldırılması ile borçlunun iflasına karar verilmesi talep edilmiştir.

Açılan bu dava üzerine, taraflar arasındaki sözleşmenin 42. maddesinde belirlenen tahkim şartına dayanılarak, davalı-yüklenici tarafından HMK m. 116/1-b uyarınca tahkim ilk itirazında bulunmuş ve ilk derece mahkemesi de Yargıtay 23. Hukuk Dairesi uygulamaları doğrultusunda, davanın ilk kısmı olan itirazın kaldırılması, yani alacaklının alacağının varlığı ve miktarının belirlenmesi için tahkimde dava açılması gerektiğinden bahisle davayı usulden reddetmiştir. Bununla birlikte Yargıtay 15. Dairesi ve Yargıtay HGK kararlarında, İİK m. 155 ve devamı hükümleri uyarınca açılacak olan itirazın kaldırılması ve iflas davasının bölünebilir nitelikte olmaması gerektiği vurgulanarak iflas davalarının kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle tahkime elverişli olmadığı gerekçesiyle, ilk derece mahkemesi kararı bozulmuştur.

Yukarıda tahkime elverişlilik kısmında detaylı olarak açıklandığı üzere, - geçerli bir tahkim şartına rağmen genel iflas yoluyla takibe başvurulup başvurulamayacağına değerlendirilmesi daha sonraki bölümlerde yapılacak olup- açılacak olan dava bir bütün olarak değerlendirilip iflas davası olarak nitelendirildiği takdirde, uyuşmazlığın tahkime elverişsiz olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Halbuki açılacak olan davanın bölünebilir niteliğinden bahsedilirse, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararın isabetli olduğu ifade edilebilir.

İncelemeye konu Yargıtay HGK kararına dayanak ilk derece mahkemesi kararı, bu kararda emsal olarak gösterilen Yargıtay 23. Hukuk Dairesi kararlarında ve öğretide bazı yazarlar tarafından; itirazın kaldırılması ve iflas davasının, aynı anda ileri sürülmek zorunda olsa dahi aşamalı talepler olduğu ve bu sebeple de bölünebilir nitelikte olduğu üzerinde durulmuştur.³⁸ Bu görüşe gerekçe olarak ise; ilk aşama olarak ifade edilen alacağın ve miktarının belirlenmesi işinin, genel hükümlere göre yürütülecek ayrı bir maddi hukuk yargılaması olması gösterilmiştir.³⁹ Buradan hareketle; taraflar arasında geçerli bir tahkim şartı veya sözleşmesi varsa, itirazın kaldırılması kapsamında genel hükümlere göre yapılacak olan yargılamanın, taraf iradesi de ön planda tutularak tahkim yoluyla çözülmesi, hakem kararı ile genel iflas yoluyla takip yapılması ve iflas davası açılması

³⁸ İlhan Dinç, “Genel (Âdi) İflas Yoluyla Takibe İtirazın Kaldırılması ve İflas Davasının Tahkime Elverişliliği”, *TAAD*, 1 (41), 2020, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/taad/issue/58516/857824>>, Erişim Tarihi 9 Nisan 2022, s. 442; aynı doğrultuda tahkim şartının olması halinde, genel iflas yoluyla yapılan takipte hakem sözleşmesinin geçerli olacağına ilişkin bkz. Pakel, s. 39-41; Şensöz Malkoç, s. 1420.

³⁹ Dinç, s. 443.

gerektiği, aksi halde tahkim şartı veya sözleşmesinin etkisiz kalacağı ve bu sebeple taraf iradelerinin bertaraf edileceği gerekçe gösterilmiş⁴⁰ ve HMK m. 413 uyarınca usulden ret hükmü kurulmuştur.⁴¹

Öncelikle belirtmek gerekir ki tahkim yargılamasında hakem tarafından verilen kararlar ilam niteliğini haizdir⁴² ve ilamların icrasına konu olabilir.⁴³ Somut olaydaki alacak talebi için, tahkime başvurulması halinde açılacak olan dava HMK m. 105 uyarınca bir eda davası olacaktır. Hakem yargılaması sonunda alacaklı olup olunmadığı ve alacak miktarı bir eda kararı niteliğinde olacak şekilde hüküm altına alınacaktır. Davacının haklı görülmesi halinde verilecek olan bu eda kararı, aynı zamanda alacaklı olduğunun ve alacak miktarının tespiti niteliğini de haizdir.⁴⁴

İİK m. 177 uyarınca alacaklının talebi ile doğrudan doğruya iflasa başvurulabilmesi mümkün olsa dahi; alacaklı, kendi lehine olan bu imkânı kullanmayarak borçluya karşı İİK m. 155 ve devamı maddeleri uyarınca takipli iflas yoluna da başvurabilir.⁴⁵ Dolayısıyla, borçlunun iflasını sağlamak üzere İİK m. 155 ve devamı maddeleri uyarınca genel iflas yolu ile takip yapılarak ve ilk aşamanın hakem kararıyla tamamlandığı belirtilerek iflas aşamasına geçilmesi yerine; verilen hakem kararının ilamlı takibe konu edilmesi ve ilamın gereğinin yerine getirilmemesi üzerine, İİK m. 177 uyarınca doğrudan doğruya iflas halleri kapsamında, alacaklının talebi ile doğrudan iflas davası açılmasının mümkün ve

⁴⁰ Dinç, s. 445; Hatice Özdemir Kocasakal, "Milletlerarası Yetki Anlaşmalarının İflas Davası Üzerindeki Etkilerine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", *DEÜHFD*, 16 (Özel Sayı Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan), 2014, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/deuhfd/issue/46919/588537>>, Erişim Tarihi 8 Nisan 2022, s. 2314.

⁴¹ "...Tüm bu sebeplerle de, taraflar arasındaki Sözleşme'nin 42. maddesi hükmü uyarınca, davacının öncelikle İstanbul Ticaret Odası Hakem Mahkemesi nezdinde alacağının varlığını ispatlayacak ve miktarını tespit edecek bir karar alması, bu karara istinaden borçlu aleyhine iflâs yolu ile takip yapması ve iflâs davası açması gerekirken; taraflar arasındaki yetkili yargı yeri seçimini ortadan kaldıracak şekilde, doğrudan iflâs takibi yapması ve bunu dayanak göstererek iflâs davası açması hukuken mümkün değildir. Neticeten, davalı tarafın yasal süresi içerisinde yapmış olduğu tahkim ilk itirazı dikkate alınarak, tahkim klotunun hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkansız olmaması nedeniyle, davanın HMK m. 116(1)-b ve m. 413(1) hükümleri uyarınca usulden reddine karar verilmiştir..."

⁴² Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, *İcra ve İflas*, s. 401.

⁴³ HMK m. 439/4 uyarınca, ulusal tahkim yargılamasında hakem tarafından verilen kararlara karşı iptal davası açılması kararın icrasını durdurmaz. Ancak taraflardan birinin talebi üzerine hükümlenen para veya eşyanın değerini karşılayacak bir teminat gösterilerek kararın icrası durdurulabilir. MTK m. 15/A/4 uyarınca uluslararası tahkim yargılamalarında verilen hakem kararına karşı iptal davası açılması, kendiliğinden hakem kararının icrasını durdurmaktadır.

⁴⁴ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, *Medenî Usul*, s. 293; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku, Cilt 1*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021, s. 621.

⁴⁵ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 542; Kuru, s. 2661.

alacaklının daha lehine olacağı ifade edilebilir. Bu hükmün, şekli bir hüküm olması sebebiyle borçlu hakkında bu maddeye göre doğrudan doğruya iflas kararı verilebilmesi için borçlunun aciz halinde olup olmamasının veya borcu ödememe nedeni önem taşımaz.⁴⁶ Böylece asliye ticaret mahkemesi tarafından, doğrudan doğruya iflas talebi hallerinin mevcut olduğu ve talebe konu alacağın ödenmediği tespit edilirse, depo kararı vermeden borçlunun iflasına karar verilecektir.⁴⁷

Dolayısıyla, tahkim şartının varlığı durumunda itirazın kaldırılması ve iptal davası açılması söz konusu olduğunda, ilk aşama olan itirazın kaldırılması yargılaması için tahkime gidildiği ve hakemden karar alındığı takdirde, ilk derece mahkemesi kararında belirtildiği gibi genel iflas yoluyla takip yapıp itiraza uğraması halinde, ilk aşamanın hakem nezdinde yargılamasının tamamlanması nedeniyle atlanıp iflas davası aşamasına geçilmesi yerine; şartlarının mevcut olması halinde, hakem kararından sonra doğrudan İİK m. 177'ye göre hareket edilmesi mümkündür. Zira hakem kararı ilam niteliğinde olduğundan, ilamların icrası yoluyla tahsilat sağlanamaması durumunda, İİK m. 177 uyarınca “ilama müstenit alacak icra emriyle istenildiği halde ödenmemesi” durumu ortaya çıkacağı için alacaklının talebi ile doğrudan doğruya iflas davası açılmasına işlerlik kazandırılması uygun olacaktır. Ayrıca daha sonra açıklanacağı üzere, geçerli bir tahkim şartının varlığı ve taraflar arasındaki uyuşmazlığın da tahkime elverişli olması durumunda, genel iflas yoluyla takip başlatılamayacağına kabulünün daha isabetli olacağı kanaatindeyim.

Bu hususun yanı sıra, tahkimde açılacak olan davanın, HMK m. 106 uyarınca bir tespit davası olabileceği görüşü irdelenecek olursa; öncelikle, eda davası açılması mümkünken tespit davası açılmasında, kural olarak, hukuki yararın bulunmadığı hususu gündeme gelecektir.⁴⁸ Zira öğretilde, daha kapsamlı bir hukuki koruma sağlayan yola başvurma mümkün olması halinde tespit davası açmakta hukuki yararın olmadığı belirtilmiştir.⁴⁹ Somut olay bazında, özel durum olarak nitelendirilip “korunmaya değer güncel yararın” varlığının kabul edilmesi de pratik açıdan önemli bir fayda sağlamayacaktır. Zira, öncelikle genel iflas yolu ile takip yapıp takibe itiraz olması halinde, alacağın varlığının ve miktarının belirlenmesine yönelik “tespit hükmü” niteliğindeki hakem kararına dayanılarak doğrudan iflas davası aşamasına geçilmesi çok uygulanabilir ve etkili bir yol olmayacaktır. Dolayısıyla yukarıda belirtildiği üzere, eda hükmü niteliğindeki hakem kararının, ilamlı icraya konu edilip ilamın yerine getirilmemesi durumunda İİK m. 177

⁴⁶ Talih Uyar, “Doğrudan Doğruya İflas Halleri”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 4 (31), 2009, <<https://jurix.com.tr/article/516>>, Erişim Tarihi 10 Nisan 2022, s. 84.

⁴⁷ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, *İcra ve İflas*, s. 496.

⁴⁸ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, *Medenî Usul*, s. 302; Tanrıver, Cilt 1, s. 624.

⁴⁹ Baki Kuru/Ali Cem Budak, *Tespit Davası*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 127.

uyarınca alacaklının talebiyle doğrudan iflas davası açılmasının daha pratik olacağı ifade edilebilir.

Dolayısıyla somut olaydaki durum göz önüne alındığında, para borcuna ilişkin hakem kararının alınmasından sonra, İİK m. 177 hükmüne rağmen, İİK m. 155 ve devamı maddeleri uyarınca hareket etmenin pratik açıdan bir fayda sağladığını söylemek isabetsiz olur. Öğretide de borçlunun mahkeme kararına bağlı ve konusu para olan borcunu ödemediğine göre, alacaklı tarafından borçluya karşı önceden iflas takibi yapılmasının pratik bir yararı olmadığı açıkça belirtilmiştir.⁵⁰

Bu açıklamaların yanında belirtmek gerekir ki açılacak olan davanın, aşamalara ayrılarak önce tahkimde, sonrasında ise genel mahkemelerde incelenebilecek bir dava olduğunu ileri sürmek de uygun olmayacaktır. Öğretide de iflas davasının bölünemeyeceği, ikiye ayrılarak görülmesinde haklı bir gerekçe olmadığı ve haklı bir sebeple izah edilemeyeceği ve dolayısıyla iflas davasının itirazın kaldırılması talebi ile birlikte bir bütün olarak incelenmesi gerektiği belirtilmiştir.⁵¹ Bununla birlikte doktrinde; iflas davasının tam ve teknik anlamıyla bir dava olmadığı, iflas yolu ile takibin -borçlu tarafından takibe itiraz edilip edilmemesi fark etmeksizin, yani itirazın kaldırılması aşamasının olup olmadığına bakılmaksızın- bir aşaması ve takibin bir devamı olduğu, bu sebeple de ancak iflas yolu ile takip yapılması durumunda gündeme geleceği ifade edilmiştir.⁵² Bir diğer görüşte ise; tahkim sözleşmesinin varlığı halinde takipli iflas yollarına başvurulamayacağı, bunun sebebinin ise ödeme emrine itiraz edilip edilmemesi fark etmeksizin iflasa tabi borçlunun iflasının sağlanabilmesi için iflas davası açılması gerektiği ve iflas davasının da niteliği ve doğurduğu sonuçlar bakımından kamu düzeninden olup tahkime elverişli olmadığı belirtilmiştir.⁵³ Bu görüşlerden hareketle, itirazın kaldırılması ve iflas davasının bölünerek görülmesinin mümkün olmadığı, iflas davasının bir bütün olarak sürdürülmesi gerektiği ifade edilebilir. Öğretide ve incelenen Yargıtay kararlarında belirtildiği üzere, bu iki unsurun bir bütün olarak incelenmesi ve yargılamasının aşamalara ayrılmayarak ele alınması gerektiği yaklaşımına katılmak mümkündür. Aksi takdirde yani bölünerek inceleme yapılması durumunda, yukarıda açıklandığı üzere pratik bir fayda elde edilmeyeceği söylenebilecektir.

Sonuç itibarıyla taraflardan birinin genel iflas yoluyla takip başlatması ve takibin itiraza uğraması durumunda, kanunda belirtildiği üzere yargılamanın genel

⁵⁰ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, *İcra ve İflas*, s. 494.

⁵¹ Pekcanitez/ Yeşilirmak, s. 2675.

⁵² İlhan E. Postacıoğlu, *İflâs Hukuku İlkeleri, Cilt I*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978, s. 21 vd. (Özdemir Kocasakal, s. 2299, dipnot 18'den naklen).

⁵³ Tanrıver, *Cilt 2*, s. 353.

mahkeme nezdinde sürdürülmesi ve aşamaların birbirinden ayrılmaması uygun olacaktır.⁵⁴ Bununla birlikte dikkat edilmesi gereken en önemli husus; somut olayda da vücut bulduğu üzere tahkim şartının varlığına rağmen, genel iflas yoluyla takibe başlanmasının, tahkim sözleşmesini etkisizleştirmek üzere TMK m. 2 uyarınca dürüstlük kuralına aykırı olarak hakkın kötüye kullanılması teşkil edip etmeyeceğidir.

Ç. Dürüstlük Kuralı Çerçevesinde Değerlendirme

Dürüstlük kuralı, TMK m. 2’de düzenlenmiş olup söz konusu madde; *“Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.”* şeklinde kaleme alınmıştır. Dürüstlük kuralı, kişilerin dava-takip açma hakkını kullanırken de uygulanacak ve hakkın kötüye kullanılması bütün haklar için söz konusu olabileceği üzere, dava-takip hakkının kötüye kullanılması halinde hukuk düzeni tarafından korunmayacaktır.⁵⁵

Taraflar arasındaki tahkim şartının varlığına rağmen, tarafların genel haciz yolu ile icra takibi başlatılabildiği hususu öğretide tartışılmış ve çoğunluk görüşüne göre genel haciz yoluyla takibin başlatılabileceği sonucuna varılmıştır.⁵⁶ Genel haciz yoluyla başlatılan takibe borçlu tarafından itiraz edilmesi durumunda açılacak olan itirazın iptali davasının tahkim önünde görülmesi gerekecektir.⁵⁷ Asıl sorun genel iflas yolu ile takip yapılmasına ilişkindir.

Yukarıda belirtildiği üzere, genel iflas yoluyla takip yapılması ve itiraz halinde itirazın kaldırılması ve iflas davası açılması durumunda, bu iki aşamanın birbirinden ayrı değerlendirilmesi kanaatimizce mümkün olmayacaktır. Genel iflas yoluyla takipten sonra itiraza uygulanacak olan tüm prosedüre, iflas davasının kamu düzeni karakteri sirayet edeceğinden yargılamanın tahkime elverişli olmadığından bahsedilebilir. Bu nedenle dava, görevli ticaret mahkemesinde görülecektir.

Taraflarca yapılan sözleşme hükümleri taraflar için esas teşkil etmektedir. Dolayısıyla sözleşme hükümlerinin gereği gibi, iradelere uygun olarak gerçekleştirilmesi büyük önem arz etmektedir. Taraflarca uyuşmazlıkların çözümü

⁵⁴ Karşı görüş için Dinç, s. 443.

⁵⁵ Kemal Oğuzman/Nami Barlas, *Medenî Hukuk*, 27. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2021, s. 248.

⁵⁶ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, *İcra ve İflas*, s. 138; öğretideki detaylı görüşler için bkz. Ali Yeşilirmak, “Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığına Rağmen Genel Haciz Yoluyla Takip Yapılabilir mi?”, *TBB Dergisi*, 96, 2011, <<https://www.jurix.com.tr/article/10946>>, Erişim Tarihi 12 Nisan 2022, s. 205-228; Mustafa Oskay/Coşkun Koçak/Adnan Deynekli/Ayhan Doğan, *İİK Şerhi*, 1. Cilt, Turhan Kitabevi, 2007, s. 1072.

⁵⁷ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, *İcra ve İflas*, s. 138.

konusunda bir tahkim şartı veya anlaşması yapılması durumunda, uyuşmazlıkların çözümü için taraf iradelerinin tahkime gitme yönünde olduğu şüphesizdir. Tahkim şartına rağmen taraflardan birinin genel mahkemelere başvurarak uyuşmazlığın genel mahkemelerde görülmesinin önüne geçilmesi amacıyla, HMK m. 116/1-b tahkim ilk itirazını düzenlemiştir. Dolayısıyla bu madde ile de tarafların sözleşme ile kararlaştırdıkları tahkim şartının varlığına rağmen genel mahkemeye başvuran tarafın, sözleşmenin yapıldığı sırada tahkime başvurulması yolunda göstermiş olduğu iradeye uygun olarak uyuşmazlığın hakem nezdinde görülerek karara bağlanması sağlanacaktır.

Bu kapsamda öncelikle belirtmek gerekir ki; öğretide bir görüş, tahkim şartının varlığı halinde iflas yoluna başvurulamayacağını savunmuştur.⁵⁸ Diğer bir görüşe göre de taraflar arasında tahkim şartının bulunduğu durumlarda, iflas yoluna başvurulması imkanının varlığından bahsedilirse, hakeme gitmek istemeyen alacaklı doğrudan iflas prosedürüne başvuracak ve böylece tahkim şartının yaptırım gücü hafifleyecektir.⁵⁹

Tahkim şartının varlığına rağmen, iflas yoluna müracaat etmek isteniyorsa, yukarıda detaylı olarak açıklandığı şekilde, öncelikle sözleşmede kararlaştırıldığı üzere tahkim yoluna başvurularak yargılama sonunda elde edilecek hakem kararı ilamlı icra konusu yapılarak borçluya karşı cebri icra işlemleri başlatılabilir. İlamlı takibin gereğini yerine getiremeyen borçlu hakkında İİK m. 177 uyarınca alacaklı talebiyle doğrudan doğruya iflas davası açılabilir. Doğrudan doğruya borçlu veya alacaklı tarafından açılacak iflas davasının kamu düzeninden olduğu konusunda ve yetkili Asliye Ticaret Mahkemesinde açılması gerektiğinde şüphe yoktur. Ancak tahkim şartına rağmen genel mahkemelerde alacak davası açılması durumunda; davacı–alacaklı, tahkim şartının varlığına ilişkin ilk itirazla karşılaşacaktır. Böylece genel mahkeme tarafından usulden ret kararı verilecektir.

Tahkim şartını bertaraf etmek ve etkisiz hale getirmek isteyen tarafın yapabileceği şey, genel mahkemece uyuşmazlığın tahkime elverişsiz olduğu değerlendirmesinin yapılmasını sağlamaktır. Bu sayede başvuran taraf, hakem yargılamasından kaçınabilecektir. Bu durumun bir örneği, karara konu somut olayda gerçekleştiği üzere, taraflardan birinin genel iflas yolu ile takibe başvurusudur. Bu sayede itiraz üzerine yapılacak olan yargılama iflas davasının kamu düzeni karakterinden faydalanacak ve tahkim şartı etkisiz kalacaktır.

Karara konu somut olaydaki uyuşmazlığın, tahkime elverişli olduğu konusunda herhangi bir tartışma yoktur. Bununla birlikte tahkim şartının bertaraf

⁵⁸ Bkz. Dipnot 33, Tanrıver, *Cilt 2*, s. 353.

⁵⁹ Altay, s. 26.

edilerek işlevsiz bırakılması amacıyla genel iflas yolu ile takibe başlandığına kanaat getirilebilir. Aksi halde doğrudan veya ilk itiraz yolu ile tahkim yargılamasına işlerlik kazandırılacaktır. Yargıtay HGK kararı kapsamında, hiçbir surette tahkime gidilmemesi ihtimali ise, söz konusu alacağa ilişkin ilam olmadan genel iflas yoluyla başlatılan takip vasıtasıyla sağlanabilecektir. Bu durum taraflar arasında yapılan sözleşmeye, taraf iradelerine ve TMK m. 2 uyarınca kişilerin hakkını kullanırken uyması gerektiği dürüstlük kuralına açık aykırılık teşkil edecektir.

İncelemeye konu Yargıtay HGK kararında, muhalif kalınarak yazılan karşı oy gerekçesinde bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: *“Somut olayda taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesi bulunmasına ve uyumsuzluğun tahkime elverişli bir uyumsuzluk olmasına rağmen davacı arsa sahibi tahkim yolunu tercih etmemiş genel iflas yolu ile takibe geçerek tahkim anlaşmasının davalı açısından uygulanabilirliğini imkânsız hâle getirmiştir. Esasen tahkim sözleşmesini geçersiz kılma amacıyla olan davacının genel iflas yolu ile takibe geçip itiraz üzerine iflas davası açmak dışında bir yolu da bulunmamaktadır. Zira davayı alacak davası olarak açması hâlinde tahkim ilk itirazı ile karşılaşacak olup bu nedenle alacak davası açma ihtimali bulunmamaktadır. Olayda davalı ile ilgili İİK 177. maddesinde belirlenen koşulların oluştuğu iddiası da bulunmamaktadır, bu ihtimalin gerçekleştiği hâllerin bulunması hâlinde alacaklının tahkim yoluna başvurmadan doğrudan iflas yolu ile takibe geçmesi düşünülebilir. Bu koşulların bulunmaması hâlinde de kuşkusuz ki iflas yolu ile takibe geçmek de yasal bir haktır ve iflas kamu düzenine ilişkindir. Ancak az yukarıda açıklanan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) “Dürüst davranma” başlıklı 2. maddesinde; “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz” hükmü ve ahde vefa ilkesi dikkate alındığında davacının sözleşmedeki tahkim şartını dolanma amacıyla yaptığı ortadadır...”*

Somut olayda taraflar arasındaki tahkim şartına rağmen, bu şartın uygulanabilir olmaktan çıkarılması sonucunu doğuracak şekilde genel iflas yoluyla takip yapılmasının, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği ileri sürülebilir.⁶⁰ Dolayısıyla bu noktada, karşı oyun dürüstlük kuralına ilişkin bu gerekçesine katılmak mümkündür. Taraflar arasında geçerli bir tahkim şartının varlığına rağmen, genel iflas yoluyla takip yapılmasının, dürüstlük kuralına aykırılık temelden hareketle taraflar arasındaki tahkim şartını etkisiz hale getirmek amacı taşıdığına ilişkin bir içtihat oluşturulabileceği ve geçerli bir tahkim şartının varlığı halinde

⁶⁰ Dürüstlük kuralı ve ahde vefa ilkesine aykırılık konusunda aynı doğrultuda Pakel, s. 41.

genel iflas yolu ile takibinin yapılamayacağını⁶¹ bir çözüm olarak ileri sürülebileceği düşüncesindeyiz.⁶² Bu konuda; genel iflas yoluyla takibe itiraz edilmesinden sonra açılacak olan itirazın kaldırılması ve iflas davasına karşı, borçlu tarafından yapılacak tahkim ilk itirazı karşısında, genel mahkemece tahkim şartının geçerliliği üzerine *prima facie* inceleme yapılabilecektir.⁶³ Geçerli bir tahkim şartının ve tahkime elverişliliğin varlığının tespiti durumunda ise uyuşmazlık, hakem nezdinde çözüme kavuşturulmak üzere davanın usulden reddine karar verilmesi uygun olacaktır.⁶⁴

SONUÇ

Sonuç itibariyle; yukarıdaki açıklamalar, mahkeme kararları ve öğretideki görüşler dikkate alındığında, İİK m. 155 ve devamı maddeleri uyarınca itirazın kaldırılması ve iflas davasının, niteliği ve uygulanabilirliği itibariyle ayrılabilir aşamalardan oluşmadığı kanaatindeyim. Zira öncesinde tahkime gidip alınan karar sonrasında, genel iflas yoluyla takip yapıp alacağın ilamda belirlenmesi üzerine iflas davası aşamasına geçilmesinin hem yargılamanın süresini uzattığını hem de masrafını artırdığını söylemek uygun olacaktır. Ayrıca, hakemden alınan kararın ilamlı icraya konu edildikten sonra şartların gerçekleşmesi halinde İİK m. 177 uyarınca, doğrudan doğruya iflas halleri kapsamında alacaklının talebiyle iflas davası açılacaktır. Böyle bir yol izlenmesinin, uygulamada daha pratik sonuçlar doğuracağından bahsedilebilecektir.

Bununla birlikte somut olayda karşılaşıldığı üzere, taraflar arasında imzalanan geçerli bir tahkim şartı var ve çıkan uyuşmazlık da tahkime elverişli ise, dürüstlük kuralı çerçevesinde bir inceleme yapılması yerinde olacaktır. Zira genel mahkemelerde açılacak olası bir alacak davasında veya genel haciz yolu ile takip başlatılması durumunda takibe itiraz noktasında açılacak olan itirazın iptali davasında tahkim ilk itirazıyla karşılaşacak olan davacının, iflasın kamu düzeni karakterinden faydalanarak tahkim şartını bertaraf etmek için genel iflas yolu ile takipten başka bir yola başvurması mümkün değildir.

Bu sebeple, tahkim sözleşmesinin varlığı halinde, genel iflas yolu ile takibe başvurulması durumunda, taraf iradelerinin yorumlanması ile başvuran tarafın “tahkim sözleşmesini bertaraf etmek ve uygulanabilir olmaktan çıkarmak üzere dürüstlük kuralına aykırı davrandığı” yönünde bir uygulama birliği oluşturulabilir.

⁶¹ İflas davasının niteliği gereği, tahkim sözleşmesinin varlığı halinde takipli iflas yollarına müracaat edilemeyeceğine ilişkin, Tanrıver, *Cilt 2*, s. 353.

⁶² Dinç, s. 458.

⁶³ Dinç, s. 457.

⁶⁴ Dinç, s. 457.

Bu kapsamda, uyuşmazlığın da tahkime elverişli olması halinde, genel iflas yolu ile takibin başlatılamayacağı bir çözüm olarak ileri sürülebilir.

Genel iflas yoluyla başlatılan takibe yapılan itiraz üzerine, alacaklı tarafından açılacak olan itirazın kaldırılması ve iflas davasında, borçlu tarafından tahkim ilk itirazında bulunulmasıyla mahkeme tarafından tahkim şartının geçerliliğine ve tahkime elverişliliğe yönelik *prima facie* bir inceleme yapılabilir. Mahkemece, tahkim şartının geçerli olduğu ve tahkime elverişli bir uyuşmazlığın bulunduğu kanaat getirildiği takdirde, mahkeme tarafından usulden ret kararı verilmesi isabetli olacaktır.⁶⁵

Tüm bu sebeplerle ilk derece mahkemesi ve istinaf mahkemesi tarafından verilen usulden ret kararının isabetli olduğu ifade edilebilir. Bununla birlikte, “geçerli bir tahkim şartının varlığına ve uyuşmazlığın tahkime elverişli olmasına rağmen, tahkim şartının uygulanabilirliğini ortadan kaldırmak üzere, dürüstlük kuralına aykırı olarak, genel iflas yoluyla takip yapılamayacak olmasının”, usulden ret kararına gerekçe olarak gösterilmesi daha isabetli olacaktır.

⁶⁵ Bkz. Dipnot 63, 64.

KAYNAKÇA

- Altay S, *Türk İflas Hukuku, 1. Cilt*, Vedat Kitapçılık, 2004.
- Arslan R/Yılmaz E/Taşpınar Ayvaz S/Hanağası E, *İcra ve İflâs Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021.
- Arslan R/Yılmaz E/Taşpınar Ayvaz S/Hanağası E, *Medenî Usul Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021.
- Atalı M/Ermenek İ/Erdoğan E, *İcra ve İflâs Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021.
- Can M C, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişliliğe Uygulanacak Hukuk”, *Marmara Üniversitesi HFHAD*, 26 (2), 2020, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/58488/777630>>, Erişim Tarihi 15 Haziran 2022, s. 1349-1370.
- Dinç İ, “Genel (Âdi) İflas Yoluyla Takibe İtirazın Kaldırılması ve İflas Davasının Tahkime Elverişliliği”, *TAAD*, 1 (41), 2020, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/taad/issue/58516/857824>>, Erişim Tarihi 9 Nisan 2022, s. 427-462.
- Eriş G, *Uygulamalı İflas ve Konkordato Hukuku*, Aydın Yayınları, 1991.
- Ermenek E/Azaklı Arslan B, “İcra ve İflâs Hukuku Açısından Ticarî Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m. 5/A)”, *TBB Dergisi*, 147, 2020, <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/Dergi/Dergi148/136/>>, Erişim Tarihi 15 Haziran 2022, s. 135-196.
- Kurtulan G, “Türk Hukukunda Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği”, *TBB Dergisi*, 131, 2017, <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-131-1676>>, Erişim Tarihi 15 Haziran 2022, s. 239-260.
- Kuru B, *İcra ve İflas Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, 1993.
- Kuru B/Budak A C, *Tespit Davası*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2010
- Oğuzman K/Barlas N, *Medenî Hukuk*, 27. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2021.
- Oskay M/Koçak C/Deynekli A/Doğan A, *İİK Şerhi, 1. Cilt*, (1. Cilt), Turhan Kitabevi, 2007.
- Oskay M/Koçak C/Deynekli A/Doğan A, *İİK Şerhi, 3. Cilt*, (3. Cilt), Turhan Kitabevi, 2007.
- Özbek M S, “İflâs Davasının Hukukî Mahiyeti”, *AUHFD*, 61 (1), 2012, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42474/511641>>, Erişim Tarihi 4 Nisan 2022, s. 207-274.

- Özdemir Kocasakal H, “Milletlerarası Yetki Anlaşmalarının İflas Davası Üzerindeki Etkilerine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, *DEÜHFD*, 16 (Özel Sayı Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan), 2014, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/deuhfd/issue/46919/588537>>, Erişim Tarihi 8 Nisan 2022, s. 2295-2318.
- Pakel N, “İflas Davasında Hakem Şartı”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 81 (1), 2007, <<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/Yayinlar/Dergi/doc/ibd20071.pdf>>, Erişim Tarihi 8 Nisan 2022, s. 39-41.
- Pekcanitez H/Yeşilirmak A, *Medenî Usûl Hukuku*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Postacıoğlu İ. E, *İflâs Hukuku İlkeleri, Cilt I*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978.
- Selçuk Öztekin, “İflas Davasının Kabulüne ya da Reddine İlişkin Kararın Hukuki Niteliği (Maddi Anlamda Kesin Hüküm Etkisi)”, H. Ercüment Erdem/Tolga Ayoğlu/Anlam Altay/Ali Dural/Fülurya Yusufoglu/Sinan H. Yüksel (Ed.), *Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 562-568.
- Şensöz Malkoç E, “Milletlerarası Yetki Anlaşması, Tahkim Anlaşması ve Hukuk Seçimi Anlaşmasının İflas Davası Bakımından Etkileri”, *BUHFD*, 14 (179-180), 2019, <<https://www.jurix.com.tr/article/19329>>, Erişim Tarihi 10 Nisan 2022, s. 1383-1434.
- Tanrıver S, *Medenî Usûl Hukuku, Cilt 1*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021.
- Tanrıver S, *Medenî Usûl Hukuku, Cilt 2*, Yetkin Yayınları, 2021.
- Toraman B, “İflâs Davasının Arabuluculuğa Elverişli ve Dava Şartı Arabuluculuk Kapsamında Olup Olmadığı Üzerine”, *SÜHFD*, 28 (3), 2020, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/suhfd/issue/56651/744755>>, Erişim Tarihi 15 Haziran 2022, s. 1027-1059.
- Uyar T, “Doğrudan Doğruya İflâs Halleri”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 4 (31), 2009, <<https://jurix.com.tr/article/516>>, Erişim Tarihi 10 Nisan 2022, s. 79-98.
- Yeşilirmak A, “Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığına Rağmen Genel Haciz Yoluyla Takip Yapılabilir mi?”, *TBB Dergisi*, 96, 2011, <<https://www.jurix.com.tr/article/10946>>, Erişim Tarihi 12 Nisan 2022, s. 205-228.
- Yılmaz S/Çavuşoğlu G F, “Türk Hukukunda Tahkime Elverişlilik Kavramı ve Taşınmaz Aynına İlişkin Uyuşmazlıkların Tahkimde Görülmesi”,

İÜHFD,10 (2), 2019,
<<https://dergipark.org.tr/tr/pub/inuhfd/issue/46923/630553>>, Erişim Tarihi
15 Haziran 2022, s. 594-613.

KAMU HUKUKU >>

TAM YARGI DAVASI ÖZELİNDE İDARİ YARGIDA DAVA AÇMA SÜRESİ*

Ahmet BAĞRIAÇIK**
M. Ayhan TEKİNSOY***

ÖZET

Genel olarak dava açma süresi, doktrinde defalarca incelenmiş konuların başında olmasına rağmen tam yargı davası özelinde dava açma süresiyle ilgili tartışmalar, bu kurumun anlamının, öneminin, hukuksal niteliğinin, etki ve sonuçlarının ne olduğunun açıklığa kavuşmamış olmasından kaynaklanmamaktadır. Problemin sebebi, dava açma süresinin idari yargıya anlamını veren ve özellik gösteren iptal davası özelinde düşünülmesidir. Ayrıca idari yargıda dava açma süreleri kısadır. Dava açma süresinin uzun olmasının, mahkemelerin iş yükünü artıracığı, sürekli dava tehdidinin idarenin istikrarını bozacağı ileri sürülen klasik endişelerdendir. Diğer taraftan idari yargıda sürenin kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilmektedir. Bunun bir sonucu olarak dava açma süresi hak düşürücü niteliktedir ve davanın her aşamasında kontrol edilmesi gerekir. Bu yaklaşım tam yargı davası söz konusu olduğunda birçok yönden sorunludur. Tam yargı davası subjektif niteliği ağır basan bir dava türüdür. Dolayısıyla tam yargı davası özel hukuktaki eda davalarına benzemektedir.

Çalışmada idari yargıda dava açma süresinin niteliği ve sonuçları tam yargı davası özelinde ele alınmıştır. Tam yargı davasının iptal davasından uzaklaşan ve özel hukuktaki tazminat davasına yaklaşan niteliği esas alınarak, dava açma süresi üzerinde var olması gereken sonuçlarına dikkat çekilmiştir. Ayrıca idari yargıda

* Bu çalışma, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora programı kapsamında hazırlanan ve oy birliği ile kabul edilen “Tam Yargı Davasında Dava Açma Süresi” başlıklı doktora tezinden türetilen bir makaledir.

** **Dr. Öğr. Üyesi**, Osmaniye Korkut Ata Üniversitesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı / OSMANİYE, **e-posta:** ahmetbagriacikk@gmail.com,

ORCID: 0000-0001-9288-2343

*** **Doç. Dr.**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı / ANKARA, **e-posta:** tekinsoy@yahoo.com,

ORCID: 0000-0001-9327-8762

DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1118906

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 10/12/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 20/05/2022

dava açma süresinin kısa olmasına gerekçe olarak öne sürülen hususların tam yargı davası için neden geçerli olamayacağı gerekçeleriyle ifade edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Tam yargı davası, dava açma süresi, iptal davası, tazminat davası, sürenin hukuki niteliği*

THE TIME OF LITIGATION IN ADMINISTRATIVE JURISDICTION SPECIFIC TO FULL REMEDY ACTION

ABSTRACT

There are many problems regarding the time of litigation in full remedy action. The reason for these problems is that the time of litigation is considered specifically for the annulment case, which gives its meaning and characteristics to the administrative judiciary. In addition, the time of litigation in administrative courts is short. It is one of the classical concerns that the long time of litigation will increase the workload of the courts and that the constant threat of lawsuits will destabilize the administration. In addition, it is accepted that the time of litigation in administrative jurisdiction is related to public order. As a result, the time of litigation is statute of limitations and needs to be controlled at every stage of the case. This approach is problematic in many ways when it comes to full remedy action.

In the study, the qualification and consequences of the time of litigation in administrative jurisdiction are discussed in specially in full remedy action. It is emphasized that the full remedy action is similar to the compensation action in private law. It also explains why the time of litigation should not be short in full remedy action.

Keywords: *Full remedy action, time of litigation, annulment case, compensation action, legal qualification of the time*

GİRİŞ

Tam yargı davası idarenin idari nitelikteki bir tasarrufu nedeniyle hak kaybına uğrayan ilgilinin zararının giderilmesi amacıyla açtığı davadır. Bu dava idari yargıda açılacak diğer dava olan iptal davasından birçok yönüyle ayrılmaktadır. İdari yargıya özelliğini veren iptal davasında amaç idarenin hukuka uygunluğunu denetlemek olduğundan bu davayı, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun (İYUK) 2'nci maddesi uyarınca, işlem nedeniyle sadece doğrudan hakkı ihlal edilenler değil menfaati ihlal edilen herkes açabilmektedir. İptal davasının hâkimi işlemi yapan idareyi değil doğrudan idari işlemi yargılamakta¹ ve sadece ilgili

¹ İptal davasında "(o)bjektif niteliğin bir diğer sonucu olarak, işlemin hukuka uygun olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılır; aslında teknik olarak kişiye veya işlemi yapan

işlemin hukuka uygun olup olmadığıyla ilgilenmektedir. Davanın sonucu itibariyle de iptal davasında verilen karar ilgili herkes için sonuç doğurmaktadır. Hukuk düzeninin korunmasına yönelik ve işlemin hukuka uygunluğuyla ilgili (objektif) bir hukuk meselesiyle ilgilenen iptal davası objektif niteliktedir. Buna karşın tam yargı davası, yine İYUK'un 2'nci maddesi uyarınca, sadece doğrudan hakkı ihlal edilenler tarafından açılabilir. Ayrıca tam yargı davasında davacının sahibi olduğu -ve ihlal edildiğini iddia ettiği- bir hakkını takip etmesi söz konusu olduğundan temel amaç uğranılan zararın telafi edilmesi olup, idarenin hukuka uygun hareket etmesini sağlamanın ikinci planda kaldığı ve ancak kararın gerekçesinin idarenin hukuka uygun davranması için yol gösterici nitelikte olduğu söylenebilir. Her ne kadar iptal davasında da davacının bir hakkını ihlal eden idari işlemin hukuk dünyasından silinmesini hedeflemesi mümkün olmakla birlikte bu durum, iptal davasında (objektif) bir hukuksal meselenin, hukuka uygunluk araştırması yapılarak hukuk düzeninin korunması ve tutarlılığının sağlanmasının temel motif olmasını ortadan kaldırmamakta, idare hâkiminin yetkileri bu çerçevede belirlenmektedir. İptal davasının aksine tam yargı davasının hâkimi uğranılan zararın telafisi amacıyla idareyi muhatap almakta, zararın varlığını araştırarak ihlal edilen hakkın tazminine yönelik karar vermektedir. Yine tam yargı davasının sonunda verilen karar, aslen davacı için sonuç doğurmaktadır. Davacının (sübjektif) hakkının ihlalini araştırarak ve bu hak ihlalinin tazminine yönelik kurgusuyla tam yargı davası, sübjektif nitelikte bir dava olarak kabul edilmektedir. Ancak iki dava arasındaki bu nitelik ve konuya ilişkin farklılık dava açma sürelerinin belirlenmesinde esas alınmamıştır. Her iki dava açısından da İYUK'ta aynı dava süresi öngörülmüştür. Tam yargı davasının farklılığı olarak görülen ve fiilen dava açma süresini uzatan durumlar olan, idari eylemden hakları ihlal edilmiş olanların 1 ve 5 yıllık süreler içinde idareye (ön karar) başvurusu yapması (İYUK m. 13) ve bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinin esas alınması (İYUK m. 12) teknik olarak dava açma süresi içinde değerlendirilemez. Bu kurallar dava açma süresinin başlangıcının belirlenmesine yöneliktir. Söz konusu kurallarda öngörülen koşul gerçekleştiğinde tam yargı davası “dava süresi içinde” açılacaktır ve bu süre iptal davaları için öngörülen süreyle aynıdır.

Dava süresine ilişkin düzenlemelerin tarihine bakıldığında, 669 sayılı Şûrâ-yı Devlet Kanunu döneminde dava açma süresi, iptal ve tam yargı davası için 60 gün olarak düzenlenmiştir². 3546 sayılı Devlet Şûrası Kanunu döneminde de dava açma

makama yönelik bir yargılama yapılmaz.” Ali D. Ulusoy, *İdari Yargılama Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020, s. 84. Bu konuda eleştirel yaklaşım için bkz. M. Ayhan Tekinsoy, *İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması*, Savaş Yayınları, 2013, s. 53-54.

² “YİRMİ BEŞİNCİ MADDE — Her nevi idarî muamele ve mukarreratın alâkadarlara usulen tefhim veya tebliğinden ve vazifei idariyeyi ifa vesilesile vukubulan efal hakkında icraya ittıla

süresi, iptal ve tam yargı davası için 90 gündür³. 521 sayılı Danıştay Kanunu döneminde ise dava açma süresi iptal ve tam yargı davası için 90 gün olarak düzenlenmiş (m. 67, m. 72) ve idari eylemden kaynaklanan tam yargı davasında - halen yürürlükte olan 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda (İYUK) olduğu gibi- idareye bir ve beş yıllık süreler içerisinde zorunlu başvuru (ön karar) usulü getirilmiştir⁴. Başpınar, 521 sayılı Kanun ile tam yargı davalarında özel bir süre başlangıcının kabul edildiğini ve böylelikle tam yargı davalarında iptal davasına nazaran daha uzun bir dava açma süresi tanınması ihtiyacının karşılandığını ifade etse de⁵ yapılan değişiklik teorik olarak dava açma süresinin uzatılmasını değil idareye zorunlu ön karar başvurusunu düzenlemektedir. Ön karar usulü fiilen davacının davasını daha uzun bir zaman diliminde açabilmesine imkân tanımakla birlikte tam yargı davası yine genel dava açma süresine tâbi olmaktadır. Bu açıdan uzatılan, dava açma süresi değil sürenin başlangıç anıdır.

2577 sayılı Kanun döneminde dava açma süresi “işlerin çabuklaşması (amacıyla)”⁶ Danıştay ve idare mahkemeleri için 60 güne, vergi mahkemeleri için 30 güne indirilmiştir. 2577 sayılı Kanunun 7. maddesinde “Dava açma süresi, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay’da ve idare mahkemelerinde altmış ve vergi mahkemelerinde otuz gündür.” denilmek suretiyle dava açma süresi iptal ve tam yargı davaları açısından geçerli olmak üzere belirlenmiş ve önceki kanunlardan farklı olarak tam yargı davasına ilişkin maddelerde ayrıca davanın ne kadar süre içinde açılacağına belirtilmesine gerek görülmeyle “dava süresi içinde” tam yargı davasının açılacağı öngörülmüştür.

İdari yargıda dava açma süresinin kısa tutulmasına ilişkin birtakım gerekçeler öne sürülmüş ve bu gerekçeler analitik biçimde tartışılmaksızın sürekli tekrarlanarak kısa dava açma süresi idari yargının vazgeçilmez unsuru haline getirilmiştir.

tarihinden itibaren alâkadarların kazayı idarî tarikile mecalisi idare veya Şûrayı devlete ikamei dava müddeti kavanini mahsusa ile muayyen olmayan ahvalde atmış gündür.”

³ “Madde 32 — İdarî kaza yolu ile Devlet Şûrasına dava açmak müddeti her nevi muamele ve kararların alâkalılara usulü dairesinde tefhim veya tebliğinden yahud idarî vazifelerin ifası vesilesile vukubulan fiiller hakkında icraya ittıla tarihinden itibaren hususî kanunlarla müddet tayin edilmeyen hallerde 90 gündür.”

⁴ 521 sayılı Kanun ile getirilen ön karar usulünün eleştirisi ve uygulamada ortaya çıkan sorunlar için bkz. Lütfi Duran, İdari İşlemden Sorumluluk İptal Davası - Tam Yargı Davası, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 33(3-4), 1967, s. 23 vd.

⁵ Recep Başpınar, *Tam Yargı Davaları, Yüzyıl Boyunca Danıştay*, 2. Baskı, Danıştay Matbaası, 1986, s. 486.

⁶ TBMM Meclis Tutanakları, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c006/mgk_01006091ss0312.pdf> s. 1. Erişim Tarihi 28.06.2021

Böylece, öğretide istisnası az görülen⁷ bu yaklaşımla, kanunla öngörülen kısa sürelerle idare hukukunun özelliklerinden kaynaklanan bir meşruiyet de atfedilmektedir. Bu çerçevede, idari yargıda sürenin kamu düzenine ilişkin olması ve bu nedenle uzun dava açma süresinin idarenin istikrarını ve dolayısıyla kamu düzenini bozacağı varsayılmaktadır. Ayrıca dava süresinin uzun olması ihtimali, “idarenin sürekli dava tehdidi altında tutulması” olarak ortaya konmuş, bunun da idari istikrarı ve kamu düzenini bozacağı kabul edilmiştir. Genel yaklaşımca benimsenen gerekçelerin tamamı iptal davası esas alınarak geliştirilmiş olup, bu gerekçelerin tam yargı davası açısından geçerliliği -aşağıda değinilecek çalışmalar dışında- neredeyse hiç sorgulanmamıştır.

Tam yargı davasının subjektif niteliği ve özellikle Danıştay’ın tam yargı davasını tazminat davasına indirgeyen yaklaşımı, bu davayı adli yargıdaki tazminat davalarına yaklaştırmaktadır. İdari yargıda tam yargı yetkisi ve tam yargı davasının uygulamada yalnızca tazminat davasına dönüşmesine ilişkin tartışma bu çalışmanın sınırlarını aştığından bu durum bir veri olarak kabul edilmiş ve konu yalnızca dava açma süresiyle sınırlı olarak incelenmiştir. Bu çerçevede çalışmanın birinci kısmında idari yargıda dava açma süresinin niteliği, geleneksel olarak karşılaştırıldığı zamanaşımı süresi / hak düşürücü süre niteliği yönünden, bunların aslen ait olduğu özel hukuk alanında sürelerle ilişkin değerlendirme dikkate alınarak tam yargı davası özelinde incelenmektedir. Çalışmanın ikinci kısmında, idari yargıda dava açma süresinin kısa tutulmasının temellendirilmesine yönelik gerekçe olarak kullanılan birtakım kavram ve kurumların tam yargı davası için geçerliliği sorgulanmaktadır.

I. YARGILAMA HUKUKUNDA SÜRENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Zamanın geçmesi haklar bakımından çeşitli şekillerde sonuç doğurmaktadır. Hak düşürücü sürelerde sürenin geçmesi bir kimsenin bir ayni hakkı iktisap etmesini sağlar veya bir hakkın sona ermesine neden olur⁸. Zamanaşımı süresinde ise sürenin geçmesi, o süre içinde alacaklının alacağını yargısal yollardan talep edebilme ihtimalini ortadan kaldırır⁹. Bazı süreler de sadece işlerin belli zamanda görülmesi amacıyla ya da “yönetmel ya da yargısal işleyişin temposunu düzenlemek”¹⁰ için

⁷ Genel yaklaşıma yönelttiği eleştirilerle Yıldırım Uler’in aşağıda değinilecek “Yönetmel Yargıda Dava Süreleri” tebliği/makalesi özellikle anılmalıdır.

⁸ Eraslan Özkaya, *Özel Hukukumuzda Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler*, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 840; Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanununda Süreler*, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, 8(Özel Sayı), 2013, s. 3167.

⁹ M. Kemal Oğuzman / Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, 2006, s. 463-464.

¹⁰ Yıldırım Uler, “Yönetmel Yargıda Dava Süreleri”, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi*, 1-4 Mayıs 1990, Birinci Kitap İdari Yargı, Danıştay Matbaası, 1991, s. 252.

konulmuştur ki bu tür hakka etki eden mahiyette sahip olmayan süreler düzenleyicidir.

Tam yargı davasında dava açma süresinin niteliğinin tartışılması açısından, öncelikle özel hukuk alanında geçerli olan sürelerin niteliğinin ortaya konarak, klasik zamanaşımı süresi / hak düşürücü süre ayrımının tam yargı davasının iptal davasından farklılığı çerçevesinde nasıl anlamlandırılabilceği ve geçerliliği tartışılacaktır. Bunun ardından idari yargıda dava açma süresinin hukuki niteliği ve özellikle tam yargı davasında dava açma süresinin özel durumuna yer verilecektir.

A. Özel Hukukta Sürenin Hukuki Niteliği

Hak düşürücü süre ve zamanaşımı süresi özel hukuk alanında, özel hukuk ilişkileri çerçevesinde ortaya çıkmıştır. İdari yargıda dava açma süresi, niteliği itibariyle özel hukukta yer alan hak düşürücü süre ve zamanaşımı süresinin niteliği üzerinden değerlendirilmektedir. Yapılan değerlendirme ve kıyaslamanın gerçekçi olup olmadığını anlayabilmek için özel hukukta yer alan sürelerden hak düşürücü sürenin ve zamanaşımı süresinin hukuki niteliği üzerinde durmak gerekmektedir.

İdari yargıda açılan tam yargı davasına sebebiyet veren zarar idari işlemde ve eylemde kaynaklanabilir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, karşılaştırma özel hukuktaki haksız fiil nedeniyle açılan tazminat davası ile yapıldığı için eylemin aksine işlemin hukuki niteliği itibariyle haksız fiille benzerliği bulunmadığı düşünülebilir. Dolayısıyla haksız fiilden kaynaklanan tazminat davasına uygulanan süre hükümlerinin işlem veya sözleşme kaynaklı tam yargı davalarıyla karşılaştırılması mantıksız görülebilir. Ancak unutulmaması gereken, karşılaştırma mantığı çerçevesinde tam yargı davasının özünü oluşturan hak ihlali ve bununla ilintili sübjektif dava olma özelliği, bu davayı objektif niteliği ile ön plana çıkan iptal davasından ayırmakta ve idareden kaynaklanan işlem/eylem nedeniyle ortaya çıkan zararın tazmini tam yargı davasının konusunu oluşturmaktadır. İdari eylemle haksız fiilin benzerliği 521 sayılı Kanun'da ön karar usulünü düzenleyen madde gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir¹¹. Ön karar usulünün getirilmesiyle idari

¹¹ “71 nci madde — Bu madde ile de, fert lehine başka bir kolaylık gösterilmiştir. Yürürlükteki hükümler gereğince, zararı mucibolan bir eylemin öğrenildiği tarihten itibaren doksan gün içinde tazminat dâvası açılması icabetylemektedir. Bu kabil eylemler, hususi hukukun haksız fiillerine benzemektedir. Bu itibarla, bu fiillerde uygulanan zaman aşımına kıyasen ferdin idari eylemi öğrendiği tarihten itibaren bir sene içinde ilk önce idareye başvurarak hakkının yerine getirilmesini istemesi ve bu talebi kısmen veya tamamen reddedildiği takdirde doksan gün içinde tazminat dâvası açması lâzım geldiği 71 nci maddede açıklanmıştır. Bu usul, idari dâva açmak için idari bir kararın bulunması yolunda idare hukukunda genel olarak kabul olunan esasa da uygun düşmektedir. Öte yandan idarenin tazminat isteğini yerine getirmesi de varit olup bu takdirde dâvaya mahal kalmamış olacaktır. Aynı zamanda dâva açılması için ferde, doksan güne nisbetle daha uzun bir süre verilmiş bulunmaktadır. Ancak idari muamelelerin bir an önce sonuca bağlanması zarureti dolayısıyla, bu konuda, hususi hukuktan farklı olarak

eylemden kaynaklanan zarar idareye yapılan başvurunun reddiyle bir idari işleme bağlanmakta ve teorik olarak idari yargıda bu işlem yargılanmış olmaktadır¹². Bu açıdan idari işlemde kaynaklanan zararın haksız fiile benzetilemeyeceği eleştirisi aslen idari eylem açısından da ileri sürülebilecektir. Tam yargı davasına konu zararın işlem ya da eylem biçiminde ortaya çıkan idari davranıştan kaynaklanması ve giderilmesi gereken mağduriyetin hakkın ihlal edilmesi olduğu için zararı doğuranın idari işlem veya idari eylem olması fark etmeksizin bu bakış açısı çerçevesinde haksız fiilden kaynaklanan tazminat davası ile karşılaştırma yapılmasını anlamlı kılmaktadır¹³.

Özel hukuk alanında kural olarak davanın açılması bir süreye tabi değildir¹⁴ ve dava açma süresi düzenlemeleri istisnaidir¹⁵. Başka bir deyişle, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) hak düşürücü süre ve zamanaşımı süresine ilişkin hükümler sevk edilmiş olmakla birlikte 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK) davaların zamanaşımı süresi veya hak düşürücü süre içerisinde açılabileceğine dair bir hüküm mevcut değildir¹⁶. Ancak HMK'nın 142'nci maddesi uyarınca, ön inceleme duruşması tamamlandıktan sonra, hâkim tahkikata başlamadan önce, hak düşürücü süreler ile zamanaşımı hakkındaki itiraz ve def'ileri inceleyerek karara bağlar. Buna rağmen hak düşürücü sürenin tahkikata

beş yıllık zaman aşımı kabul edilmiştir." Kanun Tasarısının 71'inci maddesi Komisyon tarafından 72'nci madde olarak kabul edilmiş ve 72'nci madde olarak kanunlaşmıştır. TBMM Meclis Tutanakları, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d01/c023/mm__01023012ss0369.pdf> Erişim Tarihi 04.12.2021

¹² Esasen idari eylemden kaynaklanan tam yargı davasını açmadan önce idareye yapılması zorunlu olan ön karar başvurusunun amacı, her ne kadar pratikte bir karşılığı bulunmasa dahi, uyuşmazlığın yargı öncesi çözümüne fırsat tanımaktır. Diğer taraftan idarenin iradesinin de ön karar başvurusu ile ortaya çıkacağı ve böylelikle idare ile ilgili arasında bir uyuşmazlık bağının da kurulduğu kabul edilmektedir. İdari eylemden kaynaklanan tam yargı davasında asıl olarak esası incelenen konu, ilgili idari eylem nedeniyle sorumluluk hukuku çerçevesinde idareye atfedilebilir bir kusur sorumluluğu ya da kusursuz sorumluluk halinin mevcut olup olmadığıdır. Ancak idarenin vermiş olduğu ret cevabının da bir idari işlem olduğu ve davanın da bu işlemin yapılmasından sonra açılabilirdiği gerçeğini de göz ardı etmemek gerekmektedir. Dolayısıyla burada idarenin idari işleminin yargılanması olgusunun "teorik olarak" vurgusuyla kullanımı bilinçli bir tercihtir. Aksi takdirde idarenin ön karar başvurusu üzerine verdiği ret cevabının hukuka uygun olması halinde tam yargı davası reddedilebilecektir.

¹³ Karşılaştırma "dava süresi" açısından yapıldığından, sorumluluk esaslarındaki farklılıklara değinilmeyecektir.

¹⁴ Yüksel Esin / Erol Dündar, *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, Birinci Kitap: Usul*, Balkanoğlu Matbaacılık, 1971, s. 265.

¹⁵ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III, 3*. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 1960.

¹⁶ Yasin Köse, *Hukuk Yargılamasında Süreler*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 117.

başladıktan sonra da hâkim tarafından re'sen incelenebileceği kabul edilmektedir¹⁷. Bu davalar hakkın özüne ilişkin zamanaşımı süresi içinde açılabilirler ve zamanaşımı usul hukukunu değil maddi hukuku ilgilendiren bir kurum olduğu için yargı organı, zamanaşımı süresinin geçip geçmediğini re'sen inceleyemez¹⁸. Ancak karşı tarafın zamanaşımı def'ini ileri sürmesi halinde hakim sürenin geçip geçmediğini araştırabilir. Sırf bu durum, özel hukuk alanında da dava açma süresinin varlığına esas teşkil edemez. Çünkü zamanaşımı bir dava süresi olmayıp ilgili hakkın talep edilebilme unsuruna etki eden bir kurumdur¹⁹.

1. Zamanaşımı Süresi

Zamanaşımı, hukuk tarihi bakımından, kaynağı çok eskilere dayanan²⁰, borçlar hukukuna has bir kurumdur²¹. Özel hukukta teknik bir kavram olan zamanaşımı, “(...) hakkın ileri sürülmesini engelleyici nitelikte olup, alacak hakkı alacaklı tarafından, Kanunun öngördüğü süre ve koşullar içinde talep edilmediğinde etkin bir hukuki himayeden, başka bir deyişle, dava yoluyla elde edilebilme olanağından”²² yoksun kalmaktadır. TBK'nın 72'nci maddesinin 1'inci fıkrasına göre haksız fiillerden kaynaklanan tazminat davalarında, “(...) zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve herhâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır”^{23 24}.

¹⁷ Köse, s. 117.

¹⁸ Veysel Başpınar / Mehmet Altunkaya, “Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımının Başlaması ve Süresi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57(1), 2008, s. 101; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2016, s. 426; Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Beta Yayınları, 2013, s. 325.

¹⁹ Oğuzman / Öz, s. 466; Esin / Dündar, s. 265.

²⁰ Suphi N. Okay, *İdare Davalarında Görev ve Yetki, Dava ve Husumet Ehliyeti Süreleşimi ve Mercî Tecavüzü Meseleleri – Danıştay Karar ve İçtihatları*, Kanaat Basımevi, 1946, s. 128.

²¹ Ayan, s. 426.

²² Y. 3. H. D. E. 2014/9540, K. 2014/8361, T. 28.5.2014 (Kazancı), Y. 9. H. D. E. 2017/27336, K. 2017/21954, T. 21.12.2017 (Lexpera)

²³ 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde haksız fiillerden kaynaklanan tazminat davalarında zamanaşımı süresi 1 ve 10 iken 6098 sayılı kanun ile bu süreler 2 ve 10 yıl olarak düzenlenmiştir. 6098 sayılı kanunun 72'nci maddesinin gerekçesinde bu değişiklik, “*Haksız fiil tazminatı için, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda öngörülen bir yıllık kısa zamanaşımı süresinin, yetersiz bulunması nedeniyle, Tasarıda iki yıla çıkarılması öngörülmüştür*” şeklinde ifade edilmiştir. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>>, s. 55 Erişim Tarihi 21.02.2019. Kısa zamanaşımı süresinin 2 yıla çıkarılmasının gerekçesinin, soyut olduğu ve gelişen teknolojiyle birlikte hak arama hızında yaşanan değişim nedeniyle isabetsiz olduğu yönünde

“Zamanaşımı, usul hukukunu değil maddi hukuku ilgilendiren bir kurum ol(duğu)”²⁵ için, sürenin dolması davalıya sadece dava konusu alacağın mahkeme aracılığıyla tahsil edilemeyeceğine dair bir def’i hakkı verir²⁶. Zamanaşımı süresinin dolmasının, alacak hakkı üzerinde hiçbir etkisi yoktur²⁷. Zamanaşımına uğramış

eleştiri için bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, *Türk Borçlar Kanunu Tasarısına Eleştiriler*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 140, 2008, s. 37-39.

- ²⁴ 6098 sayılı TBK’nın 72’nci maddesinin 1’inci fıkrasının sevk ediliş sebebi şu şekilde ifade edilmektedir: “Fail tazminat dâvasına esas teşkil eden fiilden dolayı kendisi için genellikle daha ağır bir sonuç doğuracak olan ceza dâvası ile devlet tarafından takip edilebildiği müddetçe, tazminat dâvasını bertaraf etmenin bir anlamı yoktur. Bir suçtan dolayı ceza takibatı altında bulunan bir kimsenin aynı fiilden dolayı zamanaşımı sebebiyle hukuk mahkemesinde sorumluluktan kurtulabilmesi, adalete ve hukuksal güvenliğe, emniyete uygun düşmez.” Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 20. Bası, Turhan Kitabevi, 2016, s. 509.
- ²⁵ Kazım Yenice / Yüksel Esin, *Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü*, Arısan Matbaacılık, 1983, s. 165; Lütfi Duran, “İdari Kazada Dava Açma Müddeti”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 11(1-2), 1945, s. 253 (Duran, Dava Açma Müddeti); Esin / Dündar, s. 265.
- ²⁶ Oğuzman / Öz, s. 466; Özkaya, s. 301; Esin / Dündar, s. 265. “(...) zamanaşımı alacaklının (zarara uğrayanın) alacağını (uğradığı zararı) dava edebilme olanağını ortadan kaldırmaktadır.” Ö. Faruk Karacabey, “Haksız Fiillerde Zamanaşımı II”, *Yargıtay Kararları Dergisi*, Ocak 1979, s. 95 (Karacabey, Zamanaşımı II). “Düşürücü zamanaşımı (...) alacaklının, hakkını hukuk düzeninin öngördüğü belirli bir süre içinde kullanmaması durumunda dava hakkını kaybetmesi demektir.” Ayan, s. 426. “(...) zamanaşımına uğramış bir borç, borcu sona erdiren diğer nedenlerde olduğu gibi, ortadan kalkmaz. Borç özü itibarıyla devam eder. Ancak alacaklı bunu talep ve dâva edemez.” Erzan Erzurumluoğlu, *Borçların Genel Kuralları*, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Aka., 1983, s. 160. “Zamanaşımı, belirli bir süre içerisinde hakkını talep etmemiş olan alacaklının, bundan sonra alacağını dava yolu ile talep edememesidir. Borç-alacak, Borçlar Kanunu’nda belirtilen zamanaşımının geçmesiyle artık dava yolu ile istenemez.” Y. 3. H. D., E. 2015/2126 K. 2015/2603 T. 19.02.2015 (Lexpera). Bu görüşlere katılmak mümkün değildir. Zamanaşımına uğramış bir alacağın dava edilmesi pek tabii mümkündür. Mümkün olmayan açılan davada karşı tarafın zamanaşımı def’ini ileri sürmesi halinde davanın dinlenilemeyecek oluşudur.
- ²⁷ Yenice / Esin, s. 165; H. Tamer İnal, *Borca Aykırılık ve Sonuçları*, Papatya Yayıncılık, 2009, s. 361; Karacabey, Zamanaşımı II, s. 95; Necmeddin M. Berkin, “Adalet Mahkemesi Kararları – Zamanaşımı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 41(3-4), 1975, s. 424; Nomer, s. 325. “(...) gerek kişisel yarar ve çıkarların ve gerekse kamu yararının korunması gayesiyle, hukuk düzeni belli bir sürenin geçmesine hakkın son bulması sonucunu bağlamıştır ki, Özel Hukuk literatüründe buna da kaybettirici zaman aşımı süresi denilmektedir.” Gürsel Kaplan, *İdari Yargıda Dava Açma Süresi*, 3. Bası, Turhan Kitabevi, 2011, s. 20. “Her ne kadar, zamanın geçmesi ile bir hakkın sakıt (düşmek, düşüş) olacağını kabul edilmesinin, temel hukuk ve adalet hissi bakımından rahatsız edici olsa da, kanun koyucu bu konuda tercihini önce alacaklıdan yana, buna karşılık belli bir sürenin geçmesi halinde ise borçludan yana kullanmıştır (...)” Başpınar / Altunkaya, s. 122. “(...) özel hukukta teknik bir kavram olan zamanaşımı, bir hakkın kazanılmasında veya kaybedilmesinde Kanun’un kabul etmiş olduğu sürenin tükenmesi anlamına gelmektedir.” YHGK, E. 2017/17-1093, K. 2017/1090, T. 7.6.2017 (Kazancı). Bu görüşlere katılmak mümkün değildir. Zamanaşımına uğramış bir hakkın kendisi sakıt olmaz. Sadece dava sürecinde karşı tarafa bir def’i hakkı sağlar.

borç eksik borç haline gelmiştir²⁸. Dolayısıyla alacak dava yoluyla talep edilebilir ve karşı taraf zamanaşımı def'ini ileri sürmez ise mahkeme hakkın yerine getirilmesine karar vermek zorundadır²⁹. Zamanaşımına uğramış bir borcu karşı taraf rızasıyla öderse daha sonra bu ödemeyi zamanaşımına uğramış olması gerekçesiyle geri isteyemez³⁰.

Hak düşürücü sürenin aksine, zamanaşımı süresi ilk itirazlardan değildir³¹. Dolayısıyla davaya bakan hâkim zamanaşımı süresinin sona erip ermediğini kendiliğinden araştıramaz³². Taraflardan birisinin ileri sürmesi gerekir³³.

Alacak hakkının zamanaşımı süresine tabi tutulmasının çeşitli gerekçeleri vardır. Uzun süre talep edilmemiş bir alacağın elde edilmiş veya çeşitli nedenlerle sona ermiş olduğu karine teşkil eder³⁴. Uzun yıllar borcun ödendiğine ilişkin kanıtların saklanmasındaki zorluk nedeniyle, borçlunun ifayı ispat etmesi mümkün olmayabilir³⁵. AYM'ye göre de “(...) süreler, mahkemelerin zamanın geçmesi nedeniyle güvenilirliği kalmayan, eksik ya da ulaşılması zor kanıtlara dayanarak uzak geçmişte meydana gelmiş olaylar hakkında karar vermelerini istemekle oluşabilecek adaletsizliklerin önüne geçmek ve hukuk güvenliğini sağlamak gibi önemli ve meşru amaçlara hizmet ederler”³⁶. Yine, koşulları oluşmuş bir alacağın zamanında istenmeyip uzun süre bekledikten sonra dava yoluyla talep edilmesi bir tür hakkın kötüye kullanımı teşkil edebilecektir³⁷. Tüm bu sebepler nedeniyle,

²⁸ Özkaya, s. 302.

²⁹ Esin / Dündar, s. 265.

³⁰ Ayan, s. 426; Nomer, s. 327.

³¹ Özkaya, s. 302; Duran, Dava Açma Müddeti, s. 253; YHGK, E. 2017/17-1093, K. 2017/1090, T. 7.6.2017 (Kazancı).

³² Başpınar / Altunkaya, s. 101; Ayan, s. 426; Nomer, s. 325.

³³ Yenice / Esin, s. 165. Zamanaşımı def'inin davanın hangi aşamasında ileri sürülebileceğine ilişkin farklı görüşler için bkz. Özkaya, s. 303; YHGK, E. 2017/17-1093, K. 2017/1090, T. 7.6.2017 (Kazancı), Y. 3. H. D., E. 2015/2126 K. 2015/2603 T. 19.02.2015 (Lexpera).

³⁴ Ayşe Havutçu, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(Özel Sayı), 2010, s. 582; Mehmet Akif Tutumlu, *Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması*, Seçkin Yayınevi, 2008, s. 28-29; Özkaya, s. 843; Feyzi Necmettin Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II*, İ. Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977, s. 518.

³⁵ Oğuzman / Öz, s. 465; Havutçu, s. 582; Ö. Faruk Karacabey, “Haksız Fiillerde Zamanaşımı I”, *Yargıtay Kararları Dergisi*, Ekim 1978, s. 482 (Karacabey, Zamanaşımı I); Çelik Ahmet Çelik, *Tazminat ve Alacaklarda Zamanaşımı*, Legal Yayıncılık, 2004, s. 39; Tutumlu, s. 28-29; Özkaya, s. 843; AYM, Aktif Elektrik Müh. İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti Başvurusu, B.N. 2012/855, T. 26.06.2014, prg. 38.

³⁶ AYM, Şener Erçin Başvurusu, B.N. 2013/5516, T. 22.1.2015, prg. 56.

³⁷ Çelik, s. 39.

alacağın uzun bir müddet sonra istenmesinin kamu yararı ve sosyal düzeni bozucu etkisini ortadan kaldırmak ve toplum barışını korumak adına zamanaşımı müessesesi getirilmiştir³⁸. Buna karşın, kısa zamanaşımı süresinin, yargı sisteminin yavaş işlemesi nedeniyle yetersiz olduğu; suçların cezasız kalmasına, sorumluların tazminat ödemekten kurtulmasına ve vatandaşın yargıya olan güveninde sarsılmaya yol açtığı belirtilmektedir³⁹.

2. Hak Düşürücü Süre

“Bazı süreler vardır ki, kanun koyucu o süreler içinde hak sahibinin herhalde harekete geçmesini ve hakkını arayacak hukuki durumu kesin bir aydınlığa kavuşturmasını ister; buna rağmen o süreyi geçiren hak sahibinin artık hakkının da düşeceğini kabul eder. Hak düşürücü veya eski deyimle ile sükût-u hak süreleri denilişinin nedeni de budur”⁴⁰. Başka bir deyişle, hak sahibinin kanunen belirlenmiş süre içerisinde, belirlenen eylem veya işlemi yapmaması nedeniyle hakkın sona ermesi sonucunun doğmasına neden olan süreye hak düşürücü süre adı verilmektedir⁴¹. Türk Borçlar Kanunu’nda zamanaşımı hak düşürücü süreye oranla çok daha kapsamlı ele alınmıştır. Zamanaşımına daha çok yer verilmesinin nedeni olarak çok çeşitli ve yapısının karmaşık olması gösterilmektedir⁴². Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda (HMK) ise hak düşürücü sürelerle ilgili birçok madde bulunmaktadır. Ancak, HMK’da düzenlenen hak düşürücü süre maddi hukuk alanındaki kanunlarda düzenlenen hak düşürücü sürelerden farklıdır. Maddi hukuk alanındaki kanunlarda hak düşürücü süreler maddi hukuktaki bir hakkın düşmesi sonucu doğurmakta iken HMK’da düzenlenen hak düşürücü süre, usulü bir işleme ilişkin hakkı düşürmektedir⁴³.

Genel olarak kabul edildiği üzere, hak düşürücü süreler kamu yararı ve kamu düzeniyle ilgilidir⁴⁴. “Hak düşürücü sürelerde hukukî durumun bir an önce aydınlığa kavuşturulması ve tereddüdün en kısa zamanda giderilmesi amacı

³⁸ Karacabey, Zamanaşımı I, s. 482; Çelik, s. 39; Tutumlu, s. 29; Özkaya, s. 843; Kaplan, s. 20; Fezyioğlu, s. 518.

³⁹ Çelik, s. 39.

⁴⁰ Fezyioğlu, s. 521.

⁴¹ Özkaya, s. 840. Özel hukukta hak düşürücü sürelerin kanunlarda yer alan örnekleri için bkz. Özkaya, s. 844.

⁴² Özkaya, s. 839.

⁴³ Özkaya, s. 840.

⁴⁴ Özkaya, s. 848; Fezyioğlu, s. 524; Berkin, s. 426. Kanunlarda düzenlenen hak düşürücü sürelerin kamu yararı veya kamu düzeni ile ilgili olması kuralının istisnaları için bkz. Özkaya, s. 847.

hâkimdir ve bunun için genellikle bu süreler zamanaşımı sürelerine oranla daha kısadır ve yenilik doğurucu hak niteliğindedir”⁴⁵.

Zamanaşımı süresinden farklı olarak hak düşürücü sürelerin söz konusu olduğu durumda hakkın bizatihi kendisi ortadan kalkar⁴⁶. Yine zamanaşımından farklı olarak hak düşürücü süreler def’i değil TBK’da sınırlı sayıda düzenlenmiş olan ilk itirazlardandır⁴⁷. Açılmış olan bir davada hâkim hak düşürücü sürenin kontrolünü re’sen yapmak zorundadır⁴⁸. Hak düşürücü sürenin kontrolü davanın her aşamasında ileri sürülebilir.

Özel hukuk alanında da mevzuatta yer alan süreye ilişkin düzenlemelerin hukuki niteliği bazen karışıklığa sebebiyet verebilmektedir. Diğer bir deyişle, bazen sürenin hak düşürücü süre mi yoksa zamanaşımı süresi mi olduğu madde metninden anlaşılamamaktadır⁴⁹. Dolayısıyla “(b)ir müddetin sukutu hak müddeti olup olmadığını tayin etmek için, her şeyden evvel bu müddeti veren maddenin lafız veya ruhuna, yani delâletine, kanun vazının müddeti verirken kullanmış olduğu ibarelere bakmak lâzımdır.”⁵⁰ Ancak prensip olarak, özel hukukta düzenlenen süre, “(...) alacak hakkına ait bir talebin söz konusu olduğu hallere ilişkin ise zamanaşımı süresi; bir yenilik doğuran hakkın kullanılmasının söz konusu olduğu hallere ilişkin ise hak düşürücü süre (...)”⁵¹ olarak kabul edilmektedir.

Her iki süre nitelik itibariyle farklı anlamlar ve işlevler barındırmaktadır. İlerde daha ayrıntılı incelenecek olmakla beraber şunu peşinen belirtmek gerekir ki, tam yargı davasında dava açma süresi ne zamanaşımı süresine ne de hak düşürücü süreye benzemektedir. Her iki süre ile ortak yanları olduğu kadar ayrışan yanları da bulunmaktadır. Aşağıda idari yargıda genel olarak dava açma süresinin hukuki niteliğine yer verilirken anlatılmak istenen farklılık ortaya konacaktır.

B. İdari Yargıda Dava Açma Süresinin Hukuki Niteliği

“Yargılamak aynı zamanda idare etmektir özdeyişinin yansıttığı gerçek, yargılama hukuku alanındaki kurucu ve yaratıcı etkisini, en fazla dava açma

⁴⁵ Feyzioğlu, s. 524.

⁴⁶ Nomer, s. 324; Berkin, s. 424; Karacabey, Zamanaşımı II, s. 96.

⁴⁷ Özkaya, s. 848; Feyzioğlu, s. 521.

⁴⁸ Nomer, s. 324; Karacabey, Zamanaşımı II, s. 96.

⁴⁹ Özkaya, s. 853.

⁵⁰ Şakir Berki, “Hukukta Müddet Çeşitleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25(1), 1968, s. 101.

⁵¹ Oğuzman / Öz, s. 465.

süresinin niteliği konusunda kendisini göstermektedir."⁵² Yargılama hukukundaki önemine karşın idari yargıda dava açma süresinin niteliği, özellikle doktrinde güncelliğini yitir(e)memiş tartışma konularındandır. Dava açma süresinin geçirilmesine bağlanan sonucun davanın reddedilmesi oluşu, bu tartışmanın güncel olmasının altında yatan en önemli nedendir. Daha önce de ifade edildiği üzere, hukukta süreler genel olarak hak düşürücü süre, zamanaşımı süresi ve düzenleyici nitelikte süre şeklinde sınıflandırılmaktadır.

İdari yargıda dava açma süresinin niteliği açıklanmaya çalışılırken genellikle hak düşürücü süre ve zamanaşımı süresi ile karşılaştırılma yapılmaktadır. Bir görüşe göre bu usul zorunludur⁵³. Aksi görüşe göre ise, idari yargıda dava açma süresinin niteliği açıklanırken hak düşürücü süre veya zamanaşımı süresi gibi kavramlara başvurmak konuyu açıklamak yerine daha da karmaşık ve yanlış anlamaya elverişli hale getirmektedir⁵⁴.

Doktrinde dava açma süresinin hak düşürücü olduğunu savunan yazarların⁵⁵ yanı sıra; sürenin "*sui generis*" nitelikte olduğunu ve hak düşürücü süreye nazaran zamanaşımı süresine daha çok benzediğini öne sürenler⁵⁶ de vardır. Başka bir görüşe göre ise idari yargıda dava açma süresi düzenleyici nitelikte⁵⁷ bir süredir. Bütün bu görüşlerin dışında dava açma süresi ile ilgili olarak doktrindeki farklı görüşlerin aslında benzer şeyler anlattığını ve sorunun daha temelde ve terimsel olduğunu

⁵² Kaplan, s. 3.

⁵³ Yahya Zabunoğlu, "İdari Yargıda Dava Açma Süresi", *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi*, 1-4 Mayıs 1990: Birinci Kitap-İdari Yargı, Danıştay Matbaası, 1991, s. 187.

⁵⁴ Kaplan, s. 82; Örneğin Çağan, "(...) vergi yargılama hukukunda ve İdari yargıda, dava açma sürelerinin hak düşürücü niteliğini kamu hukuku ilkeleri çerçevesinde değerlendirmek gerek(tiğini ve) (...) Bu süreleri, özel hukukta yer alan zamanaşımı süreleri ve hak düşürücü sürelerle karşılaştırarak benzerliklerden bazı sonuçlara varma(nın) doğru (olmadığını) (...)" ifade etmektedir. Nami Çağan, *Vergi Hukukunda Süreler*, Sevinç Matbaası, 1975, s. 68.

⁵⁵ Onar, s. 1961; Ragıp Sarıca, *İdari Kaza*, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, 1949, s. 49; Kenan Aral, *Danıştay Muhakeme Usulü*, Sevinç Matbaası, 1945, s. 198; Zabunoğlu, s. 193; Bahtiyar Akyılmaz / Murat Sezginer / Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, Savaş Yayınevi, 2018, s. 321.

⁵⁶ Duran, *Dava Açma Müddeti*, s. 254.

⁵⁷ Uler, s. 252.

düşünenler⁵⁸ de mevcuttur⁵⁹. İçtihatı bakıldığında Danıştay, dava açma süresinin hak düşürücü süre olduğunu kuşkusuz bir biçimde kabul etmektedir⁶⁰.

Aşağıda her bir görüşe ayrıca yer verilecek olmakla birlikte, idari yargıda dava açma süresinin niteliği konusunda, açılacak davanın türüne göre bir ayırım yapılmadığı görülmektedir. Hâlbuki iptal davası ve tam yargı davası gerek niteliği ve gerekse sonuçları itibarıyla birbirinden farklı davalardır. Dolayısıyla dava açma süresinin hukuki niteliği konusunda yapılacak bir incelemede bu farklılığa değinilmesi kanaatimizce zorunludur.

1. Dava Açma Süresi “Hak Düşürücü”dür

“Sukutu hak müddeti, bir hakkın muhafazası için kanunun emrettiği bir muamele veya diğer herhangi bir hareketin yapılabileceği, yine kanunen muayyen bir zamandır.”⁶¹ Başka bir deyişle, hak düşürücü süreler, bir hakkın varlığını ve kullanımını belirli bir sürenin geçmesiyle sonlandıran nitelikleriyle bilinirler⁶². Dolayısıyla hak düşürücü süreye özelliğini veren karakteri, sona ermesiyle birlikte ilişkin olduğu hakkın varlığını, kullanımını ve savunulmasını imkânsız hale getirmesidir.

İdari yargıda dava açma süresinin hak düşürücü olduğu doktrinin büyük bir çoğunluğu tarafından savunulmakta ve Danıştay tarafından da kabul edilmektedir⁶³. Özel hukukta dava açma süresi istisna teşkil ederken, idari yargıda dava açma

⁵⁸ Kaplan, s. 72-83.

⁵⁹ İdari yargıda dava açma süresi ile ilgili çeşitli ülkelerin düzenlemeleri hakkında bkz. Müslüm Akıncı, *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*, Turhan Kitabevi, 2008, s. 178 vd.

⁶⁰ D. 9. D. E. 1983/4903, K. 1983/5756, T. 11.10.1983 (Kazancı); D. 3. D, E. 2010/6979, K. 2012/667, T. 13.3.2012 (Kazancı); DVDDGK, E. 2015/408, K. 2015/323, T. 17.6.2015 (Kazancı); D. 3. D, E. 2015/11248, K. 2015/8282, T. 18.11.2015 (Kazancı).

⁶¹ Duran, *Dava Açma Müddeti*, s. 254-255.

⁶² Çağan, s. 26; Berki, s. 99; Berkin, s. 424.

⁶³ Onar, s. 1961; Sarıca, s. 49 (Sarıca iptal davasında süre konusuna değinirken sürenin hak düşürücü süre olduğunu ifade etmekle beraber; tam yargı davası kısmında, iki dava arasında süre anlamında bir fark olmadığından söz ederek, sürenin tam yargı davası anlamında da hak düşürücü olduğunu belirtmektedir, Sarıca, s. 266); Aral, s. 198; Zabunoğlu, s. 193; Şeref Gözübüyük / Güven Dinçer, *İdari Yargılama Usulü*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, 1999, s. 319; Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 321; D. 3. D, E. 2015/11248, K. 2015/8282, T. 18.11.2015 (Kazancı), DVDDGK, E. 2015/408, K. 2015/323, T. 17.6.2015 (Kazancı), D. 3. D, E. 2010/6979, K. 2012/667, T. 13.3.2012 (Kazancı); eski tarihli bir Danıştay kararına göre, “Hakkın sukutuna taalluk eden amme nizamından bulunan bu müddetin idari kazaca davanın esasına girmeden re’sen araştırılması zaruridir (...) müddetinde açılmayan davayı Danıştay tetkik(e) yetkili (değildir)” D. 5. D, E. 1952/1618, K. 1952/2670, T. 23.10.1952, Aktaran: Aral, s. 200.

süresinin esaslı bir dava şartı veya ön koşulu⁶⁴ olarak öngörülmesi sürenin hak düşürücü olduğunun göstergesidir⁶⁵.

Özel hukukta hak düşürücü süre ile zamanaşımı süresi arasındaki en önemli fark, hak düşürücü süre dolduğunda ilgili hakkın sadece dava yoluyla talep edilebilirliği değil kendisinin de ortadan kalkmasıdır⁶⁶. Hak düşürücü süre sona erdikten sonra açılan davalar dinlenmez. Hâkim açılmış bir davada hak düşürücü sürenin kontrolünü re'sen yapmak zorundadır⁶⁷. Yapmamış ya da hata etmiş olsa dahi davanın her aşamasında taraflar hak düşürücü sürenin geçmiş olduğunu iddia edebilir⁶⁸. Zamanaşımı süresi ise hakkın kendisini değil dava yolu ile talep edilebilmesini etkilemektedir⁶⁹. Zamanaşımı süresinin geçtiğinin tespiti hâkim tarafından re'sen nazara alınamaz. Tarafların belirli koşullar altında ileri sürmesi gerekir⁷⁰. Daha önce ifade edildiği üzere HMK'nın 142'nci maddesi uyarınca zamanaşımı hususundaki talepler hâkim tarafından ön inceleme duruşması tamamlandıktan sonra tahkikata başlanılmadan önce karara bağlanır.

İdari yargıda dava açma süresinin hak düşürücü olduğu fikrine yukarıdaki açıklamalar ışığında bakıldığında bazı sapmalar göze çarpmaktadır. Hak düşürücü sürenin söz konusu olduğu hallerde sürenin dolması ile birlikte hakkın kendisi ortadan kalkmaktadır. Bu doğrultuda, idari yargıda dava açma süresinin özel hukuktaki anlamıyla hak düşürücü nitelikte olduğunu iddia etmek mümkün değildir. Çünkü idari yargıda dava açma süresinin hak düşürücü olduğunu kabul eden yazarların da ifade ettiği üzere⁷¹, idari yargıda dava açma süresinin geçmesiyle birlikte sadece ilgili hakkın dava yoluyla elde edilebilme imkânı ortadan kalkar. Dolayısıyla sürenin geçmesiyle düşen hak dava konusu hak değil dava açma

⁶⁴ Gözübüyük / Dinçer, s. 319.

⁶⁵ Onar, s. 1960.

⁶⁶ Berkin, s. 424; Özkaya, s. 840; Feyzioğlu, s. 521.

⁶⁷ Nomer, s. 324; Karacabey, Zamanaşımı II, s. 96; Nomer, s. 324; Özkaya, s. 848.

⁶⁸ Karacabey, Zamanaşımı II, s. 96; Onar, s. 1960. İYUK'un 14'üncü maddesi dilekçe üzerine ilk inceleme konularını düzenlemekte ve süre aşımı da ilk inceleme konuları arasında yer almaktadır. İYUK'un 15'inci maddesinde ise süre aşımı halinde davanın reddine karar verileceği hüküm altına alınmıştır. 14'üncü maddenin 6'ncı fıkrası uyarınca süre aşımının ilk incelemeden sonra tespit edilmesi halinde de davanın her safhasında 15'inci madde hükmünün uygulanacağı belirtilmiştir.

⁶⁹ Berki, s. 100; Çağan, s. 33.

⁷⁰ Onar, s. 1961.

⁷¹ "İdari dâvaların, dâva hakkı doğduktan muayyen bir müddet içinde açılması iktiza eder. Kanunla tayin olunan müddet içinde dâva açılmadığı takdirde, bir kimsenin hakkı ne kadar aşikâr ve müstenidatı da ne kadar kuvvetli olursa olsun, artık, o kimse idareden hakkını dâva yolu ile elde edemez." Aral, s. 198. Benzer yönde ifadeler için bkz. Kaplan, s. 20; Onar, s. 1961.

hakkıdır. İlgili süresinde dava açmamasına veya açtığı dava süreden reddedildikten sonra dahi idareye başvurarak hakkını isteyebilir ve idare de süreyle bağlı olmaksızın bu isteği yerine getirebilir⁷². Diğer taraftan, daha önce de ifade edildiği üzere hak düşürücü sürelerin durması ya da kesilmesi söz konusu değilken idari yargıda dava açma süresinin durması⁷³ ya da süre geçtikten sonra dahi dava açma imkânının sürdüğü durumlar⁷⁴ mevcuttur. Sonuç itibarıyla dava açma süresinin niteliğini saptarken sadece özel hukuktaki bir kurumdan yola çıkmak, sorunu daha karmaşık bir hale sokmaktadır. Özel hukuktaki hak düşürücü sürenin anlamı idari yargıdaki dava açma süresinin niteliğiyle örtüşmemektedir. Aynı şekilde, aşağıda ele alınacağı üzere, özel hukuktaki zamanaşımı süresinin de idari yargıdaki dava açma süresiyle örtüşmediği açıktır.

2. Dava Açma Süresi “Sui Generis”tir

İdari yargıda dava açma süresinin kendine özgü (sui generis) bir süre olduğu fikrini geliştirip sistematik bir biçimde savunan Duran’dır⁷⁵. Duran’a göre, “(...) *dâva açma müddeti (...) amme hukukunun tamamen “sui generis” bir müessesesi (...)*”dir⁷⁶. Yine Duran’a göre, dava açma süresinin sadece zamanaşımı süresiyle kıyaslanarak açıklanması, doktrini, sürenin hak düşürücü süre olduğu fikrine götürmektedir⁷⁷.

Dava açma süresini özel hukuktaki hak düşürücü süreden ayıran temel nokta, hak düşürücü sürede süre geçtiğinde hakkın kendisi de ortadan kalkarken; idari yargıda düzenlenen dava açma süresinde süre geçmiş olsa dahi hakkın varlığını sürdürmesidir⁷⁸. İdari yargıdaki dava açma süresini özel hukukta düzenlenen zamanaşımından ayıran husus ise, idari yargıda dava açma süresi kamu düzenine

⁷² Duran, Dava Açma Müddeti, s. 250.

⁷³ İYUK’un 11’inci maddesi uyarınca.

⁷⁴ İYUK’un 9’uncu maddesi hükmünde yer alan ek 30 günlük süre.

⁷⁵ Duran, Dava Açma Müddeti, s. 249. Duran eserinde Sirman’ın da kendisiyle aynı fikirde olduğunu belirtip bu fikre Sirman’ın eserinde dava açma süresiyle zamanaşımı süresini karşılaştırdıktan sonra ilâve ettiği şu ifadeye yer vermektedir. “*Bütün bu sebepler dolayısıyla müruru müddeti amme hukukunda kabili tatbik orijinal bir sukutu hak müddeti olarak tanımak lâzımdır.*” Ancak Sirman’ın bahsi geçen eseri incelendiğinde dava açma süresini zamanaşımı süresinden çok hak düşürücü süreye benzettiğini görüyoruz. Kemal Sirman, *Devlet Şurası Kanunu Şerh ve İzahları*, Titaş Basımevi, 1941, s. 77-94. Ayrıca Öngören de sürenin sui generis olduğunu savunmaktadır. Gürsel Öngören, *Türk Hukukunda İdari Dava Açma Süreleri*, Kazancı Yaymevi, 1990, s. 11.

⁷⁶ Duran, Dava Açma Müddeti, s. 249; Erol Çırakman, *İdari Davalarda Süre, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No 21, Güneş Matbaası, 1976, s. 196.

⁷⁷ Duran, Dava Açma Müddeti, s. 247.

⁷⁸ Duran, Dava Açma Müddeti, s. 247; Çırakman, s. 195. Öngören, s. 11-12.

ilişkin olduğundan mahkemece re'sen nazara alınıp davanın her aşamasında ileri sürülebilir iken; zamanaşımı süresinin mahkeme re'sen nazara alınamaması ve taraflarca ancak belirli usuli şartlar altında ileri sürülebilmesidir⁷⁹.

Genel olarak kabul edildiği üzere, hak düşürücü sürelerin durmaları veya kesilmeleri mümkün değilken⁸⁰, idari yargıda dava açma süresi belirli koşullar dâhilinde durmaktadır⁸¹. Yine bazı hallerde dava açma süresi geçmiş de olsa ek süreden faydalanmak mümkündür⁸². Ayrıca bazı hallerde geçmiş olan dava açma süresi yeniden başlamaktadır⁸³.

Duran, “*Dâva müddetinin (...) tebarüz ettirilen ve mahkeme içtihatlarıyla da müeyyet bulunan bu hasiselerinin mevcudiyetini kabul etmekle beraber, müruru zamanla karşılaştırılarak ondan tamamen farklı olduğuna ve hususi hukuktaki sukutu hak müddetlerine benzetilmesine taraftar (olmadığını) (...); amme hukuku mefhumlarının hususi hukukta bunlara tekabül eden mefhumlarla mukayese edilmek suretiyle tetkiki(nin), hemen daima şaşırtıcı, aldatıcı ve tehlikeli neticelere götür(düğünü)(...) Çünkü amme hukuku ve bunun içinde en genç olan idare hukuku(nun) tamamen kendine has ve hususi hukuktakilere ancak zahiren benzerlikler arz eden mefhum ve müesseselere sahip (...) (olduğunu) (...) dâva açma müddeti(nin) de bu müesseselerden biri (olduğunu) ve mukayese itiyadı neticesinde hakikî mahiyeti(nin) belirtilememiş (olduğunu) (...) Dâva müddeti(nin) tek başına ele alınarak incelen(mesinin); hukuki mahiyeti(ni) ve karakterleri(ni) (...) daha iyi (ortaya koyacağını) (...) Bu itibarla (...) dâva açma müddetini amme hukukunun tamamen “sui generis” bir müessesesi (...)”⁸⁴ olarak kabul edilmesi gerektiğini düşünmektedir.*

⁷⁹ Duran, Dava Açma Müddeti, s. 248.

⁸⁰ Çağan, s. 68.

⁸¹ Öngören, s. 12. Örneğin, İYUK’un 11’inci maddesine göre yapılan idari başvuru işlemeye başlayan dava açma süresini durdurmaktadır.

⁸² İYUK’un 9’uncu maddesinin 1’inci fıkrasında belirtilen şartlar çerçevesinde 30 günlük ek dava açma süresi öngörülmüştür.

⁸³ Öngören, s. 12. İYUK’un 10’uncu maddesinin 2’nci fıkrası uyarınca, ilgililer “*Dava açılmaması veya davanın süreden reddi hallerinde, altmış günlük sürenin (dava açma süresi) bitmesinden sonra yetkili idari makamlarca cevap verilirse, cevabın tebliğinden itibaren altmış gün içinde dava açabilirler.*”

⁸⁴ Duran, Dava Açma Müddeti, s. 249. “*Sui generis*” deyiminin, bir kural veya kavramı açıklamak için elverişli olmadığı, kendisi belirsiz olan bir deyimle bir kavramı açıklamanın mümkün olmadığı ve bir kurumu anlatırken onu benzer kurumlardan ayıran kavram ve deyimler geliştirmek gerektiği konusunda eleştiri için bkz. Yusuf Karakoç, *Vergi Yargılama Hukukunda Süreler*, Yetkin Yayınevi, 2000, s. 48-49. “*Sui generis*” deyimine benzer bir eleştiri için bkz. Uler, s. 216.

3. Dava Açma Süresi “Düzenleyici Nitelikte”dir

İdari yargıda dava açma süresinin “düzenleyici nitelikte” bir süre olduğu fikrinin savunucusu Uler’dir. Uler’e göre, süre düzenleyici niteliktedir ve idari yargıda yargısal işlevin temposunu düzenlemek için öngörülmüştür⁸⁵. İdare hukukunda idarenin hukuka uygun hareket etmesi zorunluluğunu belli bir süreyle sınırlandırmak mümkün değildir⁸⁶. İdari yargıda hâkimin dava açma süresinin kontrolünü re’sen yapması sürenin hak düşürücü olduğu sonucunu doğurmaz⁸⁷. Ayrıca hâkim tarafından re’sen göz önüne alınmasa da zamanaşımı süresi kamu düzenindedir ve idari yargıda dava açma süresi ne kamu düzenine ilişkindir ne de zamanaşımı süresine benzetilebilir⁸⁸. Zamanaşımı süreleri nitelikleri gereği uzun sürelerdir ve zamanaşımının oluşma nedenlerinin hiçbiri 60 ya da 90 günlük sürelerde gerçekleşemez⁸⁹.

İlgililerin işlem veya eylemden çok uzun bir süre sonra dava açmaları, ilgili işlem veya eylem ile bağlarının zayıflamış olması nedeniyle kabul edilmeyebilir. Ancak bu durum 60 ya da 90 günlük sürelerde gerçekleşemez. Dolayısıyla bahsi geçen ilgi bağının varlığı, her olaya özgü olarak yargı merci tarafından araştırılmalıdır⁹⁰.

Sürenin düzenleyici nitelikte olduğu kabul edildiğinde, ilgili davasını öngörülen sürede açmadığı vakit dava açabilmek için idarenin yeni bir işlem veya eylem yapması, bunun için de ilgilinin idari başvuru yapması gerekecektir. Dolayısıyla düzenleyici süre içerisinde dava açmayan ilgilinin ihtiyari olan idari başvuru seçeneği yeni bir dava süresi yaratılması için “zorunlu” hale dönüşecektir⁹¹.

C. Değerlendirme

Gerçekten, idari yargı tarihsel açıdan diğer hukuk dallarına kıyasen sonradan ortaya çıkmış olmakla birlikte kavram ve kurumları bir temele sahiptir. Gerek nitelik gerekse hüküm ve sonuçları itibarıyla bu kurumların başında da dava açma süresi gelmektedir. Bu çerçevede idari yargıda dava açma süresi, kamu düzenine

⁸⁵ Uler, s. 252.

⁸⁶ Uler, s. 211.

⁸⁷ Uler, s. 214.

⁸⁸ Uler, s. 216.

⁸⁹ Uler, s. 216.

⁹⁰ Uler, s. 254.

⁹¹ Uler, s. 258.

ilişkindir⁹², hâkim tarafından re'sen nazara alınır, taraflarca davanın her aşamasında ileri sürülebilir ve dava açma süresinin geçmesi hakkın kendisinin de sona ermesine yol açmaz⁹³. Bu nitelikleri itibariyle idari yargıda dava açma süresi, hak düşürücü ve zamanaşımı süresinin her ikisinden de etkilenmiştir. Buna karşın yine her iki tür süreden de ayrılan tarafları mevcuttur⁹⁴.

İdari yargıda dava açma süresine, davaların ayırımına da ölçüt teşkil den objektif – sübjektif dava kapsamında yaklaşmak gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, idari yargıda dava açma süresini iptal ve tam yargı davası ayırımına koşut bir biçimde ayrı ele almak gerekmektedir. İdari yargıda iptal davası, idarenin hukuka uygunluğunun denetlenmesi ve sonuçlarının herkese etki etmesi bakımından objektif niteliktedir. Dolayısıyla idarenin yapmış olduğu idari işleme karşı dava açma süresinin uzun olması ve işlemin yapılmasından çok sonra iptal davası açılması, kamu düzenini ve idari istikrarı etkileyebilir. Ancak iptal davasında dava açma süresinin kısa olmasına gerekçe olabilecek ve geçerliliği tartışmaya açık bu hususlar, dava açma süresinin hak düşürücü süre olması anlamına gelmemektedir. Zira dava açma süresi geçmiş hukuka aykırı bir idari işlemi idare -geri alma işlemine ilişkin kurallara uygun olarak- geri alma yetkisine sahiptir ve hatta idarenin böyle bir işlemi geri alma yükümlülüğü vardır. Şunu önemle ifade etmek gerekir ki, iptal davasında dava açma süresi konusunda tabulardan kurtulmak ve bu doğrultuda hak düşürücü ve zamanaşımı süresi ikilemi arasına sıkışmaktan vazgeçmek gerekir. İdari yargıda iptal davasında dava açma süresinin kendine özgü karakteri vardır ve hukuki niteliğini bu doğrultuda ortaya koymak gerekmektedir. Dava açma süresinin kendine özgü oluşu, süreyi bir yandan “*sui generis*” olarak niteleyip bir yandan da hak düşürücü süre olarak uygulamayı haklı göstermez. Çünkü Duran “*sui generis*” ifadesini, hak düşürücü ve zamanaşımı süresinden farklılaştırmak amacıyla kullanmaktadır. Ayrıca Uler’in de ifade ettiği üzere Duran’ın dava açma süresini “*sui generis*” olarak ifade etmesi önemli olmakla birlikte gerçek bir hukuksal nitelemeye sahip değildir. Yine Duran “*sui generis*” kavramını hem iptal davası hem de tam yargı davasına uygulanan dava açma süresi için kullanmaktadır. İptal davasında dava açma süresi, kendi başına anlam ifade edebilen ayrı bir kavram ve aynı zamanda ayrı bir kurumdur. Dolayısıyla, iptal davasında dava açma süresi, hak düşürücü ve zamanaşımından farklı süre türüdür⁹⁵.

⁹² Tam yargı davası açısından dava açma süresinin “*kamu düzenine ilişkin olma*” niteliğinin - aşağıda tartışılacağı üzere- geçerli hukuki temelinin gösterilemediğini hatta tartışılmadan benimsendiğini belirtelim.

⁹³ Karakoç, s. 48-49.

⁹⁴ Çırakman, s. 193; Yenice / Esin, s. 166.

⁹⁵ Dava açma süresinin hukuki niteliği bahsini kapatmadan önemle ifade etmek gerekir ki, Duran’ın bahsi geçen “*sui generis*” görüşü yukarıda ifade ettiğimiz farklılıklara rağmen, idari

Tam yargı davası iptal davasının aksine özel hukuktaki tazminat davalarına benzemektedir ve ilgilinin ihlal edilen hakkının tazminini konu edinmesi ve sonuçlarının sadece ilgiliyi etkilemesi bakımından sübjektif niteliktedir. Bu kapsamda tam yargı davasına, özel hukuktaki eda davalarına ve özelde tazminat davalarına uygulanan zamanaşımı süresinin uygulanması mümkündür. Ayrıca, aşağıda detaylı olarak incelenecek olmakla birlikte, bir miktar paranın hakkı ihlal edilen ilgiliye ödenmesini konu alan bir dava, idari istikrarı ve kamu düzenini etkilemeyeceği için, kısa dava açma sürelerine ihtiyaç yoktur. Aksine zararın tazmini için zamanaşımı süresi öngörülmeli ve bu husus sadece mahkeme önünde idare tarafından kullanılabilecek bir def'i niteliğinde olmalıdır. Tam yargı davasında dava açabilmek için getirilecek zamanaşımı sınırlaması, davanın açılmasını gerektirecek her bir zarar kaynağı -idari işlem, idari eylem, yargı kararının uygulanmaması- çerçevesinde ele alınarak yeniden düzenlenmelidir.

II. İDARİ YARGIDA DAVA AÇMA SÜRESİNE GETİRİLEN SINIRLAMAYA YÖNELİK GEREKÇELERİN TAM YARGI DAVASINDA GEÇERLİLİĞİ

İdari yargıda dava açma süresinin kısa tutulmasına yönelik gerekçeler mutlak olarak ifade edilmektedir. Diğer bir ifadeyle, idari yargıda açılabilen davalar olan iptal ve tam yargı davaları, dava açma süresi özelinde birlikte değerlendirilmektedir. Detayına aşağıda yer verilecek olmakla birlikte, yargı kararlarında genel olarak sınırlamaya esas alınan gerekçeler, “*idari istikrar*”, “*sürekli dava tehdidi*”, “*kamu düzeni*”dir⁹⁶.

Hemen belirtmek gerekir ki, dava açma süresinin belirlenmesi kapsamında iptal ve tam yargı davası birçok yönden ayrışmaktadır. Dava açma süresinin kısa olması gerektiğine ilişkin gerekçeler, tamamı olmasa bile, iptal davası için kabul edilebilir olmakla birlikte tam yargı davası için geçerli değildir⁹⁷.

Her ne kadar mevzuattaki düzenleme bir sınırlama öngörmemekte ise de⁹⁸ tam yargı davası idari yargı sisteminde “*tazminat davası*” olarak kabul

yargıda dava açma süresinin niteliği konusunda anlam ve kapsam olarak en yakın olduğumuz görüştür.

⁹⁶ D. 9. D. E. 2016/15550, K. 2016/5897, T. 9.6.2016 (Kazancı)

⁹⁷ Yakup Gönen, “Hak Arama Özgürlüğü Bağlamında Tam Yargı Davasındaki Usul ve Sürelerin Haksız Fiilden Kaynaklanan Tazminat Davası ile Karşılaştırılması”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(1), 2016, s. 467.

⁹⁸ İYUK’un 3’üncü maddesinde ifade edilen bazı tam yargı davaları için miktar belirtme zorunluluğu ve 16’ncı maddesine göre dava dilekçesinde belirtilen miktarın bir defaya mahsus artırılabilmesine ilişkin hükümler hariç.

edilmektedir⁹⁹. Hal böyle olunca, konusunun “bir miktar para” olduğu davayı açma süresinin kısa tutulmasının gerekçesi “idari istikrar”, “kamu düzeni”, “sürekli dava tehdidi” olamaz¹⁰⁰. İdarenin bir işlemi ya da eylemi sebebiyle zarara uğramış kişinin uğradığı zararın “belli bir miktar para” ile giderilmesi için açacağı davanın, 60 günlük dava açma süresine indirgenmesi, hak arama özgürlüğünün bir unsuru olan mahkemeye erişim hakkını ihlal etmesi pek muhtemeldir¹⁰¹.

Söz konusu gerekçelerin ne anlama geldiğini ve tam yargı davası için öngörülen dava açma süreleri ile ilgisini tek tek incelemek gerekmektedir. Ancak vurgulamak gerekir ki, hem ilgili kavramların içinin net bir biçimde doldurulmaması hem de gerek içtihadın gerekse doktrinin böyle bir çaba içinde olmaması, bu kavramları birlikte kullanma veya birbirlerini sebep-sonuç ilişkisi içinde açıklama sonucunu doğurmuştur. Bu yaklaşıma göre, örneğin idari yargıda dava açma sürelerinin sınırlı tutulmasının sebebi kamu yararadır ve bu sebeple dava açma süresinin uzun tutulması idari istikrarı zedelemektedir¹⁰². Benzer şekilde, idari yargıda işlem veya eylemlere karşı dava açma süresi sınırlandırılmaz ise idare sürekli dava tehdidi altında bulunur ve bu durum kamu hizmetlerinde istikrar ve istinrarı etkilemektedir¹⁰³. Bu ve benzeri açıklamalar, bir temellendirme gayretinden yoksun olarak dile getirilmektedir.

⁹⁹ Taner Ayanoglu, “Yargısal Korunma İşlevi Bakımından Tam Yargı Davasının Niteliği”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl*, 9 Mayıs 2003, s. 68-69; Celal Erkut, “İdari Yargıya Başvuru Haklarının Sınırı ve İdari Davaların Kapsamı”, *2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu*, 11-12 Mayıs 2000, s. 93. “İdarenin hukuka uygunluğunun, sağlanmasında etkin araçlardan biri olan ve kişilerin idari işlem veya eylemlerle subjektif haklarının ihlali halinde bu ihlalin tüm sonuçlarıyla birlikte giderilmesini amaçlayan tam yargı davalarında; davacıların yerine getirilmesini istedikleri haklarını, başkaca bir tazmin aracı bulunmadığından para olarak ve Türk Lirası cinsinden tanımlamaları gerekmektedir.” D. 10. D. E. 1995/7629, K. 1996/8293, T. 16.12.1996 (Kazancı)

¹⁰⁰ Kaplan, s. 36.

¹⁰¹ Çınar Can Evren, “İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun On üçüncü Maddesi Uyarınca Yapılacak Başvurularda Süre ve Adil Yargılanma Hakkı”, *Memleket Siyaset Yönetim Dergisi*, 10(24), 2015, s. 65; Fransa’da da dava açma süresinin hukuksal niteliği konusundaki görüşler de benzer şekilde sadece iptal davası düşünülerek ortaya konmuş görünmektedir. İlgili görüşler için bkz. Kaplan, s. 70.

¹⁰² Ersoy, Neşet; “İdari Davalarda Süre”, *Türk İdare Dergisi*, 41(326), 1970, s. 21-22; Çırakman, s. 191.

¹⁰³ Duran, Dava Açma Müddeti, s. 238-239; Çağan, s. 3; İlyas Gürbüz, “Danıştay’da İdari Dava Açma Süresi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 5(-),1973, s. 931; Çırakman, s. 191.

A. İdari İstikrar

İdari istikrar, bir görüşe göre, “(...) *hukuk devleti ilkesinin idare hukuku bakımından somutlaşan alt ilkelerinden birisidir*”¹⁰⁴. Hukuksal güvenliğin sağlanmasının önemli araçlarından birisi olarak kabul edilen idari istikrar ilkesi¹⁰⁵, idarenin ortaya koyduğu ve bir süredir devam ettirdiği öznel hukuki durumların devamlılığını ve keyfi bir biçimde değiştirilememesini ifade eder¹⁰⁶. Bu anlamda ilkenin ikili bir görünüme sahip olduğu ve bir yönüyle idarenin, genel nitelikteki düzenleyici işlemler dışında, öznel hukuki durum yaratmış işlemlerinde yapacağı tasarruflarda kişilerin hukuki durumlarında değişiklik yapamayacağını ifade ederken; diğer yönüyle de idari işlemlere karşı ancak belli bir süre içinde dava açılabileceği anlamına geldiği belirtilmektedir¹⁰⁷.

İdari yargıda dava açma süresi, idari istikrar¹⁰⁸ ve hukuki güvenlik¹⁰⁹ ilkelerini koruma kaygısı çerçevesinde düzenlenmiştir¹¹⁰. İdarenin faaliyetlerini güven içinde sürdürebilmesi amacıyla idari yargıda dava açma süreleri özel hukuka nazaran kısa tutulmuştur. Aksi durum sürekli dava tehdidi altında kalacak olan idarenin istikrarını bozacaktır¹¹¹. İdari yargıda dava açma süresinin kısa tutulmasına gerekçe olarak gösterilen idari istikrar ilkesi, idari yargı sistemine sadece iptal davası penceresinden bakılmasından kaynaklanmaktadır¹¹². Faaliyetinin

¹⁰⁴ Melikşah Yasin, “Örf ve Adet Kuralları ile İdari Teamüllerin İdare Hukukundaki Yeri”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 15(2), 2012, s. 40.

¹⁰⁵ “İdari istikrar” kavramının kelime anlamı ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Ömer Yıldırım, *İmar Hukukunda İdari İstikrar İlkesi ve Müesses Durumlar*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017, s. 3-4.

¹⁰⁶ D. Çiğdem Sever, *Danıştay Kararları Işığında İdare Hukukunda Kazanılmış Haklar*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006, s. 119.

¹⁰⁷ Sever, s. 120; Yıldırım, s. 4-5.

¹⁰⁸ Sirman, s. 79.

¹⁰⁹ “Kural olarak belli bir hakkın mahkemede ileri sürülebilmesi ya da hak arama hürriyeti kapsamında bir davanın açılabilmesi için öngörülecek süreler hukuk güvenliği ilkesi gereği olup adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirilemez (...) Süre sınırlaması getiren bu müdahaleler, devletin takdir yetkisi içinde olup ulaşılmak istenen meşru amaçla orantılı oldukça ve hakkın özünü zedeledikçe Anayasa’da yer alan hak arama hürriyetini engellemiş sayılmaz.” AYM, Hasan Doğru ve Diğerleri Başvurusu, B.N. 2013/3724, T. 23.03.2016, prg, 36.

¹¹⁰ Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 321.

¹¹¹ Çağan, s. 3.

¹¹² “İdare hukuku ilkelerine göre, idari işlemler tesis edildikleri andan itibaren yürürlük kuvvetini ve doğruluk karinesini haizdirler. Bu husus idarenin tek taraflı kararlarına kişinin uyma zorunluluğunu doğurur. Bu ilkenin tabii sonucu olarak da idari işlemlerde devamlılık ve istikrar esastır. Kamu düzeninin bozulmaması için idari istikrar prensibine verilen önem

tek amacı kamu yararı olan idareye karşı uzun dava açma süresi öngörülmesi durumunda idari istikrar; uygulama aşamasına girildikten çok uzun zaman sonra işlemin iptal edilebileceği anlamına gelmesi sebebiyle zedelenir¹¹³. Başka bir deyişle, “(...) *murakabe neticesinde idari tasarrufların her zaman tadil ve iptal edilmesi imkânının mevcudiyeti, amme otoritesini de tezelzüle uğrattır (...)*”¹¹⁴ veya “*İdare davalarında süreaşımının kabulü ve hizmeti vaz'ı, idari işlem ve kararları uzun müddet nizâlı ve ihtilaflı bırakmamak amacına ve bunlara bir an önce istikrar vermek prensibine dayanır.*”¹¹⁵ Özel hukukta zamanaşımı sürelerinin uzun tutulması kişilerin ya da toplumun hukuk güvenliğine herhangi bir zarar vermeyecekken; idare hukukunda bir işlemin yıllar sonra yargısal denetime tabi tutulması toplum düzenini bozabilecek ve devletle toplum arasında önemli gerginliklere sebep olabilecektir¹¹⁶. Buna karşın, idari yargıda iptal davası için getirilen kısa sürenin dahi; kişilere karşı güçlü taraf olan, her zaman işlem tesis edebilen ve dava açıldığında işleminin yürürlüğünün kendiliğinden durmadığı (vergi uyuşmazlıklarından bazıları hariç) idare karşısında, idari istikrar gibi net olmayan bir ilkeye dayandırılmasının hiçbir anlam ifade etmediği belirtilmektedir¹¹⁷.

İdari istikrar ilkesi ile iptal davasının kastedildiğini düşünmeye iten nedenlerden birisi de idari istikrar ilkesi ile kamu hizmetlerindeki verimlilik ve sürekliliğin sürekli bir arada kullanılmasıdır¹¹⁸. Tabiidir ki, idari işlem veya eylemlerden ötürü kişisel hakları doğrudan muhtel olan kişinin zararını tazmin amacıyla açacağı bir tam yargı davası nedeniyle ne idarenin istikrarı bozulabilir ne de sunduğu kamu hizmetindeki süreklilik veya verimlilik etkilenir¹¹⁹. Başka bir deyişle “(...) *belli bir süre sonra tazminata hükmedilmesi idarenin işleminin iptali anlamına gelmeyeceği gibi bu kararın idari istikrarı bozması da söz konusu*

sebebiyle (...) dava açma süresi sınırlandırılmıştır.” D. 9. D. E. 2016/15550, K. 2016/5897, T. 9.6.2016 (Kazancı)

¹¹³ Ersoy, s. 21-22. AYM’ye göre, “(...) *kamu hizmetinin hızlı, düzenli ve etkin biçimde yürütülmesini sağlamak düşüncesi ile idari davaların açılma süresi kanunlarla düzenlenmiş*”tir. Dolayısıyla AYM’ye göre idari istikrar, dava açma süresinin kısa tutulmasının değil dava açma süresi ile ilgili hükümlerin kanunla düzenlenmesinin gerekçesidir. AYM, Hamza Küçük Başvurusu, B.N. 2013/7400, T. 05.11.2015, prg. 38; AYM, Haluk Pek Başvurusu, B.N. 2013/9094, T. 04.02.2016, prg. 40; AYM, Mohammed Aynosah Başvurusu, B.N. 2013/8896, T. 23.02.2016, prg. 39.

¹¹⁴ Duran, Dava Açma Müddeti, s. 238-239. (abç)

¹¹⁵ Okay, s. 129. (abç)

¹¹⁶ Sever, s. 120.

¹¹⁷ Orhan Karabacak, “Japon İdari Yargılama Usulü Kanunu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 3(10), 2012, s. 728.

¹¹⁸ Zabunoğlu, s. 189-190; Karakoç, s. 40; Kaplan, s. 38.

¹¹⁹ Başpınar, s. 486.

değildir”¹²⁰. Eğer tam yargı davasında da dava açma süresinin kısa tutulmasına idari istikrar gerekçe gösterilecek ise, idarenin istikrarının nasıl bozulacağını açıkça ortaya koyulabilmesi gerekir¹²¹.

B. Sürekli Dava Tehdidi

Hukuk devleti olmanın en önemli şekli unsurlarından birisi idarenin yargı denetimine tabi olmasıdır. Nitekim Anayasa’nın 125. maddesine göre, “*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.*” Anayasa ve kanunlarda idarenin işlem veya eylemlerini yargı yoluna kapatan ve yasama kısıntısı adı verilen düzenlemeler bulunmaktadır¹²². Yasama organının herhangi bir alanı yargı yoluna kapatabilmesi için anayasal dayanağa ihtiyacı vardır. İdarenin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolunun açık olduğunu düzenleyen açık hüküm karşısında aksi düşünülemez.

İdari yargıda dava açma süresinin kısa olmasının gerekçelerinden birisi de idarenin sürekli dava tehdidi altında olacağı¹²³ ve bu durumun hizmetin işleyişini ve personelin huzurunu bozacağı inancıdır¹²⁴. Doktrinde, sürekli dava tehdidi gerekçesinin de iptal davası özelinde düşünüldüğüne dair emarelere rastlanmaktadır¹²⁵. Dava açma süresi uzun tutulduğunda idarenin sürekli dava tehdidi altında kalacağı; kısa tutulduğunda ise hak veya menfaati etkilenen kişilerin dava açabilmek için yeterli zamanı bulunmayacağı için haksızlığı yargı organı önüne taşıyamayacağı ifade edilerek; kamu yararı ve özel yarar arasında bir çatışma yaşandığı ve üstünlüğün kamu yararına verildiği ifade edilmektedir¹²⁶. Bu açıklamada da kamu yararı kavramı içeriğine değinilmeden mutlak biçimde özel yararın karşıtı olarak konumlanmakta, kamu yararı adına özel yarara sınırsız bir şekilde müdahale edilebileceği anlayışı örtük olarak benimsenmektedir. Kamu yararı - özel yarar ayrımının dava süresine ilişkin bir sorunun çözümünde uygun bir araç

¹²⁰ Evren, s. 65.

¹²¹ Gönen, s. 467.

¹²² Konuyla ilgili örnek liste için bkz. Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 100.

¹²³ AYM’ye göre, “*İdari işlem ve eylemlerin sürekli bir biçimde dava açılma tehdidi altında kalmasını engellemek (...) düşüncesi ile idari davaların açılma süresi kanunlarla düzenlenmiş (...)*”tir. Dolayısıyla AYM’ye göre sürekli dava tehdidini engellemek, dava açma süresinin kısa tutulmasının değil dava açma süresi ile ilgili hükümlerin kanunla düzenlenmesinin gerekçesidir. AYM, Hamza Küçük Başvurusu, B.N. 2013/7400, T. 05.11.2015, prg. 38; AYM, Haluk Pek Başvurusu, B.N. 2013/9094, T. 04.02.2016, prg. 40; AYM, Mohammed Aynosah Başvurusu, B.N. 2013/8896, T. 23.02.2016, prg. 39.

¹²⁴ Duran, Dava Açma Müddeti, s. 238; Yenice / Esin, s. 164; Zabunoğlu, s. 189-190; AYM, Kamil Koç Başvurusu, B.N. 2012/660, T. 7.11.2013, prg. 66.

¹²⁵ Çağan, s. 3; Gürbüzler, s. 931.

¹²⁶ Esin / Dündar, s. 265-266.

olarak kabul edilmesi anlamlı görünmemektedir. İdare kamu hizmetlerini yürütmekle görevlidir. Bu görevi yürütebilmek için sürekli; tek taraflı, icrai, re'sen icra kuvvetine sahip, hukuka uygunluk karinesinden yararlanan işlem veya eylemler yapmaktadır. İdarenin bu gücü karşısında zayıf konumda bulunan hizmetten yararlananlar, ne kadar haksız ve hukuka aykırı işlem veya eylem ile muhatap olma tehdidi altında ise, idare de işlem veya eylemine karşı o kadar dava açılma tehdidi altında olmalıdır.

Sürekli dava tehdidi altında olan, idari işlem veya eylem değil hukuka uygunluğu ve haklılığı kuşkulu olan işlem ve eylem, bir başka ifadeyle, hukuka aykırılık ve haksızlıktır. Dolayısıyla dava açma süresi uzun olsa dahi tehdit altında bulunan idarenin işlemi veya eyleminin hukuka uygun olup olmadığı gerçeği “yani hukuka aykırılık ve haksızlıktır”¹²⁷.

Hukuka aykırı bir işlem veya eyleme muhatap olan kişi uğramış olduğu haksızlığa veya zarara karşı muhakkak yasal yollara müracaat etmek isteyecektir. Dolayısıyla dava açma süresini kısa tutarak idareyi sürekli dava tehdidinden kurtarma düşüncesi mantıklı bir yöntem olarak kabul edilemez. Başka bir deyişle, kısa tutulan dava açma süresi idareyi “dava tehdidinden” kurtaramayacaktır. Örneğin hukuka aykırı bir atama işlemine maruz kalan kişi ya da yol çalışması sırasında zarara uğrayan bir mülk sahibi, dava açma süresi 60 günden daha kısa olsa da davasını açacaktır. Kamuoyunu ilgilendiren ve önemli sayılan örneğin imar, özelleştirme, doğaya zarar veren tesislerin yapımı vb. kısa dava açma süreleri olsa bile konuyu takip edenler tarafından dava konusu yapılacak ve “tehdit” gerçekleşecek yani dava açılacaktır.

“Dava tehdidi” varsayımı bir an için haklı görüldüğünde, bu tehdit gerçekleşip dava açıldığında idarenin ve yerine getirdiği hizmetin aksayacağı kabul edilmektedir. Bu yaklaşımın idari işleyişin kurumsallığıyla ilgili gerçekçi bir anlayışa ve olgusal tespite dayanmadığı açıktır. Dava açılan idare gereken idari süreçleri işleterek davaya cevap verecek ve bundan idarenin olağan işleyişi etkilenmeyecektir. Dolayısıyla dava açma süresinin kısa tutulmasına gerekçe olarak gösterilen idarenin sürekli dava tehdidi altında kalacağı gerekçesi tamamen bir kurgudur.

Anayasa uyarınca kanunlar somut norm denetimi uyarınca sürekli olarak dava tehdidi altındadır. Şu zamana kadar anayasal düzlemde bu sistemin kamu hizmetlerine veya personelin huzuruna etki ettiğine dair herhangi bir şikâyet gündeme gelmemiştir¹²⁸. Benzer şekilde, idarenin yaptığı kanun benzeri soyut, genel

¹²⁷ Uler, s. 222.

¹²⁸ Uler, s. 222.

ve kişilik dışı olan düzenleyici işlemler, İYUK'un 7/4'üncü maddesi uyarınca sürekli dava tehdidi altındadır. Sırf bu gerekçeyle, İYUK'taki ilgili düzenlemeye bu zamana kadar bir itiraz gelmemiştir.

İdarenin sürekli dava tehdidi altında bulunmasının hizmeti aksatacağı ve personeli olumsuz etkileyeceği fikri tam yargı davası özelinde düşünüldüğünde ise tamamen gerçek dışıdır. Konusu bir miktar para olan davanın uzun süre sonra açılması ne hizmetin verimliliğini ne de personelin huzurunu kaçırabilir.

C. Kamu Düzeni

Kamu düzeni, doğası gereği sınırının nerede başlayıp bittiğinin ve kapsamının belirlenmesinin güç olduğu, müphem bir kavram olarak ifade edilmektedir¹²⁹. Kamu düzeni, toplumun barış, güven ve gelişme içinde¹³⁰ veya güvenlik, huzur ve sağlık içinde¹³¹ yaşamını sürdürmesi durumudur. Başka bir deyişle, kamu düzeni, “(...) kamunun (toplumun) her bakımdan genel çıkarlarını koruyucu hükümlerin tümüdür.”¹³²

Değişken ve görelî bir kavram olmasına rağmen kamu düzeni kavramının değişmez ve tekrar eden bir içeriğe de sahip olduğu ve bunun da toplum yaşamı içerisinde maddî bir karışıklığın, kargaşanın, kaba kuvvetin, şiddetin, anarşinin hüküm sürmediği, aksine toplum yaşamında belirli bir düzen ve barış durumunun hâkim olması olduğu belirtilmektedir¹³³.

Kamu düzeni klasik anlamda, güvenlik, sağlık, dirlik ve esenlik unsurlarından oluşmaktadır. Günümüzde genişleyen içeriği sebebiyle genel ahlak, estetik,

¹²⁹ Arda Atakan, “Kamu Düzeni Kavramı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 13(1-2), 2007, s. 59; Bülent Tanör, *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası*, Öncü Kitabevi, 1969, s. 137; Gülşen Köse, “Kamu Düzeni Kavramı ve Kamu Düzenine Aykırılığın Sonuçları”, *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan*, 2006, s. 1270.

¹³⁰ Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982, s. 249.

¹³¹ Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, Ekin Yayınevi, 2009, s. 472.

¹³² Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, 2016, s. 465-466. “(...) kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyi niyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir.” YİBGK, E. 2010/1, K. 2012/1, T. 10.2.2012 (Kazancı)

¹³³ Tanör, s. 138.

ekonomik ve ekolojik kamu düzeni de kamu düzeni kavramı içerisinde zikredilmeye başlanmıştır¹³⁴.

Belirsizliği üzerine sürekli vurgu yapılmasına rağmen kamu düzeni kavramının idare hukuku alanında genellikle kolluk alanında kullanıldığı da bir gerçektir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması amacıyla başvuru ve bu kapsamda hukuki çerçevesi çizilen kolluk yetkisinin kullanımı, sınırları ve ölçülülük açısından kamu düzeni kavramı daima bir kıstas olarak yerini almıştır.

Dava açma süresine ilişkin değerlendirmelerde kullanılan “kamu düzeninden olma” ifadesinin, kavramın maddi içeriğinden büyük ölçüde bağımsız yani *yalnızca bir ifade* olarak kullanıldığı tespit edilebilir. “Kamu düzeni” etiketi yapılandırıldığında dava açma süresinin kısalığının tartışılmaz kılınacağı düşünülmekte ancak bu “kamu düzeni”nin ne olduğunun açıklanması yoluna gidilmemekte ya da olgusal temeli olmayan genel ifadeler kullanılmaktadır.

İdari yargılama usulünde kamu düzeninden olmayan bir konu göstermeye ihtiyaç duyulmadan özellikle vurgulandığı üzere, dava açma süresi genel kabule göre kamu düzenindedir¹³⁵. Bu çerçevede dava açma süresi kamu düzenine ilişkin olması hasebiyle davanın her aşamasında hâkim tarafından re’sen gözetilmek zorundadır¹³⁶. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere, kamu düzeninin unsurlarından hangisi dava açma süresinin kamu düzenine ilişkin olduğuna alt yapı oluşturmaktadır? Güvenlik unsuru mu? Dirlik ve esenlik unsuru mu? Sağlık unsuru mu? Doktrinde ve içtihatlarda bu yönde açık bir ifadeye rastlamak mümkün değildir. Bununla birlikte, dava açma süresinin kısa olmasının, kamu düzenini sağlamak amacıyla olduğuna gerekçe gösterilirken kullanılan ifadeler, “*toplum hayatında belirsizlik*”¹³⁷ yaratacağı, “*toplum huzuru, idari huzur, kamu hizmetlerinin esenliği*”¹³⁸nin ancak bu şekilde sağlanabileceği veya “*hukuksal barış ve*

¹³⁴ Kamu düzeni kavramı ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, On iki Levha Yayınevi, 2011.

¹³⁵ Yenice / Esin, s. 164-166; Cafer Ergen, *İdari Yargıda Dava Açma Süreleri*, Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 18. “*Müruru müddet meselesi intizamı ammeye taalluk ettiği cihetle taraflar canibinden dermeyan edilmemiş olsa bile her zaman resen nazara alınmak icap eder*” D. 5. D. E. 1944/174, K. 1944/553, Aktaran: Okay, s. 145. Benzer yönde, D. 5. D. E. 1940/884, K. 1940/1415, Aktaran: Okay, s. 151; AYİM, 2. D. E. 2001/406, K. 2002/148, T. 13.2.2002 (Kazancı). Aksi yönde, Uler, s. 216.

¹³⁶ D. 5. D. E. 1944/174, K. 1944/553, Okay, s. 145. Benzer yönde, D. 5. D. E. 1940/884, K. 1940/1415, Okay, s. 151; AYİM, 2. D. E. 2001/406, K. 2002/148, T. 13.2.2002 (Kazancı); Ergen, s. 18; Kaplan, s. 46; AYİM, 2. D. E. 2001/406, K. 2002/148, T. 13.2.2002 (Kazancı); Esin / Dündar, s. 266; Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 266.

¹³⁷ Gönen, s. 467.

¹³⁸ Yenice / Esin, s. 164-166.

güven”¹³⁹’in sağlanmasının yöntemi olduğu şeklindedir. Oysa yargılama usulü açısından kamu düzeni, tarafların üzerinde tasarruf serbestisi olmayan ve re’sen dikkate alınacak hususları ifade eder¹⁴⁰ ve bu anlamı genişletmeyi gerektiren bir sebep bulunmamaktadır.

Dava açma süresinin kendisinin başlı başına kamu düzeninden olmasının yanı sıra dava açma süresinin idari yargıda kısa tutulmasının gerekçesi de kamu düzenidir. Dolaylı etki de diyebileceğimiz üzere, idari yargıda dava açma süreleri uzun olursa idare sürekli dava tehdidi altında kalır ve bu da kamu düzenini bozar.

Kamu düzeni kavramı aynı zamanda dava açma sürelerinin kanunla düzenlenmesi zorunluluğuna da gerekçe gösterilmektedir. Başka bir deyişle, dava açma süreleri kamu düzenine ilişkin olduğu için kanunla düzenlenmelidir¹⁴¹. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Dava açma süresi, hak arama özgürlüğünün ilkelerinden birisi olan mahkemeye erişim hakkına getirilen bir sınırlamadır. Dolayısıyla bir temel hak ve özgürlüğün sınırlanması söz konusudur. Anayasa’ya göre, temel hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Anayasa’nın hak arama özgürlüğünü düzenleyen 36’ncı maddesinde de herhangi bir sınırlama sebebi öngörülmemiştir¹⁴². Doktrinde her ne kadar ilgili maddede özel bir sınırlama nedeni öngörülme de hakkın özünde var olan ve onu çevreleyen bir alan olduğu ayrıca Anayasa’nın 13’üncü maddesinde yer alan “*ilgili maddelerinde*” ibaresinin Anayasa’nın tamamını kastettiği iddia edilse dahi¹⁴³ ve Anayasa’nın

¹³⁹ Uler, s. 254.

¹⁴⁰ Haluk Konuralp, İstinafta Kamu Düzeni Kavramı, *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2008, s.144-146.

¹⁴¹ Esin / Dündar, s. 266; Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 320.

¹⁴² Nesnel sınır anlayışı uyarınca Anayasa’nın 36. maddesinde yer alan “*meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle*” ibaresi, hak arama özgürlüğünün kapsam ve norm alanını belirlemektedir. K. Burak Öztürk, *Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz*, Yetkin Yayıncılık, 2015, s. 97.

¹⁴³ “*Anayasa’nın 36. Maddesinde (...) hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. Özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da Anayasa’nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanılarak bu hakların sınırlandırılması mümkün olabilir. Dava açma hakkının kapsamına ve kullanım koşullarına ilişkin bir kısım düzenlemenin hak arama özgürlüğünün doğasından kaynaklanan sınırları ortaya koyan ve hakkın norm alanını belirleyen kurallar olduğu açıktır. Ancak bu sınırlamalar Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz*” AYM, Yıldız Eker Başvurusu, B.N. 2015/18872, T. 22.11.2018, prg. 61; Temel hak ve özgürlüklerin sınırlama rejimi ve özellikle ilgili maddede özel sınırlama sebebi öngörülme hakların sınırlanmasıyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Öztürk, s. 97-102.

125'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında yer alan, “İdari işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden başlar” ifadesinden, idari yargıda açılacak davalarda mutlaka süre öngörülmesi gerektiği gibi dolaylı bir yorum yapılabilecek de olsa, bu durum dava açma süresinin kamu düzenine ilişkin olduğu için kanunla düzenlenmesi gerektiği sonucunu doğurmaz.

Dava açma süresinin kamu düzeninden sayılması ve bu sebeple sürenin kısa tutulması gerekliliği karşısında; hukuka aykırı bir işlemin belli bir zaman geçmesiyle kesinlik kazanmasının kamu düzeninde yaratacağı tahribatın da göz önünde bulundurulması bir zorunluluktur¹⁴⁴. Dava açma süresinin kısa olması gerektiği düşüncesi ile kamu düzeninin bu yolla daha iyi sağlanacağı düşüncesi birbiriyle doğru orantılı ise; dava açma süresi ne kadar kısa olursa kamu düzeni o kadar sağlamlaşacak demektir. 521 sayılı Kanun döneminden 90 gün olan dava açma süresi, 2577 sayılı Kanun ile 60 güne indirilmiş olmasına rağmen kamu düzeninin eskisine nazaran daha sağlamlaştığını iddia etmek güçtür¹⁴⁵. Diğer taraftan dava açma süresinin yazılı bildirimle başladığı ve idarenin herhangi bir tasarrufundan etkilenen ancak kendisine yazılı tebliğ yapılmayan kişilerin öğrenme üzerine dava açabileceğinin kabul edildiği¹⁴⁶ idari yargı sisteminde kişiye göre farklı dava açma süresi başlangıçlarının olacağı aşikârdır. Dolayısıyla dava açma süresi kamu düzenine ilişkin olsa dahi, bunun rastlantısal bir kamu düzeni olduğu savunulmaktadır¹⁴⁷. İdari işlemler alanında kabul edilen zincir işlem kuramı gereğince, halkalardan biri olan ve menfaati ihlal eden bir işleme karşı zamanında dava açıl(a)madığı halde, zincir işlemin tamamlanmasıyla beraber son işleme karşı dava açılırken, dava açıl(a)mayan ilk işleme de dava açılacağı kabul edilmektedir¹⁴⁸. Dava açma süresi kamu düzeni gerekçesi de kullanılarak bu kadar

¹⁴⁴ Duran, Dava Açma Müddeti, s. 239; Uler, s. 222; Kaplan, s. 6.

¹⁴⁵ Uler, s. 223.

¹⁴⁶ D. 9. D. E. 2016/19698, K. 2017/2002, T. 21.2.2017 (Kazancı)

¹⁴⁷ Uler, s. 226; Özel hukukta haksız fiilden kaynaklanan ve birden fazla kişinin sorumlu olduğu tazminat davalarında da, mağdurun sorumluları öğrenme tarihine göre farklı zamanaşımı sürelerinin başlayacağına dair “rastlantısal kamu düzeni”ne benzer görüş için bkz. Tülay Aydın Ünver, “Tüzel Kişilere Karşı İşlenen Haksız Fiillerde Bir Yıllık Zamanaşımı Süresinin Başlangıcına İlişkin Yargıtay Kararının İncelenmesi”, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, 2010, s. 404.

¹⁴⁸ “(...) ihale işlemlerinin nitelikleri bakımından birbirinden ayrılabilen zincir işlemlerden oluştuğu ve ihale sürecinin her aşamasında gerçekleşen bu işlemlerin, ihale sürecinin sonraki aşamalarını da hukukten etkileyebileceği; özel bir idarî usulün belirlendiği durumlar dışında, kural olarak, ihale sürecinin çeşitli aşamalarında gerçekleşen bu işlemlere karşı doğrudan dava açılması, ihalenin belirli bir aşamasında açılan davalarda, dava açılmadan önceki ihale süreçlerinde gerçekleşmiş olan işlemlerin yargısal denetiminin yapılmasının hukukten mümkün olduğu (...)” DİDDGK, E. 2018/3285, K. 2018/4671, T. 14.11.2018 (Kazancı). Benzer yönde

katı yorumlanıyor ise zincir işlem kuramı uyarınca ilk işleme dava açılmaması gerekirken, bu konuda kamu düzeni göz ardı edilebilmiştir¹⁴⁹.

Dava açma süresi kanunda hiç düzenlenmeseydi dahi kamu düzeninin, diğer bir ilk inceleme konusu olan menfaat koşulu kullanılarak sağlanabileceği savunulmaktadır¹⁵⁰. Gerçekten idarenin herhangi bir tasarrufuna karşı uzun müddet geçtikten sonra açılacak bir dava; meşru, doğrudan ve güncel bir menfaatin bulunmaması halinde reddedilebilecektir.

Dava açma süresinin kısa olmasına gerekçe gösterilen kamu düzeni kavramını tam yargı davası özelinde incelediğimizde; belirli bir paranın ödenmesini içeren bir davanın uzun müddet sonra açılmasının kamu düzeniyle herhangi bir ilgisi yoktur. Diğer bir ifadeyle, idarenin hakkı ihlal edilen ilgilinin zararını uzun süre sonra ödemesi, kamu düzeninin ne güvenlik ne sağlık ne de dirlik ve esenlik unsurlarıyla ilgisi vardır. Zararın güncel olarak varlığını sürdürdüğü ve delillere sağlıklı bir şekilde ulaşılabilirdiği bir ortamda tam yargı davasının açılmasının önünde kamu düzeni kavramı bir engel teşkil edememelidir.

SONUÇ

İdari yargıda dava açma süresine, davaların ayırımına da ölçüt teşkil den objektif – sübjektif dava kapsamında yaklaşmak gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, idari yargıda dava açma süresini iptal ve tam yargı davası ayırımına koşut bir biçimde ayrı ele almak gerekmektedir. İptal davasında dava açma süresi konusunda tabulardan kurtulmak ve bu doğrultuda hak düşürücü ve zamanaşımı süresi ikilemi arasına sıkışmaktan vazgeçmek gerekir. İdari yargıda iptal davasında dava açma süresinin kendine özgü karakteri vardır ve hukuki niteliğini bu doğrultuda ortaya koymak gerekmektedir. İptal davasında dava açma süresi, kendi başına bir anlam ifade edebilen ayrı bir kavram ve aynı zamanda ayrı bir kurumdur. Dolayısıyla, iptal davasında dava açma süresi, hak düşürücü ve zamanaşımından farklı bir süre türüdür.

Tam yargı davası iptal davasının aksine özel hukuktaki tazminat davalarına benzemektedir ve ilgilinin ihlal edilen hakkının tazminini konu edinmesi ve

bkz. D. 13. D. E. 2012/2330, K. 2017/1605, T. 23.5.2017 (Kazancı); D. 5. D. E. 2016/30013, K. 2018/18916, T. 26.12.2018 (Kazancı)

¹⁴⁹ Uler, s. 246. Uler'in bahsi geçen görüşüne karşın, nihai işleme karşı açılan davada halka işlemin de dava konusu edildiği hallerde halka işlemin çoğunlukla usul/şekil açısından denetlendiğini ve ayrılabilir işlem teorisi uyarınca eğer halka işlem başlı başına hukuki durumda değişiklik yapan ve dolayısıyla icrai nitelikte bir işlem ise nihai işlemle bağımsız olarak ayrıca dava konusu edilebileceğini de unutmamak gerekmektedir. Konu ile ilgili Danıştay kararı için bkz. DİDDGK, E. 2019/596, K. 2019/4550, T. 17.10.2019 (Kazancı); D. 13. D. E. 2020/696, K. 2020/2049, T. 14.9.2020 (Kazancı)

¹⁵⁰ Uler, s. 255.

sonuçlarının sadece ilgiliyi etkilemesi bakımından sübjektif niteliktedir. Bu kapsamda tam yargı davasına, özel hukuktaki eda davalarına ve özelde tazminat davalarına uygulanan zamanaşımı süresinin uygulanması mümkündür. Ayrıca, teorinin aksine pratik olarak bir miktar paranın hakkı ihlal edilen ilgiliye ödenmesini konu alan bir dava, idari istikrarı ve kamu düzenini etkilemeyeceği için, genel itibariyle dava açma sürelerine ihtiyaç yoktur. Aksine zararın tazmini için zamanaşımı süresi öngörülmesi ve bu husus sadece mahkeme önünde idarece kullanılabilir bir def'i niteliğinde olmalıdır.

Tam yargı davasında dava açabilmek için getirilecek zamanaşımı sınırlaması, davanın açılmasını gerektirecek her bir zarar kaynağı -idari işlem, idari eylem, yargı kararının uygulanmaması- çerçevesinde ele alınarak yeniden düzenlenmelidir. Bu kapsamda idari işlem nedeniyle açılacak tam yargı davalarında (İYUK'un 12'nci maddesi uyarınca iptal ve tam yargı davasının birlikte açılması ihtimalinde işlemin iptalinin yanı sıra tam yargı davası da açılarak zarar da talep ediliyor ise bu durumda iptal davasına uygulanan dava açma süresinin uygulanması gerekecektir) işlemin tebliği veya başka suretle öğrenilmesi üzerine süresi kanun koyucu tarafından tespit edilecek bir zamanaşımı süresinin (bu hususta özel hukukta haksız fiile uygulanan 2 ve 10 yıllık süreler dikkate alınabilir) ve idari eylemden kaynaklanan tam yargı davası için de ön karar başvurusu yerine (ihtiyari olarak değiştirilmek kaydıyla mevcut düzenleme korunabilir) eylemin idariliğinin ve zararın öğrenilmesinden itibaren yine aynı zamanaşımı süresinin öngörülmesi gerekmektedir. Yargı kararının uygulanmamasından kaynaklanan tam yargı davalarında ise Danıştay'ın bazı dairelerinin mevcut zamanaşımı süresinin uygulanması görüşü kanunlaştırılarak içtihatlar arasındaki uyumsuzluk giderilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akıncı M, *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*, Turhan Kitabevi, 2008.
- Akyılmaz B / Sezginer M / Kaya C, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, Savaş Yayınevi, 2018.
- Aral K, *Danıştay Muhakeme Usulü*, Sevinç Matbaası, 1945.
- Atakan A, “Kamu Düzeni Kavramı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 13(1-2), 2007, s. 59-136.
- Ayan M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2016.
- Ayanoğlu T, “Yargısal Korunma İşlevi Bakımından Tam Yargı Davasının Niteliği”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl*, 9 Mayıs 2003, s. 63-71.
- Aydın Ünver T, “Tüzel Kişilere Karşı İşlenen Haksız Fiillerde Bir Yıllık Zamanaşımı Süresinin Başlangıcına İlişkin Yargıtay Kararının İncelenmesi”, *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan*, 2010, s. 389-421.
- Başpınar V / Altunkaya M, “Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımının Başlaması ve Süresi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57(1), 2008, s. 95-132.
- Başpınar R, *Tam Yargı Davaları, Yüzyıl Boyunca Danıştay*, 2. Baskı, Danıştay Matbaası, , 1986.
- Berki Ş, “Hukukta Müddet Çeşitleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25(1), 1968, s. 99-116.
- Berkin N M, “Adalet Mahkemesi Kararları – Zamanaşımı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 41(3-4), 1975, s. 423-435.
- Çağan N, *Vergi Hukukunda Süreler*, Sevinç Matbaası, 1975.
- Çelik Ç A, *Tazminat ve Alacaklarda Zamanaşımı*, Legal Yayıncılık, 2004.
- Çırakman E, *İdari Davalarda Süre, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No 21, Güneş Matbaası, 1976.
- Duran L, *İdare Hukuku Ders Notları*, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982.
- Duran L, “İdari Kazada Dava Açma Müddeti”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 11(1-2), 1945, s. 238-263.
- Duran L, “İdari İşlemden Sorumluluk İptal Davası - Tam Yargı Davası”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 33(3-4), 1967, s. 3-26.
- Ergen C, *İdari Yargıda Dava Açma Süreleri*, Seçkin Yayıncılık, 2007.
- Erkut C, “İdari Yargıya Başvuru Haklarının Sınırı ve İdari Davaların Kapsamı”, *2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu*, 11-12 Mayıs 2000, s. 89-96.
- Ersoy N, “İdari Davalarda Süre”, *Türk İdare Dergisi*, 41(326), 1970, s. 20-27.
- Erzurumluoğlu E, *Borçların Genel Kuralları*, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Aka., 1983.

- Esin Y / Dündar E, *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, Birinci Kitap: Usul*, Balkanoğlu Matbaacılık, 1971.
- Evren Ç C, “İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun On üçüncü Maddesi Uyarınca Yapılacak Başvurularda Süre ve Adil Yargılanma Hakkı”, *Memleket Siyaset Yönetim Dergisi*, 10(24), 2015, s. 62-85.
- Feyzioğlu F N, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II*, İ. Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977.
- Gönen Y, “Hak Arama Özgürlüğü Bağlamında Tam Yargı Davasındaki Usul ve Sürelerin Haksız Fiilden Kaynaklanan Tazminat Davası ile Karşılaştırılması”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(1), 2016, s. 451-478.
- Gözler K, *İdare Hukuku, C. II*, Ekin Yayınevi, 2009.
- Gözübüyük Ş / Dinçer G, *İdari Yargılama Usulü*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, 1999.
- Gürbüz İ, “Danıştay'da İdari Dava Açma Süresi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 5(-), 1973, s. 923-933.
- Havutçu A, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(Özel Sayı), 2010, s. 579-605.
- İnal H T, *Borca Aykırılık ve Sonuçları*, Papatya Yayıncılık, 2009.
- Kaplan G, *İdari Yargıda Dava Açma Süresi*, 3. Bası, Turhan Kitabevi, 2011.
- Karabacak O, “Japon İdari Yargılama Usulü Kanunu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 3(10), 2012, s. 719-740.
- Karacabey Ö F, “Haksız Fiillerde Zamanaşımı I”, *Yargıtay Kararları Dergisi*, Ekim 1978, s. 477-502.
- Karacabey Ö F, “Haksız Fiillerde Zamanaşımı II”, *Yargıtay Kararları Dergisi*, Ocak 1979, s. 81-100.
- Karakoç Y, *Vergi Yargılama Hukukunda Süreler*, Yetkin Yayınevi, 2000.
- Kılıçoğlu A M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 20. Bası, Turhan Kitabevi, 2016.
- Kılıçoğlu A M, *Türk Borçlar Kanunu Tasarısına Eleştiriler*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 140, 2008.
- Konuralp H, İstinafta Kamu Düzeni Kavramı, *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2008.
- Köse G, “Kamu Düzeni Kavramı ve Kamu Düzenine Aykırılığın Sonuçları”, *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan*, 2006, s. 1269-1301.
- Köse Y, *Hukuk Yargılamasında Süreler*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2012.
- Nomer H N, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Beta Yayınları, 2013.
- Oğuzman M K / Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Filiz Kitabevi, 2006.

- Okay S N, *İdare Davalarında Görev ve Yetki, Dava ve Husumet Ehliyeti Süreaşımı ve Mercii Tecavüzü Meseleleri – Danıştay Karar ve İçtihatları*, Kanaat Basımevi, 1946.
- Okay Tekinsoy Ö, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, On İki Levha Yayınevi, 2011.
- Onar S S, *İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III, 3. Baskı*, İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Öngören G, *Türk hukukunda İdari Dava Açma Süreleri*, Kazancı Yayınevi, 1990.
- Özkaya E, *Özel Hukukumuzda Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler*, Seçkin Yayıncılık, 2012.
- Öztürk K B, *Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz*, Yetkin Yayıncılık, 2015.
- Sarıca R, *İdari Kaza*, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, 1949.
- Sever D Ç, *Danıştay Kararları Işığında İdare Hukukunda Kazanılmış Haklar*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006.
- Sirman K, *Devlet Şurası Kanunu Şerh ve İzahları*, Titaş Basımevi, 1941.
- Tanör B, *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası*, Öncü Kitabevi, 1969.
- Tekinsoy M A, *İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması*, Savaş Yayınları, 2013.
- Tutumlu M A, *Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması*, Seçkin Yayınevi, 2008.
- Uler Y, Yönetmelik Yargıda Dava Süreleri, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1-4 Mayıs 1990, Birinci Kitap İdari Yargı*, Danıştay Matbaası, 1991, s. 209-263.
- Ulusoy A D, *İdari Yargılama Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020.
- Yasin M, “Örf ve Adet Kuralları ile İdari Teamüllerin İdare Hukukundaki Yeri”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 15(2), 2012, s. 29-44.
- Yenice K / Esin Y, *Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü*, Arısan Matbaacılık, 1983.
- Yıldırım Ö, *İmar Hukukunda İdari İstikrar İlkesi ve Müesses Durumlar*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017.
- Yılmaz E, Hukuk Muhakemeleri Kanununda Süreler, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, 8(Özel Sayı), 2013, s. 3167-3190.
- Yılmaz E, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, 2016.
- Zabunoğlu Y, İdari Yargıda Dava Açma Süresi, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1-4 Mayıs 1990: Birinci Kitap-İdari Yargı*, Danıştay Matbaası, 1991, s. 187-209.

GEÇİŞ ADALETİNDE SOSYO-HUKUKSAL BİR YARGI MEKANİZMASI OLARAK GACACA YARGISININ KURULUŞU

Omca ÖZDEMİR*

ÖZET

1994 yılında Ruanda'da gerçekleşen soykırım; yüz gün içerisinde mağdur edilenlerin muazzam sayısı, Hutu nüfusunun katliama geniş katılımı ve genel olarak öncesinde belirli sosyal ilişkileri bulunan failler ve mağdurlar arasında mesafe olmaksızın gerçekleşen zulmün vahşeti ile soykırımlar tarihinde kendine özgü bir şekilde yerini almıştır. Soykırımın bu belirleyici nitelikleri, Ruanda toplumunun soykırım sonrası geçiş adaletine ilişkin tercihlerinde etkili olmuştur. Bu niteliklerin yansıması olan soykırım sonrası toplumsal durum, hem içerdiği maddi imkânların kısıtlılığı hem de parçalanmış sosyal dokunun yarattığı yeni şiddet dalgası tehlikesi ile uygulanabilecek mekanizmaları sınırlandırmıştır. Bu belirli bağlam içerisinde Ruanda, geleneksel çözüm mekanizması olan Gacaca'yı mevcut gereksinimler doğrultusunda yeniden şekillendirerek ve modern devlet imkânları ile destekleyerek bir geçiş adaleti mekanizması olarak yeniden işlevselleştirmiştir. Uzmanların değil halkın doğrudan katılımına dayalı olan Gacaca yargısı, bu özelliğiyle sosyal olan aracılığıyla soykırım faillerini yargılamak, aynı zamanda da salt cezalandırmadan farklı olarak etkisini sosyal olan içine yerleştirecek veya başka bir deyişle sosyal olanı dönüştürecek biçimde inşa edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ruanda soykırımı, geçiş adaleti, Gacaca, Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi, alternatif uyumsuzluk çözüm yöntemleri.

THE FOUNDATION OF THE GACACA JURISDICTION AS A SOCIO-LEGAL JUDICIAL MECHANISM WITHIN TRANSITIONAL JUSTICE

ABSTRACT

Rwandan genocide of 1994 appears in a distinctive position in the history of genocides with the extraordinary number of people that were victimized within one

* **Arş. Gör. Dr.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA, **e-posta:** omca.ozdemir@hbv.edu.tr,

ORCID: 0000-0002-0168-768X

DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1131799

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 16/06/2022

Yayımlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 02/07/2022

hundred days, the wide-spread participation of the Hutu population in the massacre, and the atrocities that were committed by perpetrators on victims with whom they had preexisting social relations. These contextual qualities of the genocide have influenced the Rwandan society's preferences related to transitional justice in the aftermath of the genocide. The post-genocide setting which reflected these qualities has limited the number of feasible mechanisms through both the scarce economic resources it involved and the threat of a new wave of violence that was created by the broken social fabric. In this particular context, Rwanda has re-instrumentalized Gacaca, which had been the traditional resolution mechanism of Rwanda, as a transitional justice mechanism by reshaping it in line with present requirements and supplementing it with the power of the modern state. The Gacaca jurisdiction, with its feature of being based on the direct participation of the people rather than professionals, was built in a way that would enable it to situate its impact in the social or, to put it another way, to transform the social as opposed to mere punishment, while judging the perpetrators of the genocide via the social.

Keywords: *Rwandan genocide, transitional justice, Gacaca, International Criminal Tribunal for Rwanda, alternative dispute resolution mechanisms.*

GİRİŞ

Geçiş adaleti, çatışma ve/veya otoriter yönetimden çıkmış toplumlarda sistematik ve kitlesel insan hakları ihlalleri mirasıyla ilgilenen çeşitli yargısal ve yargısal olmayan yaklaşımlar hakkında bir araştırma ve uygulama alanıdır.¹ Bu kapsamda devletin geçiş adaleti politikaları, kendinden önceki rejimin ihlallerinin telafisinin amaçlandığı süreçlere işaret eder.² Geçiş adaleti sorunu mevcut toplumsal koşullar bağlamında ortaya çıktığından bu husustaki tercihler -eğer etkili olmaları isteniyorsa-, toplumun tarihsel ve güncel durumu ile bağlantılı olarak şekillendirilmelidirler. Ancak elbette geçiş adaleti uygulamalarının belirlenmesi de, diğer siyasal kararlarda olduğu gibi bir olanaklar çeşitliliği içerisinde yapılan seçimi ortaya koyar. Dolayısıyla farklı geçiş toplumları, çatışma sonrası geçiş adaleti tercihlerinde mevcut durumun içerdiği zorunluluklar tarafından koşullandırılmış olarak farklı amaçları önelemede ve hatta aynı amaçlara yöneldiklerinde de, takip ettikleri aynı amaçları farklı içeriklerle anlamlandırmakta ve bunlara ulaşma yöntemlerini farklı şekillerde belirlemektedirler.

Geçiş adaleti mekanizmaları, mevcut toplumsal koşullardan kaynaklanan ihtiyaçlara cevap vermek durumunda olduklarından, hem çatışma sürecinin

¹ Patricia Lundy, Mark McGovern, "Whose Justice? Rethinking Transitional Justice from the Bottom Up", *Journal of Law and Society*, 35(2), 2008, s.267.

² Laurel E. Fletcher, Harvey M. Weinstein, "Violence and Social Repair: Rethinking the Contribution of Justice to Reconciliation", *Human Rights Quarterly*, 24, 2002, s.574.

özellikleri, hem de çatışma sonrasındaki mevcut toplumsal durumun olanakları uyarınca şekillendirilmek durumundadırlar. Bu bakımdan bir geçiş adaleti mekanizmasının ortaya konulması öncelikle, mekanizmanın dayandığı bu koşullarla bağlantısının açığa çıkarılmasını gerektirir. Ve nihayetinde mevcut bir çatışma sonrası durumda geçiş adaleti mekanizmalarına yönelik arayış, önceki tecrübelerden örnek modeller üretmeye çalışırken, uygulanan bu mekanizmalarla dayandıkları somut koşullar arasındaki bağlantıyı dikkatle irdelemelidir. Dolayısıyla geçmiş geçiş adaleti mekanizmaları değerlendirilirken mutlaka, bunların dayandıkları koşullarla mevcut durum karşılaştırılmalı ve geçmiş mekanizmalar bu karşılaştırmanın ortaya koyduğu benzerlikler ölçüsünde uygulamaya konulmalıdır. Değişkenlerden birinin değişmesi, model teşkil edecek mekanizmaların özelliklerinde farklılaştırmaya gidilmesini gerektirecektir.

Ruanda'da bir çatışma sonrası geçiş adaleti mekanizması olarak uygulamaya konulan Gacaca yargısının temellendiği koşul ve imkânların ortaya konulması da, gelecekteki geçiş adaleti tecrübelerine yol göstermesi bakımından önemlidir. Bu bakımdan Gacaca adalet anlayışlarına yeni görüşler sağlayarak başka bağlamlarda üretilecek yaratıcı yaklaşımlar için önemli bir tecrübe yaratmıştır. Nitekim topluma dayalı geçiş süreçleri yaygınlaşmakta; Uganda, Sudan, Doğu Timor'da uyuşmazlıkların çözüm mekanizmaları tartışılırken Gacaca'ya atıfta bulunduğu,³ bu anlamda Gacaca deneyiminin yerleşen geçiş adaletinin formüle edilmesi ve uygulanması bakımından önemli dersler içerdiği dikkati çekmektedir. Bu bağlamda, Ruanda'nın çatışma sonrası toplumsal yeniden inşanın hukuksal araçları hususunda yaptığı tercihin, dayandığı mevcut koşullar merkeze alınarak ortaya konulması, bu çalışmanın konusunu oluşturacaktır.

Çalışmanın amaçlarını karşılayabilmesi için, soykırım ardından Gacaca yargısının kuruluşunun, temellendiği bağlam merkeze alınarak incelenmesi bir zorunluluktur. Zira Gacaca'nın yöneldiği hedefleri soykırımın özellikleri koşulladığı gibi, bu hedefleri gerçekleştirmek üzere kurulan Gacaca sisteminin belirleyici niteliklerini de Ruanda toplumunun maddi ve manevi imkânlarını içeren zorunluluklar şekillendirmiştir. Böylece Gacaca, geçiş adaletine yönelik belirli amaçlar ve bağlamı teşkil eden koşulların etkileşiminin bir ürünü olarak ortaya çıkmıştır. Gacaca'nın bu şekilde tartışılması, soyut liberal hukuk standartlarına kıyaslayarak yargılanmasının ötesinde liberal standartların da takip ettiği adaletle yönelik hedefleri mevcut koşullarda sağlama kapasitesinin tartışılmasına ve genel olarak eleştirilmesine gerçekçi ve yol gösterici bir temel sağlayabilecektir. Bu kapsamda makalede, sonraki çalışmalarda eleştiriye tabi tutulmasına ve

³ Phil Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda – Justice without Lawyers*, Cambridge University Press, 2010, s.352-353.

tartışılmasına zemin hazırlamak üzere, Türkiye’de henüz bağımsız bir çalışmaya konu olmamış Gacaca mekanizması kuruluş süreci içerisinde ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Bu çerçevede çalışmamızda ilk olarak, Ruanda soykırımı ve sonrasındaki toplumsal durum Gacaca sistemini şekillendiren temel çizgileri itibariyle ortaya konulacak; ardından soykırım faillerinin yargılanması için Ruanda ulusal mahkemeleri ve Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesinden oluşan mevcut yargı kurumları, soykırım sonrası toplumsal durumun içerdiği gereksinimlerle bağlantılı olarak tartışılacaktır. Sonrasında, Gacaca’nın temellerini teşkil eden soykırım sonrası ihtiyaçlar ve geleneksel Gacaca mekanizması ortaya konulacak ve soykırım sonrası Gacaca sisteminin kuruluş süreci, hukuksal temelleri, örgütlenmesi ve işleyişi incelenerek makale sona erdirilecektir.

I. SOYKIRIM FAİLLERİNİN YARGILANMASI SORUNU

A. Soykırım Sonrası Ruanda’da Toplumsal Durum

Tamamı “Uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendiren en ciddi suçlar”⁴ arasında olup suçun amacı⁵ noktasında ortaklaşsa da, her soykırım özgündür. Bu özgünlük kendini, şiddetin doğduğu tarihsel bağlamda, saldırganlığın aleni veya gizli oluşunda, saldırganların sosyal mobilizasyon düzeylerinde ve soykırımdan kurtulanların deneyimlerinin farklılıklarında ortaya koyar.⁶ Bu bakımdan Gacaca’nın cevap vermek durumunda olduğu özgün toplumsal koşulları açığa çıkarmak üzere, Ruanda’da soykırım öncesi ve sonrasında anahtar tarihsel olaylarının, soykırıma ilişkin birçok husus tartışmalı olduğu için⁷ ana hatlarıyla olsa da keşfi önem taşımaktadır.

⁴ Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü, <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>>, Erişim Tarihi 9.5.2022, başlangıç.

⁵ “ulusal, etnik, ırka dayalı veya dini bir grubu, kısmen veya tamamen yok etmek amacıyla”: Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü, md.6.

⁶ Mark A. Drumbl, “Punishment, Postgenocide: From Guilt to Shame to *Civis* in Rwanda”, *New York University Law Review*, 75, 2000, s.1224.

⁷ Ölenlerin ve öldürülenlerin sayıları; soykırımdan ve esasen Ruanda’nın sömürge yönetimi altında bulunuşundan önce Hutu ve Tutsiler arasındaki husumetin kapsamı; Ruanda’da tarihsel ve güncel olarak ırk ve etnik kimliğin önemi; Avrupalı sömürgecilerin ve Katolik Kilisesinin ırka dayalı güvensizliğin yaratılmasındaki rolü; yoksulluk ve aşırı nüfusun yarattığı sorunlarının etnik ilişkilere etkisi; soykırımın uygulamaya geçmesini başlatan olay olan Başkan Habyarimana’nın ölümünün sorumluluğunun kime ait olduğu; uluslararası toplumun soykırımdaki rolü; soykırımın ne ölçüde önlenilebileceği hususlarında mutabakat bulunmamaktadır. (Erin Daly, “Between Punitive and Reconstructive Justice: The Gacaca Courts in Rwanda”, *New York University Journal of International Law and Politics*, 34(2), 2002, s.358).

1994 Nisan ve Temmuz ayları arasındaki 100 gün içerisinde, 7 ilâ 8 milyonluk nüfustan 1 milyon⁸ veya nüfusun yaklaşık yüzde 14’ü kadar çocuk, erkek ve kadın Ruandalı, kendileri gibi Ruandalılar, birçok durumda da komşuları veya tanıdıkları tarafından öldürüldü. Faillerin çoğu Hutu çoğunluğuna mensup bulunmaktaydı ve mağdurları büyük çoğunlukla azınlık Tutsi topluluğun üyelerinden oluşmaktaydı.⁹ Çoğu silahsız sivillere karşı işlenen bu cinayetlere tecavüzü de içeren çeşitli işkence fiilleri eşlik etmiş;¹⁰ cinayetlerin çoğu palalar, mızraklar ve çivili sopalar gibi basit araçlarla vahşice ve sıklıkla mağdurların evlerinin yakınlarında gerçekleştirilmişti.¹¹ Bu kapsamda katliamlar, fiziksel mesafe ve teknoloji kullanımı ile gayri şahsileşmemişti.¹²

Ancak şiddetin yaygınlığı ve tarafları arasındaki mesafesizliği, bir kaos ortamından doğduğu yanılığısına yol açmamalıdır.¹³ Çoğu zaman pala savuran köylüler tarafından kabileler arası şiddet biçiminde aniden ortaya çıkmış bir kitle

⁸ Ölü sayısı hakkında, 500.000-1.000.000 arasında değişen tahminler bulunmaktadır: Daly, s.361; Howard Ball, *Prosecuting War Crimes and Genocide: The Twentieth Century Experience*, University Press of Kansas, 1999, s.156.

Daly, soykırımda ölenlerin sayısının, Amerika Birleşik Devletleri’nde gerçekleşen 11 Eylül saldırılarının 3 ay boyunca her gün gerçekleşmesi durumunda ortaya çıkacak ölü sayısına kabaca yakın olduğuna işaret etmektedir. (Daly, s.355, 1. dipnot). Ball da, Yugoslavya’da dört yılda öldürülenlerden daha fazlasının üç ayda öldürüldüğünü ve cinayetlerin Holocausttaki öldürme hızından beş kat daha hızlı olduğunu belirtmiştir: Ball, s.164, 166.

⁹ Uluslararası Af Örgütü, “Gacaca: A Question of Justice”, 17 Aralık 2002, Index Number: AFR 47/007/2002, <<https://www.amnesty.org/en/documents/afr47/007/2002/en/>>, Erişim Tarihi 12.3.2022, s.3.

Nüfusun yaklaşık yüzde birini oluşturan Twalar, soykırım boyunca hem mağdur hem de fail konumunda bulunmuşlardır. (Harvey M. Weinstein, Eric Stover, “Introduction: Conflict, Justice and Reclamation”, Eric Stover, Harvey M. Weinstein (Ed.), *My Neighbor, My Enemy – Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity*, Cambridge University Press, 2004, s.9).

¹⁰ Uluslararası Af Örgütü, “Gacaca: A Question of Justice”, s.3.

¹¹ Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.12; Phil Clark, “The Gacaca Courts and Abbreviated Criminal Procedure for Genocide Crimes in Rwanda”, Morten Bergsmo (Ed.), *Abbreviated Criminal Procedures for Core International Crimes*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2017, s.190.

Ruanda soykırımı hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Alison Des Forges, *Leave None to Tell the Story-Genocide in Rwanda*, Human Rights Watch, 1999; Philip Gourevitch, *We Wish to Inform You That Tomorrow We Will Be Killed with Our Families- Stories From Rwanda*, Picador, 1998; Gerard Prunier, *The Rwanda Crisis- History of a Genocide*, Columbia University Press, 1997; Ebru Çoban Öztürk, “Ruanda’da Trajedi, Adalet ve Uzlaşma”, Cenap Çakmak, Fadime Gözde Çolak, Gökhan Güneysu (Ed.), *20. Yüzyılda Soykırım ve Etnik Temizlik*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2014, s.34-41.

¹² Drumbl, “Punishment, Postgenocide: From Guilt to Shame to *Civis* in Rwanda”, s.1245.

¹³ Daly, s.363-364; Drumbl, “Punishment, Postgenocide: From Guilt to Shame to *Civis* in Rwanda”, s.1245; Des Forges, s.1.

kıyımı olarak resmedilse de soykırım aslında, hem ziyadesiyle planlı¹⁴ hem de örgütlenmesinde dikkat çekecek ölçüde modern di. Zira genel bir strateji, titiz planlama ve örgütleme, devletin araçlarının kontrolü, çok sayıda insanı katledecek araçlar, mağdurları tanıma kapasitesi ve ülke içinde ve dışında doğru mesajları yayacak medyanın sıkı denetimini gerektirmekteydi.¹⁵ Bu kapsamda devletin idari yapısı yaygın biçimde kullanılmıştı.¹⁶ Ruanda soykırımını Ruanda hükümeti tarafından örgütlenmiş¹⁷, yerel otoriteler tarafından desteklenmiş ve sıradan Ruandalı kadın ve erkekler tarafından gerçekleştirilmişti.¹⁸

Ruanda soykırımını 20. yüzyılın diğer kitle katliamlarından ve özel olarak Holokost'tan ayıran; düşük teknoloji silahların kullanımı, Hutu nüfusunun cinayetlere yaygın katılımı¹⁹, faillerle mağdurlar arasındaki yoğun sosyal ve kültürel benzerlikler,²⁰ süreye kıyasla mağdurların muazzam sayısı ve tecavüzün bir etnik şiddet biçimi olarak yaygın kullanımınıdır.²¹

¹⁴ Öyle ki, örneğin daha 1992'nin başlarında Habyarimana, Interahamwe (birlikte duranlar veya birlikte savaşanlar anlamına gelen Kinyarwanda sözcük) olarak bilinen milis kuvvetlerine dönüşecek olan partisinin gençliğine askeri eğitim vermeye başlamış (Des Forges, s.8); milis kuvvetleri bir süredir silah edinme ve dağıtma faaliyetlerine girişmişti (Helena Cobban, "The Legacies of Collective Violence", 1.4.2002, <<https://bostonreview.net/articles/helena-cobban-legacies-collective-violence/>>, Erişim Tarihi 8.5.2022.

¹⁵ African Union, *Rwanda: The Preventable Genocide*, 2000, <<https://www.refworld.org/docid/4d1da8752.html>>, Erişim Tarihi 10.5.2022, 14.2.

¹⁶ Alison Des Forges, Timothy Longman, "Legal Responses to Genocide in Rwanda", Eric Stover, Harvey M. Weinstein (Ed.), *My Neighbor, My Enemy – Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity*, Cambridge University Press, 2004, s.50.

¹⁷ Lauren Haberstock, "An Analysis of the Effectiveness of the Gacaca Court System in Post-Genocide Rwanda", *Global Tides*, 8, 2014, s.5.

¹⁸ Drumbl, "Punishment, Postgenocide: From Guilt to Shame to *Civis* in Rwanda", s.1245.

¹⁹ Hollie Nyseth Brehm, Christopher Uggen, Jean-Damascène Gasanabo, "Genocide, Justice, and Rwanda's Gacaca Courts", *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 30(3), 2014, s.334.

Soykırımı katılım, istekli bir şekilde soykırım fiillerini bizzat işlemekten resmi baskı kullanımı sonucunda bu fiilleri gerçekleştirmeye veya otoritelere veya milis kuvvetlerine Tutsilerin nerede saklandığı bilgisini vermeye kadar geniş bir yelpazede gerçekleşmiştir. Tutsiler hakkındaki propagandayı reddeden ve soykırımı katılmayı seçmeyen Hutular radyo ve kamusal toplantılarda ayıplanma, aşağılanma, para cezaları, hapis ve hatta ölümle yüz yüze gelmekteydiler. (Des Forges, Longman, s.50-51).

²⁰ Öyle ki, bugün Hutu ve Tutsiler olarak bilinen halkın ilk ataları, iki bin yıldan uzun bir süre önce bölgeyi yurt edinmiştir. Kinyarwanda olarak adlandırılan sofistike bir dil geliştirmişler, dini ve felsefi bir ortak inançlar setini ustalıklı işlemişler ve müzik, dans, şiir ve retorikten oluşan bir kültür yaratmışlardır. (Des Forges, s.31). Hutu ve Tutsiler, aynı dili kelime veya lehçe farkı olmaksızın konuşurlar. Çocuklara koyulan isimler Hutular ve Tutsiler arasında benzerdir. Sosyal düzeyde derin bir şekilde birbirlerine karışmışlardır. (Drumbl, "Punishment, Postgenocide: From Guilt to Shame to *Civis* in Rwanda", s.1242-1243). Tüm Ruandalıların dörtte biri hem Tutsi hem Hutu büyük büyükanne ve dedeye sahiptir. (Daly, s.360).

Soykırımı durdurmak için aktif bir şekilde hareket eden tek oluşum olan RPF²², 1994'te soykırım güçleri üzerindeki zaferi²³ ardından tüm Ruanda halkının temsilcisi olduğu iddiasıyla²⁴ Ruanda yönetiminin kontrolünü ele geçirdi.²⁵ Temmuz ayında, Ulusal Birlik Hükümeti olarak adlandırılan, ancak Tutsi hakimiyetindeki RPF tarafından yönlendirilen yeni rejim yönetimi üstlendi.²⁶ Soykırım ardından dünyanın en yoksul ülkesi durumunda bulunan Ruanda'da işleyen su, elektrik,

Ancak bununla birlikte, Hutu-Tutsi ayrımının şiddete yol açtığı kaydedilmemiş olsa da, bu gruplar arasında, yaygın içerleme ve düşmanlık yaratan dikkate değer sosyo-ekonomik bölünmeler mevcuttu. Sömürgeci yönetim altında sosyo-ekonomik bölünmelerin derinleştirildiği görülmektedir. Bu kapsamda Belçikanın Hutu ve Tutsiler arasındaki sosyal, kültürel ve ekonomik ayrımın derinleştirilmesine en dikkate değer katkısı, 1933'te baba soyunu esas alan etnik kimlik kartları uygulamasını başlatmasıdır. Kimlik kartları, her Ruandalı erkek ve kadın için Hutu, Tutsi veya Twa olduğu bilgisini içermekteydi. (Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.17, 146-147). Dolayısıyla Ruanda sömürgecileri bu farklılıkları yasaya dayanan hukuksal kimlikler şeklinde inşa ederek ırksallaştırmıştır. Bu statüler arasında önceden birinden birine geçiş mümkünken sömürgecilik döneminde sürekli kimlikler haline getirilmişlerdir. (Mahmood Mamdani, *When Victims Become Killers-Colonialism, Nativism, and the Genocide in Rwanda*, Princeton University Press, 2002, s.101). ırksallaştırılan bu kimliklerden Avrupalı sömürgecilerin tercihi, Tutsiler olmuş, bu grup sömürgeciler tarafından hem sosyal hem politik olarak kayırılmıştır. (bkz: Drumbl, "Punishment, Postgenocide: From Guilt to Shame to *Civis* in Rwanda", s.1244; Maya Sosnov, "The Adjudication of Genocide: Gacaca and the Road to Reconciliation in Rwanda", *Denver Journal of International Law & Policy*, 36(2), 2007, s.127; Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.16, 53; Max Rettig, "Gacaca: Truth, Justice, and Reconciliation in Postconflict Rwanda?", *African Studies Review*, 51(3), 2008, s.29).

²¹ Daly, s.355.

²² Drumbl, "Punishment, Postgenocide: From Guilt to Shame to *Civis* in Rwanda", s.1223.

Rwandan Patriotic Front/Ruanda Yurtsever Cephesi: Esasen, öncesinde Uganda'ya göç eden Tutsilerden oluşan gerilla hareketidir. (Drumbl, "Punishment, Postgenocide: From Guilt to Shame to *Civis* in Rwanda", s.1223). 1990'da Ruanda hükümetine karşı savaşıma başladı. Savaş, 1993 Ağustos'unda imzalanan Arusha Mutabakatı ile ilkesel olarak çözümlense de, her iki taraftan da radikaller şiddetin kaldığı yerden devam edeceği zaman için hazırlık yapmayı sürdürdüler. Ruanda Başkanını taşıyan uçağın 6 Nisan 1994'te düşürülmesi ve ardından yıllardır RPF'nin suç ortağı olmakla, RPF'nin zaferi ve Hutuların yok edilmesi için gizlice çalışmakla suçlanan Tutsi sivillerin öldürülmeye başlanmasıyla RPF silahlı mücadeleye yeniden döndü (Des Forges, Longman, s.50-51).

Ruanda Yurtsever Ordusu/Rwandan Patriotic Army, RPF'nin silahlı kanadıdır. RPF'nin zaferi ardından Ruanda'nın ulusal ordusu haline gelmiştir. (Des Forges, Longman, s.60).

²³ Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.19.

²⁴ Aneta Wierzynska, "Consolidating Democracy through Transitional Justice: Rwanda's Gacaca Courts", *New York University Law Review*, 79, 2004, s.1935-1366.

²⁵ Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.19.

²⁶ Drumbl, "Punishment, Postgenocide: From Guilt to Shame to *Civis* in Rwanda", s.1224.

telefon sistemleri gibi hizmetler söz konusu olmadığı, yani altyapı çöktüğü gibi, merkezi veya yerel devlet organları da işler durumda bulunmamaktaydı.²⁷

Görüldüğü üzere soykırım ardından Ruanda yoksul, işleyen bir devlet mekanizmasından, idari ve yargısal altyapıdan yoksun, sosyal dokusu parçalanmış ve halkı şiddetle derinden bölünmüş bir ülke durumundaydı. Diğerlerinde olduğu gibi, soykırım sona erdirildikten sonra Ruanda da, tahrip olmuş evlerin ve kurumların yeniden inşası ile karşılıklı korku²⁸, güvensizlik ve ihanet ile yıpranmış bir sosyal dokunun onarılmasını içeren göz korkutucu görevle yüz yüze geldi. Geçmişle nasıl yüzleşeceklerine karar vermek durumundalardı: Ne kadar hatırlamalıydılar? Ne kadar unutulmalıydılar? Çocuklarına ne öğretmeliydiler? Şiddeti organize etmiş liderlerle ne yapmalıydılar ya da emirleri yerine getiren astlarla? Durdurmak için hiçbir şey yapmamış seyircilerle? Cezasızlığı yok etmeye yeterli adaletle sertliğiyle intikam haline gelen cezalandırma arasındaki sınırı nerede çizeceklerdi? Ve binlerce insanın diğer yurttaşlar tarafından tecavüz edildiği, sakatlandığı ve işkence gördüğü bir toplumu yeniden nasıl birleştireceklerdi?²⁹ İşte geleneksel Gacaca mahkemelerinin soykırım sonrası toplumun ihtiyaçlarını karşılamak üzere yeniden düzenlenerek işlevselleştirilmesi, bu sorulara verilen cevapları şekillendiren tercih ve zorunlulukların eseridir. Ancak bu cevaplar soykırımın hemen ardından yıkıntılar içerisinde derhal formüle edilememiştir. Bu kapsamda soykırım ardından Ruanda ilk olarak, Batılı liberal model tarzında örgütlenen ulusal yargılama sistemine yüzünü dönmüştür.

B. Ulusal Mahkemelerde Yargılama

Soykırım öncesinde Ruanda yargı sistemi hâlihazırda zayıftı, sınırlı kaynaklara ve yetersiz eğitimi bulunan personele sahipti ve yargı bağımsızlığı yokluğundan muzdaripti. Bu kusurlu yargı sistemi dahi soykırım boyunca tahrip edilmişti: mahkeme binaları mahvolmuş ve az sayıdaki kalifiye personel ise ya öldürülmüş, ya soykırımın yer almış ya da ülkeden kaçmıştı.³⁰ Soykırım öncesinde 50'den azı resmi hukuk eğitimi almış³¹ olan 758 yargıç mevcudu 244'e, 70 olan

²⁷ Daly, s.366.

²⁸ Kurtulanlar soykırım faillerinden, failler ve genel olarak Hutular da kendilerinden intikam alınmasından korkmaktaydı: Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.227.

²⁹ Weinstein, Stover, "Introduction: Conflict, Justice and Reclamation", s.1-2.

³⁰ Uluslararası Af Örgütü, "Gacaca: A Question of Justice", s.12; Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.20.

³¹ William A. Schabas, "Genocide Trials and Gacaca Courts", *Journal of International Criminal Justice*, 3, 2005, s.883.

savcı sayısı da 12'ye düşmüştü.³² Gerçek bir hukuk eğitimi almış 20 avukat bulunmaktaydı.³³ Bütün ülkede kalan 50 avukatın çoğu ceza hukuku alanında tecrübeli olmadığı gibi, tecrübelilerin de bir kısmı soykırım şüphelilerini savunmayı reddetmekte, diğerleri de savunmaları halinde başlarına gelebileceklerden korkmaktaydı.³⁴

Çökmüş bir yargı sistemi karşısında, henüz sona erdirilen bir soykırım ve bu soykırımı gerçekleştirdiğinden şüphelenilen on binlerce yurttaş bulunmaktaydı. 1994 ortalarında 10.000 olan tutuklu sayısı, 1999'da yaklaşık 125.000'e ulaşmıştı.³⁵ Kızıl Haç, 2003'te 25.000 tutuklunun salıverilmesine rağmen Ocak 2005 itibarıyla 89.000 kişinin hala tutulu durumda bulunduğunu tahmin etmekteydi. Bu ciddi rakamlara karşılık Ruanda yargı sistemi, şüphelilere usule uygun adil yargılama sağlama kapasitesinden mahrum bulunmaktaydı. Ruanda, uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası ceza hukuku bir yana, ulusal ceza hukuku hükümlerini uygulama kabiliyetinden dahi yoksundu. Bu koşullarda, tutukluların büyük çoğunluğu hukuka aykırı bir şekilde tutulmaktaydı. 1990'lar boyunca tutulu 100.000'den fazla kişi duruşmaların başlamasını beklemekteydi.³⁶ Yaklaşık 125.000 tutukluya karşılık sadece 20.000 iddianame hazırlanmıştı. Drumbl'ın görüştüğü duruşma bekleyen tutukluların %40'ı kendilerine karşı ithamların tamamı veya bir kısmına vakıfken, %10'u dava dosyasının hazırlandığını bilmekte, fakat içeriği hakkında bilgi sahibi bulunmamakta; %50'si ise suçlama yapılıp yapılmadığını veya dava dosyasının hazırlanıp hazırlanmadığını bilmemekteydi. Diğer yandan, sonraki yıllarda savunma avukatı mevcudu arttıkça oran düşmüşse de, kovuşturmaların ilk yıllarında tutukluların %54'ü dava boyunca bir hukukçu tarafından temsil edilmemişti.³⁷

Suç işleme şüphesi altında bulunanlara Ruanda yargı sisteminin tutukluluk koşullarını tartışma ve davaları nihayete erdirme bakımından karşılık verememesinin bir sonucu da, kapasitelerinin aşılması ile cezaevlerindeki yığılma olmuştu. Zira 1994'ten önce 18.000 kişilik kapasiteye sahip olan Ruanda hapisanelerinin nüfusu, 1994 ve 1996 ortaları arasında beş katına, 90.000'den biraz daha fazlaya ulaştı. 1997

³² National Service of Gacaca Jurisdictions, *Gacaca Jurisdictions: Achievements, Problems, and Future Prospects*, 2006, <<http://www.inkikogacaca.gov.rw/En/EnIntroduction.htm>> den aktaran: Ariel Meyerstein, "Between Law and Culture: Rwanda's *Gacaca* and Postcolonial Legality", *Law & Social Inquiry*, 32(2), s.473.

³³ Schabas, s.883.

³⁴ African Union, 18.4.

³⁵ Bu sayı yetişkin erkek Hutu nüfusunun kabaca %10'unu teşkil etmekteydi. Ayrıca bu sayının yaklaşık 4500'ü tutuklandığında 14 ilâ 18 yaş arasında bulunan çocuklardan oluşmaktaydı. (Drumbl, "Punishment, Postgenocide: From Guilt to Shame to *Civis* in Rwanda", s.1286).

³⁶ Schabas, s.880, 883-884.

³⁷ Drumbl, "Punishment, Postgenocide: From Guilt to Shame to *Civis* in Rwanda", s.1287-1288.

ortalarda yeni hapisanelerin inşası ve mevcut hapisanelerin genişletilmesi kapasiteyi 49.900'e çıkardıysa da tutulu bulunanların sayısı hapisane kapasitesini aşmaya devam etmekteydi. Yeni tesisler inşa edildikleri anda kapasitelerinin üzerinde insan yerleştirilmekteydi. Nihayetinde Ruanda hapisanelerindeki aşırı yoğunluk ve sağlıksız koşullar; zalimane, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele düzeyindeydi.³⁸ Bu koşullar, önemli insan hakları ihlalleri teşkil etmeleri yanında, önemli uzlaşma karşıtı ve politik etkilere sahipti. Zira birçok kişi tarafından hükümetin, bu ihlalleri görmezden gelerek veya engellemek için çok az şey yaparak genel nüfustaki içerleme ve hoşnutsuzluk düzeylerini artırdığına inanılmaktaydı.³⁹

1996'da Ruanda hükümeti; Birleşmiş Milletler, yabancı hükümetler ve hükümet dışı kuruluşların desteğiyle, ağır soykırım dava yükü ile ilgilenilmesine başlanması için yeni yargıç ve avukatları eğiterek ve ülke çapında yeni mahkemeler kurarak ulusal yargının büyük bir onarımına başladı.⁴⁰ Yargısal süreci yavaşlatan nedenlerden biri, soykırım suçlarının yargılanması için hukuksal bir temel sağlanmamış olmasıydı.⁴¹ Ruanda, BM Soykırım Sözleşmesini onaylamış ve Ruanda Resmi Gazetesi'nde yayımlamış idiyse de ilgili suçlar için ulusal hukukta cezalar konulmadığından⁴² Sözleşme Ruanda hukukuna hiçbir zaman dahil edilmemişti. Nihayetinde, "1 Ekim 1990'dan İtibaren İşlenen Soykırım veya İnsanlığa Karşı Suç Teşkil Eden Fiillerin Kovuşturulmalarının Düzenlenmesi Hakkında 1996 tarihli Organik Yasa"⁴³ çıkarıldı. Yasa, 1. maddesinde belirlenen ve

³⁸ Uluslararası Af Örgütü, "Gacaca: A Question of Justice", s.8.

Tutulanların önemli bir kısmı, korkunç koşullarda yaşamaya zorlanmıştı: yetersiz beslenmiş, kirli su içirilmiş ve küçük odalara sıkıştırılmışlardı. (Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.50; Clark, "The Gacaca Courts and Abbreviated Criminal Procedure for Genocide Crimes in Rwanda", s.193). Önlenebilir hastalıklar, yetersiz beslenme ve aşırı kalabalık, 1994 sonu ve 2001 sonu arasında bildirilen 11.000 ölümle sonuçlanmıştı. Cezaevi görevlilerinin tutulanları fiziksel istismarından doğan ölüm ihbarları da olmuştu. 1999 sonunda 19 hapisane yöneticisinden 17'si işten atılmış, 15'i tutulu bulunanlara kötü muamele ve yolsuzluk nedeniyle cezaevine konulmuştu. (Uluslararası Af Örgütü, "Gacaca: A Question of Justice", s.8). Ayrıca bakınız: Jeremy Sarkin, "The Tension between Justice and Reconciliation in Rwanda: Politics, Human Rights, Due Process and the Role of the Gacaca Courts in Dealing with the Genocide", *Journal of African Law*, 45(2), 2001, s.156; André Sibomana, *Hope for Rwanda*, Pluto Press, 1999, s.108-109.

³⁹ Sarkin, s.156-157.

⁴⁰ Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.21.

⁴¹ Des Forges, Longman, s.58.

⁴² Başlangıç, "1 Ekim 1990'dan İtibaren İşlenen Soykırım veya İnsanlığa Karşı Suç Teşkil Eden Fiillerin Kovuşturulmalarının Düzenlenmesi Hakkında 1996 Yılı ve 08/1996 Sayılı Organik Yasa" <<https://www.refworld.org/docid/3ae6b4f64.html>>, Erişim Tarihi 12.5.2022.

⁴³ Buradan itibaren 1996 Yasası olarak işaret edilecektir.

1 Ekim 1990 ile 31 Aralık 1994 arasında işlenmiş suçlarla itham edilenleri, fiilleri temelinde dört kategori içerisinde sınıflandırmıştı.⁴⁴ Merkezinde “itiraf ve ikrar usulü”⁴⁵ bulunan bu Yasa kapsamında 2, 3 ve 4. kategorilere giren⁴⁶ failler, tam bir itiraf karşılığında⁴⁷ cezalarında önemli miktarda azalmadan faydalanabilmekteydi. Bu kapsamda ceza indirimleri itiraf ve ikrarın kovuşturmadan önce mi sonra mı yapıldığına göre değişiklik göstermekteydi.⁴⁸ 1. kategori suçluları itiraf ve ikrar usulüne katılmadıkları için her şekilde ölüm cezasına çarptırılmaktadı.⁴⁹ Yasa,

Ruanda sisteminde hiyerarşik olarak Anayasanın hemen altında yer alan organik yasalar, Anayasa hükümlerini somutlaştırmak ve tamamlamak amacıyla katı bir biçimde uyulması gereken özel usullere bağlı olarak çıkarılmaktadır. (Schabas, s.885, 20. dipnot).

⁴⁴ 1996 Yasası md.2:

1. kategori genel olarak;

a) Kendilerini soykırım ve insanlığa karşı suçların liderleri, denetleyicileri, kışkırtıcıları, örgütleyicileri ve planlayıcıları arasına yerleştiren fiilleri işleyen veya bunlara iştirak edenleri; b) yönetim kademelerinde, siyasi partide, orduda, dini örgütlerde veya milis kuvvetlerinde yönetici pozisyonunda hareket edip bu tür suçları işleyen ve teşvik edenleri; c) yerleşim yerlerinde veya geçtikleri yerlerde, gerçekleştirdikleri katliamlardaki ölçsüz kötülükleri veya şevkleriyle kendilerini sivrilterek ün salmış katilleri ve d) cinsel işkence fiillerini işleyenleri;

2. kategori; kendilerini, kasıtlı cinayet veya ölüme sebebiyet veren ciddi saldırının failleri, tertipleycileri veya şerikleri (3.maddede tanımlanmaktadır) arasına sokan fiilleri işleyenler veya bu fiillere iştirak edenleri;

3. kategori; kişilere karşı diğer ciddi saldırı fiillerini işleyen veya bunlara iştirak edenleri;

4. kategori ise, mülkiyete karşı fiilleri işleyenleri içermektedir.

⁴⁵ 1996 Yasası 3. bölüm.

⁴⁶ 1996 Yasası md.5/5.

⁴⁷ 1996 Yasası md.6/1’e göre, itirafların, failin işlediğini kabul ettiği suçların, iştirak edenler ve ilgili herhangi bir olgu dahil olmak üzere tam ve detaylı bir tarifini, bunlar için bir özrü ve ikrarı içermesi gerekmektedir.

Md.7/1’e göre, savcının itirafların doğruluğunu ve 6. maddede belirlenen koşullara uygunluğunu teyit etmek için 3 ayı bulunmaktaydı.

Md.11’e göre, savcı itirafların doğruluğuna karşı çıksa dahi sanık, mahkemede itiraf ve ikrar usulüne katılma isteğini tekrar edebilmekteydi.

Md.13/1 uyarınca Mahkemenin, Savcılık tarafından teyit edilen itiraf ve ikrarı reddetme yetkisi bulunmaktaydı.

⁴⁸ 1996 Yasası md.14-16’e göre, 2. kategoride yer alanlar için, itiraf ve ikrar gerçekleştirilmemişse müebbet hapis, kovuşturmadan önce gerçekleştirildiyse 7-11 yıl hapis cezası, kovuşturmadan sonra gerçekleştirildiyse 12-15 yıl hapis cezası; 3. kategoride yer alanlar için itiraf ve ikrar kovuşturmadan önce gerçekleştirildiyse mahkemenin normal olarak yükleyeceği cezanın üçte biri, kovuşturmadan sonra gerçekleştirildiyse yarısı söz konusu olacaktı.

⁴⁹ 1996 Yasası md.14.

soykırma katılmakla itham edilenlerin yargılanmaları için, uzmanlaşmış daireler kurdu.⁵⁰ Dairelerin kararları, temyize tabi bulunmaktaydı.⁵¹

1996 Yasası uyarınca yargılamalar, Ruanda Mahkemelerinin uzmanlık dairelerinde, Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesinin ilk yargılamasından birkaç hafta önce 1996'nın son haftasında başladı.⁵² BM Genel Kurulu öncesinde hukuksuz tutuklamalara dikkat çekerken, ilk duruşmaların yapılması ardından yargılamalar BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliğinden⁵³ Uluslararası Af Örgütüne⁵⁴ kadar çeşitli kuruluşlar tarafından adil olmadıkları yönünde eleştirilere tabi tutuldu.⁵⁵ Ulusal mahkemelerde soykırım yargılamalarının Aralık 1996'dan 1997'nin büyük kısmını kapsayan ilk dalgası adil yargılamaya ilişkin uluslararası standartların önemli ihlallerini içermişti⁵⁶ ve genel olarak hayli yavaş olmakla eleştirilmişse de zamanla, daha verimli oluşu ile hızı ve gelişmiş hukuksal

⁵⁰ 1996 Yasası md.19

⁵¹ 1996 Yasası md.24.

⁵² Schabas, s.881, 886.

⁵³ "Report of the UN High Commissioner for Human Rights on the Human Rights Field Operation in Rwanda", UN doc. A/52/486, <<https://reliefweb.int/report/rwanda/report-un-high-commissioner-human-rights-human-rights-field-operation-rwanda>>, Erişim Tarihi 9.5.2022, prgrf. 65. Raporda yargılamaların birçok yönünün Ruanda hukuku ve BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14. maddesinde düzenlenen bazı adil yargılanma garantilerine tam uygunluk taşımadığına, birçok davada hukuksal temsilin mevcut olmadığına ve I. kategori şüphelilerinin tanıkları çapraz sorgulama olanağından genel olarak yoksun bulduklarına işaret edilmiş; bu eksikliklerin faillerin suçlu bulunmaları halinde ölüm cezasıyla yüzleşme ihtimalleri olduğundan özellikle ciddi olabileceklerine dikkat çekilmiştir.

Ruanda Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 4. maddesindeki olağanüstü hal hükmüne başvurmuştur. Bu hükmün uygulanabilirliğine ilişkin tartışma için bakınız: Sarkin, s.165, Sosnov, s.148-149.

⁵⁴ Uluslararası Af Örgütü Raporu, "Rwanda Unfair Trials: Justice Denied", Index Number: AFR 47/008/1997, 7.4.1997, <<https://www.amnesty.org/en/documents/afr47/008/1997/en/>>, Erişim Tarihi 12.3.2022.

⁵⁵ Schabas, s.886.

Schabas bu eleştirilerin bazılarının, Ruanda'nın Belçika ve Fransa'dan aldığı medeni hukuk yaklaşımının belirli yönlerine yabancı olan ortak hukuk sistemi içinde yetişmiş hukukçular tarafından yapıldığına işaret etmiştir. Bu hukukçular, örneğin duruşmaların görece kısalığı, yazılı delile dayanma ve çapraz sorgu yokluğu nedeniyle şaşkınlığa düşmüşlerdi. Tersine, medeni hukuk geleneğinden gelen gözlemciler yargılamalara görece daha iyimser yaklaşmışlardı. (Schabas, s.886-887).

Yargılamalara usule aykırı politik müdahaleler hakkında bakınız: Des Forges, Longman, s.60.

⁵⁶ Uluslararası Af Örgütü Raporu, "Rwanda: The Troubled Course of Justice", 25.4.2000, Index Number: AFR 47/010/2000, <<https://www.amnesty.org/en/documents/afr47/010/2000/en/>>, Erişim Tarihi 14.3.2022, s.4; Sarkin, s.157-158.

standartları nedeniyle bazı uluslararası gözlem sistemleri tarafından çekingen bir biçimde de olsa övülür hale gelmişti.⁵⁷

Nihayetinde, ulusal mahkemeler tarafından 1997’de 346, 1998’de 928, 1999’da 1.318,⁵⁸ 2000’de 2.458, 2001’de 1.416 ve 2002’de 727 olmak üzere 6 yılda toplam olarak 7.181 kişi yargılandı.⁵⁹ Görev göz korkutucuydu. Zira bu oranla, gelecekte belirlenecek sanıklar dikkate alınmasa dahi, tüm tutukluların yargılanması on yıllar alacaktı.⁶⁰ Ocak 2005’te cezaevlerinde halen 80.000 civarı tutuklu bulunduğu düşünüldüğünde, bu hızla sadece hâlihazırda tutulu durumda bulunanların yargılanmaları 80 yıl sürecekti.⁶¹ Anayasa Komisyonu Başkanı, hükümetin içinde bulunduğu ikilemi şu ifadelerle ortaya koymaktaydı: “*Ruanda yoksul bir ülke. Cezaevlerimizde insan haklarının durumu övünülecek gibi değil. Tutuklular sıkıntı çekiyorlar, fakat alternatifi nedir? Onları salamayız, ama şimdi gerçekten içeride de tutamayız. Batılı yargılama sürecini takip etmek çok uzun zaman alacak ve dolayısıyla kendi başına bir insan hakları ihlali teşkil edecek. Bir şey yapmalıydık.*”⁶² Böylece Ruanda’nın soykırım sonrasında içinde bulunduğu durum, hükümetin bu ağır birikimle başa çıkmak üzere alternatif mekanizma arayışlarını tetikledi.⁶³

C. Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi

Uluslararası toplum ancak, RPF’nin çoğu Hutu olan milyonlarca kişiyi komşu ülkelere sürmesi ardından Ruanda’daki duruma müdahil olmuştur.⁶⁴ Ancak soykırım sürecinde dahi uluslararası aktörler, muhtemelen suçluluk duygularının da etkisiyle

⁵⁷ Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.21.

⁵⁸ Uluslararası Af Örgütü Raporu, “Rwanda: The troubled course of justice”, s.4.

2000 yılı ocak ayı itibarıyla yargılananların 370’si ölüme mahkûm edilmiş, 800 civarı müebbet hapse çarptırılmış, 500 civarı beraat etmiş ve kalanı çeşitli sürelerde hapis ile cezalandırılmıştır. Soykırımı katılmaktan suçlu bulunan 22 kişi 24 Nisan 1998’de halka açık olarak idam edilmiştir.

⁵⁹ 1997’den Haziran 2002’e kadar 7.211 kişi yargılanmış, 1.386’sı beraat etmiştir. Beraat oranı, 2001 yılında yüzde 22’ye, 2002’de yüzde 27’ye yükselmiş, ölüm cezasına çarptırılanların oranı 2001’de yüzde 8,4’ten 2002’de 3,8’e düşmüştür (Des Forges, Longman, s.59).

⁶⁰ Jacques Fierens, “Gacaca Courts: Between Fantasy and Reality”, *Journal of International Criminal Justice*, 3(4), 2005, s.899.

⁶¹ Schabas, s.888.

⁶² Anayasa Komisyonu Başkanı Tito Rutaremara ile 7.2.2002’de Kigali’de gerçekleştirilen görüşme, The Norwegian Helsinki Committee, *Prosecuting Genocide in Rwanda: The Gacaca system and the International Criminal Tribunal for Rwanda*, Report II/2002, s.17.

⁶³ Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.56.

⁶⁴ Uluslararası toplumun müdahaleyi reddederek ve sessizliği ile soykırım güçlerine sunmuş olduğu olanaklar için: Des Forges, Longman, s.51.

adalet ihtiyacı üzerine görüşmelere başlamışlardı. Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesinin⁶⁵ kısa zamandır da olsa hâlihazırda kurulmuş bulunması, uluslararası bir mahkemenin oluşturulmasını Ruanda soykırımı için adaletin sağlanmasında uluslararası toplum için bariz bir rota haline getirmişti.⁶⁶ Ve nihayet Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi⁶⁷ 1994 yılında ekinde Mahkemenin Statüsü⁶⁸ bulunan 955 sayılı Karar ile, Birleşmiş Milletler Şartının 7. bölümüne dayanarak Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından kuruldu.⁶⁹ Yugoslavya ve Ruanda'daki şiddet arasındaki önemli farklılıklara rağmen uluslararası hukuk topluluğu Ruanda'daki vahşete basitçe Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünü standart metin halinde kullanarak karşılık vermişti.⁷⁰ 977 sayılı Karar ile de, Mahkemenin Tanzanya'nın Arusha şehrinde konumlanmasına karar verildi.⁷¹

955 sayılı Kararda, Ruanda'nın özel koşulları içerisinde uluslararası insancıl hukukun ağır ihlallerinden sorumlu olan kişilerin yargılanmasının ulusal uzlaşma sürecine, barışın yeniden inşa edilmesi ve sürdürülmesine katkı sağlayacağına işaret edilmekteydi.⁷² Mahkemenin yetkisi, Karar ekinde yayımlanan Statüsünün 1. maddesi ile 1 Ocak 1994 ve 31 Aralık 1994 arasında Ruanda ülkesinde işlenen soykırım ve uluslararası insancıl hukukun diğer ciddi ihlallerinden sorumlu olan kişiler ile komşu devletlerin ülkesinde işlenen bu tür suçlardan sorumlu olan Ruanda yurttaşları olarak belirlenmişti.⁷³

⁶⁵ Buradan itibaren YUCM olarak işaret edilecektir.

⁶⁶ Des Forges, Longman, s.51-52.

⁶⁷ Buradan itibaren RUCM olarak işaret edilecektir.

⁶⁸ Oysa her soykırımı mahsus özellikler karşısında, iyileşmeyi teşvik ve sorumluluğun temin edilmesi yöntemleri, eğer etkili olmaları isteniyorsa, her bir somut durum için çeşitlenmek, bu anlamda bağlamsal olmak durumundadır. (Drumbl, "Punishment, Postgenocide: From Guilt to Shame to *Civis* in Rwanda", s.1225).

⁶⁹ BM Güvenlik Konseyi 955 Sayılı Kararı, 8.11.1994, <<https://digitallibrary.un.org/record/198038>>, Erişim Tarihi 14.3.2022.

⁷⁰ Drumbl, "Punishment, Postgenocide: From Guilt to Shame to *Civis* in Rwanda", s.1231.

⁷¹ BM Güvenlik Konseyi 977 Sayılı Kararı, 22.2.1995, <[https://digitallibrary.un.org/record/198201#:~:text=Details&text=TitleResolution%20977%20\(1995\)%20%2Fmeeting%2C%20on%2022%20February%201995.&text=Decides%20that%2C%20subject%20to%20the,have%20its%20seat%20at%20Arusha](https://digitallibrary.un.org/record/198201#:~:text=Details&text=TitleResolution%20977%20(1995)%20%2Fmeeting%2C%20on%2022%20February%201995.&text=Decides%20that%2C%20subject%20to%20the,have%20its%20seat%20at%20Arusha)>, Erişim Tarihi 14.3.2022.

⁷² BM Güvenlik Konseyi 955 Sayılı Kararı. Uzlaşma amacına YUCM Statüsünde yer verilmemişti: Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, <https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf>, Erişim Tarihi 14.3.2022.

⁷³ BM Güvenlik Konseyi 955 Sayılı Kararı eki, Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, md.1.

Ruanda Hükümeti, soykırımın hemen ardından Birleşmiş Milletlere uluslararası bir mahkeme oluşturma önerisinde bulunduysa da⁷⁴, sonrasında Güvenlik Konseyinin kararının bazı yönlerinden tatmin olmayarak Mahkemeyi kuran karara ilişkin oylamada tek olumsuz oy kullanan devlet olmuştur.⁷⁵ Ruanda Hükümeti, olumsuz oyu için şu nedenlere atıfta bulunmuştur⁷⁶:

- ✓ Soykırımı önceleyen uzun planlama süreci karşısında RUCM'nin 1 Ocak 1994 ve 31 Aralık 1994 arasındaki dilimi kapsayan zaman yönünden yetkisinin dar oluşu,
- ✓ RUCM Statüsünde soykırım kovuşturmasının önceliğinin belirtilmemiş olması,
- ✓ YUCM ile temyiz dairesini ve savcılığı paylaşıyor olması ile üç dava dairesi yerine iki tane dairenin kurulmasının Mahkemenin karşı karşıya olduğu görevin boyutları karşısında yetersiz oluşu,
- ✓ önceki rejimi desteklemiş devletlerin, yargıçların belirlenmesi sürecine katılacak olması,
- ✓ Statüde düzenlenen cezalar arasında ölüm cezasına yer verilmemesi⁷⁷,
- ✓ Mahkemenin Ruanda'da konumlandırılmaması⁷⁸.

Hükümet, söz konusu kaygılarına rağmen Mahkemeyi desteklemeyi ve onunla işbirliği yapmayı kabul etmişti.⁷⁹

İlk duruşmasını 1997'de yapan⁸⁰ RUCM, görev yaptığı süre boyunca 93 kişi hakkında dava açmış, 61 kişiyi cezalandırmış ve 14 kişiyi beraat ettirmiştir.⁸¹

⁷⁴ Ball, s.171, 183.

⁷⁵ Des Forges, Longman, s.54.

⁷⁶ Fausto Pocar, "International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)", *Max Planck Encyclopedias of International Law*, Oxford University Press, 2022, prgrf. 7.

⁷⁷ Ruanda Hükümeti, astlar ve aşağı rütbeli failer ulusal mahkemelerde ölüm cezasına çarptırılırken soykırımın planlayıcılarının hapis cezaları ile cezalandırılmasından korkmaktaydı (Yves Beigbeder, *Judging Criminal Leaders: The Slow Erosion of Impunity*, Martinus Nijhoff, 2002, s.104'ten aktaran: Sosnov, s.129).

⁷⁸ Nitekim Kigali ve Arusha arasındaki uzaklık özellikle, çoğunluğu Ruanda'dan gelen ve şahitlik ardından Ruanda'ya dönen tanıkların güvenliği bakımından bazı zorluklara neden olmuştur. (Pocar, prgrf.15).

RUCM'nin personel ve örgütlenme sorunları hakkında: Ball, s.172-173; Des Forges, Longman, s.52-53.

⁷⁹ Pocar, prgrf. 7.

⁸⁰ Brehm, Uggen, Gasanabo, s.334.

Görüldüğü gibi RUCM’da soykırımın sadece öne çıkan failleri yargılanmıştır.⁸² Mahkeme, soykırımı katılanların sayısı dikkate alındığında bunların bir kısmını dahi yargılayacak kapasiteden yoksundu.⁸³ Bu anlamda RUCM yargılamaları, soykırımı katılımın korkunç boyutları karşısında sınırlı ve sembolik nitelikte bulunmaktaydı.⁸⁴ Böylece kitlesel şiddet eylemlerini gerçekleştirme ve emretmekten sorumlu bireyler üzerine odaklanan bu yargılamalar; eylemleri veya eylemsizlikleriyle şiddetin patlak vermesine katkıda bulunan çatışma alanı dışında yer alan devletler yanında olaydan doğrudan veya dolaylı olarak menfaat sağlayan toplum üyelerinin ve aktif olarak şiddet eylemlerine katılmamış, fakat bunları durdurmak için aktif olarak müdahale de etmemiş kişilerin sorumluluğuna işaret etmez. Dolayısıyla bu yargılamalar, soykırımı kenarından katılanları –komşularının kötü kaderinden menfaat sağlayanlar, alay ederek sataşanlar, yağmacılar- ve şiddeti durdurmak veya yatıştırmak için hareket etmeyenleri dışarıda bırakır; kötücül bir lidere tezahürat yapan, destekleyen veya bir savaş suçlusunu kendisini temsil etmesi için seçenlerin suç ortaklığını irdelemez⁸⁵ ve hareketlerinin neticeleriyle yüzleşmelerini sağlamaz. Bu bakımdan topluluklarının fiziksel, sosyal ve psikolojik yıkımından dolaysız olarak sorumlu olan daha geniş kitleyi aklayan kolektif masumiyetin *de facto* bir biçimi haline gelirler. Neticede RUCM yargılamasında cezalandırılan soykırım fiilleri ile bunları doğuran veya dolaylı olarak destekleyen sosyal yapılar ve ilişkiler ağının bağı kesilirken, birkaç savaş suçlusunu daha geniş bir suçlu kitlesi yerine sorumluluğu üstlenmekteydi.⁸⁶ Oysa bireysel eylem veya eylemsizlik, özellikle çatışma durumlarında sosyal bağlam tarafından derinden etkilenir.⁸⁷ Bireylerin şiddet eylemleri, bunları faillerin gözünde normal veya gerekli kılan sosyal koşullar içinde gerçekleşir. Bu bakımdan Ruanda’da şiddet döngüsünün kırılması, soykırımın sadece önde gelen örgütleyicilerinin cezaevine konularak toplumdan uzaklaştırılması ve cezalandırılmasının ötesinde, sonuçta soykırımı mümkün kılmış bu ikincil eylemlere, bu eylemleri mümkün kılan sosyal dokuya eğilinmesini gerektirmekteydi.

⁸¹ “Rwanda: International Tribunal Closing Its Doors”, 23.12.2015, <<https://www.hrw.org/news/2015/12/23/rwanda-international-tribunal-closing-its-doors>>, Erişim Tarihi 14.5.2022.

⁸² Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.166.

⁸³ Brehm, Uggem, Gasanabo, s.335.

⁸⁴ Eric Stover, Harvey M. Weinstein, “Conclusion: A Common Objective, A Universe of Alternatives”, Eric Stover, Harvey M. Weinstein (Ed.), *My Neighbor, My Enemy – Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity*, Cambridge University Press, 2004, s.335.

⁸⁵ Fletcher, Weinstein, s.579-580.

⁸⁶ Stover, Weinstein, s.335.

⁸⁷ Fletcher, Weinstein, s.581.

RUCM yargılamasına yönelik eleştirilerin temelinde, cezalandırıcı adalet yaklaşımına dayandırılmış olması yatmaktaydı. Zira Ruanda soykırımı yüzbinlerce Ruandalı tarafından yüzbinlerce Ruandalıya karşı işlenmiş; vahşet, yaygın toplumsal güvensizlik ve travma ile sonuçlanmıştı. Bununla birlikte uluslararası ceza mahkemelerinin amacı, mağdurların iyileşme sürecine yardımcı olmak değil, mahkumiyet kararına ulaşmak ile sınırlı bulunmaktadır. Bu mahkemelerde mağdurlar, yargılamanın bütününde içerilmemekte ve mahkemelerin cezalandırmaya yönelik kuruluşları ve bu kapsamda kullandıkları yöntemler özellikle olayların belirli sınırlardaki -adli hakikati teşkil eden veya cezalandırma için yeterli olan- boyutlarını tanımaya olanak verdiklerinden mağdurlara odaklanan bir sürecin katartik deneyiminden yoksun kalmaktalardı.⁸⁸ Dolayısıyla soykırımdan kurtulanlar için adalet düşüncesi, belli başlı failerin cezai yargılamalarından ve Hague veya Arusha'daki yargıçlar tarafından yapılan yetkili tefhimlerden fazlasını içermekteydi.⁸⁹ Nihayetinde Ruanda, sosyal ilişkilerin yeniden tesis edilerek şiddetin tekrarının önlenmesine muhtaçken, soykırımın önde gelen faillerinin RUCM tarafından hapisle cezalandırılması Ruanda'nın ihtiyaç duyduğu adaleti tesis etmek bakımından önemli, ancak tek başına yetersiz bulunmaktaydı.

Böylece, cezalandırıcı adalet yaklaşımı ve liberal hukuksal modele dayalı yargılama perspektifi ile şekillendirilen RUCM, soykırımı doğuran sosyal ilişkiler açısından ayrı ve uzakta yer alan, dolayısıyla çıktıkları sosyal ilişkiler içine yerleşmeyen bir kurumsallaşma olarak inşa edilmişti. Dolayısıyla RUCM'nin, dışında örgütlendiği sosyalliği dönüştürme imkânları oldukça sınırlıydı. Uluslararası ceza mahkemelerinin mimarisi, soykırım ve insanlığa karşı suçların kovuşturulmasında birincil sorumluluğu yerel etkilerden azade uluslararası otoritelere yükleyerek yargılamayı ulusal otoritelerin müdahalelerinden doğacak olumsuz etkilerden arındırmaya çalışmaktadır.⁹⁰ Ancak bu yaklaşımın sonucu, suç

⁸⁸ Sarkin, s.148.

⁸⁹ Stover, Weinstein, s.323.

Diğer yandan RUCM tarafından yargılanan veya mahkûm edilenlere, ulusal mahkemelerde yargılanan sanıkların ve Ruanda'da yaşayan birçok mağdurun sahip olmadığı nispeten konforlu barınma imkânı, sağlık hizmeti ve HIV enfeksiyonuna karşı antiretroviral ilaçların sağlanması yaygın biçimde eleştirilmekteydi. Özellikle soykırımda birçok failin HIV/AIDS pozitif olması ve enfeksiyonlarını stratejik bir öldürme aracı olarak kullanarak birçok mağduru kasıtlı olarak enfekte etmesi gerçeği karşısında bu durumun adilliği hayli tartışmalı bulunmaktaydı: Mark A. Drumbl, "Law and Atrocity: Settling Accounts in Rwanda", *Ohio Northern University Law Review*, 31(1), 2005, s.48; Susanne Buckley-Zistel, "Remembering to Forget: Chosen Amnesia as a Strategy for Local Coexistence in Post-Genocide Rwanda", *Africa: Journal of the International African Institute*, 76(2), 2006, s.139 11.dipnot.

⁹⁰ Weinstein, Stover, "Introduction: Conflict, Justice and Reclamation", s.11.

Bu tür bir müdahale yargılama sürecinin, 2. Dünya Savaşı ardından kurulan uluslararası ceza mahkemelerinin çokça eleştirildiği galibin adaleti ile şekillendirilmesine de neden

işledikleri ülkeden uzakta yargılanan üst düzey faillerin soykırım suçları işledikleri topluluklarla doğrudan yüzleşmekten kaçınmış oldukları,⁹¹ soykırımı ortaya çıkaran yapısal ilişkilerde değişikliğe yol açmayan ve sosyal ilişkiler içerisinde sonuç doğurmayan bir yargılama pratiğidir. Bu sonuçları, soykırım ardından hukuksal karşılığın YUCM ile, yani cezalandırıcı adalet ve liberal hukuksal modele dayalı yargılama yaklaşımı ile verildiği eski Yugoslavya örneğinde gözlemlemek mümkündür. Örneğin YUCM, 16 Nisan 1993'te yüzden fazla Müslüman sivilin Bosnalı Hırvat birlikler tarafından öldürüldüğü Bosna'daki Ahmici köyüne odaklanan dört duruşma yaptı. Piyade erlerinden üst düzey askeri ve sivil liderlere uzanan bir düzineden fazla Bosnalı Hırvatın davalı olmasına, olgulara ilişkin binlerce sayfadan oluşan duruşma tutanaklarına ve çok sayıda mahkûmiyet kararına rağmen, bu duruşmalarda üretilen bilgi, köydeki Hırvatların yıllar önceki o vahim günde olanlara dair yorum tarzlarını dönüştürmedi. Ahmici, Hırvat ve Müslüman komşuların ölümlerini ayrı olarak hatırladıkları ve andıkları bölünmüş bir köy olarak kaldı.⁹² Nitekim genel olarak Bosna'da, birlikte yaşanıyor olmasına karşın kişiler arasında yaygın korku, güvensizlik, kalıp yargılar, ihanete uğramışlık duygusu, etnik grup baskısı, devam eden etnik ayrımcılık ve nadiren şiddet gözlenmeye devam etmektedir.⁹³ Bu kapsamda düşünüldüğünde, Ruanda toplumunun toplumu kutuplaştırmaya devam eden sosyal güçler karşısında nasıl uzlaşacağı sorusu gündeme gelmekte ve dolayısıyla RUCM'nin, Statüsünde amacı olarak belirlenmiş bulunan uzlaşmaya katkısı, Ruanda'ya her bakımdan mesafesi itibariyle tartışmalı nitelikte bulunmaktaydı.⁹⁴

olabilecektir. (Alana Erin Tiemessen, "After Arusha: Gacaca Justice in Post-Genocide Rwanda", *African Studies Quarterly*, 8(1), 2004, s.62).

⁹¹ Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.166.

⁹² Stover, Weinstein, s.332.

⁹³ Jodi Halpern, Harvey M. Weinstein, "Empathy and Rehumanization after Mass Violence", Eric Stover, Harvey M. Weinstein (Ed.), *My Neighbor, My Enemy – Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity*, Cambridge University Press, 2004, s.308.

⁹⁴ Halpern, Weinstein, s.314.

RUCM, Ruanda sosyal alanı dışında örgütlenmiş liberal hukuksal bir kurumsal yapı olması yanında, Ruanda toplumu ile ilişkilenecek bakımından da oldukça yetersiz kalmıştı. Des Forges ve Longman tarafından 2002 Şubat ayında 4 Ruanda topluluğunda yürütülen araştırmaya göre, katılımcıların %82'si Mahkeme hakkında hiç veya yeterince bilgilendirilmediğini belirtmişti. Mahkeme 2002 yılında başkent Kigali'de Mahkeme hakkında bilgi yaymak üzere bir merkez açmışsa da merkez, şehirli elitin ufak bir kısmına çekici gelmiş olsa da Ruandalıların okuma yazması olmayan ve kırsal alanlarda yaşayan çoğunluğu için pek az fayda sağlamıştı. (Des Forges, Longman, s.56).

Ruanda toplumunun RUCM algısı hakkında daha fazla bilgi için bakınız: Timothy Longman, Phuong Pham, Harvey M. Weinstein, "Connecting Justice to Human Experience: Attitudes Toward Accountability and Reconciliation in Rwanda", Eric Stover, Harvey M. Weinstein (Ed.), *My Neighbor, My Enemy – Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity*,

II. MODERN VE GELENEKSELİN GEÇİŞ ADALETİNDE BİRLEŞMESİ: SOYKIRIM SONRASI GACACA

A. Soykırım Sonrasında Ruanda'yı Gacaca Uygulamasına Götüren Koşullar ve Tercihler

Birçok çatışma sonrası toplumda kovuşturmanın kitlesel suçların az sayıdaki tertipçisi ile sınırlandırıldığı görülmektedir.⁹⁵ Bu tür failer için olağan ulusal mahkemelerdeki ve uluslararası ceza mahkemelerindeki yargılamaların en iyi seçenek olarak kalması mümkündür. Zira bu suçlar yerelleşmemiştir ve mağdurların kesin kimliklerinin bilgisi olmadan ulusal düzeyde gerçekleştirilmiştir. Ancak Ruanda soykırımının temel karakteristiklerinden biri, soykırımı yüksek düzeyde katılım ve iştirakti.⁹⁶ Soykırımın bu anlamda yaygın oluşu, Ruanda'nın soykırım sonrası toplumsal koşullara verdiği karşılığın da yaygın olmasına neden olmuştur.⁹⁷ Ruandalılar, tüm failer için ceza kovuşturması yürütülmesinde ısrarcı olarak tam sorumluluktan herhangi bir tavizi istikrarlı bir şekilde reddetmişlerdir.⁹⁸ Fakat katliamlara katılan herkesin yargılanması isteği, olağan mahkemeler üzerine karşılanması imkânsız bir yük yüklemektedir.⁹⁹

Soykırım vahşeti ardından Ruanda derin bir toplumsal parçalanma ile yüz yüze bulunmakta, gruplar arasındaki öfke ve içerleme şiddet döngüsüne girilmesi riskini taşımaktaydı. Nitekim soykırım sonrası toplumlar tipolojisinde üç ideal tip¹⁰⁰ belirleyen Drumb, soykırım ardından mağdur ve saldırgan grupların kaçınılmaz olarak aynı ulus devlet içerisinde bir arada yaşamak, aynı sınırlar içinde karışık bir şekilde yerleşmek¹⁰¹ ve ortak kamusal alanları paylaşmak durumunda oldukları Ruanda'nın da örneği olduğu düalist toplumlarda geçmiş şiddete cevap vermek üzere uygulanacak politika kararlarında gelecekteki şiddet ihtimaline karşı duyarlı olunması gerektiğine işaret etmektedir.¹⁰² Kurumlar ve sivil toplum, çatışan

Cambridge University Press, 2004, s.213-214; Drumb, "Law and Atrocity: Settling Accounts in Rwanda", s.47.

⁹⁵ Clark, "The Gacaca Courts and Abbreviated Criminal Procedure for Genocide Crimes in Rwanda", s.189.

⁹⁶ Drumb, "Punishment, Postgenocide: From Guilt to Shame to *Civis* in Rwanda", s.1232, 1264.

⁹⁷ Daly, s.356.

⁹⁸ Schabas, s.880.

⁹⁹ Sarkin, s.148.

¹⁰⁰ Homojen, düalist, plüralist soykırım sonrası-toplumlar. Ayrıntılı bilgi için bakınız: Drumb, "Punishment, Postgenocide: From Guilt to Shame to *Civis* in Rwanda", s.1236-1241.

¹⁰¹ Bölgeler veya alt devletler gibi coğrafi temele dayalı siyasal çözümleri uygulanamaz kılar. (Drumb, "Punishment, Postgenocide: From Guilt to Shame to *Civis* in Rwanda", s.1238).

¹⁰² Drumb, "Punishment, Postgenocide: From Guilt to Shame to *Civis* in Rwanda", s.1231-1232.

grupların aynı toplumsal ve siyasal alanda birlikte var olmalarını temin etme kapasitesinden yoksunsa düalist bir soykırım sonrası toplumun yeni bir şiddet tehlikesi ile karşı karşıya kalması mümkündür.¹⁰³ Nitekim çatışma sonrası toplumların yüzde kırktan fazlası 5 yıllık bir süre içerisinde çatışmaya geri dönmektedir.¹⁰⁴ Öte yandan 1994 soykırımının; 1959, 1963, 1964, 1973, 1990, 1992 ve 1993 yıllarında Ruanda'da Tutsilere karşı gerçekleştirilen katliamlar dizisinin sonuncusu olması¹⁰⁵ da, bu ihtimali Ruanda için ciddi bir olasılık olarak ortaya çıkarmaktaydı.

Ruanda'da soykırım sonrasında çatışmaya geri dönmelerini garantilemek üzere, kişiler arasında daha derin norm ve mekanizmaların güçlendirilmesi, yani zedelenmiş sosyal dokunun yeniden inşası sürecine başlanması bir zorunluluk teşkil etmekteydi.¹⁰⁶ Zira geçmişe çizgi çekip mevcut toplumsal durumla barışçıl bir gelecek inşası bir seçenek durumunda bulunmamaktaydı. Soykırım ardından Ruanda'da tüm ortak alanlar, soykırımdan kurtulan, soykırımda sevdiklerini kaybeden, soykırımı destekleyen ve bilfiil acı vermiş kişiler tarafından paylaşılmaktaydı. Dolayısıyla soykırım sonrası süreçte Ruanda karmaşık bir toplumsal iyileşme süreci başlatmak durumundaydı.¹⁰⁷ Ve bu süreç, komşular ve arkadaşlar arasındaki etkileşimlerle de ilgilenmeliydi. Zira gerçekleşen şiddet çoğunlukla, mesafesiz ve aracısız olması anlamında kişisel nitelikteydi. Onarımın da aynı zamanda bu düzeyde işlemesi gerekmektedir.¹⁰⁸

Sosyal güven ve barışın inşa edilmesi bakımından, tutukluların içinde buldukları koşullar önemli bir tehlike içermekteydi. Zira tutukluların durumu, büyük bir sosyal gerilim kaynağıydı.¹⁰⁹ Haksız yere veya ölçüsüz süreler boyunca kötü koşullarda tutulu durumda bulunanların salıverilmesini reddetme; gruplar arasında, soykırımın gerçekleşmesinde de önemli etkisi olan karşılıklı güvensizliğin sürdürülmesine neden olmaktadır.¹¹⁰ Ancak diğer yandan, cezaevlerinin mevcut

¹⁰³ Tiemessen, s.59.

¹⁰⁴ Eirin Mobekk, "Conference Report", Anja H. Ebnöther, Philipp H. Fluri (Ed.), *After Intervention: Public Security Management in Post-Conflict Societies - From Intervention to Sustainable Local Ownership*, PfP Consortium Working Group "Security Sector Reform", 2005, s.382.

¹⁰⁵ Jessica Raper, "The Gacaca Experiment: Rwanda's Restorative Dispute Resolution Response to the 1994 Genocide", *Pepperdine Dispute Resolution Law Review*, 5(1), 2004, s.13.

¹⁰⁶ Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.3, 36.

¹⁰⁷ Drumbl, "Punishment, Postgenocide: From Guilt to Shame to *Civis* in Rwanda", s.1224, 1241-1242.

¹⁰⁸ Halpern, Weinstein, s.305.

¹⁰⁹ Schabas, s.880.

¹¹⁰ Drumbl, "Punishment, Postgenocide: From Guilt to Shame to *Civis* in Rwanda", s.1288-1289.

koşulları dahi, dünyanın en yoksul ülkelerinden biri olan Ruanda için muazzam bir ekonomik yük teşkil etmekteydi.¹¹¹ Dolayısıyla ülke çapında hâlihazırda tutulu durumda bulunan yaklaşık 120.000 soykırım şüphelisinin kovuşturularak soykırım davalarının ağır birikiminin hafifletilmesi ve bu şekilde cezaevlerindeki yaşam koşullarının geliştirilmesi gerekmektedir.¹¹²

Nihayetinde Ruanda toplumunun soykırım sonrası durumu, uygulanabilecek çözüm türleri bakımından önemli sınırlamalar içermekteydi. Ruanda'nın geliştireceği karşılık, sadece soyut adalet standartlarıyla uyumlu olmamalı, fakat aynı zamanda gerçekleştirilebilir olmalıydı.¹¹³ Tek başına veya birlikte RUCM ve ulusal mahkemeler, eğer tüm soykırım şüphelilerinin yargılanması isteniyorsa adaleti sağlayabilecek kapasitede değildi. Soykırım ardından Ruanda'da, hem çok sayıdaki soykırım şüphelisinin yargılanmasını sağlayacak, hem de sosyal bağları yeniden kurarak zedelenmiş sosyal dokunun yeniden inşasına destek olacak bir yargılama pratiğine gereksinim bulunmaktaydı. Bu arayış içerisinde Ruanda, geleneksel uyuşmazlık çözüm mekanizması olan Gacaca'ya yüzünü döndü.

B. Geleneksel Gacaca

Hükümet, soykırım ardından kendisini yargısal bir çıkmaz içinde bulurken¹¹⁴ uyuşmazlık çözümünün Ruanda'ya özgü geleneksel bir metodu¹¹⁵ olan Gacaca, yaygın olmasa da mevcut bir uygulamaydı¹¹⁶ ve hem gelenekselliği hem de halka dayalı yapısı dolayısıyla hükümete, sömürgeci geçmişe karşı halkın kendi

¹¹¹ Schabas, s.880.

Hükümetin cezaevlerini idame ettirmek için yılda 4,6 milyar Ruanda Frankı (7 milyon Amerikan Doları) harcadığı tahmin edilmekteydi (United Nations Integrated Regional Information Network, *Thousands of Genocide Suspects to be Sentenced to Community Service*, September 21, 2006'dan aktaran: Meyerstein, s.475). 2000 yılı itibarıyla cezaevleri ulusal bütçenin yıllık yüzde dördüne mâl olmaktaydı (BM İnsan Hakları Komisyonu 1999/20 kararına istinaden Özel Temsilci Michel Moussalli tarafından sunulan Ruanda'da insan haklarının durumu hakkında Rapor, 25.2.2000, <<https://digitallibrary.un.org/record/409754#record-files-collapse-header>>, Erişim Tarihi 9.5.2022, prgrf. 94). Yüksek Mahkeme bünyesindeki Gacaca Mahkemeleri Departmanından edinilen veriler, devletin 1998 bütçesinin 2 milyar Ruanda Frankını tutuklulara sadece yiyecek sağlamak için harcadığını göstermektedir. Bu miktar, Adalet Bakanlığı bütçesinin üçte ikisini tüketirken, yine de Kızıl Haç'ın katkısı ile tamamlanmaktaydı. 1999'da 1,5 milyar Ruanda Frankı, yani Bakanlığın 3,8 milyar Franklık bütçesinin yarısı beslenmeye harcanmıştı. (<<http://www.inkiko-gacaca.gov.rw/pdf/solution.pdf>>'den aktaran: Pietro Sullo, *Beyond Genocide: Transitional Justice and Gacaca Courts in Rwanda*, Asser Press, 2018, s.129).

¹¹² Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.3, 82.

¹¹³ Daly, s.367.

¹¹⁴ Meyerstein, s.472.

¹¹⁵ Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.3.

¹¹⁶ Meyerstein, s.472.

sorunlarını kendisinin çözme kapasitesini pratiğe dökerek vurgulayan bir uygulama olarak halkın desteğini sağlamak bakımından önemli imkânlar sunmaktaydı.

Devamlı bir yargı kurumu olarak var olmayan, özellikle Ruanda'nın kırsal kesiminde aileler içinde veya arasında uyuşmazlıklar doğduğunda toplanan¹¹⁷ geleneksel Gacaca'da esas olarak toprak kullanımı, çiftlik hayvanları, mülke zarar, evlilik veya mirasla ilgili karmaşık olmayan vakalarla ilgilenilmekteydi.¹¹⁸ Toplantılar, topluluğun saygı duyulan üyeleri (*inyangamugayo*) tarafından yönetilmekteydi.¹¹⁹ *Inyangamugayo*, tüm katılımcılar için kabul edilebilir bir düzenlemeye ulaşmak üzere tasarlanmış olan grup tartışmasına kılavuzluk etmekteydi.¹²⁰ Mekanizma yazısız hukuka¹²¹ ve kolektif sorumluluk esasına dayanmakta, tazmin edici nitelikte bulunan cezalar, bir bütün olarak aileye yüklenmekteydi.¹²² Nihayetinde Gacaca, geçiş adaleti mekanizması olarak işlevselleştirilmeden önce geleneksel biçimiyle ucuz ve ulaşılabilir bir yerel iyileşme ve uyuşmazlık çözüm mekanizması olarak işlemekteydi.¹²³

Geleneksel Gacaca'nın amacı, mağdurlara kendilerini ifade etmeleri için bir platform sunarak, failleri kabule ve özür dilemeye cesaretlendirerek ve mağdur ve faillerin bir araya gelişini sağlayarak iyileşme ve uzlaşmayı teşvik etmektir.¹²⁴ Bu bakımdan geleneksel Gacaca ile hedeflenen, cezalandırmadan çok, suçlu bulunanların topluluk içerisindeki saygınlıklarını yeniden kazanmalarını olanaklı kılacak onarıcı süreçler dahil edilerek sosyal uyumu yeniden kurmayı amaçlamıyordu. Dolayısıyla Gacaca'nın topluma dayalı kuruluşu, yöneldiği genel amaçlarıyla bağlantılı bulunmaktaydı.¹²⁵ Mesele toplumun tüm üyelerini etkilediğinden hepsi uyuşmazlığın tarafı durumundaydı. Bu kapsamda yargıçlar, taraflar ve tanıklar

¹¹⁷ Filip Reyntjens, "Le Gacaca ou la justice du gazon au Rwanda", *Politique Africaine*, December 1990, s.32'den aktaran: Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.52.

¹¹⁸ Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.52.

¹¹⁹ Meyerstein, s.471-472.

¹²⁰ Leah Werchick, "Prospects for Justice in Rwanda's Citizen Tribunals", *Human Rights Brief*, 8(3), 2001, s.17.

¹²¹ Filip Reyntjens, "Le Gacaca ou la justice du gazon au Rwanda", *Politique Africaine*, December 1990, s.32'den aktaran: Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.52.

¹²² Arthur Molenaar, *Gacaca: Grassroots Justice after Genocide-The key to reconciliation in Rwanda?*, African Studies Centre, 2005, s.14.

¹²³ Sarkin, s.159.

¹²⁴ Eugenia Zorbas, "Reconciliation in Post-Genocide Rwanda", *African Journal of Legal Studies*, 1(1), 2004, s.36.

¹²⁵ Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.52.

arasındaki modern ayırım, Gacaca için amaca uygun değildi.¹²⁶ Topluluk üyeleri arasında sav ve karşı savın karşılıklı etkileşimi ile konsensüs üzerine vurgusuyla Gacaca, Batı tarzı yargılamanın rolleri bireyselleştirme esasına bağlı değildi.¹²⁷

Soykırım ardından Gacaca, mevcut toplumsal ihtiyaçları karşılamak üzere dönüştürülerek canlandırılmıştı.¹²⁸ Zira soykırım sonrasında Ruanda toplumu, aileleri ve aileler arasındaki ilişkiler büyük ölçekli nüfus hareketleri ve cinayetlerin sonucu olarak temelden değişmiş durumdaydı.¹²⁹ Diğer yandan geleneksel Gacaca'nın yöntemleri, soykırım suçları gibi karmaşık konuların ele alınması için dizayn edilmemişti.¹³⁰ Sonuçta Ruanda yönetimi, soykırım sonrası faillerin yargılanması sorununu çözmek üzere bu geleneksel yargı biçimini intibak etmiş ve soykırımın sıradan suçları için ceza adaletini kapsayacak şekilde genişletmiştir.¹³¹ Dolayısıyla modern Gacaca, geleneksel ve modern unsurların bir karışımı olarak ortaya çıkmış bulunmaktaydı.¹³²

Soykırım sonrasında bir geçiş adaleti mekanizması olarak yeniden inşa edilen ve işlevselleştirilen modern Gacaca, geleneksel Gacaca sisteminden belirli açılardan farklılıklar içermektedir. Bunlar arasında yeni sistemi ayırt eden en temel unsurlar, aynı zamanda Gacaca ile devlet arasındaki bağları teşkil edenlerdir. Bu kapsamda yeni sistemin resmi oluşu, yani yasayla yaratılmış olması, yargılamanın gönüllülük esasına dayanmaması ve fakat devlet otoritesi altında zorlayıcı nitelikte oluşu ve yargılamada takip edilmesi gereken bir dizi belirlenmiş kuralın bulunması geleneksel ve soykırım sonrası Gacaca mekanizmalarını ayıran temel özelliklerdir.¹³³ Görüldüğü üzere modern Gacaca, devletin hukuk sistemi tarafından içerilmiş bulunmaktaydı. Bu sistemde uyuşmazlık çözümüne uygulanacak metodu seçme serbestisi topluluklara tanınmamaktaydı. Geleneksel Gacaca ise, sabit kurallar ve usullere dayanmamaktaydı. Sonuç olarak modern Gacaca gelenek hukuku yerine devletin hukukunu uygulamakta ve hükümlerin zorlayıcılığı sosyal kontrolde değil

¹²⁶ Werchick, s.17.

¹²⁷ Tiemessen, s.65.

¹²⁸ Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.3.

¹²⁹ Sarkin, s.159. Bu değişimin olumsuz sonuçları, soykırım sonrası Gacaca pratiğine etki edecektir.

¹³⁰ Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.50.

¹³¹ Daly, s.371.

¹³² Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.70.

¹³³ Urusaro Karekezi, Alphonse Nshimiyimana, Beth Mutamba, "Localizing Justice: Gacaca Courts in Post-Genocide Rwanda", Eric Stover, Harvey M. Weinstein (Ed.), *My Neighbor, My Enemy – Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity*, Cambridge University Press, 2004, s.74.

devlette yatmaktaydı.¹³⁴ Böylece Gacaca, Batı tarzı hukuk ve iktidarın küresel rejimleri ile bağlanmış bulunmaktaydı.¹³⁵

Diğer yandan ilgilendiği suçların ağırlığı çok daha yüksek olan soykırım sonrası Gacaca'da yaptırımlar cezalandırıcı nitelikte bulunmaktaydı.¹³⁶ Bu kapsamda Hükümet, Gacaca'nın geleneksel onarıcı formunu, itiraf-ceza indirimi mekanizması ve toplum hizmeti üzerine güçlü bir vurguyla cezalandırıcı bir boyutu barındırmak üzere tadil etmişti.¹³⁷

Modern Gacaca'yı geleneksel biçiminden ayıran diğer farklılıkların ise; ilgili tarafların, öldürülen mağdurlar veya yerinden edilmiş kişilerin durumlarında olduğu gibi her zaman hazır bulunmaması,¹³⁸ kadınların hem yargıç hem de Genel Kurul üyeleri olarak içerilmesi, yerel yönetimin idari bölümlenmeleri arasında daha sistematik bir örgütlenmenin kuruluşu ve suçlu bulunanlara hapis cezaları yükleyebilmesi¹³⁹ şeklinde sıralanması mümkündür.

Ancak bazı temel farklılıklarına rağmen soykırım sonrası Gacaca, geleneksel Gacaca'nın bazı özelliklerini korumaktaydı. Korunan özellikler; sosyal onarım vurgusu, telafiye yer açılması, sosyal baskının rolü ve profesyonel hukukçuların katılımının mümkün kılınmamasıydı.¹⁴⁰ Diğer yandan modern Gacaca, topluluğun iletişim ve müzakeresine dayalı olmak bakımından geleneksel Gacaca ile benzerdi.¹⁴¹ Zaten Gacaca, otluk veya çayırılık alan anlamına gelen *Kinyarwanda* sözcükten türemiştir.¹⁴² Sözcük, topluluk üyelerinin yakın akrabaların veya komşuların ufak çaplı uyuşmazlıklarında hakemlik etmek üzere geleneksel olarak toplandıkları çayırılık alana işaret eder.¹⁴³ Gacaca üyelerinin önlerine gelen konuları dikkate alırken otların üzerinde oturmalarına,¹⁴⁴ bu anlamda oturumların topluluğun

¹³⁴ Molenaar, s.25.

¹³⁵ Kristin Doughty, "Law and the Architecture of Social Repair: Gacaca Days in Post-Genocide Rwanda", *The Journal of the Royal Anthropological Institute*, 21(2), 2015, s.421-422.

¹³⁶ Karekezi, Nshimiyimana, Mutamba, s.74.

¹³⁷ Meyerstein, s.468.

¹³⁸ Karekezi, Nshimiyimana, Mutamba, s.74.

¹³⁹ Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.71.

¹⁴⁰ Karekezi, Nshimiyimana, Mutamba, s.74.

¹⁴¹ Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.84.

¹⁴² Filip Reyntjens, "Le Gacaca ou la Justice du Gazon au Rwanda", *Politique Africaine*, December 1990, s.32'den aktaran: Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.3.

¹⁴³ Meyerstein, s.468.

¹⁴⁴ Sarkin, s.159.

alenen görebileceği şekilde açık alanlarda yürütülmesine atıfta bulunmaktadır.¹⁴⁵ Bu bakımdan Gacaca'nın halkın katılımına işaret eden yerel karakteri sürmekteydi.

C. Soykırım Sonrası Gacaca Sisteminin Kuruluşu

Soykırım davalarının görülmesi için geleneksel Gacaca Mahkemelerinin kullanımı, 1995 yılından sonra 1998'de yeniden kamusal tartışmaya konu olmuştu. 17 Aralık 1998'de Devlet Başkanı Pateur Bizimungu, Gacaca'yı soykırım davaları için yeniden yapılandırma olanağını araştırmak üzere bir komisyon kurdu. Hakkında çeşitli mecralarda gerçekleştirilen tartışma ve analizler ardından Ocak 2001'de, Ruanda Yüksek Mahkemesi tarafından da uygun bulunan Gacaca Yasası'nın yayımlanması suretiyle Gacaca Mahkemeleri kuruldu.¹⁴⁶ 2001 Yasası, Gacaca Yasası olarak değiştirilerek bir ölçüde korunan 1996 Organik Yasası üzerine inşa edilmişti. Her ikisi de faillerin suçlarını kabul etmeleri ve pişmanlıklarını ifade etmelerini esas almaktaydı.¹⁴⁷ 2001 Gacaca Yasası¹⁴⁸ sınırlı kapsamda Haziran 2001¹⁴⁹, Haziran 2006 ve Mart 2007'de; önemli boyutlarda ise Haziran 2004¹⁵⁰ ve Haziran 2008'de olmak üzere beş kez değişikliğe uğradı.¹⁵¹

2001 Yasası'nın topluma tanıtılması ve toplumda bu kapsamda duyarlılık oluşturulması için düzenlenen geniş kamusal eğitim kampanyasının¹⁵² ardından,

¹⁴⁵ Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.3.

¹⁴⁶ Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.55-57, 63.

¹⁴⁷ Schabas, s.892.

¹⁴⁸ “Gacaca Yargısını Kuran ve 1 Ekim 1990 ve 31 Aralık 1994 Arasında İşlenen Soykırım veya İnsanlığa Karşı Suç Teşkil Eden Fiillerin Kovuşturulmalarını Düzenleyen 26.01.2001 Tarih ve 40/2000 Sayılı Organik Yasa” (1 Ekim 1990 ve 31 Aralık 1994 Arasında İşlenen Soykırım veya İnsanlığa Karşı Suç Teşkil Eden Fiillerin Kovuşturulmalarını Düzenleyen ve Gacaca Yargısını Kuran 26.01.2001 Tarih ve 40/2000 Sayılı Organik Yasa, <<https://www.legal-tools.org/doc/0bdf0f/pdf>>, Erişim Tarihi 12.5.2022). Buradan itibaren 2001 Yasası olarak işaret edilecektir.

¹⁴⁹ 33/2001 Sayılı Organik Yasayla.

¹⁵⁰ “1 Ekim 1990 ve 31 Aralık 1994 Arasında İşlenen Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçların Faillerinin Kovuşturulması ve Yargılanması ile Yetkilendirilen Gacaca Mahkemelerinin Örgütlenmesi, Yetkisi ve İşleyişini Düzenleyen 16/2004 Sayılı Organik Yasa” (1 Ekim 1990 ve 31 Aralık 1994 Arasında İşlenen Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçların Faillerinin Kovuşturulması ve Yargılanması ile Yetkilendirilen Gacaca Mahkemelerinin Örgütlenmesi, Yetkisi ve İşleyişini Düzenleyen 16/2004 Sayılı Organik Yasa, <<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=52f22c704>>, Erişim Tarihi 12.5.2022). Buradan itibaren 2004 Organik Yasası olarak işaret edilecektir.

¹⁵¹ Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.72; Clark, “The Gacaca Courts and Abbreviated Criminal Procedure for Genocide Crimes in Rwanda”, s.195.

¹⁵² Karekezi, Nshimiyimana, Mutamba, s.72.

tutukluluk için yeterli delilin bulunup bulunmadığı değerlendirmesini içeren ön-Gacaca programı başlatıldı.¹⁵³ Hücre seviyesinde Gacaca yargıçlarının seçimlerinin ilk turu 4 Ekim 2001’de yapıldı.¹⁵⁴ Yaklaşık olarak 260.000 yargıç seçildi.¹⁵⁵ Seçilen yargıçlar, 6 Nisan 2002’den başlayarak 6 haftalık bir eğitim sürecine tabi tutuldular.¹⁵⁶ Hükümet Gacaca yargıçlarının seçimi ve eğitimi ardından 18 Haziran 2002’de, Gacaca yargısını resmen başlattı ve Gacaca’nın deneme evresine geçildi. Bu başlangıç duruşmalarının amacı, Gacaca yöntemlerini topluma tanıtmak ve sistemin, Gacaca tüm hücrelerde tamamen işler hale gelmeden önce çözülebilecek zayıflıklarının tespit etmektir.¹⁵⁷ Bu aşama, soykırıma ilişkin demografik veri ve istatistiklerin toplanmasını, şüphelilerin kimliklerinin belirlenmesini ve onlara karşı yapılacak ithamların formüle edilmesini içermektedir.¹⁵⁸ 80 hücreyle başlayan

Uluslararası Af Örgütü’nün, Gacaca’nın işleyişinin ve etik temellerinin kavranması için gerekli gördüğü bu kampanyanın işlevini yerine getirmek için fazla kısa, yukarıdan aşağı ve arkasında destek sağlamaya odaklanmış olmasını da içeren eksikliklerine dair tespitleri için bakınız: Uluslararası Af Örgütü, “Gacaca: A Question of Justice”, s.22.

¹⁵³ Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.64-65.

Ön-Gacaca, aile reisleri veya seçilmiş yargıçlar yerine hükümet tarafından seçilen görevliler ve onların asistanları tarafından yürütülmesi istisnasıyla Gacaca’nın geleneksel yöntemine benzeyen bir uygulamadır. Gacaca tümüyle işler hale geldiğinde yeni deliller ortaya çıkarsa faillerin yeniden Gacaca önüne çıkmaları gerekecekti. (Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.65).

¹⁵⁴ Seçime katılım oranı yüzde doksanın üstündeydi. Ülke çapında yetişkinlerden, nyumba kumi’deki (on haneden oluşan birimler) temsilcileri tarafından önerilen adayları onaylamaları veya reddetmeleri istendi. Bu, yurttaşlara öne çıkma ve adayları eleştirme veya adaylara desteklerini kaydettirmek üzere tercih ettikleri adayın arkasında sıraya girme imkânının sunulduğu kamuya açık toplantılarda yapıldı. İki gün sonra, her hücrede seçilen yargıçlar sektör seviyesindeki temsilcilerini belirlemek için toplandılar ve aynı şekilde ilçe ve il seviyeleri için aynı işlem gerçekleştirildi. (Uluslararası Af Örgütü, “Gacaca: A Question of Justice”, s.26).

¹⁵⁵ Daly, s.372.

¹⁵⁶ Yargıçlar, Nisan 2002’de üç haftadan uzun bir süre içerisinde 6 günlük eğitim almışlardı. (Sullo, s.140). Eğitim konuları; hukukun temel ilkeleri (özellikle Gacaca organik yasaları hakkında olmak üzere), grup idaresi (toplantıların organize edilmesi ve yönetilmesi), uyumsuzluk çözümü, yargısal etik, travma (travmayı tanıma ve anlama ile travma mağdurlarına nasıl yaklaşılması gerektiği), insan kaynakları ve mali yönetimden oluşmaktaydı. (Uluslararası Af Örgütü, “Gacaca: A Question of Justice”, s.26).

¹⁵⁷ Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.68. Nitekim Haziran 2004’te Hükümet, toplanan bilgiler ve karşılaşılan güçlükler ışığında (Sullo, s.142) henüz tek bir ceza hükmü verilmeden (Sullo, s.129-130) Gacaca Yasası’nı tadil etti. Yasanın yeni halinde, hem yargıçlar heyetindeki yargıç sayısı hem de Gacaca oturumlarını yürütmek için gerekli yargıç sayısı azaltıldı. (2004 Yasası md.8, 13, 23.) Yargıçlar arasında yaygın devamsızlığın birçok hücrede yargıçlar heyeti için toplantı yeter sayısının sağlanamamasına neden olması değişikliği zorunlu kılmıştı. (Meyerstein, s.475).

¹⁵⁸ Sullo, s.140.

deneme evresi, Kasım 2003'te 750 hücreye genişletildi.¹⁵⁹ Deneme evresi boyunca duruşmalarda, soykırım şüphelileri hakkında hüküm verilmedi.¹⁶⁰ İki yılın ardından deneme aşamasının bilgi toplama süreci sona erdi.¹⁶¹

Gacaca 2005 başlarında, seçilen topluluklarda uygulanan deneme evresini tamamlayıp ulusal düzeyde işlemeye başladı.¹⁶² 2012 ortalarında Gacaca Mahkemeleri, sistem işlemeye başladığından beri toplumun kimliğini belirlediği şüphelileri ve 2008'den beri ulusal mahkemelerden Gacaca'ya devredilen yüzlerce birinci kategori davayı içeren soykırım davaları birikimini büyük ölçüde tamamlayarak kapanmıştır.¹⁶³ Gacaca yargısı, Haziran 2012'deki kapanışına yaklaşırken Gacaca mahkemelerini sona erdiren bir yasa kabul edilmiştir. 04/2012 Organik Yasası ile, öncesinde Gacaca Mahkemelerinin yetkisine giren soykırım teşkil eden suçların kovuşturulmasında istinaf mahkemeleri, ilk derece mahkemeler ve *abunzi* olarak bilinen Arabuluculuk Komiteleri görevlendirilmiştir.¹⁶⁴ Gacaca Mahkemelerinde 1.003.227 kişiye ilişkin 1.958.634 dava sonuçlandırılmıştır.¹⁶⁵ RUCM yargılamalarının 1.3 milyar Amerikan dolarına ulaşan maliyetine¹⁶⁶ karşılık Gacaca mahkemelerinin, neredeyse iki milyon davayı yaklaşık olarak 46 ilâ 65 milyon Amerikan Doları arasında bir masrafla gördüğü tahmin edilmektedir.¹⁶⁷

¹⁵⁹ Schabas, s.893-894.

¹⁶⁰ Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, 68.

¹⁶¹ Meyerstein, s.474.

¹⁶² Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.4.

¹⁶³ Clark, "The *Gacaca* Courts and Abbreviated Criminal Procedure for Genocide Crimes in Rwanda", s.201-202.

¹⁶⁴ Sullo, s.154-155.

¹⁶⁵ Brehm ve arkadaşlarının, Gacaca mahkemelerinin idari birimi olan ve mahkemelerden kayıtları toplayan Gacaca Yargısı Ulusal Teşkilatı tarafından tutulan resmi kaynaklara dayanarak yaptıkları araştırma sonuçlarını yansıtmaktadır. (Brehm, Uggen, Gasanabo, s.339; Sullo, s.2004; Brehm ve arkadaşlarının ilgili araştırması ve sınırlılıkları hakkında detaylı bilgi için bkz: Brehm, Uggen, Gasanabo, s.338-339).

¹⁶⁶ Lemarchand René, "Rwanda: The State of Research", 25.6.2018, <<https://www.sciencespo.fr/mass-violence-war-massacre-resistance/en/document/rwanda-state-research>>, Erişim Tarihi 14.5.2022.

¹⁶⁷ Brehm, Uggen, Gasanabo, s.346.

III. GACACA MAHKEMELERİNDE YARGILAMA¹⁶⁸

A. Mahkemelerin Örgütlenişi

Ruanda hükümeti tarafından kurulan, topluma dayalı yargısal forumlardan oluşan ve devlet tarafından idare edilen¹⁶⁹ Gacaca sistemi, Ruanda'nın Belçikalı sömürgecilerden kalan yüksek düzeyde örgütlü ve merkezi idari sistemi üzerine inşa olmuştu. Ruanda hükümetinin uzlaşma çabalarını ulus çapındaki hukuksal süreçlere yerleştirme kararının¹⁷⁰ bir sonucu olarak 2001 Organik Yasası ile Ruanda'nın her hücre, sektör, ilçe ve ilinde bir Gacaca yargısı oluşturulmuş;¹⁷¹ 2004 değişikliği ile ilçe ve il düzeylerindeki Gacaca mahkemeleri kaldırılırken, her hücre için bir hücre Gacaca mahkemesi, her sektör için de bir sektör Gacaca mahkemesi ve temyiz Gacaca mahkemesi kurulmuştu.¹⁷² Böylece 2004 sonrasında hücre seviyesinde 9.013 Gacaca mahkemesi ve 1545 sektörün her birinde sektör Gacaca ve temyiz Gacaca mahkemesi açılmıştı.¹⁷³

Gacaca mahkemelerinin önde gelen yetkilerini herhangi birini duruşmaya çağırma; özel mülkiyete ve temel insan haklarına saygı gösterilmesi koşuluyla sanık veya sanığa ait olanlar hakkında arama emri verme ve arama yapma; soykırım suçlarıyla itham edilenlerin mülklerine geçici koruyucu tedbir koyma; ceza verme ve mahkûm edilene tazmin etme emri verme; mahkemede düzenini bozanları kovuşturma ve cezalandırma; şüpheliler hakkında gözaltı veya şartlı tahliye emri verme teşkil etmekteydi.¹⁷⁴

Gacaca mahkemelerinin her biri; bir genel kurul, bir yargıçlar heyeti ve bir koordinasyon komitesinden müteşekkildi.¹⁷⁵ Hücre Gacaca mahkemelerinin genel kurulu, hücrede ikamet eden 18 yaş ve üstü herkesi kapsamaktaydı.¹⁷⁶ Eğer bir hücrenin 18 yaş ve üstü yerleşimcilerinin sayısı 200'den azsa hücre, aynı sektörün bir diğer hücresiyle Gacaca hücre mahkemesi oluşturmak üzere

¹⁶⁸ 2001 Yasası Gacaca sisteminin orijinal mimarisini şekillendirmişse de (Sullo, s.134) Gacaca mahkemelerinin ilk kararları 2004 Yasası'na göre verildiği için metinde bu Yasa esas alınmış, diğer Gacaca yasalarındaki farklı düzenlemelere bu Yasa temelinde işaret edilmiştir.

¹⁶⁹ Meyerstein, s.468.

¹⁷⁰ Doughty, s.420.

¹⁷¹ 2001 Yasası md.3.

¹⁷² 2004 Yasası md.3/1.

¹⁷³ Sullo, s.142.

¹⁷⁴ 2004 Yasası md.39/2.

¹⁷⁵ 2004 Yasası md.5.

¹⁷⁶ 2001 Yasası md.6/1, 2004 Yasası md.6/1; 13/2008 Sayılı 19/05/2008 Tarihli Organik Yasa, <<https://gazettes.africa/gazettes/rw-government-gazette-dated-2008-06-01-no-11>>, Erişim Tarihi 10.6.2022, md.3. Buradan itibaren 2008 Yasası olarak işaret edilecektir.

birleştirilebilmekteydi.¹⁷⁷ Fail lehine ve aleyhine delillerin sunulması, hücre genel kurullarının görevleri arasında yer almaktaydı.¹⁷⁸ Sektör genel kurulu ise, sektörü oluşturan hücrelerin Gacaca mahkemelerinin, Gacaca sektör mahkemesinin ve Gacaca temyiz mahkemesinin yargıç heyetlerinden oluşmaktaydı.¹⁷⁹

Her Gacaca mahkemesinin yargıçlar heyeti, 9 dürüst kişi ve 5 vekilden oluşmaktaydı.¹⁸⁰ Gacaca hücre mahkemesi genel kurulu kendi içinden, yargıçlar heyetini seçmekteydi.¹⁸¹ Sektör genel kurulu kendi içinden, Gacaca temyiz mahkemesinin yargıçlar heyeti için 9 dürüst kişi ve onların 5 vekilini, aynı zamanda Gacaca sektör mahkemesinin yargıçlar heyetini oluşturacak 9 dürüst kişi ve onların 5 vekilini belirlemekteydi.¹⁸²

Gacaca organlarının üyeleri, hücre genel kurulları tarafından seçilen dürüst Ruandalılardır.¹⁸³ 2004 Yasası'na göre dürüst kişi, şu özellikleri karşılayan herhangi bir Ruandalıdır¹⁸⁴:

- Soykırıma katılmamış,¹⁸⁵
- Sekterci olmayan,
- 6 ay ve üstü hapis cezası ile mahkum edilmemiş olmak,
- Yüksek ahlak ve davranış standartlarına sahip,
- Doğru sözlü,
- Dürüst

¹⁷⁷ 2004 Yasası md.6/2, 2008 Yasası md.3.

¹⁷⁸ 2004 Yasası md.33/1.fıkra 4. bent ve 2.fıkra.

¹⁷⁹ 2004 Yasası md.7.

¹⁸⁰ 2004 Yasası md.8.

¹⁸¹ 2004 Yasası md.13/1.

2008 Yasası 4. maddeye göre yargıçlar heyeti 7 asıl 2 yedekten oluşur.

2001 Yasası md.9/1'e göre hücre genel kurulu 5'i sektörde görevlendirilmek üzere kendi içinden 24 dürüst kişi seçer, kalan 19 yargıçlar heyetini oluşturur.

¹⁸² 2004 Yasası md.13/2; 2008 Yasası md.4 ile yargıçlar heyeti üye sayısı 7 ve 2 vekil olarak belirlenmiştir.

¹⁸³ 2004 Yasası md.14/1.

¹⁸⁴ 2004 Yasası md.14/2.

¹⁸⁵ 2004 Yasası md.15/3: Soykırım şüphelileri listesinde yer alan kişi, dürüst kişi olarak seçilemez ve seçemez. Ancak mülkiyete karşı suç işlemiş olanlar, sadece seçebilirler.

- Halkı Gacaca yargılamalarına katılmaya teşvik etme ve genel kurulda barışçıl, üretken tartışmaların gerçekleştirilmesine olanak sağlama kapasitesine sahip olma.¹⁸⁶

En az 21 yaşında olan herhangi bir dürüst insan; özellikle cinsiyet, köken, din, görüş ve sosyal konuma dayalı bir ayırım olmaksızın bir Gacaca mahkemesi organının üyesi olarak seçilebilmekteydi.¹⁸⁷ Siyasal faaliyet yürütenler, merkezi veya yerinden idarenin başında olanlar,¹⁸⁸ halen aktif hizmette olan asker veya polisler, meslekten hukukçular ve siyasal parti yönetici organlarının üyeleri Gacaca mahkemesi yargıç heyetlerinin üyesi olamazlardı.¹⁸⁹

Hücre yargıçlar heyetinin görevleri; 2004 Yasası'nın 34. maddesinin 1 fıkrasının (a) bendinde sıralanmış bulunan, hücrede soykırımdan önce ve sonra yaşayanlar, öldürülenler, zarar verilen mülkler ve yasada düzenlenen fiilleri işleyenlere ilişkin olanlar gibi listeleri¹⁹⁰ Genel Kurulun katılımıyla hazırlamak;¹⁹¹ yapılan şahitlikler hakkında tahkikat yapmak;¹⁹² sanıkların Yasada düzenlenen fail kategorilerinden hangisine dahil olduğunu belirlemek;¹⁹³ 4. kategoride sınıflandırılan sanıklar tarafından işlendiği iddia edilen fiiller hakkında yargılama yapmak;¹⁹⁴ sanığın itiraf, ikrar ve özrünü almak;¹⁹⁵ hücre Gacaca mahkemeleri

¹⁸⁶ Yasada "Be characterized by a spirit of speech sharing" ifadesiyle belirtilmiş özelliğin anlamı, bizzat Ruanda'da araştırmalarda bulunmuş Clark tarafından bu şekilde açıklanmıştır. (Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.75 86.dipnot).

¹⁸⁷ 2004 Yasası md.14/3, 2001 Yasası md.10/3.

¹⁸⁸ 2. fıkra da sayılan kamu görevlileri.

¹⁸⁹ 2004 Yasası md.15/1.

¹⁹⁰ 2004 Yasası md.34/1-1.bent (farklılıklarla 2001 Yasası'ndaki karşılığı: md.34/1):

- hücrede yaşayanlar
- soykırımdan önce hücrede yaşayanlar, gittikleri yer ve gidiş rotaları,
- yerleşim yeri hücrelerinde öldürülenler
- yerleşim yeri hücreleri dışında öldürülenler
- hücrede, burada oturmazken öldürülenler
- mağdur edilenler ve onların zarar verilen mülkleri
- Yasada düzenlenen suçların işlenmesinde yer alanlar.

¹⁹¹ 2001 Yasası md.34/1-a, 2004 Yasası md.34/1-1.bent.

¹⁹² 2001 Yasası md.34/1d, 2004 Yasası md.34/1-5.bent.

¹⁹³ 2001 Yasası md.34/1-e, 2004 Yasası md.34/1-6.bent.

¹⁹⁴ 2001 Yasası md.34/1-f, 2004 Yasası md.34/1-7.bent: 2004 Yasası'nda üçüncü kategoride yer alan failer.

¹⁹⁵ 2001 Yasası md.34/1-h, 2004 Yasası md.34/1-2.bent.

yargıçlar heyeti üyelerine karşı yapılan itirazlar hakkında karar vermek¹⁹⁶ ve görev alanına girmeyen kategorilerde yer alan sanıkların dosyalarını yetkili mercilere sevk etmektir.¹⁹⁷ Sektör yargıçlar heyetinin öne çıkan görevleri; yetki alanına giren davaları görmek¹⁹⁸, mahkemenin yargıçlar heyeti üyelerine karşı yapılan itirazlarla ilgili kararları almak¹⁹⁹ ve hücre Gacaca mahkemesi kararlarının temyiz incelemesini yapmaktır²⁰⁰. Gacaca temyiz mahkemesinin temel görevleri ise; mahkemenin yargıçlar heyeti üyelerine karşı yapılan itirazlarla ilgili karar vermek²⁰¹ ve sektör Gacaca mahkemesi kararlarının temyiz incelemesini gerçekleştirmektir.²⁰² Yargıçlar heyeti konsensüs ile, konsensüs sağlanamazsa üyelerinin mutlak çoğunluğuyla, mutlak çoğunluk sağlanamazsa basit çoğunlukla, o da sağlanamazsa öncekinde en çok oyu alan iki pozisyon arasından seçim yapılacak yeni bir oylama ile karar almaktaydı.²⁰³

Devlet tarafından hizmetlerinin karşılığı olarak ödeme yapılmayan Gacaca mahkemeleri yargıçları oturumlarda meselelerin mümkün olduğunca açıkça tartışılmasını sağlayacak kolaylaştırıcı rolünde ve halkın temsilcisi durumunda bulunmaktaydı.²⁰⁴ Katılımcıları konuşmaya, özellikle mağdur ve kurtulanları bireysel acı ve kayıplarını açıklamaya²⁰⁵ teşvik edecek bir ortam yaratmaları beklenmekteydi. Diğer yandan Gacaca yargıçlarının kolaylaştırıcılığı ve devletin güvenlik personelinin varlığı, yıkıcı anlaşmazlık veya şiddete karşı koruyucu işlev görmekteydi.²⁰⁶ Başkan yargıcın kilit rollerinden biri, özellikle tartışma duygusal olarak yüklü olduğunda ve tanıklıklar çatıştığında Genel Kurulda düzeni sağlamaktır.²⁰⁷ Bu kapsamda Gacaca yargıçlarının, duruşmalar süresince çekişmeli konuların açıkça tartışılmasına imkân tanınması ile bu konular idare edilemez bir

¹⁹⁶ 2001 Yasası md.34/1-g, 2004 Yasası md.34/1-8.

¹⁹⁷ 2001 Yasası md.34/1-i, j, 2004 Yasası md.34/19-10: 2004 sonrası için ikinci kategoriler sektör Gacaca mahkemesine, birinci kategorileri savcılığa sevk edilecektir.

¹⁹⁸ 2004 Yasası md.36/1-4.bent.

¹⁹⁹ 2004 Yasası md.36/1-3.bent.

²⁰⁰ 2004 Yasası md.36/1-5.bent.

²⁰¹ 2004 Yasası md.37-1-2.bent.

²⁰² 2004 Yasası md.37/1-4.bent.

²⁰³ 2004 Yasası md.24.

²⁰⁴ Molenaar, s.102; Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.89-90, 137, 153, 181.

²⁰⁵ Clark, "The *Gacaca* Courts and Abbreviated Criminal Procedure for Genocide Crimes in Rwanda", s.200.

²⁰⁶ Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.234.

²⁰⁷ Clark, "The *Gacaca* Courts and Abbreviated Criminal Procedure for Genocide Crimes in Rwanda", s.200.

çatışmayı tetikleme tehlikesi içerdiğinde tartışmalara müdahale edilmesi ihtiyaçları arasında bir denge kurmaları gerekmektedir.²⁰⁸

Diğer yandan önceki yasalarda olduğu gibi 2004 Yasası'nda da düzenlenen usul, ithamın güçlendirilmesi ve delillerin toplanması aşamasında savcılara aktif bir rol vermişti.²⁰⁹

B. Yetki

Gacaca mahkemeleri konu yönünden, 1 Ekim 1990 ve 31 Aralık 1994 arasında işlenen soykırım ve insanlığa karşı suçlar ile soykırım veya insanlığa karşı suç işleme niyetiyle işlenen Ceza Kanununda düzenlenmiş diğer suçların faillerinin yargılanması ile yetkilendirilmişti.²¹⁰

Gacaca'nın soykırım davalarının görülmesinde ulusal mahkemelerin yerini alması amaçlanmamıştı. Daha ziyade, üst düzey failer ulusal mahkemeler ve RUCM²¹¹ görev alanlarına bırakılırken alt düzey şüphelilerin davalarının görülerek ulusal mahkemeler üzerindeki ağır basıncın hafifletilmesi hedeflenmişti.²¹² Bu kapsamda ulusal mahkemeler ile Gacaca yargısı içindeki ilk derece mahkemeleri olarak hücre ve sektör Gacaca mahkemeleri arasındaki görev paylaşımı, soykırım ve insanlığa karşı suç faillerinin Yasada belirlenen kategorileri esas alınarak belirlenmekteydi. 2008 değişikliğine kadar 1. kategori failleri ulusal mahkemelerin, diğer kategorilerde yer alan failer ise Gacaca mahkemelerinin yargı yetkisine tabi bulunmaktaydı.²¹³ 2008 değişikliği ile tecavüz ve cinsel işkence ile ilçe ve komün düzeyinde soykırım planlama şüphelilerini içeren bir dizi birinci kategori davası Gacaca'ya devredildi.²¹⁴

²⁰⁸ Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.232.

²⁰⁹ 2004 Yasası md.34/1-3.bent, 46, 47, 59, 60, 61. Silahların eşitliği bakımından eleştirilmektedir. (Sullo, s.145).

²¹⁰ Görüldüğü gibi 2004 Yasası'nda, 2001 Yasası'nın 1. maddesinde Gacaca görev alanına dahil edilen savaş suçlarına yer verilmemişti. Böylece RPF tarafından işlenen savaş suçları kapsam dışında kalmış olmaktadır.

²¹¹ RUCM ve ulusal mahkemelerinin çakışan görev alanı sorunu, RUCM Statüsünün 8. maddesi ile RUCM yetkisinin önceliğine dayalı olarak çözümlenmiştir.

²¹² Clark, "The Gacaca Courts and Abbreviated Criminal Procedure for Genocide Crimes in Rwanda", s.195.

²¹³ 2004 Yasası md.2, 2001 Yasası md.2.

²¹⁴ Buna göre 1. kategorinin 3, 4 ve 5. fıkraları ile 2 ve 3. kategoriler Gacaca mahkemelerinin yetkisine girerken, 1. kategorinin 1 ve 2. fıkralarında yer alan failerin işledikleri suçlar ulusal mahkemelerin görev alanını oluşturmaktaydı. (2008 Yasası md.2).

2001 Gacaca Yasası esas olarak, faillerin 1996 Yasası'ndaki sınıflandırılmasını takip etmiştir.²¹⁵ Ancak 1996 Yasası'ndan farklı olarak 2001 Yasası tecavüz suçunu, Gacaca mahkemelerinin görev alanına dahil bulunmayan ve 1996 Yasası'na göre ulusal mahkemelerde yargılanacak olan kategori 1 suçlarına eklemiştir.²¹⁶ 2004 Yasası, 2001 Yasası'ndaki iki ve üçüncü kategorilerin birleşiminden oluşan bir ikinci kategori oluşturmuş, böylece öncesinde dört kategoride toplanan failler, artık üç kategori içerisinde sınıflandırılmaya başlanmıştır. 2004 Yasası ile soykırım ve insanlığa karşı suç faillerin kategorileri şu şekilde belirlenmiştir²¹⁷:

- 1. kategori:

İştirak edenler²¹⁸ de dahil olmak üzere,

1) Soykırım ve insanlığa karşı suçların elebaşları, denetleyicileri, mukallitleri, örgütleyicileri ve planlayıcıları;²¹⁹

2) Fiilin işlenişi sırasında milis, dini mezhepler, polis, jandarma, ordu ve siyasi partilerin²²⁰ il, ilçe, komün ve ulusal düzeylerdeki²²¹ yönetici organlarında olup soykırım ve insanlığa karşı suçları işleyen veya işlemeye teşvik eden kişiler;

3) Yerleşim yerlerinde veya geçtikleri yerlerde gerçekleştirdikleri katliamlardaki aşırıya kaçan kötülükleri veya şevkleriyle kendilerini sivilterek ün salmış katiller;²²²

4) Ölümle sonuçlanmasa bile, işkence fiilleri işleyenler;²²³

5) Tecavüz veya cinsel organlara işkence fiilleri işleyenler;

6) Ölü bedenî aşağılama fiilleri işleyenler²²⁴.

- 2. kategori:

²¹⁵ Sullo, s.134. 1996 Yasası kategorileri için bakınız 44. dipnot.

²¹⁶ 1996 Yasası md.2, 2001 Yasası md.51.

²¹⁷ 2004 Yasası md.51.

²¹⁸ 2004 Yasası md.53/1'de iştirak tanımlanmıştır.

²¹⁹ 2008 Yasası md.9 ile sadece örgütleyicileri ve planlayıcıları. Kışkırtanlar, denetleyenler ve elebaşları 1. kategori 3. fıkrayı oluşturmuştur.

²²⁰ 2008 Yasası md.9 ile kamu idaresi eklenmiştir.

²²¹ 2008 Yasası md.9 ile sadece ulusal ve il. İlçe ve komün, kamu idaresi de eklenerek 1. kategori 4. fıkrayı oluşturmuştur.

²²² 2008 Yasası md.9 ile 2. kategorinin 1. fıkrasını oluşturmuştur.

²²³ 2008 Yasası md.9 ile 1. kategoride yer almamaktadır, 2. kategori 2. fıkrayı oluşturmuştur.

²²⁴ 2008 Yasası md.9 ile 1. kategoride yer almamaktadır, 2. kategori 3.fıkrayı oluşturmuştur.

İştirak edenler de dahil olmak üzere,

1) Katiller veya ölüme sebebiyet veren ciddi saldırı failleri;²²⁵

2) Öldürme niyetiyle ciddi saldırı fiilleri işleyen veya zarar veren, ancak amacına ulaşamayan kişiler;²²⁶

3) Öldürme niyeti olmaksızın, birine karşı diğer suçları işleyen veya bunlara yardım eden kişiler.²²⁷

- 3. kategori: Sadece mülkiyete karşı suç işleyen kişiler.

3. kategori suçlar için ilk ve son derece yargılama merci olarak hücre Gacaca mahkemeleri, 2. kategori suçlar için ilk derece yargılama merci olarak sektör Gacaca mahkemeleri görevli bulunmaktaydı.²²⁸

Gacaca'da görülen davaların büyük çoğunluğu mülkiyete karşı işlenen suçlarla ilgili olmuştur. Mahkûmiyet olasılığı 3. kategori failleri için en yüksek oranda gerçekleşmiş, sıralamada 3. kategoriye 1. kategori takip etmiştir.²²⁹

C. Hakikatin Ortaya Çıkarılması

Gacaca yargılamaları, aleyhe veya lehe tanıklıklar ve sunulan diğer deliller temelinde gerçekleştirilmekteydi.²³⁰ Merkezine davalıyı alan olağan ceza yargılamalarından farklı olarak Gacaca, şüphelilerin eylemlerinin topluluk üzerindeki etkisine odaklanmakta ve suçtan etkilenen herkesi tanıklığa davet etmekteydi.²³¹ Bu kapsamda tanıklıklar Gacaca yargılama sürecinin temelini oluşturmakta, hakikatin açığa çıkarılmasının temel aracını teşkil etmekteydi.

Yasaya göre, Gacaca mahkemelerinin faaliyetlerine katılma, her Ruanda yurttaşının ödevidir.²³² Şahitlik yapma ödevi, ahlaki bir yükümlülüktür ve kimse

²²⁵ 2008 Yasası md.9 ile 2. kategori 4. fıkrayı oluşturmuştur.

²²⁶ 2008 Yasası md.9 ile 2. kategori 5. fıkrayı oluşturmuştur.

²²⁷ 2008 Yasası md.9 ile 2. kategori 6. fıkrada yer almıştır.

²²⁸ 2004 Yasası md.41, 42.

²²⁹ Brehm, Uggen, Gasanabo, s.339. Brehm ve arkadaşlarının, Gacaca mahkemelerinin idari birimi olan ve mahkemelerden kayıtları toplayan Gacaca Yargısı Ulusal Teşkilatı tarafından tutulan resmi kayıtlara dayanarak yaptıkları araştırma sonuçlarına göre.

²³⁰ 2004 Yasası md.39/1.

Gacaca Yasalarının delil değerlendirmesine ilişkin açık kriterlerden yoksun olmasına yönelik eleştiri için bakınız: Sullo, s.148.

²³¹ Sosnov, s.136.

²³² 2004 Yasası md.29/1.

nedeni ne olursa olsun bundan kaçınma hakkına sahip değildir.²³³ Gördüğü veya bildiği hakkında tanıklık yapmayı reddeden veya savsaklayanlar ile iftira niteliğinde ithamda bulunanlar, Gacaca mahkemesi tarafından kovuşturulacak; 3 aydan 6 aya kadar, tekerrür halinde 6 aydan 1 yıla kadar hapis cezasına çarptırılacaktır.²³⁴ Tanıklara veya Gacaca mahkemesi yargıçlar heyeti üyelerine baskı yapan, baskı yapmaya teşebbüs eden ve bu kişileri tehdit edenler²³⁵ 3 aydan 1 yıla kadar, tekerrür halinde 6 aydan 2 yıla kadar cezalandırılacaklardır.²³⁶ Şahitlik yapmayı ret, savsaklama, yalancı şahitlik, tanıklara veya Gacaca mahkemesi yargıçlar heyeti üyelerine baskı, baskıya teşebbüs ve tehdide karşı 2004 Yasası'nın 29 ve 30. maddelerinde düzenlenmiş bulunan kararlar²³⁷ Yasa uyarınca itiraz ve temyize tabi bulunmaktadırlar.²³⁸

Gacaca tanıklıklarına ilişkin detaylı hükümler, tanıklığın Gacaca sistemindeki temel öneminden kaynaklanmaktaydı. Bu kapsamda Gacaca yargısında tanıklık, hukuksal olan maddi hakikat ile ve Batılı mahkeme paradigmasında hukukla ilişkisiz olduğu kabul edilen hakikatlerin bir arada tartışılmasını içeren iki yönlü bir işleve sahip bulunmaktaydı. Bir yandan hukuksal olguların kanıtlanmasını sağlarken diğer yandan da sağaltıcı işlev görmesi hedeflenmekteydi.²³⁹

²³³ 2001 Yasası başlangıç, 2004 Yasası başlangıçta her yurtsever Ruanda vatandaşının ödevi olarak işaret edilmiştir.

²³⁴ 2004 Yasası md.29/2.

Tanıklığın yalancı şahitlik sayılabilmesi için tanıklığın usulüne uygun olarak, yani yemin ederek ve imzalamak suretiyle yapılmış olması ve yalancı şahitliğe yönelik kastın bulunması gerekmektedir. (2004 Yasası md.29/5).

2001 Yasası'ndaki düzenlemeye göre, gördüğü veya bildiği hakkında şahitlik yapmayı reddeden veya yapmayan veya yanlış veya iftira niteliğinde ithamda bulunanlar Gacaca tarafından kovuşturulur (2001 Yasası md.32/1), 1 ilâ 3 yıl arasında hapis cezasıyla karşı karşıya kalır. Cezanın yarısı herhangi bir hafifleme olmaksızın çekilir, diğer yarısı kamu yararına yönelik işlerde hizmete çevrilir. (2001 Yasası md.32/2).

²³⁵ Fiillerin kapsamı, 2004 Yasası md.30/2-5. fıkralarda belirlenmiştir.

²³⁶ 2004 Yasası md.30/1. 2004 Yasası md.30/2: baskının icra edilmesi halinde olağan mahkemeler tarafından ceza usul kanunu hükümleri uygulanacaktır.

Tanıklara yönelik olarak gerçekleştirilen tehdit ve öldürme olayları için bakınız: Karen McVeigh, "Spate of Killings Obstructs Rwanda's Quest for Justice, 3.12.2006, <<https://www.theguardian.com/world/2006/dec/03/rwanda.karenmcveigh>>, Erişim Tarihi 18.5.2022.

²³⁷ Bu fiillere ilişkin Gacaca mahkemesinde yapılacak yargılamanın usulü, 2004 Yasası md.32'de düzenlenmiştir.

²³⁸ 2004 Yasası md.31.

²³⁹ Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.191.

1. Maddi Hakikatin Ortaya Çıkarılmasında Tanıklıkların Önemi

Gacaca yargılamaları polis ve yargı otoriteleri tarafından toplanan değil, faillerin, mağdurların ve seyircilerin tanıklıkları aracılığıyla edinilen delillere dayanmaktaydı.²⁴⁰ Gacaca yargılamasında maddi hakikatin ortaya çıkarılmasında tanıklıklara verilen ağırlık bir yanıyla Ruanda soykırımının özel koşullarından kaynaklanmaktaydı. Zira soykırım fiillerinin önemli bir kısmı, toplumun gözleri önünde gerçekleşmişti. Dolayısıyla yerel halk, soykırım boyunca hangi suçların işlendiğini ve bunlardan kimin sorumlu olduğunu herkesten iyi bilmekteydi.²⁴¹

Liberal ceza yargılaması modelinde silahların eşitliği içerisinde yer alan tez ve antitezin karşılaşarak sentez olarak maddi hakikati ortaya çıkarmasına yönelik düzenek, Gacaca yargısında yurttaşların eşit ve serbest söz haklarına dayanarak hakikatlerinin yargılamada çarpışması şeklinde ortaya çıkmaktaydı. Bu şekilde hem sanıkların hem de sanıkların lehinde ve aleyhindeki tanıkların serbest ifade imkânı önünde engel bulunmadığından, bu ifadelerin karşılaşması ile hakikate ulaşılması mümkün hale gelmekteydi. Bu sürecin bir örneği, Clark'ın Kigali Ngali ilinin Bugesera ilçesinde Haziran 2006'da gerçekleştirilen Gacaca duruşmasına ait gözlemlerinde yer alır. Bu duruşmada 200 civarı Genel Kurul üyesi önünde bulunan şüpheli, mülkiyete ilişkin üçüncü kategori suçu işlediğini itiraf etmiş, bunun üzerine yargıçlar itirafın hukuksal niteliğini ve sonuçlarını katılanlar için belirledikten sonra katılanlara şüphelinin itirafına cevap vermek isteyen olup olmadığını sormuştur. Söz isteyen bir kadın yargıçların söz vermesiyle adamın yalan söylediğini ve yargıçların bunu biliyor olmaları gerektiği için işlerini yapmadıklarını ifade etmiştir. İtirafa konu olan eşyaların çalındığı evin kendisine ait olduğunu söyleyen kadın, altı ay önce başka bir adamın bu suçlar için mahkûm edildiğine işaret etmiştir.²⁴²

²⁴⁰ Bert Ingelaere, “Does the Truth Pass across the Fire without Burning?” Locating the Short Circuit in Rwanda's Gacaca Courts”, *The Journal of Modern African Studies*, 47(4), 2009, s.516.

²⁴¹ Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.138, 197.

²⁴² Söz konusu davada itiraf edenin aslında hiçbir soykırım suçu işlemediği, yıllarca cezaevinde kaldıktan sonra, alt düzey kategoride yer alan bir suçu yalan yere itiraf etmenin yakın zamanda salıverilme olasılığı görülmeyen yıllarca cezaevinde kalma ihtimali yerine asgari düzeyde bir cezayı getireceğini düşünerek bu yönde bir tercihte bulunduğu ortaya çıkmıştır. Yalancı şahitlik dolayısıyla iki yıl hapis cezasına mahkûm edilmiştir. (Clark, “The Gacaca Courts and Abbreviated Criminal Procedure for Genocide Crimes in Rwanda”, s.205-206). Bir başka örnek için bakınız: Doughty, s.428.

2. Sosyal Dokunun Yeniden İnşasında Tanıklığın Rolü

Gacaca'da tanıklıklar, bir yandan soykırıma ilişkin hukuksal vakalar biçiminde hakikatin açığa çıkarılması bakımından önem taşımaktadır.²⁴³ Bu kapsamda ortaya konulmaya çalışılan adli hakikat; kim, nerede, ne zaman, nasıl ve kime karşı gibi temel soruların veya belki ihlallerin motifleri, nedenleri ve bağlamına yönelik soruların cevaplarını gerektirmektedir.²⁴⁴ Tanıklıklar diğer yandan da kişilere, geçmişle duygusal olarak başa çıkmalarını olanaklı kılacak şekilde soykırıma ilişkin kişisel anlatıları açıklama ve duyma imkânı vererek sağaltıcı hakikatin ortaya konmasında işlev kazanmaktadır.²⁴⁵ Bu noktada hakikatin sosyal ve onarıcı boyutları, iddia ve savunmanın salt maddi olgulara ilişkin çelişen argümanlarını değil fakat bu olgulara mağdur ve failin yükledikleri anlamları etkileşim, tartışma ve müzakere aracılığıyla karşılaşılan anlatılar olarak içererek eylemlerin olgusal belirlenmesinin ötesinde ortaya çıkarlar. Bu söylemsel karşılaşma, geçiş adaleti sürecinin tetikleyicisi olarak işlev görür.²⁴⁶ Tanıklığın sosyal dokunun yeniden inşası bakımından işlevlerini hakikati anlatma ve duyma bakımından ayrı ayrı ortaya koymak mümkün bulunmaktadır.

Tanıklık aracılığıyla travmatik geçmişi seslendirme ve musallat olan izine okunabilirlik sağlama girişimi, kurtulanlar için birçok umutları yerine getirir: ölenlerin yok olmasını reddetme, soykırımın nasıl planlandığını ve gerçekleştirildiğini belgeleme, on yıllarca sürmüş cezasızlık kültürünün sonunu teyit etme, adalet ve sosyal tanınma isteği ve birçok kurtulanı toplumun geri kalanıyla parçalanmış bir ilişki içinde tutan durumu hafifletmek üzere travmatik bir ağırlığı paylaşma.²⁴⁷ Görüldüğü gibi tanıklık, siyasal ve bireysel sonuçları bir arada bünyesinde toplar. Siyasal getiriler anlamında etkili bulunmakta ise de, siyasal katkıları birey düzeyinin sosyal olana yansıtılmasını içerdiğinden bireyden kaynaklanmakta ve sonuç olarak hem sosyal olana etki etmekte, hem de sosyal olan aracılığıyla bireyin iç dünyasında gerçekleşecek bir onarım vaadini içermektedir. Bu kapsamda kurtulanların tanıklıkları öncelikle kurtulanların faillığının toplulukları bünyesinde sosyal bir performansını sembolize eder. Zira tanıklık aracılığıyla kendilerini yeniden ileri sürme teşebbüslerinde kurtulanlar, şiddetin nesnesi olma pozisyonundan kim olduklarının anlamını şekillendirme olanağını ve faillik vaadini

²⁴³ Clark, "The *Gacaca* Courts and Abbreviated Criminal Procedure for Genocide Crimes in Rwanda", s.202.

²⁴⁴ Ingelaere, s.516.

²⁴⁵ Clark, "The *Gacaca* Courts and Abbreviated Criminal Procedure for Genocide Crimes in Rwanda", s.202.

²⁴⁶ Ingelaere, s.516.

²⁴⁷ Alexandre Dauge-Roth, "Testimonial Encounter-Esther Mujawayo's Dialogic Art of Witnessing", *French Cultural Studies*, 20(2), 2009, s.166.

içeren bir pozisyona geçerler. Bu durumda kurtulanların tanıklıkları geçmişi sadece tanık olunduğu haliyle temsil etmeyi amaçlamaz.²⁴⁸ Tanıklık bakımından nihai olarak önemli olan basitçe bilgi, olayların tespiti değil; fakat tanıklık etme, tanıklık üzerinden yaşamak deneyiminin kendisidir.²⁴⁹

Tanıklık aynı zamanda, bireyin salt kendi içinde yaşadığı ve burada tükenen bir süreç olmamakla, kurtulanların bağlantılanma arzusuna işaret eder. Bu anlamda tanıklık öncelikle, kurtulanın, kamusal olarak bir topluluğa özlemini gösterdiği ve maruz kaldığı yok etme eylemine rağmen sosyal bağlar aracılığıyla mevcut varlığını teyit ettiği bir eylem, bir hayatta kalma performansı olarak düşünülmelidir. Tanıklık ederek sessiz kalmayı veya susturulmayı reddeden kurtulanlar, sosyal hafıza ve aidiyetin şekillendirildiği süregelen diyaloglar çerçevesinde sosyal tanınma ve meşruiyet kazanmayı hedeflerler.²⁵⁰ Bu bakımdan tanıklık kurtulanlar için, diğerleri tarafından travmatik deneyimlerine ilişkin beyanları dinlendiği ve kamusal olarak bu deneyimler tanındığından bir çeşit topluluğa ait olma duygusunu yeniden kazanmak anlamına gelir, travmadan kaynaklanan yabancılaşma duygularının üstesinden gelmelerine yardımcı olur. Nitekim bazı kurtulanlar Gacaca'yı toplumsal yaşamla yeniden ilişkilenebilecekleri bir forum olarak tanımlamaktaydı.²⁵¹

Gacaca'da tanıklık kurtulanlara için önemli iyileşme olanakları sunsa da dikkat edilmelidir ki kamusal bir alanda kişisel deneyimlerin paylaşımı, doğrudan iyileşmeye yol açmayacak, aidiyet duygusu yaratmayacak, tecrit ve yalnızlık duygularının üstesinden gelinmesini sağlamayacaktır.²⁵² Tanıklık, kişinin acısını zorunlu olarak katlanılabilir kılmayacağı gibi, kişisel çözüm anlamına da gelmez.²⁵³ Bu bakımdan iyileşmenin devam eden bir süreç olduğu ihmal edilmemelidir. Gacaca'dan yıllar sonra failer suçlarından pişman olmaya ve kurtulanlar da sevdiklerinin ölümüne kederlenmeye devam edeceklerdir. Dolayısıyla Gacaca iyileşme sürecini başlatmaya yardımcı olabilir, ancak pek az Ruandalıya bir kapanış duygusu verecektir.²⁵⁴

²⁴⁸ Dauge-Roth, s.166-168.

²⁴⁹ Dori Laub, "An Event without a Witness: Truth, Testimony, and Survival", Shoshana Felman, Dori Laub (Ed.), *Testimony*, Routledge, 1992, s.85.

²⁵⁰ Dauge-Roth, s.166-167.

²⁵¹ Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.191, 263, 349.

²⁵² Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.272.

²⁵³ Dauge-Roth, s.166-167.

²⁵⁴ Tanıklığın tecavüz mağdurları bakımından ortaya çıkardığı güçlükler hakkında bakınız: Sosnov, s.137-138.

Hakikati açıklamanın sunduğu iyileşme olanakları, sadece kurtulanlarla sınırlı değildir. Zira birçok şüpheli de gönül rahatlığına yönelik ihtiyaçlarının altını çizerken genel kurul ve mağdurların önünde işledikleri suçları itiraf ederek ve bunlar için af dileyerek altüst oluş ve utanç duygularından salıverilme hissi yaşadığını ifade etmiştir.²⁵⁵

Gacaca sisteminin temel taşlarından olan topluluk önünde itiraf, failer için aynı anda hem cezalandırıcı hem onarıcı adalet amaçlarına hizmet etmek üzere tasarlanmıştı.²⁵⁶ Bu kapsamda hakikatin açıklanması şüpheli bakımından sağaltıcı işlevi yanında utandırma şeklinde cezalandırıcı bir işlev de taşımaktadır.²⁵⁷ Bu noktada Ruanda soykırımında yer alan failerle mağdurlar arasındaki ilişkinin, örneğin Nazi toplama kamplarındaki muhafızlarla mağdurlar arasındakinden farklı nitelik taşıması önemlidir. Zira Nazi kamplarındaki muhafızlarla mağdurlar arasında yakınlık, paylaşılan bir geçmiş veya birbiri hakkında kamp dışındaki bir bağlamdan herhangi bir bilgi bulunmamaktaydı. Dolayısıyla Holokost ardından mağdur ve saldırganların dönebilecekleri, saldırganın şiddetin bedelini ödeyebileceği veya bunun için utanç duyacağı bir paylaşılan topluluk bulunmamaktaydı. Ruanda'daysa, bir saldırganın yerel topluluğa dönüşü, zarar verdiği, sakat bıraktığı, tecavüz ettiği veya soyduğu insanlarla yüz yüze gelmeyi içerebilmekteydi. Genel olarak yerel topluluklar içindeki insanlar, tekerrürden etkili bir şekilde caydırabilecek anlamlı tanıdıklardan oluşan güçlü bir seyirci topluluğu teşkil etmekteydi.²⁵⁸

Faillerin itirafları, sadece kendileri bakımından etkili değildir. Kurtulanlar için şüphelilerin ağzından geçmişe ait hakikati duyma birçok durumda önem taşımaktadır. Zira birçok cinayet topluluğun gözleri önünde gerçekleşmişse de, birçoğu da kurtulanlar görmeden gerçekleşmiş, bu kişiler sevdiklerinin bedenlerini bir daha bulamamışlardır. Birçok kurtulan için sevdiklerine soykırım boyunca ne olduğu hakkındaki belirsizlik, büyük acı ve kafa karışıklığı kaynağıdır.²⁵⁹ Kurtulanlar çoğu zaman, arkadaşlarının veya akrabalarının kaybının, kaybın kesin

²⁵⁵ Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.194, 267, 274, 276. Bu hususta Ruanda toplumunun çoğunluğu Hıristiyan olduğu için Hıristiyanlığın “hakikat özgür kılar” perspektifinin yaygın biçimde etkili olduğu görülmektedir. Bu kapsamda failerini suçlarını itiraf etmelerinde Hıristiyan inançlarının önemli bir etkisi bulunmakta, dini inançları temel bir motivasyon kaynağını oluşturmaktadır. (Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.196, 268).

²⁵⁶ Brehm, Uggen, Gasanabo, s.337.

²⁵⁷ Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.212.

²⁵⁸ Drumbl, “Punishment, Postgenocide: From Guilt to Shame to *Civis* in Rwanda”, s. 1260-1261.

²⁵⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız: Eric Stover, Rachel Shigekane, “Exhumation of Mass Graves: Balancing Legal and Humanitarian Needs”, Eric Stover, Harvey M. Weinstein (Ed.), *My Neighbor, My Enemy – Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity*, Cambridge University Press, 2004, s.85-100.

mahiyetini tam olarak idrak edemedikleri için duygusal olarak hiçbir zaman üstesinden gelemediklerini açıklamaktaydı. Sevdiklerinin ölümlerine ilişkin katillerin kimlikleri, yöntemleri ve saikleri, mağdurların bedenlerinin yeri gibi ayrıntıları bilme arzuları, kurtulanları Gacaca'ya katılmaya yöneltmekteydi. Dolayısıyla hakikatin bilgisi, suçluların tespiti ve cezalandırılması bakımından kritik olmasının yanı sıra kurtulanların işaret ettikleri gönül rahatlığı hissini yeniden kazanma ihtiyaçlarını karşılamaları için de temel önemde bulunmaktaydı.²⁶⁰

Hakikati duyma, hem mağdur ve kurtulanlar hem de failer için diğerine ilişkin kavrayışını yeniden şekillendiren radikal bir deneyime işaret eder. Bu kapsamda biri, diğerinin ayrı sübjektif perspektifiyle ilgilendiğinde gerçekleşen algısal değişimler, yeniden insanlaştırmanın temelini oluşturur.²⁶¹ Kitle katliamlarına giden süreçte ötekini insandışılaştırmanın ve tekil bireylerin kimliğe ilişkin genel bir tip altında kavranmasının yaygınlaşması karşısında faili veya mağduru belirli koşullar içerisinde bulunan öznellikleri içerisinde, kusurları veya acıları olan diğer bir özne olarak görmek, şiddetin önlenmesi bakımından temel bir adım teşkil etmektedir. Nihayetinde savaş veya etnik temizlik sonrasında hakikat her zaman tartışmalıdır, olgular bir mahkemede açığa çıkarılmış olsa dahi. Bu bakımdan olayların düşmanın gözünden görülmesi temel önemde bulunmaktadır.²⁶²

Tanık, dinleyeni, deneyimin çoksesli doğasını reddetmeyen, fakat buna saygı gösteren bir hikâye anlatmasında kendisine yardım etmeye çağırır. Anıların

²⁶⁰ Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.197, 264.

İstisnai olarak geçmişin detaylarını bilmek istemeyen kurtulanlar da bulunmaktadır. Bu durumlarda geçmiş hakkında hakikati duyma, iyileşmeyi baltalayarak kişiyi yeniden travmatize edebilmektedir (Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.199, 345). Bu, Gacaca'nın en büyük bedellerinden biri olarak değerlendirilmektedir. (Clark, "The Gacaca Courts and Abbreviated Criminal Procedure for Genocide Crimes in Rwanda", s.205).

Ancak elbette itiraf ve özürler, fail ve kurtulanlar arasında doğrudan güven üretmeyecektir. Aksi yönde bir görüş, soykırım sonrasında toplumda hakim olan şüphe ve korku dikkate alındığında güven inşasının içerdiği kaçınılmaz zorlukları gözden kaçırmış olacaktır. Birçok durumda Gacaca, güven inşası sürecinde bir ilk adım sağlamaktadır. Bu güven algısı Gacaca'nın sona ermesinden çok sonra onarım düzeyine ulaşabilir, kurtulanlar failerin ilişkileri yeniden inşa etmeye yönelik samimi arzusunun daha ileri kanıtlarını gördüğünde. Ancak Gacaca pratiğinde itirafların önemli bir kısmının samimi bir pişmanlık içermediğine dair birtakım gözlemler bulunmaktadır. Bu kapsamda failerin bir yandan ceza indirimlerinden yararlanmak için itiraf usulünü kullandığı diğer yandan da daha az cezayı gerektiren suçları itiraf etme eğiliminde olduğuna işaret edilmektedir. (Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.225, 250-251; 6.1.2003 tarihinde Gikongoro'da Gikongoro Merkez Hapishanesi Müdürü ile görüşme, 3.1.2003 tarihinde Gikongoro Merkez Hapishanesinde Gikongoro Merkez Hapishanesi "Hakikat Komisyonu" Başkanı ile görüşme: Molenaar, s.140).

²⁶¹ Halpern, Weinstein, s.305.

²⁶² Halpern, Weinstein, s.317.

döküldüğü katartik model yerine çokselsli ve diyalojik yaklaşımda kurtulan ve dinleyen, deneyimlerinin birçok farklı ve hatta bambaşka yönünü bir bütün içine toplayacak şekilde birlikte çalışır. Bu bütünün, kişilerin şiddet deneyimlerinin seslendirilmiş tekil veya çoklu anlamlarını feda etmemesi önemlidir. Bu, içinde, farklı pozisyonlara ve seslere birbiriyle etkileşime girme ve hatta konuşma olanağının verildiği, bu şekilde yeni pozisyon ve anlamların olanaklılığını yaratan bir bütündür. Çokselsli ve diyalojik tanıklıkta tablonun silinerek düzeltilmesi değil, detaylandırılması temeldir. Ayrıca bu detaylandırmanın kendinin hemen dışında bir sınırdan kalmaması ve geniş sosyal, kültürel, siyasal, ruhsal, gelişimsel ve etik ilgi ve mücadeleleri dikkate almakta başarısız olmaması gereklidir. Daha fazla detaylandırılmış bir hikâyeye, dinleyenin bilinç ve etik anlamında gelişmesine yardım edebilir.²⁶³ Neticede hakikat, aktörler arasındaki müzakerenin bir çıktısı haline gelir. Bu bağlamda Gacacada hakikat, hem görece hem de sosyaldır ve tarafsız bir üçüncü tarafın yürüttüğü araştırmaya dayanan teorik yargısal hakikatten ayırt edilir.²⁶⁴ Ingelaere ise gözlemlerinin, Gacaca mahkemelerindeki yargılamalarda en iyi ihtimalle adli hakikatin ortaya çıktığını gösterdiğini ifade etmektedir. Çoğunlukla, bir şeyin kim, nerede, ne zaman, kime karşı ve nasıl gerçekleştiğini içeren, ama neredeyse hiçbir zaman neden gerçekleştirildiğini içermeyen tanıklıkları duymuştur.²⁶⁵ Bu, Ingelaere'e göre Gacaca mahkemelerinin küçük hakikat komisyonları veya bir çeşit geleneksel yeniden bütünleme ritüeli olarak değil ceza yargılaması mantığına göre işlemesinden kaynaklanmakta, modern Gacaca'nın soruşturmacı mantığı, sistemin önceki işleyişi ile bağlantılandırılan onarıcı etkilerini sınırlamaktadır.²⁶⁶

Ç. Duruşma ve Hüküm

Her Gacaca mahkemesi kendi gidişatına ilişkin belirli bir serbestlikten faydalansa da, hepsi yasaya göre belirli bir modeli takip etmekteydi. İlk evre, topluluk içinde katliamların nasıl gerçekleştiğine odaklanan ve açık oturumlarda şüpheli listelerini oluşturan genel kurul çalışmalarını içermekte, kamuya açık olmayan ikinci aşamada ise yargıçlar, şüphelileri yasada yer alan kategorilerden biri altında sınıflandırmaktalardı. Üçüncü aşamada, kategorilere göre belirlenen görevli

²⁶³ Steven Weine, *Testimony after Catastrophe-Narrating the Traumas of Political Violence*, Northwestern University Press, 2006, s.104.

²⁶⁴ Karekezi, Nshimiyimana, Mutamba, s.82.

²⁶⁵ Clark, Gacaca yargısı tüm düzeylerinde yoğun bir şekilde halkın dahil oluşuna dayandığından, halkın çoğu durumda Gacaca'yı ihtiyaçları doğrultusunda şekillendirdiğine dikkat çekerken Ingelaere'nin Gacaca değerlendirmelerinin belli bölgedeki gözlemlere dayalı olması yönüyle genelleştirilebilir olmadığına dikkat çekmektedir. (Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.84, 213-214).

²⁶⁶ Ingelaere, s.516-517.

mahkemelerde duruşmalar görülmekteydi.²⁶⁷ 2004 Yasası, 29. maddesinin 1. fıkrası ile Gacaca mahkemeleri faaliyetlerine katılımın her Ruanda yurttaşının ödevi olduğuna işaret etmekteydi.²⁶⁸

Gacaca hücre mahkemesi genel kurulu haftada bir kez olağan olarak toplanır, 3 ayda bir değerlendirme toplantısı yapar ve gerekli sayılan herhangi bir zamanda olağanüstü olarak toplanırdı.²⁶⁹ Gacaca hücre mahkemesi genel kurulu için toplantı yeter sayısı 100 üyeydi.²⁷⁰ Sektör genel kurulu, her üç ayda bir olağan oturumlarda ve ihtiyaç duyulan herhangi bir zamanda olağanüstü oturumlarda toplanmalıydı.²⁷¹ Sektör genel kurulu toplantı yeter sayısı, üyelerinin en az üçte ikisinden oluşmaktaydı.²⁷²

Duruşmalarda kurtulanlar, şüphelilere doğrudan soru sormaya, sanık da cevap vermeye yetkiliydi.²⁷³ Gacaca mahkemelerinde duruşmalar aleniydi.²⁷⁴ İstisnai olarak oturumun kamu düzeni veya ahlakı nedeniyle ve mahkeme tarafından bir karar ile ilan edilmesi koşuluyla gizli yapılması mümkündür.²⁷⁵ Duruşmaların sakinlik içerisinde yürütülmesi esastır.²⁷⁶ Oturum başkanı, gerektiğinde duruşma düzenini bozanlara, fiilin ağırlığına göre 48 saati geçmeyecek gözaltı veya uyarı verebilmekte, duruşmadan çıkarabilmekteydi. İşlenen fiil bir suç teşkil ediyorsa yargıçlar heyeti olayı, olağan yasalar uyarınca kovuşturulmak üzere güvenlik güçlerine iletmekteydi.²⁷⁷

2004 Yasası ile, tecavüz ve cinsel işkence fiillerine karşı şikâyet için özel gizli bir usul belirlenmişti.²⁷⁸ Bu fiillerin mağdurlarına, seçtikleri yargıçlara gizli oturumda veya eğer hiçbir yargıca güvenmiyorlarsa doğrudan cumhuriyet savcısına şikâyette bulunma imkânı tanındı.²⁷⁹ Bu tür suçların aleni itirafı, herhangi biri

²⁶⁷ Karekezi, Nshimiyimana, Mutamba, s.72; Rettig, s.31.

²⁶⁸ 2004 Yasası md.29.

²⁶⁹ 2004 Yasası md.17/1.

²⁷⁰ 2004 Yasası md.18.

²⁷¹ 2004 Yasası md.19/1.

²⁷² 2004 Yasası md.20.

²⁷³ Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.164.

²⁷⁴ 2001 Yasası md.24/1, 2004 Yasası md.21/1.

²⁷⁵ 2001 Yasası md.24/1, 2004 Yasası md.21/1.

²⁷⁶ 2004 Yasası md.71/1.

²⁷⁷ 2004 Yasası md.71/3.

²⁷⁸ 2004 Yasası md.38, 2008 Yasası md.6.

²⁷⁹ 2004 Yasası md.38/1. 2008 Yasası md.6 ile: fiilin işlendiği yer sektör Gacaca mahkemesine, adli kolluğa veya savcılığa.

tarafından aleni olarak bu fiillerle ilgili dava açılması yasaklanmış, bu fiillerin takibatına ilişkin tüm formalitelerin gizli olarak yapılması esası benimsenmişti.²⁸⁰

Yargıçların müzakereleri gizli olarak yapılmakta,²⁸¹ hüküm aleni olarak tefhim edilmekteydi.²⁸² Gacaca mahkemesi kararları gerekçeli olmak durumundaydı.²⁸³

D. Cezalar

Gacaca mahkemeleri tarafından cezalandırmanın temelini oluşturan Gacaca yasaları, Ruanda'da barış ve uzlaşmanın gerçekleştirilebilmesi için cezasızlık kültürünün ortadan kaldırılması²⁸⁴ ve böylece soykırım faillerinin, sadece cezalandırma amacıyla değil fakat kötü liderler tarafından yıkılışa götürülen Ruanda toplumunu yeniden inşa etmek üzere seri olarak yargılanması gereğine dikkat çekmekteydi. Bu kapsamda mahkûmların kendilerini değiştirmelerini ve halkın olağan yaşamını tehlikeye atmaksızın Ruanda toplumu ile yeniden bütünleşmelerinin desteklenmesini mümkün kılacak cezaların sağlanması, Gacaca ceza sisteminin temelini teşkil etmekteydi.²⁸⁵

Gacaca mahkemelerinde cezalar üç değişkene göre belirlenmekteydi. Bunlar; failin yaşı, içinde bulunduğu kategori ve itiraf, ikrar, pişmanlık ve özür usulüne katılım durumuydu.

Yasaya uygun olarak yapılmış bir itiraf, ikrar, pişmanlık ve özür ceza indirimine yol açmaktaydı. Beyanın itiraf, ikrar, pişmanlık ve özür olarak kabul edilmesi için sanık; itiraf edilen suçun, nasıl, nerede, ne zaman işlendiğini, olaylara tanık olanları, mağdur edilenleri ve mağdur edilenlerin cesetlerini nereye attığını ve neden olduğu zararı içeren detaylı bir açıklamasını yapmalı; diğer failleri, iştirak edenleri ve kamu davasının yürütülmesi için yararlı olacak diğer herhangi bilgiyi ortaya koymalı ve işlediği suçlar için özür dilemeliydi.²⁸⁶ İtiraf, ikrar, pişmanlık ve özür Gacaca yargıçlar heyetine, adli kolluk görevlisine veya savcıya

²⁸⁰ 2004 Yasası md.38/4, 2008 Yasası md.6.

²⁸¹ 2001 Yasası md.24/2, 2004 Yasası md.21/2.

²⁸² 2001 Yasası md.28/1, 2004 Yasası md.70/2.

²⁸³ 2001 Yasası md.28/2, 2004 Yasası md.25.

²⁸⁴ 1994 soykırımı cezalandırılmamış 1959, 1963, 1964, 1973, 1990, 1992 ve 1993'te gerçekleşen katliamlar dizisinin sonuncusu olduğundan bu hususun altı sıklıkla çizilmekteydi. (Raper, s.13).

²⁸⁵ 2001 Yasası başlangıç, 2004 Yasası başlangıç.

²⁸⁶ 2004 Yasası md.54/3.

yapılabilmekteydi.²⁸⁷ Yargıçlar heyeti veya savcı itiraf, ikrar, pişmanlık ve özürlerin koşulları sağlayıp sağlamadığını veya doğruluğunu kontrol etmekteydi.²⁸⁸

2004 Yasası'nın 55. maddesi, 1. kategori faillerinin ceza indiriminden faydalanabilmesi için hücre Gacaca mahkemesi tarafından hazırlanan failler listesinde adları yer almadan önce itiraf, ikrar, pişmanlık ve özür usulüne başvurmuş olmaları koşulunu öngörmekteydi. Bu hüküm, 2008 Yasası'nın 10. maddesi ile ilga edilmiş ve 2008 Yasası'nın 11. maddesi ile 1. kategori failleri de 2. kategori failere ilişkin 2004 Yasası'nın 56. maddesinde yer alan usule tabi kılınmışlardı.²⁸⁹ Böylece 1 ve 2. kategori failleri, hücre Gacaca mahkemesi soykırım failleri listesine son şeklini vermeden önce veya liste hazırlandıktan sonra itiraf, ikrar, pişmanlık ve özür usulüne başvurarak ceza indiriminden yararlanabileceklerdi.²⁹⁰ Sanık bu usule başvurmadıysa, dahil olduğu kategori için belirlenen en yüksek cezayla cezalandırılmaktaydı.²⁹¹ Diğer yandan, ilk kez temyiz mahkemesi önünde veya dava gözden geçirilirken itiraf durumunda, itirafa dayalı olarak ceza indirimine gidilememekteydi.²⁹²

2004 Yasası'na göre itiraf, ikrar, pişmanlık ve özrü reddeden veya reddedilen 1. kategori sanıklar 2008 Yasası 17. maddesi ile kaldırılan ölüm cezası veya müebbet hapisle;²⁹³ usulüne uygun olarak itiraf, ikrar, pişmanlık ve özür ifade edenler 25 yıldan 30 yıla kadar hapis cezasıyla;²⁹⁴ 2008 değişikliği sonrasında ise adı failler listesine konulduktan sonra usulü kullanan 1. kategori failler 25 yıldan 30 yıla kadar, adı listeye konulmadan önce usulü kullanan 1. kategori failler ise 20 yıldan 24 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılmaktaydı.²⁹⁵ Görüldüğü gibi Gacaca mahkemelerinin Yasanın hiçbir halinde ölüm cezası verme yetkisi bulunmamaktaydı. Diğer yandan olağan mahkemeler ile Gacaca mahkemeleri yargıçlarının, RUCM yargıçlarına kıyasla cezalandırma bakımından daha dar bir takdir yetkisine sahip buldukları dikkati çekmektedir.²⁹⁶

²⁸⁷ 2004 Yasası md.58/1, 2008 Yasası md.12.

²⁸⁸ 2004 Yasası md.60, 63; 2008 Yasası md.14.

²⁸⁹ 2001 Yasası'nda 1. kategori faillerinin ikrar nedeniyle ceza indiriminden faydalanma olanakları bulunmamaktaydı. (2001 Yasası md.55).

²⁹⁰ 2008 Yasası md.11.

²⁹¹ 2004 Yasası md.57.

²⁹² 2008 Yasası md.12 ile 2004 Yasası md.58'e eklenmiştir.

²⁹³ 2004 Yasası md.72/1.

²⁹⁴ 2004 Yasası md.72/2.

²⁹⁵ 2008 Yasası md.17.

²⁹⁶ Sullo, s.130, 207.

2004 Yasası'nın 51. maddesinde belirlenen 2. kategorinin 1 ve 2. bentlerine dahil olanlardan (iştirak edenler de dahil olmak üzere, katiller veya ölüme sebebiyet veren ciddi saldırı failleri; öldürme niyetiyle ciddi saldırı fiilleri işleyen veya zarar veren, ancak amacına ulaşamayan kişiler) itiraf, ikrar, pişmanlık ve özrü reddeden veya reddedilenler 25-30 yıl;²⁹⁷ hücre mahkemesi tarafından hazırlanan soykırım failleri listesinde adı bulunuyorsa ve listenin yayınlanması ardından itirafta bulduysa yarısı cezaevinde yarısı toplum hizmetinde çekilmek üzere 12-15 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmaktaydı.²⁹⁸ 2. kategorinin 1 ve 2. bentlerine dahil olanlardan failer listesi tanzim eden hücre Gacaca mahkemesi önünde itiraf edenler ise, yarısı cezaevinde yarısı toplum hizmetinde infaz edilmek üzere 7-12 yıl hapis cezasına çarptırılmaktaydı.²⁹⁹

2004 Yasası'nın 51. maddesinde belirlenen 2. kategorinin 3. bendine dahil olanlardan (iştirak edenler de dahil olmak üzere, öldürme niyeti olmaksızın, birine karşı diğer suçları işleyen veya bunlara yardım eden kişiler) itiraf, ikrar, pişmanlık ve özrü reddeden veya reddedilenler yarısı cezaevinde yarısı toplum hizmetinde infaz edilmek üzere 5-7 yıl;³⁰⁰ hücre mahkemesi tarafından hazırlanan soykırım failleri listesinde adı bulunuyorsa ve listenin yayınlanması ardından itirafta bulduysa yarısı cezaevinde yarısı toplum hizmetinde çekilmek üzere 3-5 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmaktaydı.³⁰¹ 2. kategorinin 3. bendine dahil olanlardan failer listesi tanzim eden hücre Gacaca mahkemesi önünde itiraf edenler ise, yarısı cezaevinde yarısı toplum hizmetinde infaz edilmek üzere 1-3 yıl hapis cezasına çarptırılmaktaydı.³⁰² Soykırım zamanında sektör ve hücre düzeyinde otorite konumunda bulunanlar, işledikleri fiillere uygun düşen kategori içinde sınıflandırılacak, ancak kategori için geçerli olan en ağır cezaya çarptırılacaklardı.³⁰³ Ayrıca soykırım ve insanlığa karşı suçtan mahkûm edilen 1. kategori failleri yurttaşlık haklarından tamamen, 2. kategori failleri ise 76. maddenin 2. fıkrasında

²⁹⁷ 2004 Yasası md.73/1-1.bent.

²⁹⁸ 2004 Yasası md.73/1-2.bent.

²⁹⁹ 2004 Yasası md.73/1-3.bent.

³⁰⁰ 2004 Yasası md.73/2-1.bent.

³⁰¹ 2004 Yasası md.73/2-2.bent.

³⁰² 2004 Yasası md.73/1-3.bent.

Gacaca Yasaları, aralıklar içinde cezayı ağırlaştıracak veya hafifletecek koşullara ilişkin detaylı bir liste içermemeleri nedeniyle eleştirilmektedir. (Sullo, s.147).

³⁰³ 2001 Yasası md.52, 2004 Yasası md.52.

belirlenen yurttaşlık haklarından mahrum bırakılmaktalardı.³⁰⁴ Gacaca yargısında ne dava ne de cezada zamanaşımı söz konusuydu.³⁰⁵

Toplum hizmetlerinin çoğu, Ruanda Islah Hizmetleri tarafından idare edilen *travaux d'intérêts généraux* (TIG) kamplarında yürütülmekteydi. Bu kapsamda hükümlüler yol yapımı, zemin temizleme, tuğla yapımı ve soykırımdan kurtulanların evlerinin yeniden yapımı gibi işlere katılmaktaydılar.³⁰⁶ 2008 Yasası 21. maddesi ile hem hapis hem de toplum hizmeti cezasına çarptırılmış mahkûmlara önce toplum hizmetini yapıp, eğer hizmeti örnek şekilde yerine getirdiği kanıtlanırsa cezaevi cezasının da toplum hizmetine çevrilmesi olanağı sunmaktaydı.³⁰⁷ Gacaca'nın bazı soykırım suçluları için toplum hizmetini bir cezalandırma biçimi olarak kullanımı, failleri topluma daha süratle entegre ederek ve ortak iş programlarına dahil ederek onarıma katkı sağlamayı amaçlamaktaydı. Bu programlar çoğunlukla failer ve kurtulanların yan yana çalışmalarını gerektirmekteydi. Dolayısıyla Gacaca'nın toplum hizmetini ceza olarak kullanımı, mahkûmları, kurtulanların doğrudan yararını gördüğü ve hatta yer aldıkları çalışma programlarında kurtulanlarla anlamlı bir şekilde ilişkilenebilir teşvik etmekteydi.³⁰⁸

Mülkiyete karşı suç işleyen sanıkların ise sadece, verdikleri zararların tazmini ile yükümlü kılınmaları söz konusuydu.³⁰⁹ Telafi; mümkün olduğunda yağmalanmış mülkün iadesini, mümkün olmadığında ise yağmalanmış mülkün değerinin geri ödenmesini veya mülk değerinde iş yapmayı içermekteydi.³¹⁰ 2004 ve 2008 Yasalarına göre, 3. kategoride yer alan fail ile mağdur yasanın yürürlüğe girişinden önce otoriteler veya tanıklar önünde konuyu çözüme bağlarsa,³¹¹ kendi aralarında uzlaşmaya varırlarsa fail kovuşturulamamaktaydı.³¹²

14 yaş ve üzeri, ancak 18'den küçük soykırım ve insanlığa karşı suç failleri ise, reşitlerle aynı değişkenlere tabi tutularak ancak daha hafif cezalarla ve 2008 Yasası uyarınca bazı durumlarda hapis cezaları cezaevinde, toplum hizmetinde

³⁰⁴ 2004 Yasası md.76.

³⁰⁵ 2004 Yasası md.97, 2008 Yasası md.25.

³⁰⁶ Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s.79.

³⁰⁷ 2008 Yasası md.21.

³⁰⁸ Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda*, s. 238-239, 346.

³⁰⁹ 2004 Yasası md.75.

³¹⁰ 2004 Yasası md.95/1.

³¹¹ 2008 Yasası md.9.

³¹² 2004 Yasası md.51, 2008 Yasası md.9

geçirilecek ve tecil edilecek şekilde üç parçaya bölünerek cezalandırılmaktaydı.³¹³ İtham edildiği fiilleri gerçekleştirdiği zaman 14 yaşın altında olanlar ise kovuşturulamamakta, ancak yeniden eğitim amaçları için özel dayanışma kamplarına yerleştirilebilmekteydi.³¹⁴

E. Temyiz

Gacaca Organik Yasası'nda temyiz araçları; itiraz, temyiz ve hükmün gözden geçirilmesi olarak belirlenmiştir.³¹⁵ Sanığın gıyabında verilen kararlara karşı başvurulabilen itiraz incelemesi,³¹⁶ kararı veren mahkeme tarafından gerçekleştirilmekteydi.³¹⁷ İtiraz sadece, mevcut bulunmayan tarafı, ilgili duruşmada bulunmaktan alıkoyan meşru ve ciddi bir nedenin bulunması halinde kabul edilebilmekteydi.³¹⁸ İtiraz süresi, karar tarihinden itibaren 15 gündü.³¹⁹

Temyize konu olan kararlar ise, hücre Gacaca mahkemelerinin mülkiyete karşı suçlar hakkında verdikleri dışındaki kararlarından oluşmaktaydı. Bu kararlar, son başvuru mercii olarak sektör Gacaca mahkemesinde temyiz incelemesine tabi bulunmaktaydı.³²⁰ Dolayısıyla hücre Gacaca mahkemeleri, sadece mülkiyete ilişkin suçlar için ilk ve son derece yargılama merciiydi. Ayrıca, sanığın yokluğunda tefhim ettiği cezaya karşı itirazlara bakmaktaydı.³²¹ Sektör Gacaca mahkemeleri ise, ilk derece mahkemesi olarak ikinci kategori sanıklarının³²² davalarına ve sanık yokluğunda verilen cezalara yapılan itirazlara bakmakta;³²³ ayrıca şahitlik yapmayı ret, savsaklama, yalancı şahitlik, tanıklara veya Gacaca mahkemesi yargıçlar heyeti üyelerine baskı yapma, baskıya teşebbüs ve tehdit fiilleri hakkında 2004 Yasası'nın 29 ve 30. maddeleri uyarınca verilen kararlar ile hücre Gacaca mahkemesi tarafından verilen mülkiyete karşı suçlara ilişkin olmayan diğer kararların temyiz incelemesini yapmaktaydı.³²⁴ Sektör Gacaca mahkemesi tarafından ilk derece

³¹³ 2004 Yasası md.78, 2008 Yasası md.20.

³¹⁴ 2004 Yasası md.79, Sullo, s.130.

³¹⁵ 2004 Yasası md.85.

³¹⁶ 2004 Yasası md.86/1.

³¹⁷ 2004 Yasası md.86/2.

³¹⁸ 2004 Yasası md.86/3.

³¹⁹ 2004 Yasası md.87.

³²⁰ 2004 Yasası md.89/1.

³²¹ 2004 Yasası md.41/1.

³²² 2008 Yasası'nda ise, 1. kategori 3,4 ve 5. fıkralar ile 2. kategori faillerini içermektedir: 2008 Yasası, md.7.

³²³ 2004 Yasası md.42/1.

³²⁴ 2004 Yasası md.42/2.

mahkemesi olarak verilen kararlar da, son başvuru merci olacak temyiz Gacaca mahkemesinde temyiz edilebilmekteydi.³²⁵ Dolayısıyla temyiz Gacaca mahkemesi; sektör Gacaca mahkemesinin ilk derece mahkemesi olarak verdiği cezalara karşı temyiz incelemesini yapmakta³²⁶ ve sanık yokluğunda verilen cezalara yapılan itirazlara bakmaktaydı.³²⁷ Temyizde dava, ilk derece yargılamasıyla aynı şekilde görülmekteydi. Temyiz başvuru süresi, karar tarihinden itibaren 15 gündü.³²⁸

Gözden geçirme ise şu hallerde söz konusu olabilmekteydi:

- Kişi, olağan mahkeme tarafından son başvuru merci olarak verilen bir kararla beraat ettiyse, ancak daha sonra Gacaca mahkemesi tarafından suçlu bulunduysa;

- Kişi, olağan mahkeme kararıyla mahkûm edilmiş, ancak daha sonra Gacaca mahkemesi tarafından masum bulunmuşsa;

- Kişiye, mahkûm edildiği suçlar hakkındaki yasal hükümlere aykırı olarak ceza verilmişse.³²⁹

Temyiz Gacaca mahkemesi, bu koşullarda bir başka Gacaca mahkemesi tarafından tamamen çözülen bir davada verilen kararları gözden geçirmeye yetkili tek mahkemeydi.³³⁰

SONUÇ

Hepsi korkunç vahşet pratikleri olmakla birlikte, Ruanda soykırımı diğer soykırım tecrübeleri içerisinde belirli nitelikleriyle farklılaşmıştır. Yaklaşık yüz gün içerisinde bir milyona yakın her yaşta insanın, çoğunlukla komşuları, arkadaşları, öğretmenleri, doktorları gibi belirli sosyal ilişkiler içinde buldukları diğer yurttaşlar tarafından, palalar gibi sıradan araçlarla ve bunlar öldürme amacıyla

³²⁵ 2004 Yasası md.89/2.

Sektör Gacaca mahkemeleri tarafından karar verilen davaların yaklaşık %15'i temyize gitmiştir (Paul Christoph, *Rwanda's Gacaca Courts: Between Retribution and Reparation*, Cambridge University Press, 2012, s.71'den aktaran: Sullo, s.150.)

³²⁶ 2004 Yasası md.43/1.

³²⁷ 2004 Yasası md.43/2.

³²⁸ 2004 Yasası md.91.

³²⁹ 2004 Yasası md.93/1. 2008 Yasası md.24: bir Gacaca mahkemesi tarafından çözümlenen bir dava şu hallerde gözden geçirilebilir:

- Bir Gacaca mahkemesinin son temyiz düzeyinde çözümlenen davada kararın dayandığıyla çelişen yeni delil keşfedilirse,
- Sanığa yasayla bağdaşmayan ceza verilirse.

³³⁰ 2008 Yasası md.24, 2004 Yasası md.93/3.

tasarlanmadıklarından büyük acılar içinde öldürüldüğü, tecavüze uğradığı, cinsel işkenceye maruz kaldığı ve bunlar gibi diğer çok sayıda zulüm pratiğini içeren Ruanda soykırımı sona erdiğinde Ruanda, özellikle sosyal olarak ancak maddi bakımdan da çökmüş durumdaydı. Bu koşullar, çatışma sonrası toplumsal yeniden inşa sürecini hem yoksulluk, insan gücü ve altyapı yoksunluğu hem de zedelenen sosyal dokunun yeniden şiddete yol açma potansiyeli dolayısıyla kısıtlayacaktı. Zira şiddetin kaynaklarının çetrefilliği bir yana, soykırımı binlerce insan aktif olarak katılmış, yüzbinlerce insan sessiz kalarak dolaylı katılımlarıyla soykırımı mümkün kılmış ve kurtulan yakınları da katarak milyonlarca insan mağdur olmuştu. Böylece yurttaşlar topluluğunun önemli bir kısmı intikam duygusu ve korkusu içerisinde karşılıklı öfke sarmalına girerek bölünmüş bulunmaktaydı.

Soykırım ardından Ruanda; geçiş adaletinin sağlanmasında, önemli ölçüde yıpranmış bulunan mevcut hukuksal kurumlarına ve usullerine yüzünü dönmüşse de, bu örgütlenme ile adaletin gerçekleştirilmesinin hem altyapı ve personel kapasitesindeki sorunlardan kaynaklanan, faillerin sayısına kıyasla düşük yargılama hızının, hem de cezalandırmaya ve hukuksal uzmanlığa dayanan modern yargılama modelinin sosyal dokunun yeniden inşası bakımından yetersiz olmasının yarattığı zorunluluk içerisinde yeni arayışlara girmiştir. Ulusal mahkemelerdeki yargılamaların yavaşlığı ve bu yavaşlığın getirdiği cezaevlerindeki kötü yaşam koşulları da, toplumsal güvenin yeniden inşa edilmesi bakımından olumsuz etkilere sahip bulunmaktaydı. Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi ise, zaten soykırımın belli başlı örgütleyicilerini yargılamakta, bu bakımdan toplumsal uzlaşmanın gerçekleşmesine katkısı hayli sınırlı nitelikte bulunmaktaydı. Diğer yandan bu Mahkeme, liberal yargılama standartlarına dayalı olarak kurulduğundan mağdur ve failler arasındaki ilişkilerin yeniden inşasına yönelik gerçek bir yüzleşme olanağı sunmamaktaydı. Bu noktada Ruanda'nın halka dayalı geleneksel uyuşmazlık çözüm metodu olan Gacaca, toplumsal onarımın yanına cezalandırma boyutu da eklenerek ve devlete hem hukuksal temel oluşturma hem de sistemi örgütleme ve yürütme anlamında aktif rol vermek suretiyle modernize edilerek çatışma sonrası toplumsal ihtiyaçlara cevap vermek üzere işlevselleştirilmiştir.

Soykırımın ve soykırım sonrası toplumsal durumun özellikleri, Gacaca yargısının özelliklerinde de yansımaları bulmuştur. Uzlaşmaya ilişkin bir imkân olarak tüm ülkeye yaygın olarak hücre ve sektör düzeylerinde örgütlenmesi bu özelliklerden birini oluşturmaktadır. Bu örgütlenmenin gerçekleştirilmesinde ise, sömürgeci yönetimde temellerini bulan yüksek düzeyde örgütlenmiş idari yapının yarattığı imkânlara dayanılmıştır. Diğer yandan Gacaca'nın sosyal yeniden inşa gereksiniminin sonucu olarak yargılamanın tüm taraflarına aktif katılım için bir neden sunduğu görülmektedir. Faillere itiraf karşılığında sunulan ceza indirimini veya toplum hizmeti imkânı, karşısında sevdiklerinin bedenlerine ulaşmaya çalışan

kurtulanların aktif katılımı için motivasyon kaynağı teşkil edebilmiştir. Bu şekilde failer ve kurtulanlar bir arada, yüzyüzelik esasına dayalı bir adalet pratiğinin parçası haline getirilmişlerdir. Bu bakımdan özellikle anlatıların karşılaşması süreci olarak tanıklık, hem cezalandırmanın hem uzlaşma amacının temeline yerleştirilerek Gacaca yargısının yapı taşını oluşturmuştur.

Görüldüğü üzere uzmanların değil, halkın doğrudan katılımına dayanan soykırım sonrası Gacaca yargısı, sosyallik içine yerleştirilmeye çalışılan hukuksal bir mekanizma olarak inşa edilmişti. Hukuki olan zaten niteliği itibariyle sosyal olmasına rağmen makale başlığındaki “sosyo-hukuksal” ifadesinin tercih edilmesi de, bu husustan kaynaklanmaktadır. Zira Gacaca, uzmanlığın ve uzmanlıktan kaynaklanan gücün müdahalesi olmaksızın yurttaşların sosyal bağlarını yeniden inşa ederek ve bu bağlar aracılığıyla adaleti şekillendirerek sosyal olanın içine yerleşecek sonuçları hedeflemektedir. Dolayısıyla Gacaca’da hukukun, sosyal olanın uzmanlığa dayalı özerk ve tarafsız bir parçası olduğuna ilişkin liberal varsayımdan farklı bir kurgu söz konusudur.

KAYNAKÇA

“Report of the UN High Commissioner for Human Rights on the Human Rights Field Operation in Rwanda”, UN doc. A/52/486, <<https://reliefweb.int/report/rwanda/report-un-high-commissioner-human-rights-human-rights-field-operation-rwanda>>, Erişim Tarihi 9.5.2022.

“Rwanda: International Tribunal Closing Its Doors”, 23.12.2015, <<https://www.hrw.org/news/2015/12/23/rwanda-international-tribunal-closing-its-doors>>, Erişim Tarihi 14.5.2022.

1 Ekim 1990 ve 31 Aralık 1994 Arasında İşlenen Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçların Faillerinin Kovuşturulması ve Yargılanması ile Yetkilendirilen Gacaca Mahkemelerinin Örgütlenmesi, Yetkisi ve İşleyişini Düzenleyen 16/2004 Sayılı Organik Yasa, <<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=52f22c704>>, Erişim Tarihi 12.5.2022.

1 Ekim 1990 ve 31 Aralık 1994 Arasında İşlenen Soykırım veya İnsanlığa Karşı Suç Teşkil Eden Fiillerin Kovuşturulmalarını Düzenleyen ve Gacaca Yargısını Kuran 26.01.2001 Tarih ve 40/2000 Sayılı Organik Yasa, <<https://www.legal-tools.org/doc/0bdf0f/pdf>>, Erişim Tarihi 12.5.2022.

1 Ekim 1990'dan İtibaren İşlenen Soykırım veya İnsanlığa Karşı Suç Teşkil Eden Fiillerin Kovuşturulmalarının Düzenlenmesi Hakkında 1996 Yılı ve 08/1996 Sayılı Organik Yasa, <<https://www.refworld.org/docid/3ae6b4f64.html>>, Erişim Tarihi 12.5.2022.

13/2008 Sayılı 19/05/2008 Tarihli Organik Yasa, <<https://gazettes.africa/gazettes/rw-government-gazette-dated-2008-06-01-no-11>>, Erişim Tarihi 10.6.2022.

African Union, *Rwanda: The Preventable Genocide*, 2000, <<https://www.refworld.org/docid/4d1da8752.html>>, Erişim Tarihi 10.5.2022.

BM Güvenlik Konseyi 955 Sayılı Kararı, 8.11.1994, <<https://digitallibrary.un.org/record/198038>>, Erişim Tarihi 14.3.2022.

BM Güvenlik Konseyi 977 Sayılı Kararı, 22.2.1995, <[https://digitallibrary.un.org/record/198201#:~:text=Details&text=TitleResolution%20977%20\(1995\)%20%2F,meeting%2C%20on%2022%20February%201995.&text=Decides%20that%2C%20subject%20to%20the,have%20its%20seat%20at%20Arusha](https://digitallibrary.un.org/record/198201#:~:text=Details&text=TitleResolution%20977%20(1995)%20%2F,meeting%2C%20on%2022%20February%201995.&text=Decides%20that%2C%20subject%20to%20the,have%20its%20seat%20at%20Arusha)>, Erişim Tarihi 14.3.2022.

- BM İnsan Hakları Komisyonu 1999/20 kararına istinaden Özel Temsilci Michel Moussalli tarafından sunulan Ruanda'da insan haklarının duruu hakkında Rapor, 25.2.2000, <<https://digitallibrary.un.org/record/409754#record-files-collapse-header>>, Erişim Tarihi 9.5.2022.
- Brehm H. N, Uggen C, Gasanabo J-D, "Genocide, Justice, and Rwanda's Gacaca Courts", *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 30(3), 2014, s.333-352.
- Buckley-Zistel S, "Remembering to Forget: Chosen Amnesia as a Strategy for Local Coexistence in Post-Genocide Rwanda", *Africa: Journal of the International African Institute*, 76(2), 2006, s.131-150.
- Clark P, "The Gacaca Courts and Abbreviated Criminal Procedure for Genocide Crimes in Rwanda", Morten Bergsmo (Ed.), *Abbreviated Criminal Procedures for Core International Crimes*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2017, s.189-208.
- Clark P, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda – Justice without Lawyers*, Cambridge University Press, 2010.
- Cobban H, "The Legacies of Collective Violence", 1.4.2002, <<https://bostonreview.net/articles/helena-cobban-legacies-collective-violence/>>, Erişim Tarihi 8.5.2022.
- Çoban Öztürk E, "Ruanda'da Trajedi, Adalet ve Uzlaşma", Cenap Çakmak, Fadime Gözde Çolak, Gökhan Güneysu (Ed.), *20. Yüzyılda Soykırım ve Etnik Temizlik*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2014, s.13-63.
- Daly E, "Between Punitive and Reconstructive Justice: The Gacaca Courts in Rwanda", *New York University Journal of International Law and Politics*, 34(2), 2002, s.355-396.
- Dauge-Roth A, "Testimonial Encounter-Esther Mujawayo's Dialogic Art of Witnessing", *French Cultural Studies*, 20(2), 2009, s.165-180.
- Des Forges A, Longman T, "Legal Responses to Genocide in Rwanda", Eric Stover, Harvey M. Weinstein (Ed.), *My Neighbor, My Enemy – Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity*, Cambridge University Press, 2004, s.49-68.
- Doughty K, "Law and the Architecture of Social Repair: Gacaca Days in Post-Genocide Rwanda", *The Journal of the Royal Anthropological Institute*, 21(2), 2015, s.419-437.
- Drumbl M. A, "Law and Atrocity: Settling Accounts in Rwanda", *Ohio Northern University Law Review*, 31(1), 2005, s.41-74.

- Drumbl M. A, “Punishment, Postgenocide: From Guilt to Shame to *Civis* in Rwanda”, *New York University Law Review*, 75, 2000, s.1221-1326.
- Fierens J, “Gacaca Courts: Between Fantasy and Reality”, *Journal of International Criminal Justice*, 3(4), 2005, s.896-919.
- Fletcher L. E, Weinstein H. M, “Violence and Social Repair: Rethinking the Contribution of Justice to Reconciliation”, *Human Rights Quarterly*, 24, 2002, s.573-639.
- Forges A. D, *Leave None to Tell the Story-Genocide in Rwanda*, Human Rights Watch, 1999.
- Gourevitch P, *We Wish to Inform You That Tomorrow We Will Be Killed with Our Families- Stories From Rwanda*, Picador, 1998.
- Haberstock L, “An Analysis of the Effectiveness of the Gacaca Court System in Post-Genocide Rwanda”, *Global Tides*, 8, 2014, s.1-16.
- Halpern J, Weinstein H. M, “Empathy and Rehumanization after Mass Violence”, Eric Stover, Harvey M. Weinstein (Ed.), *My Neighbor, My Enemy – Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity*, Cambridge University Press, 2004, s.303-322.
- Ingelaere B, “‘Does the Truth Pass across the Fire without Burning?’ Locating the Short Circuit in Rwanda’s Gacaca Courts”, *The Journal of Modern African Studies*”,47(4), 2009, s.507-528.
- Karekezi U, Nshimiyimana A, Mutamba B, “Localizing Justice: Gacaca Courts in Post-Genocide Rwanda”, Eric Stover, Harvey M. Weinstein (Ed.), *My Neighbor, My Enemy – Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity*, Cambridge University Press, 2004, s.69-84.
- Laub D, “An Event without a Witness: Truth, Testimony, and Survival”, Shoshana Felman, Dori Laub (Ed.), *Testimony*, Routledge, 1992, s.75-92.
- Lemarchand R, “Rwanda: The State of Research”, 25.6.2018, <<https://www.sciencespo.fr/mass-violence-war-massacre-resistance/en/document/rwanda-state-research>>, Erişim Tarihi 14.5.2022.
- Longman T, Pham P, Weinstein H M, “Connecting Justice to Human Experience: Attitudes Toward Accountability and Reconciliation in Rwanda”, Eric Stover, Harvey M. Weinstein (Ed.), *My Neighbor, My Enemy – Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity*, Cambridge University Press, 2004, s.206-225.

- Lundy P, McGovern M, “Whose Justice? Rethinking Transitional Justice from the Bottom Up”, *Journal of Law and Society*, 35(2), 2008, s.265-292.
- Mamdani M, *When Victims Become Killers-Colonialism, Nativism, and the Genocide in Rwanda*, Princeton University Press, 2002.
- McVeigh K, “Spate of Killings Obstructs Rwanda's Quest for Justice, 3.12.2006, <<https://www.theguardian.com/world/2006/dec/03/rwanda.karenmcveigh>>, Erişim Tarihi 18.5.2022.
- Meyerstein A, “Between Law and Culture: Rwanda’s *Gacaca* and Postcolonial Legality”, *Law & Social Inquiry*, 32(2), s.467-508.
- Mobekk E, “Conference Report”, Anja H. Ebnöther, Philipp H. Fluri (Ed.), *After Intervention: Public Security Management in Post-Conflict Societies - From Intervention to Sustainable Local Ownership*, PfP Consortium Working Group “Security Sector Reform”, 2005, s.377-421.
- Molenaar A, *Gacaca: Grassroots Justice after Genocide-The key to reconciliation in Rwanda?*, African Studies Centre, 2005.
- Pocar F, “International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)”, *Max Planck Encyclopedias of International Law*, Oxford University Press, 2022.
- Prunier G, *The Rwanda Crisis- History of a Genocide*, Columbia University Press, 1997.
- Raper J, “The Gacaca Experiment: Rwanda's Restorative Dispute Resolution Response to the 1994 Genocide”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Review*, 5(1), 2004, s.1-56.
- Rettig M, “Gacaca: Truth, Justice, and Reconciliation in Postconflict Rwanda?”, *African Studies Review*, 51(3), 2008, s.25-50.
- Sarkin J, “The Tension between Justice and Reconciliation in Rwanda: Politics, Human Rights, Due Process and the Role of the Gacaca Courts in Dealing with the Genocide”, *Journal of African Law*, 45(2), 2001, s.143-172.
- Schabas W. A, “Genocide Trials and *Gacaca* Courts”, *Journal of International Criminal Justice*, 3, 2005, s.879-895.
- Sibomana A, *Hope for Rwanda*, Pluto Press, 1999.
- Sosnov M, “The Adjudication of Genocide: Gacaca and the Road to Reconciliation in Rwanda”, *Denver Journal of International Law & Policy*, 36(2), 2007, s.125-153.

- Stover E, Shigekane R, “Exhumation of Mass Graves: Balancing Legal and Humanitarian Needs”, Eric Stover, Harvey M. Weinstein (Ed.), *My Neighbor, My Enemy – Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity*, Cambridge University Press, 2004, s.85-103.
- Stover E, Weinstein H M, “Conclusion: A Common Objective, A Universe of Alternatives”, Eric Stover, Harvey M. Weinstein (Ed.), *My Neighbor, My Enemy – Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity*, Cambridge University Press, 2004, s.323-342.
- Sullo P, *Beyond Genocide: Transitional Justice and Gacaca Courts in Rwanda*, Asser Press, 2018.
- The Norwegian Helsinki Committee, *Prosecuting Genocide in Rwanda: The Gacaca system and the International Criminal Tribunal for Rwanda*, Report II/2002.
- Tiemessen A. E, “After Arusha: Gacaca Justice in Post-Genocide Rwanda”, *African Studies Quarterly*, 8(1), 2004, s.57-76.
- Uluslararası Af Örgütü Raporu, “Rwanda: The troubled Course of Justice”, 25.4.2000, Index Number: AFR 47/010/2000, <<https://www.amnesty.org/en/documents/afr47/010/2000/en/>>, Erişim Tarihi 14.3.2022.
- Uluslararası Af Örgütü Raporu, “Rwanda Unfair Trials: Justice Denied”, Index Number: AFR 47/008/1997, 7.4.1997, <<https://www.amnesty.org/en/documents/afr47/008/1997/en/>>, Erişim Tarihi 12.3.2022.
- Uluslararası Af Örgütü, “Gacaca: A Question of Justice”, 17.12.2002, Index Number: AFR 47/007/2002, <<https://www.amnesty.org/en/documents/afr47/007/2002/en/>>, Erişim Tarihi 12.3.2022.
- Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü, <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>>, Erişim Tarihi 9.5.2022.
- Weine S, *Testimony after Catastrophe-Narrating the Traumas of Political Violence*, Northwestern University Press, 2006.
- Weinstein H M, Stover E, “Introduction: Conflict, Justice and Reclamation”, Eric Stover, Harvey M. Weinstein (Ed.), *My Neighbor, My Enemy – Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity*, Cambridge University Press, 2004, s.1-26.

Werchick L, “Prospects for Justice in Rwanda’s Citizen Tribunals”, *Human Rights Brief*, 8(3), 2001, s.15-17, 28.

Wierzynska A, “Consolidating Democracy through Transitional Justice: Rwanda’s Gacaca Courts”, *New York University Law Review*, 79, 2004, s.1934-1969.

Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, <https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf>, Erişim Tarihi 14.3.2022.

Zorbas E, “Reconciliation in Post-Genocide Rwanda”, *African Journal of Legal Studies*, 1(1), 2004, s.29-52.

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ'NDE PİYASA DOLANDIRICILIĞINA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER VE BU FİİLE UYGULANAN YAPTIRIMLAR

Seçil ÇOŞKUN*

ÖZET

Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) 1920'lerin başından itibaren, finansal piyasaların kötüye kullanılması problemi baş göstermiştir. Bu kapsamda, bilgi suiistimali (insider trading) ve piyasa dolandırıcılığı (market manipulation) da kapsayan ve üst bir başlık olarak adlandırılan piyasanın kötüye kullanılması (market abuse) fiili hem federal seviyede hem de tüm eyaletlerde yasaklanmıştır. Özellikle eyalet düzeyinde piyasanın kötüye kullanılması fiilinin yasaklanmasına ilişkin düzenlemeler, ABD'deki finansal piyasalardaki hukuka aykırı faaliyetlerin önlenmesinde hayati bir rol üstlenmiştir. Öğretide "piyasa dolandırıcılığı" ile "manipülasyon" aynı anlamda kullanıldığından, çalışmamızda her iki terminolojiye de yer verilecektir. Bu çalışmada öncelikle Kaliforniya, Delaware ve Vaşington eyaletlerindeki düzenlemelere kısaca değinildikten sonra federal düzeyde piyasa dolandırıcılığı fiilinin düzenleme yaklaşımı üzerinde durulacaktır. ABD'de hem federal seviyede hem de eyalet seviyesindeki düzenlemeler, bugün öğretilerde tartışılan finansal piyasalarda piyasanın kötüye kullanılmasının yasaklanmasına yönelik yaklaşımların temelini oluşturmaktadır. ABD'de piyasa dolandırıcılığı fiilini işleyen kişiler hakkında cezai ve idari yaptırımların yanı sıra, hukuki tazmin sorumluluğu da doğmaktadır. Ayrıca, bu fiillerin tüzel kişi yetkilileri tarafından işlenmesi halinde, halka açık ortaklığın yönetim kurulu üyeliğinden men edilme, yerine bağımsız bir yönetim kurulu üyesi atanması, tesis edilecek para cezasının zarar gören yatırımcılara dağıtılması gibi etkili ve caydırıcı mekanizmalar öngörülmüştür. Dolayısıyla, piyasanın kötüye kullanılmasının yasaklanmasına ilişkin ABD düzenlemelerinin Türk hukukundan bağımsız olarak incelendiği bu çalışmada yer verilen değerlendirmeler, Türk sermaye piyasası hukukunda piyasa dolandırıcılığına

* **Başuzman Hukukçu**, Sermaye Piyasası Kurulu / ANKARA, **e-posta:** secil.coskun@spk.gov.tr,

ORCID: 0000-0001-9504-402X

DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1079016

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 25/02/2022

Yayımlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 17/06/2022

ilişkin mevcut yasal düzenleme değişiklikleri bakımından yol gösterici olabilecek niteliktedir.

Anahtar Kelimeler: *Piyasanın Kötüye Kullanılması, Manipülasyon, Piyasa Dolandırıcılığı, Muhbirlik Sistemi, Sermaye Piyasası Hukuku.*

MARKET MANIPULATION REGULATIONS AND SANCTIONS FOR THIS ACT IN THE UNITED STATES OF AMERICA

ABSTRACT

The problem of market abuse has emerged in the United States of America (USA) since the early 1920s. In this context, market abuse, which includes insider trading and market manipulation, and is called as the main heading, is prohibited both at the federal level and in all states. Especially the regulations on the prohibition of market abuse at the state level have played a vital role in preventing illegal activities in the financial markets in the USA. Since the concept of “manipulation” is used synonymously with the concept of “market manipulation” in the doctrine, both terminologies will be included in our study. In this study, first, the regulations in California, Delaware and Washington will be briefly mentioned, and then the regulatory approach to market manipulation at the federal level will be emphasized. The regulations at both the federal and state levels in the USA form the basis for the approaches to prohibit market abuse in the financial markets, which are discussed in the doctrine today. A legal liability for damages as well as criminal and administrative sanctions arises for any person who commits market manipulation in the USA. Also, if such act is committed by a legal entity official, effective and deterrent mechanisms such as disqualifying such person from being a member of the board of directors of the publicly-held corporation, replacing such person with an independent member of the board of directors, and distributing the fine to injured investors, are stipulated. Thus, the evaluations in this study to review the US regulations on the prohibition of market abuse irrespective of the Turkish law can be a guide for the amendments of legal regulations to be issued regarding market manipulation in the Turkish capital market law.

Keywords: *Market Abuse, Market Manipulation, Market Fraud, Whistleblowing, Capital Markets Law.*

I. EYALETLER DÜZEYİNDE PİYASA DOLANDIRICILIĞINA İLİŞKİN ÖNGÖRÜLEN HÜKÜMLER VE YAPTIRIMLAR

A. Kaliforniya

1. Piyasa Dolandırıcılığında Yasaklanan İşlemler

Kaliforniya Şirketler Kanunu'nun (*The California Corporation Code*)¹ "Menkul Kıymetler (*Securities*)" olarak adlandırılan 4'üncü başlığı altında piyasa dolandırıcılığı; işlem bazlı, bilgi bazlı, emtia² bazlı ve diğer manipülatif (internet, franchise temelli piyasa dolandırıcılığı) işlemlerden oluşmaktadır³.

İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığı aşağıdaki işlemleri kapsamaktadır⁴:

- ✓ Menkul kıymetlerin fiyatını manipüle edecek yapay veya hileli araçlar kullanmak⁵,
- ✓ Menkul kıymetin mülkiyet hakkında değişiklik içermeyen etkili bir işlem gerçekleştirmek,
- ✓ Aynı veya farklı kişiler tarafından, aynı fiyattan ve/veya aynı zamanda aynı emirlerin girildiği bilgisi ile herhangi bir menkul kıymeti satın alma veya satma emri vermek,
- ✓ Tek başına veya diğer kişilerle, bir menkul kıymetin alım veya satımını tetiklemek amacıyla o menkul kıymetin fiyatını düşürmek veya yükseltmek için görünüşte veya yasal işlemler gerçekleştirerek seri işlemler yapmak.

¹ The California Corporations Code, <<https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codesTOCSelected.xhtml?tocCode=CORP&tocTitle=+Corporations+Code+-+CORP>>, Erişim tarihi 9 Eylül 2021.

² "Emtia", ticari mal anlamında kullanılmakta olup tarımsal, hayvansal ürünler, orman ürünleri, değerli ve/veya ağır metaller, elektrik enerjisi, doğalgaz vb. enerji ürünleri, petrol ve türev ürünleri, ham madde, emisyon ürünleri ve kimyasal ürünler spot piyasalarda işlem gören emtialara örnek olarak gösterilebilir (Özcan Çikot, "Emtia Borsaları", *Sermaye Piyasasında Gündem*, (90), 2010, <https://www.tspb.org.tr/wp-content/uploads/2015/07/AIM_Yayin_ve_Raporlar_Aylik_Yayinlar_2010_gundem_201002.pdf>, Erişim tarihi 27 Ağustos 2019, s.7).

³ Kaliforniya Şirketler Kanunu'nun 4 numaralı ana başlığının "Menkul Kıymetler Hukuku 1968 (*Corporate Securities Law of 1968*)" başlıklı 1 inci Bölümünün "Hileli ve Yasaklanmış İşlemler (*Fraudulent and Prohibited Practices*)" başlıklı 5 inci Kısmı'nda işlem bazlı ve bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı, "Emtialar (*Commodities*)" başlıklı 4.5. numaralı bölümde emtia bazlı piyasa dolandırıcılığı ve "Franchise Yatırım Hukuku (*Franchise Investment Law*)" başlığı altında yer alan 5 inci bölümde ise franchise bazlı piyasa dolandırıcılığı düzenlenmiştir.

⁴ The California Corporations Code, sec. 25400.

⁵ The California Corporations Code, sec. 25541.

Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı ise, menkul kıymetin alım veya satımını etkilemek amacıyla ilgili menkul kıymetin fiyatını veya değerini düşürmek veya yükseltmek için herhangi bir kişi veya aracı kurum tarafından ilgili “menkul kıymet” üzerinden gerçekleştirilen işlemler ile ilgili olarak yanlış veya yanıltıcı bilgi yaymak olarak tanımlanmaktadır⁶. Ayrıca, fail tarafından menkul kıymetin alımı veya satımıyla ilgili olarak yanlış veya yanıltıcı bilginin sözlü ya da yazılı iletimi de bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı kapsamındadır⁷.

Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, bir menkul kıymetle ilgili yanlış veya yanıltıcı bilginin yayılması, haber yapılması şeklinde gerçekleştirilen piyasa dolandırıcılığı işlemleri veya doğrudan ya da dolaylı olarak gerçekleştirilen diğer manipülatif işlemler bakımından failin hukuki sorumluluğunun doğabilmesi için kasıt unsuru aranmaktadır⁸.

Emtia bazlı piyasa dolandırıcılığında ise;

- ✓ Herhangi bir kimse tarafından kasıtlı olarak yanlış raporlama yapmak,
- ✓ Maddi varlığa ilişkin doğru olmayan açıklama veya yanlış kayıt girmek ve/veya emtiaya, emtia sözleşmesine veya opsiyon sözleşmesine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı açıklama yapmak amacıyla gerçek bilgileri göz ardı etmek⁹,
- ✓ Emtia yatırımcılarını aldatmaya yönelik yürütülen veya yürütülecek olan iş uygulamaları gerçekleştirmek, herhangi bir iş ve işlem ile herhangi bir emtianın alınması veya satılmasını manipüle edecek yapay veya hileli yollara başvurmak

şeklinde belirtilen fiiller yasaklanmıştır¹⁰.

Öte yandan, Kaliforniya'da internet bazlı piyasa dolandırıcılığı, franchise temelli¹¹ piyasa dolandırıcılığı ve diğer manipülatif yöntemler de yaptırıma tabi

⁶ The California Corporations Code, sec. 24500(c)(d).

⁷ The California Corporations Code, sec. 25401.

⁸ The California Corporations Code, sec. 25400, 25401, 25541, 25500, 25501.

⁹ The California Corporations Code, sec. 29536(b).

¹⁰ The California Corporations Code, sec. 29536(a)(c)(d).

¹¹ Kaliforniya Şirketler Kanunu s 31005 hükmünde tanımlanan franchise, bir hizmet veya ürüne ilişkin imtiyaz hakkını haiz olan kişinin, belirli bir sistem ve plan çerçevesinde, bu ürün veya hizmetin satım, alım veya dağıtım hakkını ikinci bir tarafa verdiği, iki veya daha fazla kişi arasında yazılı veya sözlü olarak yapılan sözleşmedir. Örneğin; petrol perakendecileri ile dağıtıcıları arasında franchise sözleşmesi bulunmaktadır.

tutulmaktadır. Örneğin, franchise alımına veya satımına ilişkin olarak bilerek ve isteyerek gerçek olmayan bir açıklama yapmak suç olarak düzenlenmiştir¹².

2. Yaptırımlar ve Hukuki Tazmin Sorumluluğu

a. Cezai yaptırım

Kaliforniya Şirketler Kanunu uyarınca¹³, herhangi bir kişi tarafından kasıtlı olarak işlem veya bilgiye dayalı manipülasyon fiilinin gerçekleştirilmesi durumunda, fail hakkında azami 10 milyon Amerikan doları tutarında adli para cezasına veya Kaliforniya Ceza Kanunu (*California Penal Code*) sec. 1170-(h) uyarınca 2 ila 5 yıl arasında eyalet hapis cezasına veya bu cezaların her ikisine birlikte hükmedilmektedir.

Ayrıca anılan Kanun, ihraççıların piyasa dolandırıcılığı suçu işlemesi halinde, bu kişilere hükmedilecek adli para cezasını, diğer kişilerin bu suçu işlemesi halinde haklarında hükmedilecek azami adli para cezasına göre daha yüksek belirlemiştir. Kaliforniya Şirketler Kanunu 25540(c) hükmünde, “Halka Açık Şirketler Muhasebe Reformu ve Yatırımcıyı Koruma Yasası” olarak adlandırılan *Sarbanes-Oxley (The Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act of 2002)*¹⁴ sec. 2’de ihraççı olarak tanımlanan kişilerin, piyasa dolandırıcılığı suçu işlemesi halinde, fail hakkında azami 25 milyon Amerikan doları tutarında adli para cezasına veya Kaliforniya Ceza Kanunu uyarınca 2 ila 5 yıl arasında eyalet hapis cezasına veya bu cezaların her ikisine birlikte hükmedileceği düzenlenmiştir.

Öte yandan, Kaliforniya Şirketler Kanunu uyarınca¹⁵, emtia bazlı piyasa dolandırıcılığını gerçekleştiren kişiler hakkında, azami 250 bin Amerikan doları tutarında adli para cezasına veya Kaliforniya Ceza Kanunu uyarınca 2 ila 5 yıl arasında eyalet hapis cezası veya bu cezaların her ikisi birlikte uygulanmaktadır.

Franchise temelli piyasa dolandırıcılığı gerçekleştiren kişi hakkında ise, azami 100 bin Amerikan doları adli para cezasına veya Kaliforniya Ceza Kanunu uyarınca 1 yılı aşmayan eyalet hapis cezasına veya hem adli para cezasına hem hapis cezasına hükmedilmektedir.¹⁶

¹² The California Corporations Code, sec. 31200-31204, 31210, 31211.

¹³ The California Corporations Code, sec. 25540(b).

¹⁴ Sarbanes-Oxley Sarbanes-Oxley (The Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act of 2002), <<https://legcounsel.house.gov/Comps/Sarbanes-oxley%20Act%20of%202002.pdf>>, Erişim tarihi 2 Ocak 2019.

¹⁵ The California Corporations Code, sec. 29550.

¹⁶ The California Corporations Code, sec. 31410.

Ayrıca, Kaliforniya Şirketler Birimi, yukarıda yer verilen piyasa dolandırıcılığı fiillerinden birinin gerçekleştiğine ilişkin bir delilin tespiti halinde, araştırma yapma ve bu araştırmaların sonunda Kaliforniya Savcılığı'na soruşturma için talepte bulunma yetkisini haizdir¹⁷.

Son olarak, Kaliforniya Şirketler Birimi, internet bazlı manipülasyona ilişkin yasakları denetlemek amacıyla "İnternet Şikayetleri Çözüm Birimi" oluşturmuştur¹⁸. Buna göre, internette piyasa dolandırıcılığına ilişkin bir ihlal tespit edildiğinde, bu durum Şirketler Komiseri'ne rapor edilmektedir¹⁹.

b. Hukuki tazmin sorumluluğu

Kaliforniya Şirketler Kanunu uyarınca²⁰, işlem bazlı piyasa dolandırıcılığını gerçekleştiren kişi, manipülatif işlemler nedeniyle ilgili pay piyasasında yapay olarak belirlenen fiyattan pay alım veya satım emri veren yatırımcının uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Bu çerçevede, manipülatif işlemler dolayısıyla oluşan menkul kıymet fiyatı ile manipülatif işlemler olmaksızın ilgili menkul kıymetin alım veya satımı zamanındaki piyasa değeri arasındaki fark yasal faiziyle birlikte tazmin edilmektedir.

Önemle belirtmek gerekir ki, Kaliforniya Şirketler Kanunu uyarınca, zarar tazmini sadece işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı ile sınırlı değildir²¹. Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığında da, kasıtlı olarak yanlış veya yanıltıcı açıklama yapan kişi, bu açıklama sonucunda, yapay bir fiyat hareketliliğine neden olduğu payı devraldığı veya sattığı kişiye karşı verdiği zararlardan sorumludur. Bu durumda, yanlış veya yanıltıcı bilgi nedeniyle fiyatı veya değeri yapay olarak etkilenen ve üzerinde işlem gerçekleştirilen pay, zarar görenin ya da manipülatörün mülkiyetinde olmasa dahi, zarar gören yatırımcı, zararlarının tazmini talebi ile tazminat davası açma veya alım/satım sözleşmesinin iptaline ilişkin dava açma yetkisini haizdir. Nitekim, Kaliforniya Şirketler Kanunu sec. 25501 uyarınca, sözleşmenin iptali üzerine, alıcı, manipülatörden satın aldığı menkul kıymetten elde ettiği gelirden az olmamak koşuluyla, yasal faiziyle birlikte payın karşılığını alabilir. Satıcı ise, manipülatörün kendisinden satın aldığı paydan elde ettiği gelirden az olmamak koşuluyla, yasal faiziyle birlikte payın karşılığını alabilmektedir.

¹⁷ The California Corporations Code, sec. 25533-25535.

¹⁸ Howard Chitimira, *Market Abuse Regulation In South Africa, The United States Of America And The United Kingdom*, Vernon Press Series In Law, 2018, s. 17.

¹⁹ Chitimira, s.21.

²⁰ The California Corporations Code, sec.25500.

²¹ Chitimira, s. 18.

Ancak, manipülatör, zarar verdiği kişinin, ilgili paya ilişkin bilginin gerçek olmadığını bildiğini veya bilmesi gerektiğini veya kendisinin o bilginin gerçek olmadığını bilmediğini veya bilebilecek durumda olmadığını kanıtlarsa sorumluluktan kurtulmaktadır.

Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, Kaliforniya Şirketler Kanunu sec. 25501 uyarınca, alıcı veya satıcı konumunda olan manipülatörün tazmin edeceği zararın nasıl hesaplanacağına ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, manipülatörün alıcı konumunda olduğu durumda, menkul kıymetin satın alındığı tarihten itibaren işleyen yasal faiz ile birlikte hesaplanan alış fiyatı ile elden çıkarıldığı tarihteki değeri (değer hesaplamasına zarar gören tarafından ilgili menkul kıymetten elde edilen gelir de dahildir) arasında oluşan fark, alıcının tazmin edeceği zarar miktarını oluşturmaktadır. Manipülatörün satıcı konumunda olduğu durumda ise, menkul kıymetin şikayet tarihindeki değeri (değer hesaplamasına manipülatör tarafından elde edilen gelir miktarı da dahildir) ile satış işleminden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte oluşan satış fiyatı arasındaki fark, satıcının tazmin edeceği zarar miktarını oluşturmaktadır.

Bununla birlikte, piyasa dolandırıcılığı suçunu işleyen fail tarafından zarar gören yatırımcının zararının tazminine ilişkin teklif, açılan tazminat davasına ilişkin nihai karar tesis edilmeden önceki herhangi bir zaman diliminde gerçekleştirilebilir. Ayrıca, piyasa dolandırıcılığında zararın tazmininden sadece hukuka aykırı işlemleri gerçekleştirenler değil, bu işlemleri gerçekleştirmeye yardım edenler, azmettirenler ve işlemin gerçekleştirilmesinde hakimiyeti bulunan kişiler de ikincil derecede sorumludur²².

Öte yandan, işlem bazlı ve bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığının aksine, Kaliforniya Şirketler Kanunu'nda, emtiaya dayalı manipülasyon fiilini gerçekleştiren kişiden zarar gören yatırımcıların doğrudan zararını karşılayabileceği özel bir hukuki sorumluluk mekanizması öngörülmemiştir²³.

Kaliforniya Şirketler Kanunu uyarınca²⁴, franchise alan, franchise veren ya da piyasa dolandırıcılığı fiilinden etkilenen diğer kişilerin uğradıkları zararları, piyasa dolandırıcılığını gerçekleştiren kişiler tazminle sorumludur. Piyasa dolandırıcılığını gerçekleştiren kişiye yardım eden, bu kişiyi azmettiren şahıslar da ikinci derecede müştereken ve müteselsilen zarardan sorumlu olmaktadır²⁵.

²² Chitimira, s. 19.

²³ The California Corporations Code, sec. 29555.

²⁴ The California Corporations Code, sec. 31300.

²⁵ Chitimira, s. 19.

Kaliforniya Şirketler Kanunu uyarınca piyasa dolandırıcılığı gerçekleştiren kişinin kurtuluş beyyinesi getirmesi mümkündür. Bu çerçevede, piyasa dolandırıcılığını gerçekleştiren kişi, zarar gören kişinin gerçek olmayan bilgiyi bildiğini veya kendisinin bu bilginin gerçek olmadığını makul gerekçelerle bilmediğini veya bilemeyecek durumda olduğunu kanıtladığı takdirde, zarardan sorumlu olmaz.

c. İdari yaptırımlar

Kaliforniya Şirketler Birimi (*California Department of Corporations*), internet temelli yatırım teklifleri ve finansal hizmetler üzerinde manipülatif işlemler gerçekleştiren kişilere karşı kınama, lisansı askıya alma, lisans iptali gibi idari yaptırımlar uygulayabilme yetkisini haizdir²⁶. Bununla birlikte, Kaliforniya'da internet temelli piyasa dolandırıcılığının özel olarak yasaklanıp yasaklanmadığı hususunda belirsizlik halen devam etmektedir²⁷.

3. Piyasa Dolandırıcılığını Yasaklayan Hükümleri Uygulayan Yetkili Birimler

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan piyasa dolandırıcılığı fiillerini yasaklayan mevzuat hükümlerinin uygulanmasında sorumluluk, Şirketler Komiseri bünyesinde oluşturulan Şirketler Birimi ve mahkemelere aittir. Şirketler Komiseri, tesis edilen cezaları uygulama, piyasa dolandırıcılığına ilişkin yapılan şikayetleri araştırma, inceleme, Kaliforniya'daki emtiaların ve yatırımların satılması hususunda kişilere izin belgesi verme yetkisini haizdir²⁸. Ayrıca, Şirketler Komiseri'nin piyasanın kötüye kullanılmasına ilişkin hükümlerin etkin uygulanmasını sağlamak amacıyla mevcut kurallar üzerinde değişiklik yapma, mevcut kuralları yürürlükten kaldırma veya yeni bir kural ihdas etme yetkisi de bulunmaktadır. Bununla birlikte, Kaliforniya'da özellikle piyasanın kötüye kullanılmasına ilişkin yasal mevzuatın uygulanmasına yönelik düzenleyici ve denetleyici bir kurum bulunmamaktadır.

²⁶ Chitimira, s. 19-20.

²⁷ Chitimira, s. 21.

²⁸ Marc S. Crandall, "State Securities Regulation and Internet", *Legislation&Public Policy*, 5(23), 2001, <<https://www.nyujlpp.org/wp-content/uploads/2012/11/Marc-S.-Crandall-State-Securities-Regulation-and-the-Internet.pdf>>, Erişim tarihi 9 Eylül 2021, s.28-30.

B. Delaware

1. Piyasa Dolandırıcılığında Yasaklanan İşlemler

Delaware Menkul Kıymetler Kanunu (*Delaware Securities Act*) uyarınca²⁹, işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı yasaklanmıştır. Buna göre, menkul kıymetlerin alım veya satımını yapay veya hileli yollarla manipüle eden kişi piyasa dolandırıcılığından sorumludur. Ayrıca, menkul kıymetin alım veya satımına ilişkin olarak başkalarını aldatmak veya yanıltmak amacıyla açıklama yapan veya gerçek bilgiyi açıklamayı ihmal eden kişi dolandırıcılıktan ve/veya piyasa dolandırıcılığından sorumlu tutulmaktadır³⁰.

Diğer yandan, Delaware Menkul Kıymetler Kanunu, piyasa dolandırıcılığının yatırım danışmanları, aracı kurum temsilcileri/yetkilileri gibi profesyonel kişiler tarafından işlenmesinin önlenmesini teminen, bu kişilerin hukuka aykırı menkul kıymet alım satımını özel olarak yasaklamıştır³¹. Bununla birlikte, Kaliforniya Şirketler Kanunu'nun aksine, Delaware'de emtia bazlı piyasa dolandırıcılığı ayrı ve özel bir hükümlerle düzenleme altına alınmamıştır.

2. Yaptırımlar ve Hukuki Tazmin Sorumluluğu

a. Cezai yaptırım

Delaware Menkul Kıymetler Kanunu'nun sec.73-604 uyarınca, işleme ve bilgiye dayalı manipülasyon neticesinde işlemi gerçekleştiren kişi hakkında uygulanacak yaptırımın miktarı yatırımcıların uğradığı zarar miktarına göre değişmektedir. Bu kapsamda, üzerinde manipülatif işlem gerçekleştirilen bir menkul kıymet alım satımı sonucunda 50 bin Amerikan doları veya bu tutarın üzerinde bir zarara uğramışsa, hukuka aykırı işlemi gerçekleştiren kişi hakkında uygulanacak hapis cezasının üst sınırı beş yıldır. İlgili kişi hakkında 5 yıla kadar hapis cezası tesis edilebileceği gibi hapis cezasına seçimlik olarak üst sınırı 200 bin Amerikan Dolarına kadar adli para cezası veya her iki yaptırım birlikte uygulanabilir. Gerçekleştirilen manipülatif işlemler neticesinde yatırımcının 10 bin-50 bin Amerikan doları arasında zararının oluşması durumunda ise, ilgili hakkında uygulanacak hapis cezasının üst sınırı 3 yıl olup bu cezaya seçimlik olarak uygulanacak adli para cezasının üst sınırı 100 bin Amerikan Doları'dır. Fail hakkında hapis cezası veya adli para cezası seçimlik uygulanabileceği gibi her iki yaptırım birlikte uygulanabilir.

²⁹ The Delaware Securities Act, sec. 73-201(1), <<http://delcode.delaware.gov/title6/c073/sc02/index.shtml>>, Erişim tarihi 3 Ocak 2019.

³⁰ The Delaware Securities Act, sec. 73-201(2).

³¹ Chitimira, s. 24; The Delaware Securities Act, sec. 73-209 ve 73-301.

b. Hukuki tazmin sorumluluğu

Delaware mahkemelerine göre, menkul kıymetin alım veya satımında başkalarını yanıltmak veya aldatmak amacıyla, yanlış veya yanıltıcı açıklamalarda bulunan yönetici, sadakat yükümlülüğünü ihlal etmesi nedeniyle diğer yöneticilere karşı doğabilecek parasal zararlardan sorumludur³². Kaliforniya Kanunlarında ise, piyasa dolandırıcılığı gerçekleştiren kişinin bir diğer yöneticiye karşı tazmin sorumluluğu düzenlenmemiştir.

Öte yandan Delaware Menkul Kıymetler Kanunu³³ uyarınca, gerçek olmayan açıklamalar yapmak suretiyle veya diğer manipülatif yöntemlerle menkul kıymetlere ilişkin alım veya satım emri veren aracı kurum temsilcisi, ihraççı temsilcisi veya diğer kişiler verdikleri zararı tazmin ile sorumludur. Buna göre, piyasa dolandırıcılığı işlemlerini gerçekleştiren kişi, menkul kıymete ödeme yapıldığı zamandan itibaren işleyecek yasal faiz ile birlikte, anılan menkul kıymetten elde edilen gelirden az olmamak üzere, zararı tazmin etmekte yükümlüdür.

Özellikle, mahkeme tarafından, piyasa dolandırıcılığı fiilini gerçekleştiren kişi hakkında, yargılama masraflarının ödenmesi, zararın tazmini veya bu fiilden elde ettiği menfaatin iadesine hükmedebilmektedir³⁴. Bu yöntem, Delaware finansal piyasalarında, piyasa dolandırıcılığı ile mücadelede caydırıcı bir rol oynamaktadır.

c. İdari yaptırım

Delaware Menkul Kıymetler Kanunu uyarınca³⁵, Menkul Kıymetler Komiseri piyasa dolandırıcılığı fiilini gerçekleştiren ve/veya bu kişilere yardım edenler hakkında idari işlem, idari para cezası, işlem yasağı veya kamu yararını ilgilendiren durumlarda idari yaptırım uygulama yetkisini haizdir. Menkul Kıymetler Komiseri, piyasa dolandırıcılığına ilişkin gerçekleştirilen inceleme ve araştırma masraflarının yanı sıra Menkul Kıymetler Kanunu'nda belirtilen her bir hükmün ihlali için azami 10 bin Amerikan doları tutarında idari para cezası uygulama yetkisini haizdir.

3. Piyasa Dolandırıcılığını Yasaklayan Hükümleri Uygulayan Yetkili Birimler

³² *Malone vs Brincat* (1998) kararında şirketin finansal durumuna ilişkin yanlış veya yanıltıcı açıklama yapan yöneticinin, sadakat ve özen yükümlülüğü uyarınca sorumlu olduğu ancak piyasa dolandırıcılığını yasaklayan cezai hükümlere tabi olmadığı belirtilmiştir (Nicole M. Kim, "Malone v. Brincat: The Fiduciary Disclosure Duty of Corporate Directors Under Delaware Law", *Washington Law Review*, 74(4), 1999, <<https://digitalcommons.law.uw.edu/wlr/vol74/iss4/5/>>, Erişim tarihi 14 Nisan 2021, s. 1152; Chitimira, s. 24, dn. 86).

³³ The Delaware Securities Act, sec. 73-(605)(a)(b).

³⁴ Chitimira, s. 26.

³⁵ The Delaware Securities Act, sec. 73-601.

Kaliforniya’da olduğu gibi, Delaware’de de özellikle piyasanın kötüye kullanılmasına ilişkin yasal mevzuatın uygulanmasına yönelik düzenleyici ve denetleyici bir kurum bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Delaware eyaleti, sermaye piyasasının kötüye kullanılması faaliyetleri ile mücadele etmek için etkin ve özel önlemlerin yanı sıra gelişmiş ceza hukuku prensipleri ve standardize edilmiş hukuk kurallarını benimsemiştir³⁶. Bu çerçevede, Delaware Yüksek Mahkemesi, Temyiz Mahkemesi, Delaware Genel Meclisi, Şirketler Hukuku Konseyi ve Menkul Kıymetler Birimi sermaye piyasası hukukuna ilişkin mevzuatı uygulamak ile yükümlüdür³⁷. Kaliforniya’dan farklı olarak, Delaware özel bir ticaret mahkemesine sahiptir.

Delaware Menkul Kıymetler Komiseri, piyasanın kötüye kullanılmasına yönelik olarak gerçekleştirilen şüpheli işlemleri soruşturma yetkisini sahiptir. Komiser, piyasa dolandırıcılığı fiilini gerçekleştiren kişi hakkında idari para cezası tesis etme yetkisinin yanı sıra, işlem yasağı gibi idari tedbirler uygulama yetkisini de haizdir.

Öte yandan, Delaware Muhbir Koruma Kanunu³⁸ (*Delaware Whistle Blower Protection Act*) uyarınca, piyasanın kötüye kullanılması fiilini gerçekleştiren kişilerden çekinmeksizin, bu kişilerin işlediği hukuka aykırı fiillere yönelik ihlalleri belirli şartlar altında raporlamayı öngören yasal bir muhbirlik sistemi düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere, Delaware eyaleti piyasanın kötüye kullanılmasının yasaklanmasına ilişkin düzenlemelerin uygulanmasında etkinliğin sağlanmasını teminen standardize edilmiş özel hukuk kurallarının yanı sıra esnek ve sürdürülebilir gelişmiş ceza hukuku kurallarını benimsemiştir. Bu nedenle bazı yazarlar, Delaware eyaletini “Şirketler cenneti” olarak tanımlamaktadır³⁹.

³⁶ Lucian A. Bebchuk/Assaf Hamdani, “Federal Corporate Law: Lessons From History”, *Columbia Law Review*, (106), 2006, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=927008&download=yes> Erişim tarihi 8 Ocak 2019, s. 35-37.

³⁷ Mark J. Roe, “Delaware And Washington As Corporate Lawmakers”, *Delaware Journal Of Corporate Law*, 34(1), 2009, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1396886> Erişim tarihi 8 Ocak 2019, s. 8-12.

³⁸ Delaware Code, Ch 17 sec. 1703-1704, <<http://delcode.delaware.gov/title19/c017/index.shtml>>, Erişim tarihi 8 Ocak 2019.

³⁹ Bebchuk/Hamdani, s.1-5; Aynı yönde bkz. Chitimira, s. 29.

C. Vaşington

1. Piyasa Dolandırıcılığında Yasaklanan İşlemler

Vaşington Menkul Kıymetler Kanunu⁴⁰ (*Securities Act of Washington*) uyarınca, işlem bazlı ve bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı yasaklanmıştır. Hem işlem bazlı hem bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığının yasaklanmasının temel amacı, manipülatif fiillerin kasıtlı olarak gerçekleştirilmesinin ve piyasaya zarar verilmesinin önüne geçilmesidir.

Doğrudan veya dolaylı olarak bir menkul kıymetin alım veya satımına ilişkin olarak, yapay veya hileli işlemler gerçekleştirilmesi fiilleri işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı kapsamında yasaklanan fiillerdir⁴¹. Ayrıca, bir menkul kıymetin alımı veya satımı için başkalarına tavsiye vermek veya onları etki altına almak amacıyla ticari hayatın olağan kurallarına ve dürüstlük ilkesine aykırı olarak hileli veya yapay işlemler gerçekleştirmek de yasağın kapsamına dahildir⁴². Buna göre, yatırım danışmanı, aracı kurum temsilcisi veya menkul kıymetin alım veya satımına ilişkin başkasının veya kendisinin hesabını kullanmak suretiyle kasıtlı olarak manipülatif işlemler gerçekleştiren kişiler piyasa dolandırıcılığı fiilinden sorumludur⁴³.

Vaşington Menkul Kıymetler Kanunu uyarınca⁴⁴, işlem bazlı piyasa dolandırıcılığının yanında bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı da yasaklanmıştır. Buna göre, bir menkul kıymetin alım veya satımını etkilemek amacıyla menkul kıymete ilişkin bir dokümanda yer alan bilgileri gerçeğe uygun şekilde açıklamamak veya menkul kıymet hakkında yanlış veya yanıltıcı bilgi vermek bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı olarak tanımlanmaktadır.

Öte yandan, Vaşington Emtia İşlemleri Kanunu (*Commodity Transaction Act*)⁴⁵, emtia sözleşmelerinde veya opsiyon sözleşmelerinde, doğrudan veya dolaylı olarak alım veya satımı etkilemek amacıyla hileli veya yapay işlemlerle gerçekleştirilen piyasa dolandırıcılığı fiillerini de yasaklamaktadır. Ayrıca, emtia veya opsiyon sözleşmelerinde alım veya satımı etkilemek amacıyla, yanlış veya yanıltıcı rapor hazırlamak, kayıt tutmak, açıklama yapmak veya gerçek bilgileri

⁴⁰ Securities Act of Washington, <<https://apps.leg.wa.gov/RCW/default.aspx?cite=21.20>>, Erişim tarihi 11 Ocak 2019.

⁴¹ The Securities Act Of Washington, sec. 21.20.010(01).

⁴² Chitimira, s.30.

⁴³ The Securities Act Of Washington, sec. 21.20.020(02).

⁴⁴ The Securities Act Of Washington, sec. 21.20.010(02).

⁴⁵ The Commodity Transaction Act, sec. 21.30.060, <<https://app.leg.wa.gov/RCW/default.aspx?cite=21.30.060>>, Erişim Tarihi 12 Ocak 2019.

açıklamayı kasıtlı olarak ihmal etmek de piyasa dolandırıcılığı fiili kapsamında yasaklanan işlemlerdir⁴⁶.

2. Yaptırımlar ve Hukuki Tazmin Sorumluluğu

a. Cezai yaptırım

Vaşington Menkul Kıymetler Kanunu uyarınca⁴⁷, işlem bazlı veya bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı fiillerini kasıtlı olarak gerçekleştiren kişiler hakkında, ağır suçların (*felony*) yer aldığı B grubu suçlar hakkında öngörülen yaptırımlar uygulanmaktadır. Buna göre⁴⁸, bu fiilleri işleyen kişiler hakkında B grubu suçlar bakımından öngörülen azami 10 yıl süreli hapis cezasına veya mahkemenin takdir edeceği tutarda azami 20 bin Amerikan doları adli para cezasına veya hem hapis hem de adli para cezasına hükmedilmektedir.

Öte yandan, bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı kapsamında, bir belgeye ilişkin kayıtları kasıtlı olarak saklayan, imha eden, değiştiren veya buna teşebbüs eden kişi hakkında, bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı kapsamında sayılan diğer fiillere kıyasla daha ağır bir yaptırım öngörülmektedir. Bu fiilleri işleyen kişi hakkında, B sınıfı suçlar için öngörülen cezaya veya azami 500 bin Amerikan doları adli para cezasına veya her iki yaptırıma birlikte hükmedilmektedir.

Emtia bazlı piyasa dolandırıcılığı fiilini kasıtlı gerçekleştiren kişi hakkında uygulanacak adli para cezasının üst sınırı 20 bin Amerikan doları, seçimlik olarak uygulanacak hapis cezasının üst sınırı ise 10 yıldır. Fail hakkında adli para cezası veya hapis cezası seçimlik olarak uygulanabileceği gibi her iki cezanın birlikte tesis edilmesi mümkündür⁴⁹. Bununla birlikte, anılan fiillerin hukuka aykırı olduğunu bilmediğini veya bu fiilleri iyi niyetle gerçekleştirdiğini kanıtlayan kişiler hakkında ceza hükmolünmemektedir.

b. Hukuki tazmin sorumluluğu

Hem işlem bazlı hem bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı bakımından failin hukuki sorumluluğu Vaşington Menkul Kıymetler Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre⁵⁰, piyasa dolandırıcılığı fiilini gerçekleştiren kişi, olağandışı işlemleri nedeniyle etkilediği menkul kıymeti alan veya satan kişiye karşı, o menkul kıymetten elde edilen gelirden az olmamak şartıyla, uğranılan zarardan,

⁴⁶ The Commodity Transaction Act, sec. 21.30.070.

⁴⁷ The Securities Act of Washington, sec. 21.20.400.

⁴⁸ The Securities Act of Washington, sec. 9A.20.21 hükmünde B grubu suçlar hakkında uygulanacak maksimum cezalar belirlenmiştir.

⁴⁹ The Commodity Transaction Act, sec. 21.30.140.

⁵⁰ The Securities Act of Washington, sec. 21.20.430(1).

mahkeme ve avukatlık masraflarından yıllık %8 yasal faizle birlikte sorumludur. Tazmin edilecek zarar, manipülatif işlemler gerçekleştirilen menkul kıymetin satın alındığı veya satıldığı andaki değerini ve işlemin yapıldığı tarihten itibaren işleyecek yasal faizini kapsamaktadır. Ayrıca, piyasa dolandırıcılığı fiilini gerçekleştiren kişiyi azmettiren ve bu kişiye doğrudan ya da dolaylı olarak yardım eden kişiler de zararın tazmininden müştereken ve müteselsilen sorumludur.

c. İdari yaptırım

Finansal Kurumlar Genel Müdürü (*The Director of Financial Institutions*), piyasa dolandırıcılığı fiilini gerçekleştiren kişilere karşı, işlem yasağı uygulama, işlemlerini geçici olarak durdurma, idari para cezası gibi çeşitli idari tedbir ve yaptırımları uygulama yetkisini haizdir⁵¹. Örneğin, Genel Müdür, bir menkul kıymetin alımı veya satımını etkilemek amacıyla o menkul kıymete ilişkin yanlış veya yanıltıcı açıklama yapılması halinde, yanlış veya yanıltıcı açıklama düzeltilinceye kadar, o menkul kıymet üzerinde işlem yapılmasını askıya alabilme yetkisini haizdir. Benzer yaptırımlar, emtia bazlı piyasa dolandırıcılığı fiilini gerçekleştiren kişiler bakımından da uygulanmaktadır⁵². Finansal Kurumlar Genel Müdürü, mahkemeye emtia sözleşmeleri üzerinden gerçekleştirilen şüpheli ve hileli işlemleri bildirmekle yükümlüdür.

3. Piyasa Dolandırıcılığını Yasaklayan Hükümleri Uygulayan Yetkili Birimler

Vaşington'da, Finansal Kurumlar Genel Müdürü, Finansal Kurumlar Birimi (*The Department Financial Institutions*) ve mahkemeler piyasanın kötüye kullanılmasına ilişkin yasal düzenlemelerin uygulanmasından sorumludur⁵³. Finansal Kurumlar Genel müdürü tarafından piyasa dolandırıcılığı fiillerini gerçekleştiren kişilere karşı idari, hukuki ve cezai yaptırımlar uygulanabilmektedir. Örneğin, piyasa dolandırıcılığı fiilini işleyen aracı kurum temsilcisi, yatırım danışmanı, satış temsilcisi ise, bu kişilerin lisanslarını askıya alma, iptal ettirme veya bu kişiler hakkında kınama cezası verme yetkisini haizdir.

Ayrıca, Finansal Kurumlar Genel Müdürü piyasa dolandırıcılığına yönelik ihlalleri soruşturma ve inceleme yetkisini de haizdir. Delaware eyaletinden farklı olarak, Vaşington Menkul Kıymetler Kanunu, Finansal Kurumlar Genel Müdürü'ne, kamu yararının mevcut olması halinde, piyasa dolandırıcılığına ilişkin yürütülen

⁵¹ The Securities Act of Washington, sec. 21.20.280.

⁵² The Commodity Transaction Act, sec. 21.30.110, 120, 130, 200, 350.

⁵³ Chitimira, s. 33.

soruşturmayı kamuya açıklama yetkisi vermiştir⁵⁴. Bunun yanı sıra, Finansal Kurumlar Genel Müdürü, Menkul Kıymetler Kanunu'ndaki hükümleri ihlal eden kişiye karşı mahkeme emri çıkartma, faaliyetten men, işlemlerini geçici durdurma veya iptal kararı alabilmektedir⁵⁵.

Delaware ve Kaliforniya'dan farklı olarak, Vaşington'da piyasa dolandırıcılığı hükümlerinin uygulanmasını sağlayan Finansal Kurumlar Genel Müdürü'ne eyaletler arasında ve federal düzeydeki yetkili otoriteler ile piyasa dolandırıcılığı hükümlerinin ihlaline karşı etkin bir mücadelenin sağlanması amacıyla işbirliği yapma imkanı tanınmıştır.

Öte yandan, Finansal Kurumlar Genel Müdürü'nün piyasa dolandırıcılığı hükümlerini ihlal eden kişiler hakkında aldığı kararları uygulamasında, mahkemeler kilit rol oynamaktadır. Zira, idari bir merci tarafından alınan kararın hukuka uygunluk denetimini mahkemeler yapmaktadır⁵⁶.

Ayrıca, Vaşington'da diğer eyaletlerden farklı olarak, piyasa dolandırıcılığı fiilinden zarar gören mağdurların, doğrudan zararlarının tazmini için özel hukuk hükümlerine ve ceza hukuku yaptırımlarına başvurma hakkı, herhangi bir eyalet yasasıyla veya federal düzeyde bir yasayla sınırlandırılmamaktadır⁵⁷. Dolayısıyla, Vaşington yasaları, piyasanın kötüye kullanılmasına ilişkin hükümlerin uygulanması ve geliştirilmesinde hem eyaletler düzeyinde hem de federal düzeyde kanun koyucuları etkilemektedir⁵⁸.

4. Eyaletlerin Piyasa Dolandırıcılığına İlişkin Düzenlemelerine Yönelik Genel Değerlendirme

Yukarıda ayrıntılı olarak yer verilen eyalet yasaları incelendiğinde, piyasa dolandırıcılığı fiilini gerçekleştirdiği tespit edilen kişiler hakkında, hükmedilen para cezaları miktarlarının oldukça yüksek olduğu, 10 yıla varan hapis cezalarının uygulandığı görülmektedir. Öyle ki, Kaliforniya'da, fiili işleyen kişinin niteliğine göre verilecek adli para ve hapis cezasının miktarı değişmekte olup piyasa dolandırıcılığı suçunu işleyen kişinin ihraççı olması durumunda 25 milyon Amerikan dolarına kadar adli para cezasına hükmedilebilmektedir. Ayrıca, piyasa dolandırıcılığının yatırım danışmanları, aracı kurum temsilcileri gibi profesyonel kişiler tarafından işlenmesinin önlenmesini teminen, bu kişilerin hukuka aykırı

⁵⁴ The Securities Act of Washington, sec. 21.20.370.

⁵⁵ The Securities Act of Washington, sec. 21.20.390.

⁵⁶ Chitimira, s. 34.

⁵⁷ The Securities Act of Washington, sec. 21.20.420-430. The Commodity Transactions Act, sec. 21.30.370.

⁵⁸ Roe, s. 5-9.

menkul kıymet alım satımı fiilleri özel olarak yasaklanmış ve daha ağır yaptırıma tabi tutulmuştur.

Bununla birlikte, anılan eyaletlerde piyasa dolandırıcılığı fiilinin işlenmesine karşı getirilen etkin ve caydırıcı düzenlemelerden biri de hukuki tazmin sorumluluğudur. Buna göre, her eyalette cezai ve idari yaptırım/tedbirlerin öngörülmesinin yanı sıra piyasa dolandırıcılığı fiilini işleyen kişilerin zarar gören yatırımcıların zararını karşılamasına yönelik caydırıcı bir hukuki sorumluluk mekanizması da geliştirilmiştir.

Diğer yandan, işlem bazlı piyasa dolandırıcılığının kanıtlanmasının son derece güç olduğu hususu göz önünde bulundurulduğunda, herhangi bir cezalandırılma korkusu olmaksızın, kanun tarafından özel bir bağımsızlık ile koruma altına alınan ve belirli koşulları sağlaması halinde ödüllendirilen muhbirler tarafından piyasa dolandırıcılığı fiilini işleyen kişilerin ihbar edilmesini sağlayan özel bir muhbirlik sistemi öngörülmesi de, hukuka aykırılığın ortaya çıkarılmasında soruşturma makamlarının yürüttüğü denetim ve incelemeleri oldukça kolaylaştırmaktadır.

Görüldüğü üzere, ABD'de eyalet düzeyinde piyasa dolandırıcılığı fiilini yasaklayan ve yaptırıma bağlayan birçok farklı yasa ve birden çok uygulayıcı birim bulunmasına rağmen, piyasanın kötüye kullanılmasına ilişkin uygulamaları en aza indirmek için etkin ve yaygın bir mücadele verilmektedir.

II. FEDERAL DÜZEYDE PİYASA DOLANDIRICILIĞINA İLİŞKİN ÖNGÖRÜLEN HÜKÜMLER VE YAPTIRIMLARI

1929 yılında finansal piyasalarda yaşanan büyük ekonomik kriz sonrasında “Yeni Dönem Yasaları” olarak adlandırılan 1933 tarihli Menkul Kıymetler Kanunu (*Securities Act of 1933*)⁵⁹ ve 1934 tarihli Menkul Kıymetler Borsası Kanunu'nda (*Securities Exchange Act of 1934*)⁶⁰ piyasa dolandırıcılığı fiilinin de aralarında bulunduğu piyasanın kötüye kullanılması ve hileli işlemler düzenleme altına alınmıştır⁶¹.

⁵⁹ Securities Act of 1933, <<http://legcounsel.house.gov/Comps/Securities%20Act%20Of%201933.pdf>>, Erişim tarihi 13 Ocak 2019.

⁶⁰ Securities Exchange Act of 1934, <<http://legcounsel.house.gov/Comps/Securities%20Exchange%20Act%20Of%201934.pdf>>, Erişim tarihi 13 Ocak 2019.

⁶¹ Emilius Avgouleas, *The Mechanics and Regulation of Market Abuse, A legal And Economic Analysis*, Oxford University Press, 2005, s. 174-175.

A. Piyasa Dolandırıcılığında Yasaklanan İşlemler

1. 1933 Tarihli Menkul Kıymetler Kanunu (*Securities Act of 1933*)

1933 tarihli Menkul Kıymetler Kanunu sec. 17 (a) uyarınca, sermaye piyasası araçlarının alımı veya satımı sırasında;

- ✓ Hileli veya yapay yollara başvurmak,
- ✓ Şirket için gerekli ve önemli bir bilgiyi saklamak veya bu bilgiye ilişkin yanlış açıklama yapmak suretiyle para veya malvarlığı kazancı elde etmek,
- ✓ Alıcılara hileli veya aldatıcı işlemler yaptıran davranışlar gerçekleştirmek yasaklanmıştır⁶².

Bu hükmün getirilmesinin temel amacı, sermaye piyasası aracını ihraç eden ihraççılara ilişkin özellikli bilgilerin koruma altına alınmasını sağlamak ve yeni ihraçlara ilişkin şirketlerin yanlış veya yanıltıcı açıklamalarına karşı yatırımcıları korumaktır. Dolayısıyla, 1933 tarihli Menkul Kıymetler Kanunu'nda doğrudan piyasa dolandırıcılığı fiili yasaklanmamakla birlikte, sermaye piyasalarında bilginin tam, doğru, eksiksiz ve zamanında açıklanmasını ifade eden kamuyu aydınlatma ilkesi yasal zeminde düzenlenmiştir.

2. 1934 tarihli Menkul Kıymetler Borsası Kanunu (*Securities Exchange Act of 1934*)

1933 Tarihli Menkul Kıymetler Kanunu, birinci el piyasaları⁶³ esas alması ve bu piyasada açıklanan bilgilerin ikinci el piyasada güncelliğini kaybetmesi nedeniyle, ikinci el piyasalarda gerçekleştirilen manipülatif işlemlerin engellenmesinde yetersiz kalmıştır⁶⁴. Bu kapsamda, ikinci el piyasalarda kamunun aydınlatılması ilkesini esas alan 1934 tarihli Menkul Kıymetler Borsası Kanunu (SEA) çıkarılmıştır.

⁶² Cihangir Kaval, *6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu Kapsamında Piyasa Dolandırıcılığı ve Bilgi Suistimali Suçları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015, s. 55.

⁶³ Birinci el piyasalar, yeni ihraç edilen sermaye piyasası aracının, bu aracı satın alan yatırımcılara, bedeli mukabilinde teslim edildiği piyasalar olarak tanımlanmaktadır. Bir başka deyişle, 6362 sayılı SPKn md.3/1-(ş) maddesinde tanımlanan sermaye piyasası araçlarının ihracı sırasında alım satım işlemleri birinci el piyasada gerçekleştirilmektedir (Tekin Memiş/Gökçen Turan, *Sermaye Piyasası Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 2017, s. 27-28)

⁶⁴ Halil İbrahim Kütük, *Sermaye Piyasasında Manipülasyon, Cezai Ve Hukuki Sonuçları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta 2010, s. 51; Mustafa İhtiyar, *Sermaye Piyasası Hukukunda Kamuyu Aydınlatma İlkesi*, Beta, 2006, s. 31.

1934 tarihli SEA'da ilk kez piyasa dolandırıcılığı fiili yasaklanmıştır. Buna göre, SEA sec. 9-(a) hükmünün birinci ve ikinci alt bentleri uyarınca, borsaya kayıtlı menkul kıymetler üzerinde kasıtlı olarak gerçekleştirilen pek çok aldatıcı hareket, örneğin “mülkiyette değişiklik yaratmayan yıkama satışları” (*wash sales*), “eşleşen emirler” (*match order*), “menkul kıymetin alım veya satımını düşüren/yükselten seri işlemler” (*pump and dump-P&D scheme*), “menkul kıymetin alım satımına ilişkin aracılık işlemlerini yanlış ya da tedbirsiz şekilde gerçekleştirmek” (*false or reckless touting*), “menkul kıymet üzerinde işlem yapmayı teşvik etmek amacıyla söylentiler çıkarmak” (*spreading of rumours*) piyasa dolandırıcılığına vücut verdiği için yasak kapsamına alınmıştır.

SEA sec. 9-(a)'da yer verilen işlem kalıplarına ek olarak, doktrinde manipülatif işlem olarak kabul edilen belirli yöntemler bulunmaktadır⁶⁵. Belirli bir organizasyon dahilinde birlikte hareket etmek suretiyle “Yatırımcı Grubu” olarak adlandırılan kişiler tarafından gerçekleştirilen işlemler “*pool operations*” olarak adlandırılmaktadır⁶⁶. Diğer yandan, ilgili sermaye piyasası aracında talebi yapay olarak artırmaya yönelik olarak, seri şekilde alım emri vermek “*rigged prices*” şeklinde tanımlanmıştır⁶⁷. Bunların dışında, kural olarak olağan borsa işlemi olarak kabul edilmekle birlikte, açığa satış (*short sales*)⁶⁸ işleminde, ödünç alınan ilgili finansal aracın fiyatını düşürmek amacıyla gerçekleştirilen yanıltıcı işlemler de manipülatif nitelikte kabul edilmektedir. Ayrıca, yatırımcıların kâr elde etme amacıyla ilgili sermaye piyasası aracının fiyatını düşürmek için, yüksek miktarda satış yapması “*bear raid*”⁶⁹ olarak tanımlanmaktadır. Son olarak, doğrudan veya dolaylı olarak bir sermaye piyasası aracının değerini etkileyebilecek bir referans değer üzerinde yalan, yanlış veya yanıltıcı işlem gerçekleştirmek “*benchmark*

⁶⁵ Seçil Çoşkun, *Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı (6362 Sayılı SPKn Md.107)*, On İki Levha, 2021, s. 88.

⁶⁶ Jerry Markham, *Law Enforcement and the History of Financial Market Manipulation*, M.E.Sharpe, 2014, s. 62 vd.

⁶⁷ Bryan A. Garner/Henry Campbell, *Black's Law Dictionary*, 9. Bası, St. Paul MN, 2009, s. 1436

⁶⁸ “Açığa satış gerçekleştiren yatırımcılar, ilgili menkul kıymetin fiyatının düşeceği beklentisi ile hareket etmekte ve yüksek olduğunu düşündükleri fiyat seviyesinden, mülkiyetlerinde bulunmayan ilgili menkul kıymeti ödünç almak suretiyle satış yapmaktadırlar. Takas zamanında ise, ilgili menkul kıymeti daha düşük fiyattan satın alıp ödünç aldıkları kişiye geri vermekte ve aradaki fiyat farkı karlarını oluşturmaktadır. Dolayısıyla, açığa satış, ileride fiyat düşüşü olacağı beklentisiyle ödünç alınan menkul kıymetin satılması işlemidir.” (Serkan Karabacak, *Açığa Satış İşlemleri*, Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlik Etüdü, Ankara 2002, <<http://www.spk.gov.tr/SiteApps/Yayin/YayinGoster/429>> Erişim tarihi 20 Ocak 2019, s.1).

⁶⁹ ‘Bear Raid’ Stock Manipulation: How and When It Works, and Who Benefits, <<https://knowledge.wharton.upenn.edu/article/bear-raid-stock-manipulation-how-and-when-it-works-and-who-benefits/>>, Erişim tarihi 13 Eylül 2019.

distortion”⁷⁰ olarak adlandırılmakta ve manipülatif yöntemler arasında sayılmaktadır.

Diğer yandan, SEA sec. 9-(a) maddesinin üç, dört ve beşinci alt bentleri uyarınca, menkul kıymetler ile ilgili olarak yanlış, yanıltıcı veya aldatıcı bilgiler açıklamak, bir başka deyişle bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı fiili yasaklanmıştır.

Anılan Kanun, Amerikan Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonu’na (SEC) “aldatıcı, hileli veya manipülatif uygulamaları” tanımlama ve bu uygulamaların önlenmesi için kural ihdas etme yetkisi tanımaktadır⁷¹. Ayrıca, failin veya faille birlikte hareket eden kişilerin kasıtlı olarak piyasa dolandırıcılığı eylemini gerçekleştirdiklerinin SEC tarafından ispat edilmesi gerekmektedir⁷².

Diğer yandan, 1934 tarihli SEA 10-(b) hükmü, “yatırımcıları zarara uğratmak amacıyla borsaya kote edilen veya edilmeyen menkul kıymetin alım veya satımı ile ilgili olarak doğrudan ya da dolaylı olarak aldatıcı veya manipülatif yöntemlerin kullanılmasını veya SEC’nin kamu yararı veya yatırımcıların korunması amacıyla uygun gördüğü kurallara aykırı şekilde hareket edilmesini” yasaklamaktadır.

Anılan düzenleme, sermaye piyasalarında menkul kıymetlerin alım veya satımıyla ilgili olarak her türlü hileli veya aldatıcı davranışı yasak kapsamına almış olup çerçeve düzenleme niteliğini haizdir⁷³. Bununla birlikte, bu madde, çok geniş ve yoruma açık olması nedeniyle doktrinde eleştirilmiş ve anılan maddenin pek çok ticari işlemin yasaklanmasına neden olabileceği ve olağan ticari hayatı önemli ölçüde sekteye uğratacağı ileri sürülmüştür⁷⁴.

⁷⁰ “Referans değer, piyasa araştırması veya değer hesaplamasına dayalı fiyat, değer veya diğer verilerin, bir ya da birden fazla dayanak varlığın, fiyat, oran ya da faiz ölçümüdür. Faiz oranları, yabancı para kurları, altın, paladyum, petrol, doğalgazın fiyatlarını belirleyen endeksler buna örnek gösterilebilir. Referans değer tüketici kredilerinden uzun vadeli emtia sözleşmelerine, kompleks türev araçlara dayalı sözleşmelere kadar uzanan geniş bir finansal sözleşmeler ağının içinde bütünleşik ve çeşitli şekillerde bulunmaktadır” (Gina-Gail S. Fletcher, “Benchmark Manipulation”, *Iowa Law Review*, (102), 2017, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2776731>, Erişim tarihi 9 Eylül 2021, s. 1930-1931); Andrew Verstein, “Benchmark Manipulation”, *Boston College Law Review*, 56(1), 2016, s. 215-216; LIBOR manipülasyonu referans değere dayalı piyasa dolandırıcılığına ilişkin en önemli örneklerden biridir (Tom C.W. Lin, “The New Market Manipulation”, *Emory Law Journal*, 66(6), 2017, s. 1253-1281).

⁷¹ Chitimira, s. 57.

⁷² Kaval, s. 55.

⁷³ Ali Hakan Evik, *Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları*, Seçkin Yayınevi, 2004, s. 98.

⁷⁴ Matthijs Nelemans, “Redefining Trade-Based Market Manipulation”, *Valparaiso Law Review*, 42(4), 2008, s.1169-1170; Guido A. Ferrarini, “The European Market Abuse Directive”,

3. SEC'in Piyasa Dolandırıcılığı İle Mücadeleye İlişkin İhdas Ettiği Kurallar

SEC, piyasa dolandırıcılığının da aralarında bulunduğu hileli ve aldatıcı işlemlerle mücadele kapsamında idari işlem tesis etme yetkisi ve bu fiillerin yasaklanmasına yönelik belirli kuralları düzenleme yetkisini haizdir. Zira, 1934 tarihli SEA sec. 10-(b), hileli ve aldatıcı işlemlere yönelik genel nitelikte çerçeve hükümdür⁷⁵. Anılan hükmün verdiği yetki kapsamında, 1942 yılında SEC tarafından, 10(b)-5 kuralı düzenlenmiştir⁷⁶. “Manipülatif Yöntemler ve Aldatıcı Uygulamalar” olarak bilinen 10(b)-5 kuralı uyarınca, “işlem bazlı, bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı fiilleri ile bu fiillerin dışında kalan, herhangi bir kişi üzerinde hileli veya yanıltıcı etki bırakacak her türlü ticari işlem ve uygulamada bulunmak” yasaklanmaktadır⁷⁷.

Amerikan hukukundaki düzenlemelerde, manipülasyonun kesin bir tanımı yapılmamakla birlikte, Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından SEC'nin yukarıda yer verilen 10(b)-5 kuralına dayalı olarak, “manipülasyon” tanımı yapılmıştır. Bu kapsamda, Mahkemece, manipülasyon fiilinin gerçekleştirildiği iddialarına yönelik davalarda, fiilde “aldatma” unsurunun varlığı incelenmiştir

Buna göre, 1977 tarihli bir Amerikan Yüksek Mahkemesi kararında⁷⁸ (*Santa Fe Industries, Inc-Green*) kararında “manipülasyon” suçunun mevcudiyetinden

Common Market Law Review, 41(3), 2004, s.711-712; Omri Yadlin, “Is Stock Manipulation Bad? Questioning the Conventional Wisdom with the Evidence from the Israeli Experience”, *Theoretical Inquiries in Law*, 2(2), 2001, <<https://www7.tau.ac.il/ojs/index.php/til/article/view/219/195>>, Erişim tarihi 20 Ocak 2019, s. 839-842; Daniel R. Fischel/ David J. Ross, “Should the Law Prohibit “Manipulation” in Financial Markets?”, *Harvard Law Review*, (105), 1991, <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1554&context=journal_articles>, Erişim tarihi 30 Aralık 2018, 507-510,

⁷⁵ Çoşkun, s. 36.

⁷⁶ A. A. Sommer, “Rule 10b-5: Notes for Legislation”, *Case Western Reserve Law Review*, 17(4), 1966, <<http://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4414&context=caselrev>>, Erişim tarihi 26 Kasım 2018, s. 1029.

⁷⁷ “Doğrudan ya da dolaylı olarak herhangi bir araçla hileli, aldatıcı veya yapay işlemler gerçekleştirmek, menkul kıymetlere ilişkin önemli hususlarda yanlış açıklama yapmak veya yapıldıkları şartlar doğrultusunda yapılan açıklamaları yanıltıcı kılmamak için gerekli açıklamaları yapmaktan kaçınmak veya herhangi bir menkul kıymetin alım satımı sırasında, herhangi bir kişi üzerinde hileli veya yanıltıcı etki bırakacak her türlü ticari işlem ve uygulamada bulunmak hukuka aykırı kabul edilmiştir” (Çoşkun, s.37; Asuman Turanboy, *İnsider Muameleleri (Şirkete Ait Gizli Bilgilerin Haksız Kullanımı)*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990, s. 27).

⁷⁸ U.S Supreme Court, “Santa Fe Industries, Inc. v. Green”, 430 U.S. 462 (1977), <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/430/462/>>, Erişim tarihi 29 Mayıs 2022.

bahsedebilmek için, hile mutlak bir unsur olarak belirlenmiştir. Bu karar manipülasyonda “hile” unsurunun varlığının tartışıldığı ilk davadır. Anılan davada, örnek manipülatif işlem kalıplarına yer verilmiş ve yatırımcıları yanıltma saikinin bulunduğu, kasıtlı olarak gerçekleştirilen fiiller manipülasyon suçu kapsamında değerlendirilmiştir. Benzer bir mahkeme kararında (*Ernst&Ernst-Hochfelder*) manipülasyon, “kasıtlı bir şekilde menkul kıymetlerin fiyatını etkileyerek, yatırımcıları aldatmak amacıyla tasarlanan davranış” olarak ifade edilmektedir⁷⁹. Ayrıca, anılan kararda bilgiye tam, doğru ve zamanında erişimin bulunmadığı hallerde, manipülasyon fiilinin meydana geldiği belirtilmiştir.

Bazı Amerikan mahkemesi kararlarında ise “manevi unsur”, manipülasyon suçunun varlığında temel alınmıştır. Nitekim, *Chris-Craft Ind-Green* kararı uyarınca⁸⁰, ilgili sermaye piyasası aracı üzerinde büyük miktarlarda alım-satım gerçekleştirilmesi tek başına manipülasyon suçuna vücut vermemektedir. Bu işlemlerin, ilgili sermaye piyasası aracının talebini ya da fiyatını etkileme saiki ile yapılması halinde ancak manipülasyon suçunun varlığından söz edilebilecektir.

Bununla birlikte, SEC tarafından SEA 10-(b) hükmünün verdiği yetkiye dayanılarak, 1996 yılında Regulation M⁸¹ adı altında bir düzenleme yapılmıştır. Altı kuraldan oluşan bu düzenleme, menkul kıymetlerin işlem gördüğü piyasalarda olağan dışı fiyat-miktar hareketliliği yaratan ve ilgili menkul kıymet üzerinde gerçekleştirilen alım ve satım işlemlerini etkileyen manipülatif işlemleri yasaklamaktadır⁸². Regulation M’nin kapsamında, menkul kıymetlerin alım-satım işlemlerinde yüklenici görevinde bulunan firmalar, satış yapan gruptaki dağıtıcılar, kendi adına ve müşteri hesabına işlem gerçekleştiren aracı kurum temsilcileri ile ilgili menkul kıymetin ihraççıları bulunmaktadır.

Öte yandan, SEC tarafından 1938 yılında tesis edilen 10(a)-1 kuralı ile, menkul kıymetlerde açığa satış işlemi (*short sales*) yoluyla gerçekleştirilen manipülasyonun ve buna bağlı olarak ilgili menkul kıymet fiyatında yaşanan düşüşün önlenmesi amaçlanmaktadır. Ancak bu kuralın kapsamının oldukça dar

⁷⁹ U.S Supreme Court, “Ernst & Ernst v. Hochfelder”, 425 U.S. 185 (1976), <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/425/185/>>, Erişim tarihi 13 Haziran 2022; Çağlar Manavgat, *Sermaye Piyasasında İşleme Dayalı Manipülasyon Ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2008, s.9; Doğan Kütükçü, *Sermaye Piyasası Hukuku*, Cilt 2, Beta Yayınları, 2004, s. 471.

⁸⁰ U.S Supreme Court, “Chris-Craft Ind., Inc. v. Piper Aircraft Corp.”, 430 U.S. 1 (1977), <<https://casetext.com/case/chris-craft-ind-inc-v-piper-aircraft-corp>>, Erişim tarihi 13 Haziran 2022.

⁸¹ Regulation M, <<https://www.law.cornell.edu/cfr/text/17/part-242>>, Erişim tarihi 20 Ocak 2019.

⁸² Morrison Foerster, “Frequently Asked Questions About Regulation M”, <<https://media2.mofo.com/documents/faqs-regulation-m.pdf>>, Erişim tarihi 20 Ocak 2019.

olması nedeniyle beklenen etkiyi sağlamadığı öne sürülmektedir. Zira, 10(a)-1 kuralı, tezgahüstü piyasalardaki diğer manipülatif işlemleri ve türev araç satışlarını kapsamamaktadır⁸³.

10(a)-1 kuralına getirilen eleştiriler doğrultusunda, SEC tarafından Regulation SHO (*Regulation of Short Sales*)⁸⁴ adında yeni bir düzenleme tesis edilmiştir. 3 Ocak 2005 tarihinden itibaren yürürlüğe giren Regulation SHO, Amerikan finansal piyasalarında gerçekleştirilen piyasa dolandırıcılığı dahil hileli işlem ve uygulamalara, çıplak açığa satış işlemlerine (*naked short sales*)⁸⁵ ve aracı kurum temsilcilerinin hukuka aykırı işlemlerine yönelik düzenlemeler içermektedir⁸⁶.

Görüldüğü üzere, 1934 tarihli SEA'da piyasa dolandırıcılığına ilişkin düzenlenen çerçeve hükümler, anılan kanunun verdiği yetki çerçevesinde SEC tarafından ihdas edilen kurallar doğrultusunda doldurulmak suretiyle, menkul kıymetler üzerinde gerçekleştirilen işleme ve bilgiye dayalı manipülasyon açıkça yasaklanmıştır. Bununla birlikte, 1934 tarihli SEA'da tezgahüstü türev araçlar bakımından piyasa dolandırıcılığını yasaklayan açık bir hüküm bulunmadığından, anılan düzenlemenin uygulama alanı sınırlı kalmıştır⁸⁷.

4. Sarbanes-Oxley Kanunu (*Sarbanes-Oxley Act*)

Sarbanes Oxley Kanunu, ABD'deki pek çok şirket ve muhasebe skandallarının ardından yatırımcıların güvenini tekrar kazanmak ve şirket skandallarının tekrarlamasını önlemek amacıyla 2002 yılında yürürlüğe konulmuştur. Anılan Kanun, halka açık şirketlerde şeffaflığın ve güvenilirliğin sağlanmasını teminen, şirketlere pek çok mali yükümlülük getirdiği gibi, sermaye piyasalarında gerçekleştirilen hileli ve usulsüz işlemlerle mücadeleye yönelik olarak SEC'nin yaptırım gücünü arttırmıştır⁸⁸.

Anılan Kanun'un 303-(a) maddesi, hem gerçek hem tüzel kişiler tarafından muhasebe kayıtları ve defterleri üzerinde tahrifat yapılmasını veya hesapların

⁸³ Chitimira, 57.

⁸⁴ Regulation of Short Sales, <<https://www.law.cornell.edu/cfr/text/17/part-242>>, Erişim tarihi 20 Ocak 2019.

⁸⁵ Yatırımcının menkul kıymete ilişkin takas yükümlülüğünü mutlaka ödünç almak suretiyle gerçekleştirmesine çıplak açığa satış (*naked short sale*) denilmektedir (Karabacak, s. 11).

⁸⁶ Alan R. Palmiter, *Securities Regulation: Examples and Explanations*, 3. Bası, Aspen, 2005, s. 269.

⁸⁷ Nelemans, s. 6.

⁸⁸ Zeki Aksoy, *Türk Sermaye Piyasası Hukukunda İçerden Öğrenenlerin Ticareti Suçu*, Seçkin Yayınevi, 2018, s. 60.

denetimini etkileyecek şekilde uygun olmayan işlemlerin veya uygulamaların gerçekleştirilmesini yasaklamıştır.

Ayrıca, SEC, Sarbanes Oxley Kanunu'nun uygulanmasını sağlamak, ihraççının finansal raporlarının denetlenmesinin dürüst şartlar altında yapılmasını temin etmek ve idari yönetimin şeffaflığını sağlamak amacıyla Regulation 13(B)-2 adı altında⁸⁹ kurallar ihdas etmiştir. Bu kurallar, ihraççının yöneticisi, personeli ya da yönetimi altında bulunan diğer kişiler tarafından, finansal raporların dikkatli ve özenli şekilde denetlenmesini sağlamakta ve doğru raporlama yapılmasını engelleyecek nitelikteki hareketleri yaptırıma bağlamaktadır.

5. Emtia Borsaları Kanunu (*Commodity Exchange Act*) ve Amerikan Emtia Vadeli İşlemleri Ticaret Komisyonu (CFTC)

Emtiaya dayalı vadeli işlem sözleşmelerinde⁹⁰ ve diğer türev araçlarda piyasa dolandırıcılığı prensip olarak 1936 tarihli Emtia Borsaları Kanunu (*The Commodity Exchange Act*)⁹¹ uyarınca yasaklanmıştır. Anılan Kanun'un Code § 9 hükmü uyarınca doğrudan ya da dolaylı olarak, emtiada, vadeli işlem sözleşmelerinde veya opsiyon sözleşmelerinde, yatırımcıları yanıltmaya veya emtialara ilişkin yapay fiyat oluşumuna yönelik fiilleri gerçekleştirmek veya bu fiilleri gerçekleştirmeye teşebbüs etmek yasaklanmıştır. Ayrıca, eyaletler arası gerçekleştirilen ticaret, e-posta veya herhangi bir iletişim aracı yoluyla emtiaların fiyatlarını etkilemeye yönelik olarak bilerek ve isteyerek yanlış veya yanıltıcı bilgi vermek, bu bilgiyi yaymak, rapor hazırlamak veya emtiaya ilişkin bilginin yanlış veya yanıltıcı olmasını dikkate almamak veya bu bilgiyi ihmal etmek de hukuka aykırı kabul edilmektedir.

Amerikan Emtia Vadeli İşlemleri Ticaret Komisyonu (CFTC), Emtia Borsaları Kanunu'nun piyasa dolandırıcılığına ilişkin çerçeve düzenlemelerinin içini doldurmak amacıyla kurallar ihdas eden ve bu kuralların uygulanmasını sağlayan

⁸⁹ SEC'nin ihdas ettiği Regulation 13(B)-2, <<https://www.sec.gov/rules/final/34-47890.htm>>, Erişim tarihi 23 Ocak 2019.

⁹⁰ Vadeli işlem sözleşmesi (futures), sözleşmenin taraflarına, standartlaştırılmış miktar ve kalitedeki bir malı, kıymeti veya finansal göstergiyi, sözleşmede belirlenen ileri bir tarihte, bugünün değeri üzerinden anlaşılan fiyattan alma veya satma yükümlülüğü veren sözleşmedir (Borsa İstanbul A.Ş., Vadeli İşlem Sözleşmeleri, <<https://www.borsaistanbul.com/tr/sayfa/117/vadeli-islem-sozlesmeleri>>, Erişim tarihi 23 Ocak 2019). Bu sözleşmelerin ortak özelliği, borsada birbirini tanımayan kişiler arasında gerçekleştirilen ve standardize edilen sözleşmeler olmasıdır. Futures sözleşmesine konu olan şey bir emtia ise "emtia futures" (*Commodity Futures*), sözleşmenin konusu finansal bir ürüne ilişkin ise "finansal futures" (*Financial Futures*) sözleşmesi adını almaktadır. (Olcaç Işık, "Hukuki Açından Borsa ve Türleri", *Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (1), 2012, <http://yalova.edu.tr/Files/UserFiles/83/10_Isik.pdf> Erişim tarihi 24 Ocak 2019, s.236.)

⁹¹ The Commodity Exchange Act, <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/7/chapter-1>>, Erişim tarihi 24 Ocak 2019.

ana düzenleyici kurumdur⁹². Nitekim, Emtia Borsası Kanunu kapsamında, CFTC piyasa dolandırıcılığı fiilini gerçekleştiren kişilere karşı, idari yaptırımların yanı sıra özel hukuka ilişkin yaptırımlar uygulama yetkisini de haizdir⁹³.

6. Emtia Vadeli İşlemlerin Modernizasyonu Kanunu (*Commodity Futures Modernization Act*)

2000 yılında yürürlüğe giren Emtia Vadeli İşlemlerin Modernizasyonu Kanunu (*Commodity Futures Modernization Act*)⁹⁴, Amerikan finansal piyasalarının gelişmesi açısından oldukça önemli bir adım olarak görülmektedir. Zira, anılan Kanun ile on sekiz yıl boyunca tezgahüstü türev piyasalarda⁹⁵ ticaret yapma yasağı yürürlükten kaldırılmış ve tezgahüstü piyasalarda işlem gören türev araçlar⁹⁶ yeni bir sermaye piyasası aracı olarak kabul edilmiştir. Ayrıca, SEC ve CFTC arasındaki görev ayrımı net bir şekilde belirlenmiş⁹⁷ ve her iki kurumun sorumlu olduğu alanlar açıklığa kavuşturulmuştur.

Buna göre, hem CFTC hem de SEC piyasa dolandırıcılığı fiilini işleyen herhangi bir kimseye karşı gerekli prosedürleri işletme yetkisini haizdir. Ancak, SEC'nin yetkisi sadece tek hisseli vadeli işlemlerde (*single stock future*)⁹⁸ gerçekleşen ihlallerle sınırlıdır. CFTC'nin münhasıran yetkili olduğu vadeli

⁹² CFTC Federal düzeydeki kuralların 17 nci başlığı altındaki kuralları yayımlamak için yetkilendirilen bir otoritedir; CFTC kuralları, <<https://www.law.cornell.edu/cfr/text/17/chapter-I>>, Erişim tarihi 24 Ocak 2019.

⁹³ Chitimira, s. 59-60.

⁹⁴ Commodity Futures Modernization Act, <<https://www.congress.gov/106/bills/hr5660/BILLS-106hr5660ih.pdf>>, Erişim tarihi 24 Ocak 2019.

⁹⁵ Sermaye Piyasası Kurulu'nun "III-37.1 sayılı Yatırım Hizmetleri Ve Faaliyetleri İle Yan Hizmetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliği"nin "Tanımlar ve kısaltmalar" başlıklı 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (n) bendinde tezgahüstü piyasalar, Borsalar ve teşkilatlanmış diğer pazar yerleri dışında kalan piyasalar olarak tanımlanmıştır.

⁹⁶ Tezgahüstü türev araçlar, borsalarda alınıp satılmayan, sözleşme koşullarının finansal kurumlar ile müşterileri arasında özel olarak belirlendiği, mal ve döviz fiyatlarına, faize ve borsa endeksine dayalı finansal ürünlerdir (İhsan Ersan, *Finansal Türevler-Futures, Options, Swaps*, 2. Baskı, Literatür, 1998, s. 65).

⁹⁷ Amerikan Hukuku'nda, türev araçların hangi komisyonun görev alanına girdiği hususunda tartışmalar mevcuttur. Bu tartışmanın temel sebebi, türev araçların Menkul Kıymetler Borsası Kanunu veya Emtia Borsası Kanunu kapsamına girip girmediğinin tespitindeki güçlüklerdir (Ayşe Dilşad Keskin, *Swap İşlemi ve Hukuki Niteliği*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2007, s. 14).

⁹⁸ Tek hisseli vadeli işlemler, iki yatırımcı arasında imzalanan ve satıcının önceden belirlenmiş gelecek bir zaman için tek bir pay piyasasında 100 lot için özel bir fiyat ödemeyi kabul ettiği, satıcının da gelecekte belirlenmiş bir zaman diliminde hisse senedini teslim etmeyi taahhüt ettiği sözleşmedir (Borsa İstanbul A.Ş., Tek Hisseli Vadeli İşlemler, <<https://www.borsaistanbul.com/en/sayfa/3078/single-stock-futures>>, Erişim tarihi 30 Aralık 2021).

işlemlerde gerçekleşen ihlaller bakımından ise SEC'nin herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır⁹⁹.

Bu çerçevede, Emtia Vadeli İşlemlerin Modernizasyonu Kanunu uyarınca, tezgahüstü piyasalarda gerçekleştirilen türev işlemler (*over the counter derivative transaction*) ve tek hisseli vadeli işlemler (*single stock future*) üzerinde gerçekleştirilen piyasa dolandırıcılığı, bir başka deyişle emtia bazlı piyasa dolandırıcılığı yasaklanmıştır.

7. Dodd – Frank Wall Street Reformu ve Tüketiciyi Koruma Kanunu (Dodd Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act-Dodd Frank Act)

2010 yılında yürürlüğe giren Dodd Frank Kanunu¹⁰⁰, Amerika'da 2008 yılında büyük finansal krize neden olan ve regüle edilmeyen kaldıraçlı alım satım işlemlerini ve türev sermaye piyasası araçlarını düzenleyen ve denetim altına alan bir düzenlemedir. Anılan Kanun ile CFTC'ye vadeli işlem piyasalarında gerçekleştirilecek hileli ve aldatıcı eylemlerin önlenmesine yönelik olarak geniş bir yetki verilmiştir.

Dodd Frank Kanunu sec.753/1 uyarınca; herhangi bir kişinin doğrudan ya da dolaylı olarak bir swap anlaşmasında, emtia veya vadeli işlem sözleşmesinde kamuya açıklanmayan, sermaye piyasası aracının fiyatında, değerinde etkili olacak hileli veya aldatıcı işlemler yapması yasaklanmıştır. Anılan maddenin ikinci fıkrasında ise; herhangi bir kişinin kanun uyarınca Komisyon'a sunması gereken raporda veya swap anlaşmasında veya eyaletler arası emtia veya vadeli işlem sözleşmesinde yanlış veya yanıltıcı bilgi vermesi, yatırımcılar üzerinde yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla açıklanması gereken önemli bilgileri açıklamaması fiili hukuka aykırı kabul edilmiştir¹⁰¹.

Diğer yandan, Dodd Frank Kanunu sec. 753, Emtia Borsaları Kanunu sec. 6 (c) olarak yeniden düzenlenmiştir. Anılan hüküm uyarınca, eyaletler arası yapılan swap¹⁰², emtia veya vadeli işlem sözleşmelerine ilişkin alım veya satımlarda

⁹⁹ Chitimira, s. 60.

¹⁰⁰ Dodd Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act-Dodd Frank Act, <https://www.cftc.gov/sites/default/files/idc/groups/public/@swaps/documents/file/hr4173_en_rolledbill.pdf>, Erişim tarihi 30 Aralık 2021.

¹⁰¹ Kaval, s. 57.

¹⁰² Swap sözleşmesi; tarafların, sözleşme süresince birbirlerine, temeldeki finansal işlemden bağımsız olarak dönemsel ödemelerin, karşılıklı olarak, aynı veya farklı para birimleri ile ifasını taahhüt ettikleri bir sözleşmedir (Keskin, s. 43).

gerçekleştirilen bilgi bazlı ve işlem bazlı piyasa dolandırıcılığının yasaklanmasına ilişkin olarak CFTC'nin kural ihdas etme yetkisi bulunmaktadır¹⁰³.

Ayrıca, Dodd Frank Kanunu, doğrudan veya dolaylı olarak swap veya emtia bazlı piyasa dolandırıcılığını gerçekleştirme fiilinin yanı sıra bu fiilleri gerçekleştirmeye teşebbüs edilmesini de yasaklamaktadır.

B. Piyasa Dolandırıcılığına İlişkin Öngörülen Yaptırımlar ve Hukuki Tazmin Sorumluluğu

1. Cezai Yaptırım

ABD'de, piyasa dolandırıcılığı fiilini gerçekleştiren kişilere karşı idari ve cezai yaptırımın uygulanmasının yanı sıra bu kişilerin hukuki tazmin sorumluluğu da bulunmaktadır. 1933 tarihli Menkul Kıymetler Kanunu sec. 24 uyarınca, hileli işlemleri yasaklayan hükümleri kasıtlı olarak ihlal eden kişi hakkında azami beş yıl hapis cezası ile birlikte 10.000 Amerikan doları adli para cezasına hükmedilmektedir. 1934 tarihli SEA sec. 32 (c)-(2)(A) hükmü uyarınca ise, bilerek ve isteyerek piyasa dolandırıcılığını gerçekleştiren kişiye üst sınırı 100 bin dolar adli para cezası veya azami beş sene hapis cezası veya her iki yaptırıma birlikte hükmedilmektedir.

Görüldüğü üzere, gerek 1933 tarihli Menkul Kıymetler Kanunu sec. 23 gerek 1934 tarihli SEA sec. 32 (c)-(2)(A) incelendiğinde, manipülasyon suçunun kasıtlı işlenebilen bir suç olduğu görülmektedir. Bununla birlikte, SEC'nin 10(b) maddesi uyarınca kendisine verilen yetki doğrultusunda manipülasyona ilişkin ihdas ettiği kuralları bilmediğini ispatlayan kişi cezalandırılmamaktadır¹⁰⁴.

Öte yandan, 1934 tarihli SEA kapsamında, bilgiye dayalı manipülasyon ve diğer faaliyetler vasıtasıyla gerçekleştirilen manipülatif işlemlerin bir ortaklık veya tüzel kişinin yetkilisi/temsilcisi tarafından kasıtlı bir şekilde işlenmesi durumunda ise, diğer kişilere nazaran daha ağır bir cezai müeyyide tesis edilmektedir. Anılan hukuka aykırı fiilleri gerçekleştiren failer hakkında azami 20 yıl hapis cezası ile birlikte azami 25 milyon Amerikan Doları adli para cezası veya üst sınırı 5 milyon Amerikan doları olmak üzere ayrı bir para cezası tesis edilmektedir¹⁰⁵.

Ayrıca, Emtia Borsası Kanunu (*Commodity Exchange Act*) sec. 13 (a) uyarınca, emtia bazlı piyasa dolandırıcılığı gerçekleştiren tüzel kişiler hakkında

¹⁰³ CFTC tarafından Emtia Borsaları Kanunu sec. 6(c) uyarınca ihdas edilen Rule 180.1 ve 180.2, <https://www.cftc.gov/sites/default/files/idc/groups/public/@newsroom/documents/file/amaf_qa_final.pdf>, Erişim tarihi 29 Ocak 2019.

¹⁰⁴ Kütükçü, s. 239.

¹⁰⁵ Chitimira, s. 61.

azami 500 bin Amerikan doları tutarında adli para cezası tesis edilmektedir. Gerçek kişiler hakkında ise üst sınırı 5 yıl hapis cezası ile birlikte azami 100 bin dolar adli para cezası uygulanabileceği gibi bu yaptırımlar seçimlik olarak da tesis edilebilir.

ABD’de piyasa dolandırıcılığı suçunu işleyen kişi hakkında mahkumiyet hükmü tesis edilmesine ilişkin olarak “*Michael Coscia Olayı*” örnek gösterilebilir. 2011 yılında, üç aylık süre boyunca yüksek frekanslı ve vadeli işlemler gerçekleştiren Michael Coscia hakkında, türev araçların fiyatını etkileyecek şekilde manipülatif işlemler gerçekleştirmesi ve bu işlemlerden dolayı yaklaşık 1.6 milyon Amerikan doları tutarında kâr elde edilmesi nedeniyle, 3 yıl hapis cezasına hükmedilmiştir¹⁰⁶. Michael Coscia, “*piyasada ilgili finansal aracın fiyatına ve talebine ilişkin yanıltıcı izlenim yaratmak amacıyla, verdiği yüksek miktarlarda alım/satım emrini gerçekleştirmeden önce iptal etmek*” olarak bilinen spoofing¹⁰⁷ yöntemiyle türev araçlar üzerinde piyasa dolandırıcılığı gerçekleştirmiş ve Emtia Borsası Kanunu uyarınca cezalandırılmıştır. Michael Coscia, 2010 tarihli Dodd-Frank Yasasına göre piyasa dolandırıcılığının yasaklandığı hükümlerin ihlali nedeniyle hakkında hapis cezasına hükmedilen ilk kişidir.

Önemle belirtmek gerekir ki, Sarbanes Oxley’de piyasa dolandırıcılığı suçunu işleyen kişi hakkında diğer kanunlarda belirlenen ceza miktarlarından daha yüksek oranlarda cezai müeyyideler belirlenmiştir. Buna göre, anılan Kanun’un sec. 807 uyarınca, şirketlerin finansal raporlarına, muhasebe defterleri ve kayıtlarına ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı açıklamalar yapmak suretiyle hileli işlemler gerçekleştiren ve piyasa dolandırıcılığı fiilini işleyen kişiler hakkında, 5 milyon Amerikan dolarına kadar adli para cezası ve 20 yıla kadar hapis cezasına hükmedilmektedir. Ayrıca, piyasa dolandırıcılığı fiilinin işlenmesinde katkısı bulunan tüzel kişiler hakkında azami 25 milyon Amerikan doları tutarında para cezası uygulanmaktadır.

2. Hukuki Tazmin Sorumluluğu

1933 tarihli Menkul Kıymetler Kanunu sec. 20(d) ve 1934 tarihli SEA sec.21 (d)(3) uyarınca SEC, piyasa dolandırıcılığı fiilini gerçekleştiren veya bu fiilin gerçekleştirilmesine yardım eden, tavsiye veren, yönlendirme yapan kişiler hakkında hukuki yaptırım uygulama yetkisi ile donatılmıştır. Buna göre SEC, piyasa dolandırıcılığı fiilini gerçekleştiren ancak şirket yetkilisi olmayan kişiler hakkında 50 bin Amerikan dolarına kadar, diğer kişiler hakkında ise 250 bin Amerikan dolarına kadar ya da bu kişilerin elde ettiği menfaatin iki katı kadar para cezası tesis

¹⁰⁶ United States of America V. Michael Coscia, <https://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1869999.html#footnote_2>, Erişim tarihi 1 Nisan 2019.

¹⁰⁷ Lin, s. 1290.

edebilmektedir. Ayrıca, SEC piyasa dolandırıcılığı suçundan menfaat elde edilmesi halinde, failin elde ettiği menfaati iade etmesini (*disgorgement*) sağlama yetkisini de haizdir. Bununla birlikte, 10b-5 kuralının ihlali halinde uygulanacak hukuki yaptırıma ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Zarar gören yatırımcılar, genel hukuk hükümlerine göre, zararlarının tazmini için hukuki yollara başvurabilmektedir¹⁰⁸.

Emtia bazlı piyasa dolandırıcılığı bakımından ise, Emtia Borsası Kanunu (*Commodity Exchange Act*) sec. 25 uyarınca, CFTC tarafından piyasa dolandırıcılığı fiilini gerçekleştiren veya bu fiile iştirak eden kişiler hakkında hukuki yaptırım uygulanabilmektedir. Nitekim, Emtia Borsası Kanunu sec. 6(c) uyarınca, CFTC emtia bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunu işleyen faili, bu suçtan menfaat elde etmesi halinde elde ettiği menfaatin iadesine ve menfaatin üç katı tutarında ya da 1 milyon Amerikan dolarına kadar para cezası ödemeye mahkum edebilmektedir. Fail tarafından ödenen bu para cezası ve iade edilen menfaat, yatırımcıların zararının karşılanması amacıyla kurulan ve CFTC tarafından kontrol edilen fonda tutulmaktadır¹⁰⁹.

Sarbanes Oxley Kanunu sec. 303(a) hükmü, SEC'ye, halka açık şirketlerin muhasebe defter ve kayıtlarında, finansal raporlarında yanlış veya yanıltıcı açıklama yapmak suretiyle hileli işlemler gerçekleştiren kişileri, anılan fiiller nedeniyle zarar gören yatırımcıların zararlarını karşılayacak şekilde tazminata mahkum edebilme yetkisi tanımıştır.

3. İdari Yaptırım/Tedbir

SEC'nin piyasa dolandırıcılığı suçunu gerçekleştiren kişilere karşı idari yaptırım uygulama yetkisi bulunmaktadır. Buna göre, 1933 tarihli Menkul Kıymetler Kanunu sec. 8A, 8(b) ve(d) hükümleri ile 1934 tarihli SEA sec. 21C uyarınca, SEC tarafından ilgili pay piyasasında manipülatif fiiller gerçekleştirilen kişi hakkında geçici işlem yapma yasağı veya işlem yapmaktan sürekli olarak men etme kararı verilebilmektedir.

C. Piyasa Dolandırıcılığını Yasaklayan Hükümleri Uygulayan Yetkili Birimler

1. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Rolü (SEC ve CFTC)

ABD'de son yıllarda pay piyasasında, türev araç piyasasında ve emtia piyasasında gerçekleştirilen piyasa dolandırıcılığına ilişkin olarak etkin bir mücadele

¹⁰⁸ Rehena Cassim, "An Analysis of Market Manipulation Under The Securities Services Act 36 of 2004 (Part2)", *SA Merc LJ* 177, 20(2), 2008, s. 192-193.

¹⁰⁹ Chitimira, s. 63.

sürdürülmektedir. Bu mücadelenin temelinde caydırıcı yaptırımlar içeren yasal düzenlemeleri uygulayan piyasa aktörleri de bulunmaktadır. Zira, ABD’de düzenleyici ve denetleyici kurumların mahkemeler ile yaptığı etkin işbirliği sonucunda, piyasa dolandırıcılığı fiili tespit edilmekte ve fail hakkında caydırıcı cezai, hukuki ve idari yaptırımlar uygulanmaktadır.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, Amerika’da finansal piyasaları düzenleme ve denetleme görevini haiz birden çok otorite bulunmaktadır. CFTC türev araçlarda, vadeli işlem sözleşmelerinde ve emtialarda gerçekleştirilen piyasa dolandırıcılığı fiillerini yasaklayan hükümlerin uygulanmasını sağlama ve denetim yapma yetkisini haiz ayrı tüzel kişiliği olan düzenleyici ve denetleyici otoritedir¹¹⁰. Anılan kurum, emtia bazlı vadeli işlem sözleşmelerinde işleme ve bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı fiilini işleyen kişilere karşı para cezası tesis edebileceği gibi, zarar gören yatırımcılar adına özel hukuk hükümleri uyarınca failin elde ettiği menfaatin iadesini sağlama, tazminat davası açma gibi hukuki yaptırımlara başvurma yetkisini de haizdir.

SEC ise, ABD’de menkul kıymet piyasalarında federal düzeyde getirilen yasal düzenlemeleri uygulamak ile sorumlu olan ayrı tüzel kişiliği haiz bağımsız bir otoritedir. New York Borsası’nın (*New York Stock Exchange*) yanı sıra Ulusal Sermaye Piyasaları Aracı Kurumlar Birliği (*National Association of Securities Dealers*) SEC’ye bağlı olarak faaliyet sürdürmektedir¹¹¹. SEC, sermaye piyasası alanındaki yasal düzenlemeleri uygulama yetkisinin yanı sıra, kural koyma ve mevcut kuralları yürürlükten kaldırma yetkisini de haizdir. Nitekim, yukarıda belirtildiği üzere, SEC tarafından 1934 tarihli SEA’nın kendisine verdiği yetkiye dayanarak 10b-5 kuralı ihdas edilmiştir. Anılan kural piyasa dolandırıcılığına ilişkin kapsamlı yasaklar getiren ve uygulamada yargı içtihatlarına konu olan çerçeve düzenleme niteliğini haizdir¹¹².

Öte yandan, SEC, tezgahüstü piyasalarda işlem gören türev araçlar ve emtia bazındaki vadeli işlem sözleşmelerine ilişkin düzenleme yapma ve denetleme görevini haiz CFTC ile işbirliği içinde çalışmaktadır. CFTC, türev araç piyasasında ve emtialar üzerinde gerçekleştirilen piyasanın kötüye kullanılmasına ilişkin uygulamaları tespit etme ve araştırma yetkisini haiz iken, SEC ise, regüle edilmiş piyasalarda sermaye piyasası araçlarına ilişkin piyasanın kötüye kullanılması uygulamalarını yasaklayan federal kanunları yürütme görevini haizdir. Ancak her iki

¹¹⁰ Chitimira, s. 76.

¹¹¹ Chitimira, s. 77; Palmiter, s. 402-415.

¹¹² Manavgat, s. 23.

Kurum da piyasa dolandırıcılığına ilişkin cezai ve hukuki yaptırımların uygulanmasında aktif bir işbirliği içerisinde görevlerini yürütmektedir¹¹³.

SEC, yatırımcıların korunması, güvenilir ve adil bir sermaye piyasasında işlem yapılması ve piyasanın kötüye kullanılması uygulamalarına ilişkin olarak bilgi suiistimali (*insider trading*) ve piyasa dolandırıcılığı (*market manipulation*) fiillerine yönelik etkili bir mücadele vermek amacıyla kurulmuştur¹¹⁴. Bu kapsamda, Kurumsal Yönetim (*Corporate Finance*), Piyasa Düzenlemesi (*Market Regulation*), Yatırım Yönetimi (*Investment Management*) ve Denetleme (*Enforcement*) Birimi olmak üzere dört ana bölüme ayrılmıştır¹¹⁵.

Denetleme Birimi'nin,

- ✓ Bilgi suiistimali, piyasa dolandırıcılığı gibi hileli işlemlere ilişkin yeminli ifade ve beyan alma, tanıkları mahkemeye çağırma, inceleme konusuna ilişkin delil toplama ve uygun görülmesi halinde herhangi bir belgenin kanıt olarak sunulmasını sağlama gibi geniş bir soruşturma yapma¹¹⁶,
- ✓ Sarbanes Oxley Kanunu sec. 1103 hükmü ile değiştirilen 1934 tarihli SEA sec. 21C-(c) hükmü uyarınca, ihraççı, genel müdür, yönetici, denetçi, aracı kurum ya da şirket çalışanı tarafından federal düzeyde sermaye piyasası kanunlarının muhtemel olarak ihlal edildiğine yönelik devam eden soruşturma sırasında, ihraççının bu kişilere yapacağı olağan dışı ödemelerin (*extraordinary payments*) geçici olarak 45 günlüğüne durdurulmasına yönelik Mahkeme'den talepte bulunma¹¹⁷,
- ✓ Piyasa dolandırıcılığı suçunu işleyen kişilerin yönetici olmalarının belirli bir süre yasaklanmasını Mahkeme'den talep etme,
- ✓ Sarbanes-Oxley Kanunu sec. 308 (a) uyarınca oluşturulan "Yatırımcıları Tazmin Fonu"nu (Fair Fund) yönetme,

¹¹³ Chitimira, s. 104.

¹¹⁴ Palmiter, 29.

¹¹⁵ Chitimira, 78.

¹¹⁶ Erman Çete, *Yatırımcı Mağduriyetinin Giderilmesinde ABD Fair Fund Uygulamasının Türkiye İçin Analizi*, Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlik Etüdü, Ankara 2013, s. 14.

¹¹⁷ Mahkeme tarafından ihraççının ödemeleri 45 günlük faizli bir hesapta tutulmaktadır. Mahkeme tarafından gerekli görülmesi halinde bu süre 45 gün daha uzatılabilir (Christine J. Unger, "Section 1103 Of The Sarbanes-Oxley Act: Securities And Exchange Commission V. Gemstar-Tv Guide International, Inc., And The Ninth Circuit's Interpretation Of "Extraordinary Payments", *Western New England Law Review Symposium: Issues In Community Economic Development*, 29(1), 2006-2007, <<https://digitalcommons.law.wne.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1072&context=lawreview>> Erişim tarihi 8 Eylül 2019, s. 239).

- ✓ SEC adına idari işlemlerde bulunulması ya da mahkemelerden ve idare hukuku yargıçlarından yaptırımlarda bulunulmasının talep edilmesi ve davaların takip edilmesi,
- ✓ Failin piyasa dolandırıcılığı suçu sonucunda elde ettiği menfaatin iadesini (*disgorgement*) sağlama,
- ✓ Piyasa dolandırıcılığına ilişkin yasaların ihlalinin SEC'ye raporlayan muhbirlerle (*whistle-blower*) ödül verme ve önemli imtiyazlar sağlama¹¹⁸ yetkisi bulunmaktadır¹¹⁹.

Uygulama biriminin 2020 yılındaki Yıllık Faaliyet Raporu incelendiğinde, SEC'nin bağımsız (*stand alone*) olarak incelediği 405 dosyanın %5'i piyasa dolandırıcılığına ilişkindir¹²⁰.

Diğer yandan, SEC'nin Sarbanes-Oxley Kanunu sec. 308 (a) kapsamında, tesis ettiği idari para cezalarını, sermaye piyasası suçları neticesinde zarara uğrayan yatırımcıların tazmini amacıyla oluşturulacak fona ekleyebilme yetkisi bulunmaktadır. Faillerin sermaye piyasası mevzuatı ihlallerinden elde ettiği menfaatin iadesinden (*disgorgement*) ve idari para cezalarından oluşan “Yatırımcı Tazmin Fonu” (*Fair Fund*) aracılığıyla, sermaye piyasası mevzuatına aykırılık teşkil eden işlemler sebebiyle zarara uğrayan yatırımcıların tazmini sağlanmaktadır¹²¹.

Bu kapsamda, SEC tarafından 2020 yılında piyasanın kötüye kullanılması uygulamaları nedeniyle zarar gören yatırımcılara 602 milyon Amerikan doları para dağıtılmıştır. Ayrıca, yatırımcı tazmin fonundan 800 bin kişiye ve mahkeme tarafından atanan kayımlara yapılan ödeme de bu dağıtıma dahildir. SEC tarafından 2020 yılında toplam 1.091 milyar Amerikan doları para cezası uygulanmış ve 3.589 milyar dolar tutarında faillerin sermaye piyasası suçlarından elde ettiği menfaatin iadesi sağlanmıştır¹²².

¹¹⁸ Dodd Frank Yasası sec. 922 uyarınca, SEC'nin muhbir ödüllendirme programı kapsamında, muhbirlerle verilen teşvikler için Yatırımcıları Koruma Fonu kurulmuştur (Whistle Blower Program Annual Report to Congress, 2018, <<https://www.sec.gov/files/sec-2018-annual-report-whistleblower-program.pdf>> Erişim tarihi 9 Şubat 2018, s. 29).

¹¹⁹ Chitimira, s. 79.

¹²⁰ SEC, *Annual Report Division of Enforcement*, 2020, <<https://www.sec.gov/files/enforcement-annual-report-2020.pdf>>, Erişim tarihi 14 Nisan 2021, s. 16.

¹²¹ Çete, s. 60.

¹²² SEC, *Annual Report Division of Enforcement*, s. 17.

2. Mahkemelerin Rolü

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, SEC Denetim Birimi'nin piyasa dolandırıcılığı fiiline ilişkin incelemelerinin ardından yaptığı tespitler SEC'ye sunulmakta ve SEC tarafından idari, hukuki veya cezai yaptırımlara ilişkin karar alınmaktadır.

Piyasa dolandırıcılığı fiilini işleyen kişilere karşı cezai yaptırımların uygulanmasında Adalet Birimi ve federal mahkemelerin etkin ve ayrıcalıklı bir rolü bulunmaktadır. Adalet Birimi, federal mahkemeler tarafından verilen cezai yaptırımların uygulanmasına ilişkin denetimi gerçekleştirmekte olup sadece SEC tarafından havale edilen piyasa dolandırıcılığına ilişkin cezai dosyaları inceleme altında almaktadır¹²³.

Mahkemeler, piyasa dolandırıcılığını yasaklayan hükümleri çok sıkı ve katı bir şekilde uygulamaktadır. Bu kapsamda, piyasanın kötüye kullanılmasına yönelik fiilleri gerçekleştiren kişiler hakkında oldukça yüksek miktarda para cezaları ve uzun süreli hapis cezaları tesis edilmektedir¹²⁴. Yapılan bir araştırmada, 1978-2004 yılları arasında 755 gerçek kişi ve 40 firma hakkında dava açıldığı tespit edilmiş olup Federal Mahkeme'nin sermaye piyasası suçlarını işleyen 543 kişi hakkında hapis cezasına hükmettiği, sadece 10 kişi hakkında beraat kararı verdiği görülmektedir¹²⁵.

Ayrıca, ABD'nin en büyük finansal skandallarından biri olan WorldCom olayında¹²⁶, mahkeme tarafından 750 milyon Amerikan doları para cezasına hükmedilmiş ve 4 yöneticinin halka açık şirketlerde yönetici olması yasaklanmıştır. Şirket'in CFO'su ile birlikte 4 kişi 32,4 yıl hapis cezasına mahkum edilmiş ve CEO hakkında 27 milyon Amerikan doları para cezası tesis edilmiştir¹²⁷.

Aşağıda ayrıntılı olarak yer verileceği üzere, ABD'de elektrikli otomobil üreticisi Tesla'nın yönetim kurulu başkanı ve CEO'su Elon Musk tarafından Ağustos

¹²³ Palmiter, s. 370.

¹²⁴ Chitimira, s. 86.

¹²⁵ Chitimira, s. 276.

¹²⁶ "Amerika'nın ikinci büyük telekomünikasyon şirketi WorldCom, 2001- 2002 yıllarında hileli ve usulsüz finansal raporlama işlemleri ile karını 3,8 milyar dolar yüksek göstermiş olup anılan miktarı sermaye gideri olarak muhasebelemiştir" (Çoşkun, s. 182; Cengiz Toroman/Bedriye Tunçsiper, "Şirket Skandalları İle Muhasebe Eğitimi Arasındaki İlişki ve Bu Skandalların Muhasebe Eğitim Sistemindeki Yansımaları", *XXVI. Türkiye Muhasebe Eğitim Sempozyumu*, 2007, s. 169).

¹²⁷ John C. Coffee, "Law And The Market: The Impact Of Enforcement", *University of Pennsylvania Law Review*, 156(2), 2007, <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1218&context=penn_law_review>, Erişim tarihi 10 Eylül 2021, s. 274.

2018’de sosyal medya ağı olan Twitter adlı internet sitesinde, Tesla hakkında yapılan yanlış ve yanıltıcı açıklamalar nedeniyle, Tesla ve Elon Musk, ayrı ayrı 20 milyon Amerikan doları tutarında para cezası ödemeye mahkum edilmiştir. Anılan kişiler hakkında tesis edilen toplam 40 milyon Amerikan doları tutarındaki para cezasının ise, hukuka aykırı fiil neticesinde zarar gören yatırımcılara mahkemenin onayladığı süreç doğrultusunda dağıtılmasına karar vermiştir.

Görüldüğü üzere, ABD’de piyasa dolandırıcılığı suçu ile etkin mücadele sadece yasalar düzeyinde değil, yasaları uygulayan mahkemeler ile sermaye piyasalarını düzenleme ve denetleme görevini haiz kurumların (SEC ve CFTC) sıkı bir işbirliği yapması ile sağlanmaktadır. SEC personeli, Adalet Birimi’nde ve mahkemede görevlendirilmek suretiyle, sermaye piyasası suçlarına ilişkin ceza dosyalarının hazırlanmasını kolaylaştırmaktadır. Adalet Birimi, sermaye piyasası suçlarına ilişkin soruşturmalarda yetkin ve uzmanlaşmış personel ekibiyle çalışmakta ve sermaye piyasasına ilişkin ihlallerin nasıl inceleneceğine ilişkin yol gösteren rehberler hazırlamaktadır. Tüm bu hususlar, piyasa dolandırıcılığı suçunun etkin ve caydırıcı bir şekilde cezalandırılmasında uygulayıcıların rolünü açık bir şekilde ortaya koymaktadır.

III. ABD DÜZENLEMELERİ KAPSAMINDA PİYASA DOLANDIRICILIĞINA İLİŞKİN ÖNEM ARZ EDEN ÖRNEK OLAYLAR

A. Tesla Payları Üzerinde Elon Musk Tarafından İşlenen Piyasa Dolandırıcılığı

ABD’nin en büyük elektrikli otomobil üreticilerinden biri olan Tesla Inc.’in Yönetim Kurulu Başkanı Elon Musk tarafından 7 Ağustos 2018 tarihinde sosyal medya ağı “Twitter”da kendisini takip eden 22 milyon takipçisine yönelik olarak; *“Tesla’yi pay başına 420 Amerikan Doları teklifle NewYork Borsası’ndan çekme planını 2 Ağustos’ta yönetim kuruluyla paylaştığı”* ve daha sonra *“Suudi Arabistan Varlık Fonu’nun Tesla’yi borsadan çekme konusunda kendisiyle 2017’den beri görüştüğü”* şeklinde açıklamalarda bulunulmuştur¹²⁸.

Bununla birlikte, Tesla Yönetim Kurulu Başkanı Musk’ın 7 Ağustos 2018 tarihinde, Tesla’nın Suudi Arabistan Varlık Fonu tarafından devralmıya halka kapalı hale getirileceğine ve Tesla’nın pay başına 420 Amerikan doları üzerinden özelleştirileceğine dair açıklamalarının “yanlış ve yanıltıcı” olduğu gerekçesiyle SEC tarafından soruşturma başlatılmıştır. Zira, Elon Musk’ın 7 Ağustos 2018

¹²⁸ United States Securities And Exchange Commission Vs Elon Musk (SEC vs Elon Musk davası), <<https://www.sec.gov/litigation/complaints/2018/comp-pr2018-219.pdf>>, Erişim tarihi 30 Kasım 2019.

tarihinde sosyal medya ağı “Twitter”da yaptığı açıklamalar kesin olmayan ve pek çok belirsizlik unsuru içeren bir işleme ilişkindir¹²⁹.

SEC'ye göre, Musk'ın yaptığı açıklama birçok varsayımdan oluşan yanlış öncüller içermektedir¹³⁰. Zira, Musk'ın Fon temsilcileri ile görüştüğü 31 Temmuz 2018 tarihi ile Twitter'da açıklama yaptığı 7 Ağustos 2018 tarihi arasında Fon'un Tesla'yı devralmasına ilişkin herhangi bir anlaşma şartının konuşulmadığı, dolayısıyla Musk'ın Twitter'da açıkladığı, Fon'un Tesla'yı devralması işleminde pay başına 420 dolar bedel biçilmesine ilişkin şartın gerçek olmadığı tespit edilmiştir.

Bunlara ek olarak, Tesla'nın halka kapalı bir şirkete dönüşmesinden sonra mevcut pay sahiplerinin Şirket'te kalmasını sağlayacak menfaatlerin belirlenmesine ilişkin olarak pay sahipleri ile herhangi bir görüşme yapılmadığı tespit edilmiştir. Yapılan incelemede, Tesla'nın halka kapalı bir şirkete dönüştükten sonra bu şirkete yatırım yapılıp yapılmayacağı ve kurumsal yatırımcılara ilişkin bir sınırlama getirilip getirilmeyeceği hususunda da bir karar bulunmadığı anlaşılmıştır.

Dolayısıyla Musk tarafından, 7 Ağustos 2018 tarihinde Twitter'da yapılan açıklamada, Tesla'nın Fon tarafından devralınması işlemine ilişkin birçok belirsizlik bulunmasına rağmen, taksirli veya kasıtlı olarak yanlış veya yanıltıcı açıklamanın yapıldığı sonucuna varılmıştır¹³¹.

Öte yandan, Musk tarafından ilk açıklamanın yapıldığı 7 Ağustos 2018 tarihinden 13 Ağustos 2018 tarihine kadar konuya ilişkin herhangi bir açıklamada bulunulmamıştır. Musk, 13 Ağustos 2018 tarihinde “*Tesla'nın Halka Kapalı Hale Getirilmesine İlişkin Güncelleme*” başlığı altında Tesla internet günlüğünde (*blog*) bir ilan yayımlamıştır. Buna göre, Musk tarafından Tesla'nın halka kapalı hale getirilmesine ilişkin görüşmelerde bulunduğu ve Tesla yönetimine sunacağı detaylı bir teklifin bulunmadığı açıklanmıştır¹³².

Nitekim, 24 Ağustos 2018 tarihinde, NASDAQ borsasında işlem saatleri kapandıktan sonra, Musk tarafından Tesla'nın internet günlüğünde, Tesla yönetim kurulu üyeleriyle ve pay sahipleriyle yapılan görüşmelerin ardından Şirket'in halka

¹²⁹ SEC, Elon Musk Settles SEC Fraud Charges; Tesla Charged With and Resolves Securities Law Charge, Press Release, <<https://www.sec.gov/news/press-release/2018-226>>, Erişim tarihi 13 Kasım 2018.

¹³⁰ SEC vs Elon Musk Davası, s. 19.

¹³¹ SEC vs Elon Musk Davası, s. 20.

¹³² SEC vs Elon Musk Davası, s. 16.

açık niteliğini devam ettireceği ve borsadan çekilmeyeceği kamuya duyurulmuştur¹³³.

SEC'ye göre, Musk'ın yukarıda ayrıntılı bir şekilde yer verilen açıklamaları, sermaye piyasasında kaosa ve Tesla payları üzerinde işlem gerçekleştiren yatırımcıların zarar görmesine yol açmıştır. Zira, Musk'ın 7 Ağustos 2018 tarihli açıklamasından hemen önce, Tesla'nın borsada işlem görme fiyatı 356.67 Amerikan Doları iken, gün sonunda Musk'ın Twitter'daki ve Tesla internet günlüğündeki açıklamalarından sonra, Tesla paylarının borsa fiyatı %6,42 artarak 379,57 Amerikan dolarına çıkmıştır¹³⁴. Musk'ın Twitter'da yaptığı ilk açıklama Tesla paylarının işlem hacminde ve fiyatında yükselişe yol açmıştır. Bu nedenle, Tesla'dan resmi açıklama gelene kadar NASDAQ tarafından Tesla paylarının borsada işlem görmesi durdurulmuştur.

13 Ağustos 2018 tarihindeki açıklamadan sonra ise, Tesla'nın pay fiyatı Musk'ın Twitter'da ilk açıklama yaptığı 7 Ağustos 2018 tarihinden önce borsada işlem gördüğü fiyatın altına düşmüştür. Buna göre, Musk'ın Tesla'nın Fon tarafından devralınması işleminden vazgeçildiğini açıkladığı 27 Ağustos itibariyle, Tesla'nın pay fiyatı 319.44 Amerikan dolarına kadar inmiştir¹³⁵.

Bu kapsamda, Musk'ın, Suudi menşeli bir Fon tarafından Tesla'nın devralınıp halka kapalı hale geleceğine ilişkin yanlış ve yanıltıcı açıklamalarının sonucu olarak, bu bilginin açıklanmasından sonra fakat doğru bilginin açıklanmasından önce Tesla paylarını satın alan yatırımcıların zarar görmesinde Musk'ın sorumluluğu bulunmaktadır.

Nitekim, SEC Denetim Birimi Genel Müdür Yardımcısı Stephanie Avakian tarafından *"Bir CEO'nun en kritik görevi, doğru ve güvenilir bilgiyi sağlamaktır."* yönünde bir açıklamada bulunmak¹³⁶ suretiyle Elon Musk'ın hem CEO hem de yönetim kurulu başkanı olarak Tesla paylarına yatırım yapan yatırımcılara karşı sorumluluğunun olduğu vurgulanmıştır.

¹³³ NASDAQ Kurallarına göre; borsada payları kote edilmiş halka açık bir şirketin, halka kapalı bir şirkete dönüştürülmesi gibi şirketle ilgili önem arz eden bilgileri kamu ile paylaşmadan en az on dakika önce NASDAQ'a bildirme zorunluluğu bulunmaktadır. Ancak, Musk, 7 Ağustos tarihli tweeti paylaşmadan önce bu yükümlülüğünü yerine getirmemiştir (SEC vs Elon Musk Davası, s.15).

¹³⁴ SEC vs Elon Musk Davası, s. 20.

¹³⁵ SEC vs Elon Musk Davası, s. 21.

¹³⁶ SEC, Elon Musk Settles SEC Fraud Charges; Tesla Charged With and Resolves Securities Law Charge, Press Release, <<https://www.sec.gov/news/press-release/2018-226>>, Erişim tarihi 13 Kasım 2018.

Yukarıda açıklanan hususlar doğrultusunda, SEC'nin şikayeti üzerine, Mahkemeye gönderilen dava dosyasında, Elon Musk'ın 1934 tarihli Menkul Kıymetler Borsaları Kanunu 10-(b) paragrafını ve 10-(b)-5 kuralını ihlal ettiği iddiasında bulunulmuştur. SEC, Elon Musk hakkında halka açık şirketlerde kalıcı olarak yönetici veya müdür görevinde bulunulmasını yasaklama yönünde mahkeme kararı çıkarılmasını istemiştir.

Eylül 2018 sonunda SEC tarafından Elon Musk hakkında açılan davada yürütülen yargılama neticesinde Mahkeme;

“- 1934 tarihli SEA sec. 12 uyarınca, Musk'ın, Tesla'nın yönetim kurulu başkanlığından istifa etmesine, yerine bağımsız bir yönetim kurulu başkanı atanmasına, bu kapsamda, Musk'ın, 3 yıl boyunca Tesla'nın yönetim kurulu başkanlığına seçilmemesine ancak CEO olarak görevini yerine getirmeye devam etmesine,

- Tesla'nın toplam iki bağımsız yönetici seçmesine,

- Tesla'nın bağımsız yöneticilerden oluşan yeni bir komite oluşturmasına ve Musk'ın kamuoyu ile iletişimini kontrol edecek ek prosedürler ve kontrol mekanizmalarının oluşturulmasına,

- 1934 tarihli SEA sec. 21-(d)-(3) uyarınca Musk ve Tesla hakkında ayrı ayrı 20 milyon Amerikan doları para cezasının tesis edilmesine, toplam 40 milyon Amerikan doları tutarındaki paranın, mahkemenin onayladığı süreç uyarınca zarar gören yatırımcılara ödenmesine”

karar vermiştir¹³⁷.

B. LIBOR Manipülasyonu

1986 tarihinden beri kısa vadeli borçlanmayı teminen en güvenilir bankaların birbirlerine uyguladıkları referans faiz oranı olarak tanımlanan LIBOR (Londra Bankalararası Faiz Oranı/*London Interbank Offered Rate*), yaklaşık 350 trilyon Amerikan doları değerindeki finansal enstrümanlar için kullanılmaktadır¹³⁸.

Menşei İngiltere olan uluslararası yatırım bankası Barclays tarafından 2012 yılında gerçekleştirilen manipülatif işlemler “LIBOR skandalı” olarak kayıtlara

¹³⁷ Çoşkun, s. 183, dn. 584; SEC, Elon Musk Settles SEC Fraud Charges; Tesla Charged With and Resolves Securities Law Charge, <<https://www.sec.gov/news/press-release/2018-226>>, Erişim tarihi 13 Kasım 2018.

¹³⁸ “The LIBOR Scandal”, *Review of Banking&Financial Law*, 32(1), 2012, <<https://www.bu.edu/rbfl/files/2013/09/The-LIBOR-Scandal.pdf>> Erişim tarihi 7 Mart 2019, s.2.

geçmiştir. Bu olay, İngiltere’de “Finansal Hizmetler ve Piyasalar Kanunu”¹³⁹ kapsamında piyasa dolandırıcılığına ilişkin önemli değişikliklerin yapılmasının önünü açmıştır.

İlk olarak, 2005-2009 yılları arasında, türev araç ihraççılarının komisyoncularının menfaat elde edeceği şekilde LIBOR tanımına uygun olmayan faiz oranlarının uygulanması suretiyle Barclays türev araç komisyoncuları tarafından faiz oranları manipüle edilmiştir¹⁴⁰. İhraççıların %70’inin türev araçlara ilişkin gelen taleplerinin, 3 Ocak 2006 tarihinden 6 Ağustos 2007 tarihine kadar yanlış faiz oranı üzerinden karşılanması uluslararası arenada LIBOR faiz oranlarına olan güveni oldukça sarsmıştır¹⁴¹. Banka komisyoncuları, yanlış faiz oranı uygulamak suretiyle zararlarını en aza indirmek suretiyle malvarlıklarındaki azalmayı önlemiş, bir başka deyişle LIBOR manipülasyonundan menfaat elde etmişlerdir.

2008 ekonomik krizi ve devamında Barclays’in ödünç alma maliyetlerinin bilinçli olarak olarak düşük gösterilmesi, Barclays tarafından gerçekleştirilen ikinci manipülasyondur. LIBOR, bankaların ödünç alabildiği fonların maliyetini temsil ettiğinden, bazı piyasa katılımcıları, LIBOR oranlarını finansal itibarın yansıması olarak yorumlamaktadır. Bu kapsamda, LIBOR faizinin yüksek olması bankanın likidite sorununun bulunduğu şeklinde bir algıya yol açabilmektedir. Barclays de, finansal itibarını korumak amacıyla LIBOR faiz oranını düşük göstermiştir¹⁴².

¹³⁹ İngiliz hukukunda piyasanın kötüye kullanılması düzenlemelerini uluslararası standartlar doğrultusunda geliştirmek amacıyla, 2000 tarihli Finansal Hizmetler ve Piyasalar Kanunu (*Financial Services and Markets Act 2000* (FSMA)) 1 Aralık 2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Anılan Kanun ile ilk kez piyasanın kötüye kullanılması fiillerine ilişkin olarak özel hukuk yaptırımları (*civil offence*) düzenlenmiş ve mevcut cezai yaptırımlar geliştirilmiştir. Ayrıca, daha önce bilgi suistimali ve piyasa dolandırıcılığı ayrı düzenlemeler altında yer alıyor iken, FSMA ile hem bilgi suistimali hem de piyasa dolandırıcılığı piyasanın kötüye kullanılması başlığı altında tek bir çatı altında toplanmıştır. Piyasa dolandırıcılığı fiilinin sadece sermaye piyasalarında işlem yapmaya yetkili kişiler tarafından gerçekleştirileceğine ilişkin sınırlayıcı düzenleme genişletilmiş ve bu fiilin herkes tarafından gerçekleştirilebileceği hususu düzenleme altına alınmıştır (Manavgat, s.25). “LIBOR skandalından önce, finansal araçlar üzerinde gerçekleştirilen piyasa dolandırıcılığı fiilini cezai müeyyideye bağlayan FSMA sec. 397 hükmü, LIBOR referans faiz oranlarına ilişkin piyasa dolandırıcılığı suçu olarak düzenlememekteydi. LIBOR skandalından sonra hazırlanan 28 Eylül 2012 tarihli Wheatley Raporu’ndaki eleştiriler dikkate alınarak, 2012 tarihli Finansal Hizmetler Kanunu sec. 91 hükmünde LIBOR gibi referans standartlara (*benchmark*) ilişkin yanlışçı açıklamalarda bulunma fiili suç olarak düzenlenmiş ve cezai müeyyideye bağlanmıştır” (The Wheatley Review of LIBOR Final Report, 2012, <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/191762/wheatley_review_libor_finalreport_280912.pdf> Erişim tarihi 7 Mart 2019, s. 84).

¹⁴⁰ Çoşkun, s.89.

¹⁴¹ The LIBOR Scandal, s. 5.

¹⁴² The LIBOR Scandal, s. 6.

Bu kapsamda, Barclays'in 2005-2009 yılları arasında LIBOR ve EURIBOR faiz oranlarına ilişkin yanıltıcı raporlama yapması, manipülasyona teşebbüs olarak nitelendirilmiş olup anılan fiil nedeniyle Barclays hakkında Amerikan Adalet Birimi ve CFTC tarafından 360 milyon Amerikan doları para cezası tesis edilmiştir¹⁴³.

IV. PİYASA DOLANDIRICILIĞININ TESPİTİNDE UYGULANAN MUHBİR PROGRAMI (*WHISTLE-BLOWER PROGRAM*)

Mortgage krizi sonrasında, 2010 yılında çıkarılan Dodd-Frank Kanunu sec. 922'de düzenlenen "muhabirlik sistemi" (*whistle-blower program/whistleblowing*) piyasa dolandırıcılığı suçunun kanıtlanması açısından farklı bir mekanizma getirmektedir. Muhabirlik sistemi, "sermaye piyasasının kötüye kullanılmasını yasaklayan hükümlerin ihlaline ilişkin önemli etkiyi haiz orjinal bilginin SEC'ye gönüllü olarak raporlanması, belirli koşulların varlığı halinde muhabirin Yatırımcı Koruma Fonu'ndan (*Investor Protection Fund*) karşılanan ve SEC tarafından takdir edilen bir miktarda ödül veya teşvik alması" olarak tanımlanmaktadır¹⁴⁴.

Dood Frank Kanunu ile 1934 tarihli SEA'ya "Menkul Kıymetler Muhabir Teşviki ve Koruması" (*Securities Whistleblower Incentives and Protection*) başlığı altında sec. 21F eklenmiştir¹⁴⁵. Ayrıca, anılan Kanun SEC'yi Muhabir Birimi (*Office of the Whistleblower* (OWB)) kurmaya yönlendirmiştir. Bunlara ek olarak, Komisyon 12 Ağustos 2011 tarihinde muhabir sisteminin uygulanmasına ilişkin kuralları (*Final Rules*) yayımlamıştır¹⁴⁶.

1934 tarihli SEA sec. 21F uyarınca muhabir; SEC'ye sermaye piyasası düzenlemelerinin ihlaline ilişkin bilgi veren kişiyi ifade etmektedir. Muhabir tek kişi olabileceği gibi, birlikte hareket eden iki ya da daha fazla kişiden de oluşabilmektedir. Bununla birlikte, muhabirlik sisteminde, SEC'ye bilgi veren herkesin ödüllendirilmesi söz konusu değildir. Hem muhabir olarak seçilecek kişiye hem de muhabir tarafından raporlanacak bilginin niteliğine ilişkin belirli kriterler getirilmiştir.

¹⁴³ The Wheatley Review Of LIBOR: Initial Discussion Paper, 2012, <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/191763/condoc_wheatley_review.pdf> Erişim tarihi 8 Mart 2019, s.14. "Ayrıca, 2012 yılında faaliyette bulunan İngiliz finansal hizmetler yetkili otoritesi tarafından Barclays hakkında, soruşturmanın başında anlaşmaya varılması nedeniyle %30 indirim uygulanmak suretiyle 59.5 milyon Pound tutarında idari para cezası tesis edilmiştir" (Çoşkun, s.88-89; The Wheatley Review Of LIBOR: Initial Discussion Paper, s. 14).

¹⁴⁴ Çoşkun, s.201.

¹⁴⁵ Michael H. Hurwitz / Jonathan Kovacs, "An Overview Of The SEC's Whistleblower Award Program", *Fordham Journal Of Corporate & Financial Law*, 21(3), 2016, s. 533.

¹⁴⁶ SEC, SEC Adopts Rules to Establish Whistleblower Program, <<https://www.sec.gov/news/press/2011/2011-116.htm>>, Erişim tarihi 10 Şubat 2019.

Buna göre, SEC'nin 1 milyon dolardan daha fazla para cezası ile sonuçlanan yaptırımlarına başarılı bir şekilde yön verecek olan ve orijinal niteliği haiz bilgiyi gönüllü olarak SEC'ye getiren seçilmiş kişilere ödeme yapılmaktadır. 1934 tarihli SEA sec. 21F-(b)(1) uyarınca, SEC bir kişinin ödül alabilmeye hak kazanıp kazanamayacağına karar vermektedir¹⁴⁷. Muhbir, SEC'nin kriterlerine göre ödül almaya hak kazanırsa, SEC tarafından uygulanacak parasal yaptırımların %10-%30'u arasında muhbire bir ödeme yapılmaktadır¹⁴⁸.

Muhbire yapılacak ödemenin miktarı SEC tarafından takdir edilmekte olup takdir yetkisi kullanılırken belirli kriterler göz önünde bulundurulmaktadır. Buna göre, "SEC tarafından gerçekleştirilecek işlemlerin başarılı olmasını sağlayacak ölçüde önemli bir bilginin iletilmesi", "muhbirin SEC tarafından uygulanacak işlemlerde sağladığı desteğin derecesi" ile "SEC'nin gerçekleştireceği işlemlerin başarılı olmasını sağlayacak bilgiyi ileten muhbire ödül verilmek suretiyle menkul kıymet yasalarının ihlal edilmesini önlemede menfaatinin bulunması" şeklindeki üç kriter doğrultusunda verilecek ödül miktarı belirlenmektedir¹⁴⁹.

Bu çerçevede, bugüne kadar birçok muhbire SEC tarafından yüksek miktarlarda para ödülleri verilmiştir. Nitekim, 2020 yılı "Muhbir Programı Yıllık Raporu" uyarınca, Program'ın başlangıç tarihi olan 2012 yılından itibaren başlamak üzere 2020 yılı sonu itibarıyla toplamda 106 gerçek kişiye 562 milyon Amerikan dolarının üzerinde para ödülü verilmiştir¹⁵⁰. Program kapsamında muhbirler tarafından sağlanan bilgiler sayesinde, SEC tarafından ihlalde bulunanların elde ettiği 1,4 milyar Amerikan doları tutarındaki haksız kazancın iadesi (*disgorgement*) sağlanmıştır.

Öte yandan, 2018 yılında, SEC tarafından birlikte hareket eden muhbirlerle bugüne kadarki en yüksek para ödülü verilmiştir. ¹⁵¹. Grup olarak değerlendirilen iki muhbir toplam 50 milyon Amerikan doları tutarındaki para ödülünü paylaşmış, üçüncü muhbir ise 33 milyon Amerikan doları tutarında para ödülü almıştır¹⁵². 2020

¹⁴⁷ 1934 tarihli SEA sec. 21F(2) uyarınca, muhbir SEC'ye ilettiği orijinal bilgiyi düzenleyici ve denetleyici kurumlarda veya Adalet Birimi'nde çalışırken elde etmişse, muhbir ödül almak için bir suç işler ve ceza alırsa, muhbir federal menkul kıymet yasalarına göre zorunlu olan finansal raporların denetimini gerçekleştirdiği sırada orijinal bilgiyi elde etmiş ise, ödül almaya hak kazanamaz.

¹⁴⁸ Hurwitz/Kovacks, s. 535.

¹⁴⁹ Çoşkun, s. 202; Hurwitz/Kovacks, s. 536.

¹⁵⁰ Çoşkun, s. 201; SEC, Whistleblower Program Annual Report, 2020, <https://www.sec.gov/files/2020%20Annual%20Report_0.pdf>, Erişim tarihi 25 Mayıs 2021.

¹⁵¹ Çoşkun, s. 201, dn. 622.

¹⁵² Exchange Act Rel. No. 82897 File No. 2018-6 (Mar. 19, 2018) <<https://www.sec.gov/rules/other/2018/34-82897.pdf>>, Erişim tarihi 20 Mayıs 2019; SEC,

yılı Haziran ayında ise, bugüne kadarki en yüksek tutarlı para ödülü bireysel bazda bir muhbire takdim edilmiştir. Buna göre, şirket yetkililerinin görevi kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği hukuka aykırı eylemlere yönelik orijinal bilgileri SEC'e sunan muhbire 50 milyon Amerikan doları tutarında para ödülü verilmiştir¹⁵³.

Önemle belirtmek gerekir ki, muhbirlere verilen bu ödüller, zarar gören yatırımcılara dağıtılacak paralardan değil, SEC'ye sermaye piyasası düzenlemelerini ihlal sonucu ödenen para cezaları aracılığıyla finanse edilen Yatırımcı Koruma Fonu'ndan karşılanmaktadır¹⁵⁴.

Öte yandan, 1934 tarihli SEA'nın ilgili hükümlerinde, muhbirlerin sunduğu bilgiler nedeniyle, haklarında cezai yaptırım uygulanmasını engelleyen birtakım imtiyazlar ve güvenliklerini temin eden düzenlemeler getirilmiştir¹⁵⁵. Bu kapsamda, SEA sec.21F(2) uyarınca, muhbirlerin güvenliğini sağlamak amacıyla, kimlik bilgileri doğrudan ya da dolaylı olarak kamuya paylaşılmamaktadır. Ayrıca, SEA sec.21F(h) uyarınca, muhbirin SEC'ye belirli nitelikteki bilgileri temin etmesi, verilen bilgiler esas alınarak failer hakkında uygulanacak idari ve cezai yaptırımlar için destek vermesi ve hukuka aykırı fiillerin gerçekleştiren kişiler aleyhine tanıklık yapması nedeniyle doğrudan ya da dolaylı olarak herhangi bir cezai yaptırıma tabi tutulamayacağı düzenlenmektedir. Zira, muhbir ile SEC arasında yapılan iş sözleşmesi uyarınca muhbirin fiilleri hukuka uygun sayılmaktadır.

Görüldüğü üzere, piyasa dolandırıcılığına ilişkin yapılan soruşturmalarda muhbirler tarafından belirli kriterleri sağlayan ihlale ilişkin orijinal bilginin yetkili makamlara raporlanması, manipülasyon gibi açığa çıkması oldukça zor olan hukuka aykırılıkların takibini kolaylaştırmaktadır. Yüksek miktarda verilen ödüller oldukça teşvik edici olup SEC'ye raporlanacak bilgilerin kalitesini arttırmaktadır.

SONUÇ

ABD'de bilgi suiistimali ve piyasa dolandırıcılığını da kapsayan piyasanın kötüye kullanılması fiili hem federal seviyede hem de tüm eyaletlerde yasaklanmış olup bu fiili işleyen kişiler hakkında cezai yaptırımların yanı sıra hukuki tazmin

Announces Its Largest-Ever Whistleblower Awards, Press Rel. No. 2018-44
<<https://www.sec.gov/news/press-release/2018-44>> Erişim tarihi 10 Şubat 2019.

¹⁵³ Çoşkun, s. 202; SEC Press Release, SEC Awards Record Payout of Nearly \$50 Million to Whistleblower, <<https://www.sec.gov/news/press-release/2020-126>>, Erişim tarihi 2 Haziran 2021.

¹⁵⁴ Securities Exchange Act of 1934 sec. 21(F)-(g); (1) FUND ESTABLISHED- "There is established in the Treasury of the United States a fund to be known as the "Securities and Exchange Commission Investor Protection Fund"

¹⁵⁵ Çoşkun, s. 202.

sorumluluğu ve idari yaptırım/tedbir mekanizmaları da geliştirilmiştir. Özellikle, piyasa dolandırıcılığına ilişkin Kaliforniya, Vaşington ve Delaware eyaletlerindeki yasal düzenlemeler incelendiğinde, piyasa dolandırıcılığı fiilini gerçekleştirdiği tespit edilen kişiler hakkında hükmedilen para cezaları miktarlarının, fiili işleyen kişinin niteliğine (ihraççı veya aracı kurum temsilcisi olması halinde hükmedilen para cezasının miktarı artmaktadır) ve sebebiyet verdiği zarar miktarına göre değiştiği, 10 yıla varan hapis cezalarının uygulandığı görülmektedir.

Bununla birlikte, anılan eyaletlerde piyasa dolandırıcılığı fiilinin işlenmesine karşı getirilen etkin ve caydırıcı düzenlemelerden biri de hukuki tazmin sorumluluğudur. Buna göre, her eyalette cezai ve idari yaptırım/tedbirlerin öngörülmesinin yanı sıra piyasa dolandırıcılığı fiilini işleyen kişilerin zarar gören yatırımcıların zararını karşılamasına yönelik caydırıcı bir hukuki sorumluluk mekanizması da geliştirilmiştir.

Diğer yandan, işlem bazlı piyasa dolandırıcılığının kanıtlanmasının son derece güç olduğu hususu göz önünde bulundurulduğunda, herhangi bir cezalandırılma korkusu olmaksızın, kanun tarafından özel bir bağlılık ile koruma altına alınan ve belirli koşulları sağlaması halinde ödüllendirilen muhbirler tarafından piyasa dolandırıcılığı fiilini işleyen kişilerin ihbar edilmesini sağlayan özel bir muhbirlik sistemi (*whistleblowing*) öngörülmesi de, hukuka aykırılığın ortaya çıkarılmasında soruşturma makamlarının yürüttüğü denetim ve incelemeleri oldukça kolaylaştırmaktadır.

Federal düzeyde ise, 1933 tarihli Menkul Kıymetler Kanunu'nda doğrudan piyasa dolandırıcılığı fiili yasaklanmamakla birlikte, sermaye piyasalarında bilginin tam, doğru, eksiksiz ve zamanında açıklanmasını ifade eden kamuyu aydınlatma ilkesi yasal düzenleme altına alınmıştır. 1934 tarihli SEA'da ise piyasa dolandırıcılığı fiili ilk kez düzenlenmiştir. Buna göre, piyasa dolandırıcılığına ilişkin düzenlenen çerçeve hükümler, anılan kanunun verdiği yetki çerçevesinde SEC tarafından ihdas edilen kurallar doğrultusunda doldurulmak suretiyle, menkul kıymetler üzerinde gerçekleştirilen işleme ve bilgiye dayalı manipülasyon açık bir şekilde yasaklanmıştır. Bununla birlikte tezgahüstü piyasalarda işlem gören türev araçlar üzerinde gerçekleştirilen piyasa dolandırıcılığına ilişkin anılan Kanun'da herhangi bir düzenleme yer almamaktadır.

2000 yılında yürürlüğe giren Emtia Vadeli İşlemlerin Modernizasyonu Kanunu ile on sekiz yıl boyunca tezgahüstü türev piyasalarda ticaret yapma yasağı yürürlükten kaldırılmış ve tezgahüstü piyasalarda işlem gören türev araçlar yeni bir sermaye piyasası aracı olarak kabul edilmiştir. Diğer yandan, 2002 tarihinde yürürlüğe giren Sarbanes Oxley Kanunu halka açık şirketlerde şeffaflığın ve güvenilirliğin sağlanmasını teminen, şirketlere pek çok mali yükümlülük getirdiği

gibi, sermaye piyasalarında gerçekleştirilen hileli ve usulsüz işlemlerle mücadeleye yönelik olarak SEC'nin yaptırım gücünü arttırmıştır.

2010 tarihinde yürürlüğe giren Dodd Frank Kanunu, ABD'de 2008 yılında büyük finansal krize neden olan ve regüle edilmeyen kaldıraçlı alım satım işlemlerini ve türev sermaye piyasası araçlarını düzenleyen ve denetim altına alan bir düzenlemedir. Anılan Kanun ile CFTC'ye vadeli işlem piyasalarında gerçekleştirilecek hileli ve aldatici eylemlerin önlenmesine yönelik olarak geniş bir yetki verilmiştir. Dodd Frank Kanunu uyarınca; herhangi bir kişinin doğrudan ya da dolaylı olarak bir swap anlaşmasında, emtia veya vadeli işlem sözleşmesinde kamuya açıklanmayan, sermaye piyasası aracının fiyatında, değerinde etkili olacak hileli veya aldatici işlemler yapması fiili ile bu sözleşmelere ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı bilgi vermesi, yatırımcılar üzerinde yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla açıklanması gereken önemli bilgileri açıklamaması fiili hukuka aykırı kabul edilmiştir.

ABD'de, piyasa dolandırıcılığı fiilini gerçekleştiren kişilerin niteliğine göre cezai yaptırım miktarı değişkenlik göstermektedir. Nitekim, bilgiye dayalı manipülasyon ve diğer faaliyetler vasıtasıyla gerçekleştirilen manipülatif işlemlerin bir ortaklık veya tüzel kişinin yetkilisi/temsilcisi tarafından kasıtlı bir şekilde işlenmesi durumunda ise, diğer kişilere nazaran daha ağır bir cezai müeyyide tesis edilmektedir. Anılan hukuka aykırı fiilleri gerçekleştiren failler hakkında azami 20 yıl hapis cezası ile birlikte azami 25 milyon Amerikan Doları adli para cezası veya üst sınırı 5 milyon Amerikan doları olmak üzere ayrı bir para cezası tesis edilmektedir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, Sarbanes Oxley, piyasa dolandırıcılığında en ağır cezai yaptırımların yer aldığı yasal düzenlemelerden biridir. Buna göre anılan Kanun'un sec. 807 uyarınca, şirketlerin finansal raporlarına, muhasebe defterleri ve kayıtlarına ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı açıklamalar yapmak suretiyle hileli işlemler gerçekleştiren ve piyasa dolandırıcılığı fiilini işleyen kişiler hakkında, 5 milyon Amerikan dolarına kadar adli para cezası ve 20 yıla kadar hapis cezasına hükmedilmektedir. Ayrıca, piyasa dolandırıcılığı fiilinin işlenmesinde katkısı bulunan tüzel kişiler hakkında azami 25 milyon Amerikan doları tutarında para cezası tesis edilmektedir.

1934 tarihli SEA sec.21 (d)(3) ve 1933 tarihli Menkul Kıymetler Kanunu sec. 20(d) uyarınca SEC, piyasa dolandırıcılığı fiilini gerçekleştiren ancak şirket yetkilisi olmayan kişiler hakkında 50 bin Amerikan dolarına kadar, diğer kişiler hakkında ise 250 bin Amerikan dolarına kadar ya da elde ettiği menfaatin iki katı kadar para cezası tesis edebilmektedir. Ayrıca, hukuka aykırı fiili gerçekleştiren kişi tarafından menfaat elde edilmesi halinde SEC, failin elde ettiği menfaati iade etmesini

(*disgorgement*) sağlama yetkisini de haizdir. Bununla birlikte, 10b-5 kuralının ihlali halinde uygulanacak hukuki yaptırıma ilişkin açık bir hüküm bulunmadığından, piyasa dolandırıcılığı fiili neticesinde zarar gören yatırımcılar, genel hukuk hükümlerine göre, zararlarının tazmini için hukuki yollara başvurabilmektedir.

ABD’de piyasa dolandırıcılığı fiiline uygulanacak yaptırımlar cezai, idari ve hukuki sorumluluk ile sınırlı değildir. Bu durumu en iyi yansıtan örneklerden biri, Tesla payları üzerinden Elon Musk tarafından sosyal medya ağı üzerinden gerçekleştirilen yanıltıcı açıklamalar neticesinde ortaya çıkan piyasa dolandırıcılığı olayıdır. Bu kapsamda, Eylül 2018 sonunda Elon Musk hakkında SEC’nin açtığı dava sonuçlanmış olup Musk ve Tesla hakkında ayrı ayrı 20 milyon Amerikan doları tutarında para cezası tesis edilmesinin yanı sıra, Musk’ın 3 yıl boyunca Tesla’nın yönetim kurulu başkanlığına seçilmemesine, yerine bağımsız bir yönetim kurulu başkanı atanmasına, bağımsız yöneticilerden oluşan yeni bir komite oluşturularak, Musk’ın sosyal medya iletişiminin denetlenmesine ilişkin kontrol mekanizması oluşturulmasına ve Şirket ile Tesla hakkında tesis edilen toplam 40 milyon Amerikan Doları tutarındaki paranın, mahkemenin onayladığı süreç doğrultusunda zarar gören yatırımcılara ödenmesine karar verilmiştir.

Önemle belirtmek gerekir ki, ABD’de piyasa dolandırıcılığının dahil olduğu sermaye piyasası ihlallerinin kanıtlanması ve bu fiiller için öngörülen yaptırımların etkinliğinin sağlanmasını teminen Dodd-Frank Yasası sec. 922 uyarınca “muhabirlik sistemi” (*whistleblowing*) düzenlenmiştir. Sermaye piyasası mevzuatının ihlaline ilişkin önemli etkiyi haiz orjinal bilginin SEC’ye gönüllü olarak raporlayan muhabirler (*whistleblower*) Yatırımcı Koruma Fonu’ndan (*Investor Protection Fund*) karşılanan ve SEC tarafından takdir edilen bir miktarda ödül (teşvik) almanın yanı sıra muhabirlik sistemi kapsamında raporladığı bilgiler dolayısıyla hukuki, cezai ve idari sorumluluktan bağışık tutulmaktadır.

Yukarıda açıklanan hususlar çerçevesinde, piyasa dolandırıcılığı suçunun koruduğu hukuki menfaatin milli ekonomi olduğu hususu dikkate alındığında, ABD’deki düzenlemelere benzer şekilde, Türk hukukunda da bu suçu işleyenlerin tüzel kişi yetkilileri olması halinde, cezai yaptırımın ağırlaştırılmasının yanı sıra diğer yaptırım mekanizmalarının da uygulanmasında fayda bulunmaktadır. Bu kapsamda, piyasa dolandırıcılığı suçunu işleyen failin şirket yetkilisi olması halinde, cezai yaptırımın ağırlaştırılmasının yanı sıra şirket yönetim kurulu üyeliğinden azledilmesine ve tayin edilen süre boyunca herhangi bir halka açık ortaklıkta yönetim kurulu üyeliği görevi icra edememesine yönelik olarak Sermaye Piyasası Kurulu’na Mahkeme’den talepte bulunma yetkisi verilmesine ilişkin mevzuat değişikliği yapılmasının suçun işlenmesinin önlenmesinde etkili ve caydırıcı olacağı değerlendirilmektedir.

Ayrıca, Türk hukukunda da, ABD'deki sisteme benzer şekilde, sermaye piyasası suçlarından zarar gören yatırımcıların tazmin edilmesini teminen, Sermaye Piyasası Kurulu'nun 6362 sayılı SPK'n ve alt düzenlemeleri uyarınca tesis ettiği idari para cezalarından, sermaye piyasası suçlarını işleyen failer hakkında hükmedilen adli para cezalarından ve suç neticesinde menfaat elde eden failin bu menfaati iadesinden oluşan bir fonun kurulmasına yönelik düzenleme yapılmasında fayda bulunmaktadır. Dolayısıyla, hem faile yönelik cezalandırma mekanizması, hem de zarar gören yatırımcıların tazminine yönelik iyileştirici bir sistem oluşturarak iki yönlü fayda elde edilecektir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, ABD'deki düzenlemelerden yararlanılarak, piyasa dolandırıcılığı fiillerinin tespit edilmesini kolaylaştıracak muhbirlik sistemine (*whistleblowing*) ilişkin Türk hukukunda yasal düzenleme yapılmasının uygun olacağı değerlendirilmektedir. Anılan sistem bir teşvik/ödül mekanizmasına dayandığından, kişilerin şahsi menfaatlerini ön planda tutarak gerçek olmayan raporlamalarda bulunulmasını önleyecek sıkı şekil şartlarına bağlı bir düzenleme yapılmasına dikkat edilmelidir. Piyasa dolandırıcılığına ilişkin yürütülen soruşturmaları aydınlatmak amacıyla düzenleyici ve denetleyici otoriteye iletilen ve belirli ölçütleri sağlayan bilginin karşılığı olarak bir teşvik ve ödül mekanizmasının sağlanmasına yönelik sistemin kanuni alt yapısının oluşturulması, etkin bir denetim ve inceleme sisteminin geliştirilmesinin önünü açacaktır.

KAYNAKÇA

‘Bear Raid’ Stock Manipulation: How and When It Works, and Who Benefits, <<https://knowledge.wharton.upenn.edu/article/bear-raid-stock-manipulation-how-and-when-it-works-and-who-benefits/>>, Erişim tarihi 13 Eylül 2019.

“The LIBOR Scandal”, *Review of Banking&Financial Law*, 32(1), 2012, <<https://www.bu.edu/rbfl/files/2013/09/The-LIBOR-Scandal.pdf>>, Erişim tarihi 7 Mart 2019.

Aksoy Z, *Türk Sermaye Piyasası Hukukunda İçerden Öğrenenlerin Ticareti Suçu*, Seçkin Yayınevi, 2018.

Avgouleas E, *The Mechanics and Regulation of Market Abuse, A legal And Economic Analysis*, Oxford University Press, 2005.

Bebchuk L A / Hamdani A, “Federal Corporate Law: Lessons From History”, *Columbia Law Review*, (106), 2006, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=927008&download=yes> Erişim tarihi 8 Ocak 2019, s. 1793-1839.

Borsa İstanbul A.Ş., Tek Hisseli Vadeli İşlemler, <<https://www.borsaistanbul.com/en/sayfa/3078/single-stock-futures>>, Erişim tarihi 30 Aralık 2021.

Borsa İstanbul A.Ş., Vadeli İşlem Sözleşmeleri, <<https://www.borsaistanbul.com/tr/sayfa/117/vadeli-islem-sozlesmeleri>>, Erişim tarihi 23 Ocak 2019.

Cassim R, “An Analysis of Market Manipulation Under The Securities Services Act 36 of 2004 (Part2)”, *SA Merc LJ*, 20(2), 2008, s. 177-198.

CFTC kuralları, <<https://www.law.cornell.edu/cfr/text/17/chapter-I>>, Erişim tarihi 24 Ocak 2019.

CFTC Rule 180.1 ve 180.2, <https://www.cftc.gov/sites/default/files/idc/groups/public/@newsroom/documents/file/ama_f_qa_final.pdf>, Erişim tarihi 29 Ocak 2019.

Chitimira H, *Market Abuse Regulation In South Africa, The United States Of America And The United Kingdom*, Vernon Press Series In Law, 2018.

Coffee J C, “Law And The Market: The Impact Of Enforcement”, *University of Pennsylvania Law Review*, 156(2), 2007, <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1218&context=penn_law_review> Erişim tarihi 10 Eylül 2021, s. 229-311.

- Commodity Futures Modernization Act, <<https://www.congress.gov/106/bills/hr5660/BILLS-106hr5660ih.pdf>>, Erişim tarihi 24 Ocak 2019.
- Crandall M S, "State Securities Regulation and Internet", *Legislation&Public Policy*, 5(23), 2001, <<https://www.nyujlpp.org/wp-content/uploads/2012/11/Marc-S.-Crandall-State-Securities-Regulation-and-the-Internet.pdf>> Erişim tarihi 9 Eylül 2021, s. 23-31.
- Çete E, *Yatırımcı Mağduriyetinin Giderilmesinde ABD Fair Fund Uygulamasının Türkiye İçin Analizi*, Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlik Etüdü, Ankara 2013.
- Çikot Ö, "Emtia Borsaları", *Sermaye Piyasasında Gündem*, (90), 2010, <https://www.tspb.org.tr/wp-content/uploads/2015/07/AIM_Yayin_ve_Raporlar_Aylik_Yayinlar_2010_gundem_201002.pdf> Erişim tarihi 27 Ağustos 2019, s. 7-32.
- Çoşkun S, *Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı (6362 Sayılı SPKn Md.107)*, On İki Levha, 2021.
- Delaware Code, Ch 17 sec. 1703-1704, <<http://delcode.delaware.gov/title19/c017/index.shtml>>, Erişim tarihi 8 Ocak 2019.
- Dodd Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act-Dodd Frank Act, <https://www.cftc.gov/sites/default/files/idc/groups/public/@swaps/documents/file/hr4173_enrolledbill.pdf>, Erişim tarihi 30.12.2021.
- Ersan İ, *Finansal Türevler-Futures, Options, Swaps*, 2. Baskı, Literatür, 1998.
- Evik A H, *Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları*, Seçkin Yayınevi, 2004.
- Ferrarini G A, "The European Market Abuse Directive", *Common Market Law Review*, 41(3), 2004, s. 711-741.
- Fischel D R / Ross D J, "Should the Law Prohibit 'Manipulation' in Financial Markets?", *Harvard Law Review*, (105), 1991, <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1554&context=journal_articles>, Erişim tarihi 30 Aralık 2018, s. 503-553.
- Fletcher G G S, "Benchmark Manipulation", *Iowa Law Review*, (102), 2017, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2776731>, Erişim tarihi 9 Eylül 2021, s. 1929-1982.

Foerster M, “Frequently Asked Questions About Regulation M” <<https://media2.mofo.com/documents/faqs-regulation-m.pdf>>, Erişim tarihi 20 Ocak 2019.

Garner A B / Campbell H, *Black’s Law Dictionary*, 9. Bası, St. Paul MN, 2009.

Hurwitz M H / Kovacs J “An Overview Of The SEC’s Whistleblower Award Program”, *Fordham Journal Of Corporate & Financial Law*, 21(3), 2016, s. 531-580.

Işık O, “Hukuki Açıdan Borsa ve Türleri”, *Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (1), 2012, <http://yalova.edu.tr/Files/UserFiles/83/10_Isik.pdf>, Erişim tarihi 24 Ocak 2019, s. 216-258.

İhtiyar M, *Sermaye Piyasası Hukukunda Kamuyu Aydınlatma İlkesi*, Beta, 2006.

Karabacak S, *Açığa Satış İşlemleri*, Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlik Etüdü, Ankara 2002, <<http://www.spk.gov.tr/SiteApps/Yayin/YayinGoster/429> >, Erişim tarihi 20 Ocak 2019.

Kaval C, *6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu Kapsamında Piyasa Dolandırıcılığı ve Bilgi Suistimali Suçları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015.

Keskin A D, *Swap İşlemi ve Hukuki Niteliği*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2007.

Kim N M, “Malone v. Brincat: The Fiduciary Disclosure Duty of Corporate Directors Under Delaware Law”, *Washington Law Review*, 74(4), 1999, <<https://digitalcommons.law.uw.edu/wlr/vol74/iss4/5/>>, Erişim tarihi 14 Nisan 2021, s. 1151-1179.

Kütük H İ, *Sermaye Piyasasında Manipülasyon, Cezai ve Hukuki Sonuçları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta, 2010.

Kütükçü D, *Sermaye Piyasası Hukuku*, Cilt 2, Beta, 2004.

Lin T C W, “The New Market Manipulation”, *Emory Law Journal*, 66(6), 2017, s. 1253- 1314.

Manavgat Ç, *Sermaye Piyasasında İşleme Dayalı Manipülasyon ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2008.

Markham J, *Law Enforcement and the History of Financial Market Manipulation*, M.E.Sharpe, 2014.

Memiş T / Turan G, *Sermaye Piyasası Hukuku*, Seçkin, 2017.

Nelemans M, "Redefining Trade-Based Market Manipulation", *Valparaiso University Law Review*, 42(4), 2008, s. 1169-1220.

Palmiter A R, *Securities Regulation: Examples and Explanations*, 3. Bası , Aspen, 2005.

Regulation 13(B)-2, <<https://www.sec.gov/rules/final/34-47890.htm>>, Erişim tarihi 23 Ocak 2019.

Regulation M, <<https://www.law.cornell.edu/cfr/text/17/part-242>>, Erişim tarihi 20 Ocak 2019.

Regulation of Short Sales, <<https://www.law.cornell.edu/cfr/text/17/part-242>>, Erişim tarihi 20 Ocak 2019.

Roe M J, "Delaware And Washington As Corporate Lawmakers", *Delaware Journal Of Corporate Law*, 34(1), 2009, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1396886>, Erişim tarihi 8 Ocak 2019, s. 1-33.

Sarbanes-Oxley (The Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act of 2002), <<https://legcounsel.house.gov/Comps/Sarbanes-oxley%20Act%20Of%202002.pdf>>, Erişim tarihi 2 Ocak 2019.

SEC, Annual Report Division of Enforcement, 2020, <<https://www.sec.gov/files/enforcement-annual-report-2020.pdf> >, Erişim tarihi 14 Nisan 2021.

SEC, Elon Musk Settles SEC Fraud Charges; Tesla Charged With and Resolves Securities Law Charge, Press Release, <<https://www.sec.gov/news/press-release/2018-226>> Erişim tarihi 13 Kasım 2018.

SEC, SEC Awards Record Payout of Nearly \$50 Million to Whistleblower, Press Release, <<https://www.sec.gov/news/press-release/2020-126>>, Erişim tarihi 2 Haziran 2021.

SEC, Whistleblower Program Annual Report, 2020, <https://www.sec.gov/files/2020%20Annual%20Report_0.pdf >, Erişim tarihi 25 Mayıs 2021.

Securities Act of 1933, <<http://legcounsel.house.gov/Comps/Securities%20Act%20Of%201933.pdf> >, Erişim tarihi 13 Ocak 2019.

Securities Act of Washington, <<https://apps.leg.wa.gov/RCW/default.aspx?cite=21.20>>, Erişim tarihi 11 Ocak 2019.

Securities Exchange Act of 1934, <<http://legcounsel.house.gov/Comps/Securities%20Exchange%20Act%20f%201934.pdf>>, Erişim tarihi 13 Ocak 2019.

Sommer A A, “Rule 10b-5: Notes for Legislation”, *Case Western Reserve Law Review*, 17(4), 1966, <<http://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4414&context=caselrev>> Erişim tarihi 26 Kasım 2018, s. 1029-1053.

The California Corporations Code, <https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=PEN&division=&title=7.&part=2.&chapter=4.5.&article=1>, Erişim tarihi 31 Aralık 2018.

The Commodity Exchange Act, <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/7/chapter-1>>, Erişim tarihi 24 Ocak 2019.

The Commodity Transaction Act, sec. 21.30.060, <<https://app.leg.wa.gov/RCW/default.aspx?cite=21.30.060>>, Erişim Tarihi 12 Ocak 2019.

The Delaware Securities Act, sec. 73-201(1), <<http://delcode.delaware.gov/title6/c073/sc02/index.shtml>>, Erişim tarihi 3 Ocak 2019.

The Wheatley Review of LIBOR Final Report, 2012, <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/191762/wheatley_review_libor_finalreport_280912.pdf>, Erişim tarihi 7 Mart 2019.

The Wheatley Review Of LIBOR: Initial Discussion Paper, 2012, <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/191763/condoc_wheatley_review.pdf>, Erişim tarihi 8 Mart 2019.

Toroman C / Tunçsiper B, “Şirket Skandalları İle Muhasebe Eğitimi Arasındaki İlişki ve Bu Skandalların Muhasebe Eğitim Sistemindeki Yansımaları”, *XXVI. Türkiye Muhasebe Eğitim Sempozyumu*, 2007, s. 161-178.

Turanboy A, *Insider Muameleleri (Şirkete Ait Gizli Bilgilerin Haksız Kullanımı)*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990.

U.S Supreme Court, “Chris-Craft Ind., Inc. v. Piper Aircraft Corp.”, 430 U.S. 1 (1977) <<https://casetext.com/case/chris-craft-ind-inc-v-piper-aircraft-corp>>, Erişim tarihi 13 Haziran 2022.

- U.S Supreme Court, “Ernst & Ernst v. Hochfelder”, 425 U.S. 185 (1976) <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/425/185/>> , Erişim tarihi 13 Haziran 2022.
- U.S Supreme Court, “Santa Fe Industries, Inc. v. Green”, 430 U.S. 462 (1977) <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/430/462/>>, Erişim tarihi 29 Mayıs 2022.
- Unger C J, “Section 1103 Of The Sarbanes-Oxley Act: Securities And Exchange Commission V. Gemstar-Tv Guide International, Inc., And The Ninth Circuit's Interpretation Of ‘Extraordinary Payments’”, *Western New England Law Review Symposium: Issues In Community Economic Development*, 29(1), 2006-2007, <<https://digitalcommons.law.wne.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1072&context=lawreview>> Erişim tarihi 8 Eylül 2019, s. 231-264.
- United States of America V. Michael Coscia, <https://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1869999.html#footnote_2>, Erişim tarihi 1 Nisan 2019.
- United States Securities And Exchange Commission Vs Elon Musk, <<https://www.sec.gov/litigation/complaints/2018/comp-pr2018-219.pdf> >, Erişim tarihi 30 Kasım 2019.
- Verstein A, “Benchmark Manipulation”, *Boston College Law Review*, 56(1), 2016, s. 215-272.
- Whistle Blower Program Annual Report to Congress, 2018, <<https://www.sec.gov/files/sec-2018-annual-report-whistleblower-program.pdf>>, Erişim tarihi 9 Şubat 2018.
- Yadlin O, “Is Stock Manipulation Bad? Questioning the Conventional Wisdom with the Evidence from the Israeli Experience”, *Theoretical Inquiries in Law*, 2(2), 2001, <<https://www7.tau.ac.il/ojs/index.php/til/article/view/219/195>> Erişim tarihi 20 Ocak 2019, s. 839-864.

ÇEVİRİ>>

**İLKOKULLARDA BAŞÖRTÜSÜ YASAĞINA İLİŞKİN AVUSTURYA
ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 11 ARALIK 2020 TARİHLİ KARARI***

Selim MİSAFİR
Işık Şeyma MİSAFİR*****

ANAYASA MAHKEMESİ

G 4/2020-27

11 Aralık 2020

Anayasa Mahkemesi,
DDr. Christoph GRABENWARTER başkanlığında,
Dr. Verena MADNER başkanvekilliğinde
ve mahkeme üyeleri
Dr. Markus ACHATZ,
Dr. Wolfgang BRANDSTETTER,
Dr. Sieglinde GAHLEITNER,
Dr. Andreas HAUER,
Dr. Christoph HERBST,

* Avusturya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin G 4/2020-27 sayılı ve 11 Aralık 2020 tarihli kararının Almanca asıl metninin özet çevirisidir. Karar metnine, https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH-Erkenntnis_G_4_2020_vom_11.12.2020.pdf adresinden 10 Mart 2022 tarihinde erişilmiştir.

** **Dr. Arş. Gör.**, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı/ANTALYA, **e-posta:** selimmisafir@gmail.com,

ORCID: 0000-0002-9268-6104

*** **Mag. iur.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencisi/ANKARA, **e-posta:** isikseymamisafir@gmail.com,

ORCID: 0000-0001-9748-9313

DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1124570

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 01/06/2022

Yayımlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 24/06/2022

Dr. Michael HOLOUBEK,

Dr. Helmut HÖRTENHUBER,

Dr. Claudia KAHR,

Dr. Georg LIENBACHER,

Dr. Michael RAMI,

Dr. Johannes SCHNIZER,

Dr. Ingrid SIESS-SCHERZ ile

rapörtör Andreas Stefan HUBER'in katılımları ile toplanmış ve RIHS Avukatlık Bürosu tarafından temsil edilen başvuruçuların Avusturya Anayasa Mahkemesi'ne (Mahkeme)¹ yaptığı başvuruda Okul Eğitim Yasası² 43a maddesinin (İlgili Hüküm³) Avusturya Federal Anayasası'nın 140. maddesini ihlal ettiği iddiasını kabul ederek karara ilişkin aşağıdaki hükümleri ilan etmiştir:

- I. 1. Okul Eğitim Yasası'nın 43a hükmü, anayasayı ihlal gerekçesiyle iptal edilmiştir.
 2. İptale konu düzenlemeden önceki yasal hükümler, tekrar yürürlüğe konmayacaktır.
 3. İptal edilen kanun uygulanmayacaktır.
 4. Federal Şansölye, bu kararı Resmi Gazete I'de ilan etmek ile yükümlüdür.
- II. Federal Hükümet (Federal Eğitim, Bilim ve Araştırma Bakanlığı) tarafından, başvuruçulara 3.640,80 Avro olarak belirlenen mahkeme masraflarının yasal temsilcileri aracılığıyla 14 gün içinde ödenmesine, ödenmemesi halinde icrai takip başlatılmasına hükmedilmiştir.

Başvuru Öncesi Süreç ve İddialar

1.1. Başvuruçular, başvurularında öncelikle mevcut aile ilişkilerini açıklamaktadırlar.

¹ Çevirmenler, parantez içinde verilen kısımları anlatımı işlevsel hale getirmek amacıyla kendileri eklemiştir. Asıl metin içerisinde parantez ile verilen atıfların ise, çeviride dipnot olarak verilmesi tercih edilmiştir.

² Okullarda Eğitim ve Öğretimin Düzenlenmesine İlişkin Federal Okul Eğitim Yasası (*SchUG*), Resmi Gazete No 472/1986 (*WI*), *idF* Resmi Gazete I No 54/2019.

³ Okul Eğitim Yasası'nın 43a maddesi, çevirinin devamında bu kısa ibare ile ifade edilecektir.

1.1.1. Birinci ve ikinci başvurucu Avusturya vatandaşı, evli ve üçüncü başvurucunun ve bir başka kız çocuğunun da ebeveynleridirler. Birinci başvurucu, Katolik inancına sahiptir ve başörtüsü takmamaktadır. Öğretmen olarak çalışmaktadır. İkinci başvurucu, Avusturya'daki İslam Dini Cemaatinde din öğretmenidir. Birinci ve ikinci başvurucu olan bu anne ve babanın ortak kararına uygun olarak Avusturya vatandaşı olan üçüncü başvurucu, Sünni İslam anlayışına göre yetiştirilmiştir. Anne ve baba, her iki kızlarına başörtüsü takmayı zorunlu tutmaktan kaçınmaktadırlar. Bununla birlikte, üçüncü başvurucu özgür iradesi ile zaman zaman babasının memleketindeki geleneklere uygun olarak saçlarını tamamen kapatan bir başörtüsü takmak istediğini ifade etmektedir. Birinci ve ikinci başvurucu olan anne ve baba, kızlarının bu isteğini reddetmek istememektedirler.

1.1.2. Dördüncü ve beşinci başvurucu da evlidir ve altıncı başvurucunun anne babasıdır. Avusturya vatandaşı olan dördüncü başvurucu, Şii İslam mezhebine mensuptur ve özel bir okulda öğretmen olarak çalışmaktadır. Beşinci başvurucu İran vatandaşı olmakla birlikte “AB Süresiz Oturum” hakkına sahiptir ve aynı şekilde Şii İslam mezhebinin mensubudur. Dördüncü ve beşinci başvurucu ebeveynlerin ortak kararına uygun olarak Avusturya vatandaşı olan altıncı başvurucu, Şii İslam anlayışına göre yetiştirilmiştir. Altıncı başvurucu, özgür iradesi ile zaman zaman boş vakitlerinde ve okulda saçlarını tamamen kapatan bir başörtüsü takmaktadır. Dördüncü ve beşinci başvurucu olan bu anne baba, kızlarına başörtüsü takması için herhangi bir baskı yapmamışlardır. Altıncı başvurucu olan kızları, başörtüsü takmayı kendisi tercih etmiştir. Başörtüsü takmayı kendi din özgürlükleri ve kızlarının din özgürlüğünün bir ifadesi olarak değerlendirmelerinden ötürü kızlarına başörtüsü takmayı yasaklamamışlardır.

1.2. Ebeveyn olan birinci, ikinci, dördüncü ve beşinci başvurucular, Mahkeme'ye başvurularının altında yatan ortak nedeni, çocuklarını İslama uygun olarak yetiştirmek olarak açıklamışlardır. Üçüncü ve altıncı başvurucular, ilkokula gitmektedirler ve okul çağında olmakla beraber henüz on yaşını doldurmamışlardır. Başvurucuların tamamı, 26 Haziran 2019'dan bu yana yürürlükte olan ilgili hükmün düzenlediği başörtü yasağından kişisel olarak etkilenmektedirler. Üçüncü ve altıncı başvurucuların okulda başörtüsü takmaları, 26 Haziran 2019 tarihinden itibaren yasaklanmıştır. Üçüncü ve altıncı başvurucuların yasağı ihlal etmeleri durumunda, birinci, ikinci, dördüncü ve beşinci başvurucu ebeveynler bakımından yaptırımlar⁴ söz konusudur.

⁴ Okul Eğitim Yasası'nın 43a maddesinin 2. fıkrası uyarınca zorunlu görüşme talebi veya idari para cezası.

1.2.1. Çocukların Dini Eğitime İlişkin Federal Yasa'ya⁵ göre, birinci, ikinci, dördüncü ve beşinci başvuru olan ebeveynlerin çocuklarına dini eğitim verme özgürlükleri teminat altındadır. 14 yaşından sonra, çocuklar hangi dini mezhebe mensup olmak istediklerine karar verme hakkına sahiptirler⁶. Bu yasal çerçeve bağlamında, çocuklar 14 yaşını doldurduklarında dini açıdan olgunluğa sahip kabul edilirler. Mevcut başvuruda, üçüncü ve altıncı başvuru olan ebeveynlerin başörtüsü takma konusundaki hür iradelerinin yanı sıra, ebeveynlerin kızlarına dini eğitim vermek konusunda özgür olmaları belirleyici olmaktadır. Mahkeme içtihatlarına göre, ebeveynlerin çocuklarına dini eğitim verme hakkı doğası nedeniyle bu kişilerin temel hakları arasında olan inanç ve vicdan özgürlüğü kapsamında ele alınmalıdır⁷. Dolayısıyla bu durum, üçüncü ve altıncı başvuru olan ebeveynlerin yanı sıra birinci, ikinci, dördüncü ve beşinci başvuru olan ebeveynlerinin de ilgili hükümle getirilen yasaktan etkilendikleri anlamına gelmektedir. Başörtüsü yasağı, anne babaların inanç ve vicdan özgürlüğü hakkının ihlali olarak nitelendirilmelidir.

1.2.2. İptali talep edilen ilgili hüküm, üçüncü ve altıncı başvuru olan ebeveynlerin başörtüsü takmasını doğrudan yasaklamaktadır ve ihlal yaptırımları ebeveynlerine yöneliktir. İlgili hüküm ihlal etmeleri gerekçesiyle ebeveynlerine yasal yaptırımlar uygulanması makul değildir.

Gerekçeli Karar

Başvuru

Başvuru tarafından Okullarda Eğitim ve Öğretimin Düzenlenmesine İlişkin Federal Okul Eğitim Yasası 43a hükmünün Avusturya Federal Anayasası'nın 140. madde 1. fıkrası c bendine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talep edilmiştir.

Değerlendirme

1. Başvurunun Kabul Edilebilirliği

1.1. Federal Anayasa 140. madde 1. fıkrası c bendine göre Anayasa Mahkemesi, yürürlükte olan bir yasal düzenleme nedeniyle haklarının doğrudan ihlal edildiğini iddia eden kişilerin başvurusu halinde mahkeme kararı veya idari bir karara gerek duymaksızın söz konusu düzenlemenin anayasayı ihlal ettiğinden bahisle iptaline karar verebilir.

⁵ Resmi Gazete No. 155/1985 (*WV*), *idF* Resmi Gazete No. I 191/1999.

⁶ Çocukların Dini Eğitime İlişkin Federal Yasa m. 5.

⁷ *VfSlg.* 800/1927; Lienbacher, *Religiöse Rechte*, in: Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer [Hrsg.], *Handbuch der Grundrechte, Grundrechte in Österreich*², 2014, § 12 Rz 23.

Federal Anayasa 140. madde 1. fıkrada c bendinde başvuru koşulları, bir yandan başvuru sahibinin anayasaya aykırılığını öne sürdüğü bir yasal düzenleme nedeniyle haklarının doğrudan ihlal edildiğini iddia etmesi diğer yandan mahkeme kararı veya idari bir karara gerek duymaksızın söz konusu düzenlemenin başvuru sahibine doğrudan etki etmesi olarak sıralanmaktadır. Bir başvurunun temel kabul edilebilirlik koşulu, ihlal anlamında başvuru sahibinin temel hak ve özgürlüklerine yönelik yasal düzenlemenin anayasaya aykırılığının tespit edilmesidir.

1.3. Üçüncü ve altıncı başvuru sahiplerinin okulda bugüne kadar sorunsuz bir şekilde başvuru sahibinin takabildikleri ve herhangi bir yasaklamaya tabi tutulmadıklarına dair Mahkeme'ye sundukları ve Mahkeme'nin de kabul edilebilir bulduğu iddiaları karşısında başvuru sahibinin yasağına dair ilgili hüküm, daha önceki tutumlarının sürdürmek isteyen başvuru sahipleri bakımından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) 9. madde ile korunan haklarını doğrudan ve güncel olarak etkilediği kabul edilebilirdir⁸.

1.4. Benzer şekilde ilgili hüküm, ergin olmayan üçüncü ve altıncı başvuru sahiplerinin yetiştirilmesinden sorumlu olan birinci, ikinci, dördüncü ve beşinci başvuru sahipleri olan ebeveynlerin AİHS 9. madde ile korunan haklarını doğrudan ve güncel olarak etkilediği kabul edilebilirdir⁹. Zira ebeveynler, ilgili hükmün 2. ve 3. fıkrasına göre çocuklarının başvuru sahibinin yasağını ihlal etmesi durumunda doğrudan sorumlu tutulmaktadır.

1.6. Başvuru sahipleri, başvuru sahibinin yasağına ilişkin ilgili hüküm maddesinin bütün olarak iptalini talep etmektedirler. İlgili 43a maddesinin 1. fıkrada c bendindeki başvuru sahibinin yasağına yer veren hükmü aynı maddenin 2. ve 3. fıkrası ile bir bütün teşkil etmesi sebebiyle bu maddenin tamamının iptal edilme talebi kabul edilebilirdir¹⁰.

1.7. Yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı Mahkeme, başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur.

2. Esasa İlişkin Değerlendirme

2.1. Federal Anayasa'nın 140 maddesi uyarınca bir yasanın anayasaya uygunluğunun incelenmesi talebiyle yapılan bir başvuruda, Anayasa Mahkemesi yalnızca sunulan beyanlar kapsamında değerlendirme yapmakla görevlidir¹¹. Bu

⁸ Bkz. *VfSlg.* 17.731/2005, 18.096/2007, 18.305/2007, 19.662/2012.

⁹ Bkz. *VfSlg.* 19.349/2011.

¹⁰ Bkz. *VfSlg.* 14.068/1995, 18.305/2007.

¹¹ Bkz. *VfSlg.* 12.691/1991, 13.471/1993, 14.895/1997, 16.824/2003.

minvalde, itiraza konu hükmün yalnızca başvuruda belirtilen nedenlerle anayasaya aykırı olup olmadığı değerlendirilir¹².

2.2. Başvuru, usule ve esasa uygun biçimde temellendirilmiştir.

2.3. Mahkeme, değerlendirmeleri sonucunda başörtüsü yasağını düzenleyen ilgili hükme ilişkin aşağıdaki tespitleri yapmaktadır:

İlgili hükmün 1. fıkrası uyarınca, öğrencilerin 10 yaşını doldurdukları öğretim yılının sonuna kadar ideolojik veya dini çağrışımında bulunan kıyafetleri -buna başlarını örtmek de dahil olmak üzere- giymeleri yasaklanmıştır. İlgili hükmün 2. fıkrası uyarınca görevli eğitim müdürlüğü, bir öğrencinin bu yasağı ihlal etmesi durumunda ebeveynini yasanın getirdiği bahse konu yasak ve bu yasağı uyma sorumlulukları hakkında bilgilendirilecekleri zorunlu bir toplantıya davet etmelidir. Bu toplantıdan sonra yasağın tekraren ihlali olursa, ilgili hükmün 3. fıkrası uyarınca ebeveynine 440 Avro'ya kadar idari para cezası ve bunun tahsil edilememesi halinde ise iki haftaya kadar hapis cezası yaptırımları uygulanır. İlgili hükmün 1. fıkrası ikinci cümlesine göre bu yasağın amacı, çocukların yerel gelenek ve göreneklere uygun olarak sosyal entegrasyonunun sağlanması, Federal Anayasa'nın temel anayasal değerleri ile eğitim hedeflerinin ve kadın erkek eşitliğinin korunmasıdır.

2.3.2. İlgili hükmün uygulanma koşulları, farklı yorumlara neden olacak şekilde formüle edilmiştir. Bu hükmün getirdiği yasak, doğrudan İslami başörtüsüne atfı yapmamaktadır. İlgili hükmün yer aldığı yasa, hem kız hem de erkek öğrenciler bakımından geçerlidir. İlgili hükmün uygulama kapsamı, "ideolojik veya dini içerikli kıyafetlerin giyilmesi" ve buna bağlı olarak "başın kapatılmasını" içermektedir.

2.3.3. Konuya ilişkin olarak ilgili hükmün gerekçesinde¹³ sınırlı bir değerlendirme ortaya koyulduğu görülmektedir. Bu bağlamda, Avusturya Parlamentosu Eğitim Komitesi açıkça şu tespitleri¹⁴ yapmıştır: "Okul Eğitim Yasası'nın 43a(1) maddesi kapsamında, başın kapatılmasını da içeren ideolojik veya dini düşüncelerle tercih edilen giysiler, başın tamamını veya büyük kısımlarını kapatmaya yönelik giyilen her türlü kıyafet anlamına gelmektedir. Bu nedenle, örneğin belli yaşa gelmiş Sihler tarafından giyilen patka veya Yahudilerin kipaşı bu düzenlemenin kapsamına girmemektedir." Bu durum, yasa koyucunun niyetinin ilgili hükmün 1. fıkrası 1. cümlesinin özellikle İslami bir başörtüsü takmayı yasaklaması olduğunu açıkça

¹² VfSlg. 15.193/1998, 16.374/2001, 16.538/2002, 16.929/2003.

¹³ IA 495/A 26. GP, 2.

¹⁴ AB 612 BlgNR 26. GP, 3.

ortaya koymaktadır¹⁵. Bu nedenle Mahkeme, yasakoyucunun sınırlayıcı yaklaşımını yansıtan biçimde yasada bahsedilen “başını örtme” fiili ile kastettiğinin özellikle tesettür anlamında İslami geleneğe göre bir örtünme olduğunu yorumlamaktadır.

İlgili hükmün 1. fıkrası 1. cümlesinin ortaya koyduğu bu anlayışa göre, devlet okulları veya yasal olarak kamusal yetkilerle donatılmış özel okullarda okuyan kız öğrencilerin 10 yaşını doldurdukları öğretim yılının sonuna kadar İslami geleneklere göre başörtüsü takmaları yasaklanmıştır. Bu durum, Federal Eğitim, Bilim ve Araştırma Bakanı’nın hükmün yürürlüğe girmesinden sonra yayımlanan ve bu yasanın getirmiş olduğu yasağın uygulanmasına yönelik olan genelgesinde de açıkça belirtilmiştir¹⁶.

2.4. Başvurucular, ilgili hükmün AİHS m. 9 ve m. 10, Temel Hak ve Özgürlükleri Düzenleyen Yasa m. 2 ve m. 14, St. Germain Devlet Andlaşması m. 63/2 ve Federal Anayasa m. 7 ve m. 18’i ihlal ettiğini öne sürmektedirler. Çekincelerini ise, şu şekilde ifade etmektedirler: Başörtüsü takmak ne okulun işleyişini ne de okul huzurunu bozmaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin *VfSlg.* 19.349/2011 sayılı kararında, eğitim kurumlarında dini sembollere yer verilmesinde hernagi bir sakınca olmadığı belirtilmektedir. Dini sahada eşit muamele ilkesi, bu içtihadın İslami başörtüsü bakımından da uygulanmasını gerektirmektedir. Bu bağlamda farklı inanç veya düşüncelere sahip olan kişilerin inanmama özgürlüğünü ifade eden negatif din özgürlüğü, bu gibi bir yasağın gerekçesi olarak ileri sürülemez. Buna ek olarak ilgili hüküm, anayasal olarak koruma altına alınmış olan ebeveynlerin çocuklarını eğitime hakkını da ihlal etmektedir. Ebeveynlerin çocuklarını başörtüsü takabilmelerine ilişkin muhtemel talepleri, AİHS m. 9 ile korunmaktadır. Yasa koyucu, ilgili hüküm ile getirdiği yasağı görünüşte eşitlik mülahazasıyla gerekçelendirmektedir. Aynı zamanda, milletvekillerinin sunduğu bu yasa teklifinin gerekçesinde yalnızca “belirli İslami akımların, yönelimlerin veya geleneklerin destekçilerine” atıfta bulunmaktadır. Parlamento’nun Eğitim Komitesi raporunda, bilhassa “belli yaşa gelmiş Sihler tarafından giyilen patkının ve Yahudilerin kipasını bu düzenlemenin kapsamına girmediğine” değinilmektedir. Böylece yasa koyucu, farklı dini kıyafetler arasında haklı gerekçelere dayanmaksızın hukuka aykırı bir ayırım yapmaktadır.

2.5. Federal Hükümet, başvuru kapsamında tüm bu argümanlara aşağıda özetlendiği şekilde yanıt vermiştir: İlgili hüküm, çocukların ve gençlerin okulda mümkün olan en iyi zihinsel, duygusal ve fiziksel gelişimlerine yönelik öznel hakları ile inanma ya

¹⁵ Yasa gerekçelerinin önemi hakkında bkz. *VfSlg.* 19.665/2012, 20.241/2018; *VfGH* 5.3.2020, G 178/2019).

¹⁶ Genelge No. 17/2019, § 43a *SchUG* Uygulanması talimatı [“Başörtü yasağı”], BMBWF-12.940/0006-II/3/2019.

da inanmamayı ihtiva eden din özgürlüklerini korumak, erken cinsiyet ayrımcılığını ve insan bedeninin damgalanmasını önlemek için gereklidir. İslam'ın radikal yorumlarında erken yaşta başörtüsü takmaya verilen önem dikkate alındığında, böyle bir damgalanma neredeyse kaçınılmazdır. Nitekim başörtüsü kuralı, örtünmeyi öngören birçok İslami gelenekte; adet gören ve bu nedenle fiziksel özellikleri erkekler için çekici olabilmesi sebebiyle cinsel açıdan olgun sayılan kadınlar için geçerli olmaktadır. Federal Hükümet'e göre ilkokul çağında başın örtülmesi, toplumda kabul edilen genel toplumsal normları karşılamayan "lüzumu olmayan gergin bir cinsel atmosfer" yaratmaya yol açmaktadır. Erkekler üzerinde cinsel açıdan rahatsız edici bir etki yaratabileceği savıyla kadınların saçlarının örtülmesi gerektiği inancına dayalı olarak takılan her başörtüsü, takan kişinin de böylece "potansiyel bir cinsel nesne" olarak damgalanmasına yol açmaktadır. Bu yaklaşım, çocuklar açısından herhangi bir şekilde kabul edilebilir değildir. Erken yaşta cinsel kimlik edindirilmesi nedeniyle kız çocuğunun kadın rolüne itilmekte ve cinsiyet ayrımcılığına sebep olan bu durum eğitim alanında başarılı sosyal entegrasyon hedefiyle çelişmektedir. Aynı zamanda bu yaklaşım, İslami başörtüsünü Sihlerin patkasından veya Yahudilerin kipasından ayırmaktadır. Ayrıca bu yasa, sözde dini örtünme geleneğine uymaları adına sınıf arkadaşlarının okul ortamında yoğun baskısına maruz kalan kız öğrencileri korumak için de gereklidir.

2.6. Mahkeme, başvuru tarafından ilgili hüküm aleyhine ileri sürülen argümanları haklı bulmaktadır: Eşitlik ilkesi, fiiliyatdaki nesnel olmayan farklılıklar sebebiyle meşru görülemeyecek ayrımcılık hallerinde, eşitliğe aykırı durumlarda eşit davranılmasında ve nesnel olmayan düzenlemelerin oluşturulmasında, yasama organının önüne önemli engeller koymaktadır¹⁷. Yasama organı, siyasi hedeflerini anayasal eşitlik ilkesi olarak çizilen bu çerçeveye uygun biçimde belirleyebilir¹⁸.

2.6.2 AİHS m. 9/1'e göre, herkes düşünce, din ve vicdan özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, bireylerin din veya inançlarını değiştirme özgürlüğünü ve bireysel olarak veya başkalarıyla toplu, kamuya açık veya özel olarak ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yaparak din veya inançlarını yaşama özgürlüğünü içermektedir. AİHS m. 9/1, dini veya ideolojik bir inancın yönlendirdiği her eylem veya davranışı koruma altına almaktadır¹⁹.

¹⁷ Bkz. *VfSlg.* 17.315/2004, 17.500/2005.

¹⁸ Bkz. *VfSlg.* 16.176/2001, 16.504/2002.

¹⁹ *VfSlg.* 15.394/1998; bkz. Grabenwarter, Art. 9 *EMRK*, in: Korinek/Holoubek et al [Hrsg.], Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 6. Lfg. 2003, Rz 17 ff.. İnançlar belirli bir düzeyde bağlılık, ciddiyet, tutarlılık ve anlam göstermelidir (*EGMR* 7.12.1976, Fall Kjeldsen ua., Appl. 5095/71 ua. [Z 54]; 25.2.1982, Fall Campbell u. Cosans, Appl. 7511/76 [Z 36 f.]; 25.5.1993, Fall Kokkinakis, Appl. 14.307/88 [Z 31]; 18.12.1996, Fall Valsamis, Appl. 21.787/93 [Z 27 und 31]; bkz. Grabenwarter, Art. 9 *EMRK*, in: Korinek/Holoubek et al [Hrsg.],

2.6.3. Anayasa m. 7. ve Temel Hak ve Özgürlükleri Düzenleyen Yasa m. 2’de yer alan eşitlik ilkesi, AİHS m. 9/1 ile bağlantılı olarak, devletin din ve ideoloji açısından tarafsız davranma yükümlülüğünü ortaya koymaktadır²⁰. Yasama organı, okul sistemini düzenlerken çeşitli dini ve ideolojik inançları eşitlik ilkesi doğrultusunda ele alarak bu dini ve ideolojik tarafsızlık şartına uymakla sorumludur. Anayasa m.14/5a hükmünde düzenlenen anayasal eğitim yetkisi, okullarda başkalarının dini ve ideolojik düşüncesine saygılı olmanın öğretilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Bu nedenle okullar, anlayış ve hoşgörüyü içeren temel değerlere dayanmalıdırlar. AİHS m. 9 tarafından korunan öğrencilerin ve ebeveynlerinin haklarının sınırlandırılmasını ancak bu anayasal çerçevede orantılı ve nesnel ise meşru görülebilir. Bu nedenle belirli bir dini veya ideolojik inancı ayrıcalık tanıyarak veya ayrımcılık yapmak suretiyle hedef alan bir düzenleme, dini ve ideolojik tarafsızlık gerekliliğine ilişkin ayrıntılı bir nesnel gerekçelendirmeyi zorunlu kılmaktadır.

2.6.4. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihadı ile bağlantılı olarak değerlendirildiğinde ilgili hükümden öngörülen İslami geleneğe ilişkin getirilen başörtü yasağı, bu yasaktan etkilenen öğrenciler ve ebeveynlerinin AİHS m. 9 ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini göstermektedir²¹. Federal Hükümet’in beyanlarının aksine Müslüman kadınların hangi yaşta örtünme zorunluluğu olduğu gibi konularda İslam’da farklı görüşlerin olup olmasının bu bağlamda önemi bulunmamaktadır. Dini veya ideolojik saikli bir eylem veya davranışın AİHS m. 9’un koruma kapsamına girip girmediğinin değerlendirilmesi konusunda dini veya ideolojik topluluk içindeki herhangi bir fikir ayrılığı belirleyici değildir²². İlgili hüküm, İslami geleneğe göre başın kapatılmasını özellikle hedef alarak İslami başörtüsünü yasaklamaktadır. Bu düzenleme ile yasa koyucu, dini veya ideolojik bir çağrışım oluşturmakla birlikte yasaklanmamış diğer dini veya ideolojik çağrışım içeren kıyafet alışkanlıklarıyla eşdeğer olan bu giyim tarzını ayrımcı bir uygulamaya tabi tutmaktadır.

2.6.5.1. İlgili hüküm ile getirilen başörtüsü yasağı, Federal Hükümet tarafından “çocukların yerel gelenek ve göreneklere uygun olarak sosyal entegrasyonuna,

Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 6. Lfg. 2003, Rz 27; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁶, 2016, § 22 Rz 118.

²⁰ Bkz. Lienbacher, Religiöse Rechte, in: Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer [Hrsg.], Handbuch der Grundrechte, Grundrechte in Österreich², 2014, § 12 Rz 50; Kalb/Potz/Schinkele, Religionsrecht, 2003, 42 f.; ferner VfSlg. 1430/1932; 19.349/2011.

²¹ EGMR 4.12.2008, Fall Dogru, Appl. 27.058/05 [Z 48]; 10.1.2017, Fall Osmanoglu und Kocabaş, Appl. 29.086/12 [Z 90]; vgl. VfSlg. 799/1927, 800/1927, 1206/1929, 5583/1967; zu Art. 2 Satz 2 1. ZPEMRK ferner EGMR 7.12.1976, Fall Kjeldsen ua., Appl. 5095/71 ua. [Z 51 und 54]; 18.12.1996, Fall Valsamis, Appl. 21.787/93 [Z 27 und 31].

²² VfSlg. 15.394/1998.

Anayasa'nın temel anayasal değerlerinin ve eğitim hedeflerinin korunmasına ve kadın erkek eşitliğine'' hizmet ettiği öne sürülerek savunulmaktadır. İlgili hükmün gerekçesine göre, bazı İslami akımların, yönelimlerin veya geleneklerin destekçileri için cinsel olgunluğa eriştikten sonra başın örtülmesi, dini ritüellerinin bir parçasıdır. Bu bakış açısına göre başın örtülmesi, yetişkinliğe erişildiğini göstermektedir ve fiziksel olgunluk durumunu kamusal olarak ilan etmektedir. Hükümet'e göre işbu nedenlerle ilgili hüküm ile getirilen yasak, cinsiyet ayrımcılığını önlemeyi amaçlamaktadır²³. Buna binaen Federal Hükümet, ilkokul çağında İslami başörtüsü takmanın kız öğrencilerin erken cinsel kimlik edinmelerine ve dolayısıyla cinsiyet ayrımcılığına uğramalarına yol açtığını ve bu durumun başarılı sosyal entegrasyon ve eğitim hedefleriyle çeliştiğini vurgulayarak ilgili hükümdeki yasağı açıklık getirmektedir.

Yalnızca kız çocukları için geçerli olan ve 10 yaşını doldurdukları öğretim yılının sonuna kadar İslami başörtüsü takmalarını yasaklayan ilgili hükümdeki ayrımcı düzenleme, başından itibaren yasama organının yukarıda vurgulanan hedeflere ulaşması için uygun değildir. Aksine ilgili hükümdeki ayrımcı yasak, bundan etkilenen kız öğrencilerin üzerinde olumsuz bir etki yaratabilmekte ve Müslüman kız çocuklarının eğitime erişimini zorlaştırma veya onları toplumdan dışlama riskini haiz olduğu için ayrımcılığa yol açabilmektedir²⁴. İlgili hüküm, İslami köken ve geleneği bu yasakçı uygulama ile ayrımcılığa maruz bırakmaktadır. Tek bir dini veya ideolojik temelli giyim tarzını ayrımcı bir şekilde hedef alan İslami başörtüsü yasağı, bu şekilde belirli bir grup insanı damgalamaktadır.

2.6.6. İlgili hükmün getirdiği ayrımcı yasak, yalnızca Müslüman kız öğrenciler için geçerli olmakla beraber onları dışlayıcı bir şekilde diğer öğrencilerden ayırmaktadır. Her ne kadar devletin dini ve ideolojik tarafsızlık ilkesi bireysel hakların kısıtlanmasını belirli çerçevede meşrulaştırabilmekte ise de belirli bir dinin veya inancın getirdiği yasaklanmamış giyim alışkanlıklarıyla eşdeğer olan diğer din ve inanca ait bir giyim tarzını ayrımcı bir şekilde hedef alan bir uygulama, tarafsızlık gerekliliği ile bağdaşmamaktadır. Yalnızca belirli bir grup kız öğrenci için geçerli olan ve dini ve ideolojik tarafsızlığın yanı sıra cinsiyet eşitliğini sağlamak adına ayrımcı bir sonuca götüren düzenleme, yasa ile amaçlanan hedeflere uymamakla beraber nesnel olmayan bir uygulamaya da yol açmaktadır. Bu sebeblere dayanılarak ilgili hükmün, AİHS m. 9/1 ile bağlantılı biçimde Federal Anayasa m. 7, Temel Hak ve Özgürlükleri Düzenleyen Yasa m. 2 ve m. 14/2'yi ihlal ettiği sonucuna varılmaktadır.

²³ IA 495/A 26. GP, 2.

²⁴ Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu, *ECRI Avusturya Raporu*, Altıncı Denetim Turu, 2020, Rz 17.

Sonuç

1. Okul Eğitim Yasası'nın 43a maddesinin, AİHS m. 9/1 ile bağlantılı olarak Federal Anayasa'nın m. 7, Temel Hak ve Özgürlükleri Düzenleyen Yasa m. 2 ve m. 14/2'yi ihlal etmesi nedeniyle iptaline karar verilmiştir.
2. Federal Anayasa m. 140/6'nın 1. cümlesine göre, iptale konu düzenlemeden önceki yasal hükümler tekrar yürürlüğe konamayacaktır.
3. Federal Anayasa m. 140/7'nin ikinci cümlesine göre, yürürlükten kaldırılan hüküm uygulanamayacaktır.
4. Federal Anayasa m. 140/5 1. cümlesi ve Anayasa Mahkemesi Yasası m. 64/2 ile bağlantılı olan Resmi Gazete Kanunu m. 3/3 bendine göre Federal Şansölye, bu kararı Resmi Gazete'de ilan etmekle yükümlüdür.
5. Anayasa Mahkemesi Yasası m. 19/4'e göre, bu karar kapalı bir oturumda duruşma yapılmaksızın verilmiştir.
6. Mahkeme harçlarına ilişkin karar, Anayasa Mahkemesi Yasası m. 65a'ya dayanmaktadır. Mahkemece hükmedilen bu tutarlara, 654 Avro müşterek dava arkadaşlığı harcı, 566,80 Avro vergi ve 240 Avro başvuru harcı dahildir.

Viyana, 11 Aralık 2020

Başkan:

DDr. GRABENWARTER

Raportör:

Dr. HUBER