

ISSN:1309-6826

TAAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

Ekim 2022 • Sayı 52 • Yıl:13



yayin.taa.gov.tr

52



TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

"Güven Veren Adalet İçin Etkin Eğitim"

52

YIL: 13 - SAYI: 52 - EKİM 2022
www.taad.taa.gov.tr

ISSN: 1309-6826

SAHİBİ / OWNER
Muhittin ÖZDEMİR

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

EDİTÖR / EDITOR
Doç. Dr. Servet ALYANAK / Hâkim

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ / EDITOR IN CHIEF
Saniye Gizem OKUTAN / Adalet Uzmanı

YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD
Muhittin ÖZDEMİR
Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

Doç. Dr. Servet ALYANAK
Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Editörü

Süleyman KAYNAR
Law and Justice Review Dergisi Editörü

Adnan DÖNDERALP
Akademi Kürsü Dergisi Editörü

Saniye Gizem OKUTAN
Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Bülent KENT
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Süleyman YILMAZ
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Doç. Dr. Abdülkerim YILDIRIM
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

YAYIN TASARIM / PUBLISHING DESIGN
Hüseyin ÖZTÜRK, Büro Memuru

YAYIN YÖNETİM MERKEZİ / PUBLICATION MANAGEMENT CENTER

Türkiye Adalet Akademisi
Ahlatlıbel Mahallesi İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı Çankaya/ANKARA
Tel: 0 (312) 489 81 80 • Faks: 0 (312) 489 81 01

E-posta: taa@gmail.com

Web: www.taad.taa.gov.tr

BASKI / PRINT

Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası
İstanbul Yolu 13. Km. Ergazi-Şaşmaz/ANKARA

YAZIM VE YAYIM KURALLARI

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi yılda dört kez yayımlanan ulusal hakemli bir dergidir. Dergide yayımlanacak makalelerin aşağıda belirtilen yazım ve yayım kurallarına uygun olması gerekmektedir.

1. Dergide Türkçe ulusal hakemli makalelere yer verilmektedir. En az iki hakemin olumlu görüşünü alan makaleler yayımlanması talebi ile yayım kurulunun onayına sunulur.
2. Dergi, üç ayda bir (Ocak, Nisan, Temmuz ve Ekim aylarında) yayımlanmaktadır.
3. Dergiye gönderilen makaleler daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Eğer başka bir yerde yayımlanmışsa da, telif hakkı yazara ait olmalıdır.
4. Dergide yayımlanan makalelerin dil, bilim ve ileri sürülen görüşler bakımından sorumluluğu yazarlara aittir.
5. Makalelerin **bilimselmakale@taa.gov.tr** adresine makale gönderim formu ve taahhütname ile birlikte gönderilmesi gerekmektedir. Makale gönderim formu ve taahhütname "**https://yayin.taa.gov.tr**" adresinden temin edilebilir.
6. Makaleler, uluslararası standartlardaki bilimsel yayım ve yazı formatlarına uygun olmalıdır.
7. Makalelerde 12 kelimeyi aşmayan "Başlık", **150-250** kelime arası "Özet" ve **5-8** kelime arası "Anahtar Kelimeler" bulunmalıdır. Makalelerde "Başlık, Özet, Anahtar Kelimeler ile Giriş ve Sonuç" kısımlarına numara verilmemelidir. "Başlık, Özet ve Anahtar Kelimeler" in yazılan yabancı dilin yanı sıra Türkçe ve İngilizce de yazılması zorunludur.
8. Metin içi alıntılama ve kaynak gösterme için OSCOLA kaynak stilinin 4. Edisyonu kullanılmalı ve dipnot atf sistemi tercih edilmelidir.
9. Makalelerin ana bölümleri ve kaynakça 11, dipnotlar ise 9 punto ile yazılmalı, 1 satır aralığı ile "**Times New Roman**" karakteri kullanılmalı, metin iki yana yaslanmalı, sayfanın tüm kenarlarında 2,5 cm boşluk bırakılmalıdır.
10. Makaleler, kaynakça dâhil **3.000** kelimedenden az, **12.000** kelimedenden çok olmamalıdır.
11. Yazarın akademik unvanı, adı ve soyadı, baş harfleri büyük olmak üzere makale başlığının altında ortalı olarak yazılmalıdır. Yazarın çalıştığı yer ismi ile elektronik posta adresi, adı ve soyadına ilişkin dipnotta belirtilmelidir.
12. Makalelerin yayımlanıp yayımlanmayacağı, makale yazarına e-posta ile bildirilir.
13. Yazar ve hakemlere ödenecek telif ve inceleme ücretleri, Türkiye Adalet Akademisi Yayın Yönetmeliği'nin 23. Maddesi uyarınca dergi yayınlandıktan sonra yazara ödenir. Hakem denetiminden geçen bir makalenin telif ücretinin % 20'si hakemlere ödenir.
14. Dergide yazısı yayımlanmış yazarlara ücretsiz iki adet dergi gönderilmektedir.
15. Dergide yayımlanan tüm yazıların telif hakkı Türkiye Adalet Akademisine aittir. Makaleler, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.
16. Dergilerin dijital versiyonuna "**https://yayin.taa.gov.tr**" adresinden ulaşılabilir.

* Yazım ve yayım kuralları 04/06/2020 tarihli Yayın Kurulu Kararı ile güncellenmiştir. Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir.

DANIŞMA KURULU/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Abdurrahman EREN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Adem SÖZÜER

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet BİLGİN

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ

Bingöl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Arzu OĞUZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Aydın BAŐBUĐ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Aydın GÜLAN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayhan DÖNER

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe NUHOĐLU

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bilge ÖZTAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bülent KENT

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cem BAYGIN

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cemal ŐANLI

İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ejder YILMAZ

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Emine AKYÜZ

Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ersan ÖZ

Pamukkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

Prof. Dr. Faruk TURHAN

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Feridun YENİSEY

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fügen SARGIN

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Halil AKKANAT

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hamdi

MOLLAMAHMUTOĞLU

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hamide ZAFER

Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan AYRANCI

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan BACANLI

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Eğitim Fakültesi

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan TUNÇ

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim AYDINLI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY

Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail KAYAR

Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail KIRCA

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kadir ARICI

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kamil Ufuk BİLGİN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Kayıhan İÇEL

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kudret GÜVEN

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet DEMİR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mahmut KOCA

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Melikşah YASİN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Metin TOPÇUOĞLU

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat ATALI

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat DOĞAN

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Musa Kazım ARICAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AKKAYA

Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ATEŞ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AVCI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa KOÇAK

İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nevzat KOÇ

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nihat BULUT

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nuray EKŞİ

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Osman DOĞRU

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ömer ANAYURT

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Refik KORKUSUZ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Süha TANRIVER

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Şafak NARBAY

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Turan YILDIRIM

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Vahit DOĞAN

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK

Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yaşar Hakan PEKCANİTEZ

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yavuz ATAR

İBN Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yener ÜNVER

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yılmaz ÇOLAK

Polis Akademisi Başkanı

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Anayasa Mahkemesi Üyesi

Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yücel OĞURLU

İstanbul Ticaret Üniversitesi

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

KAMU HUKUKU

ÖTANAZİ VE HASTANIN KENDİ GELECEĞİNİ BELİRLEME
HAKKI ARASINDAKİ İLİŞKİ

Relationship Between Euthanasia and the Patient's Right to Self-Determination

Uğur AŞKIN; Korhan YEĞRİM s. 1-24

İDARİ YARGIDA 6459 SAYILI KANUN DEĞİŞİKLİĞİ SONRASI
KISMİ DAVA İHTİMALİ

*Possibility of Partial Lawsuit After The Amendment of Law No. 6459 in
Administrative Jurisdiction*

Halil YOLAL s. 25-48

DANIŞTAY KARARLARINA KARŞI KANUN YARARINA TEMYİZ
YOLUNA BAŞVURULMASININ MÜMKÜN OLUP OLMADIĞI
SORUNU

*The Question of Whether it is Possible to Appeal for the Sake of Law
Against the Decision of the Council of State*

Tahir MURATOĞLU s. 49-74

YASAMA VE HUKUK BİLİMİ KONUSUNDAKİ TARİH ÜSTÜ
GÖREV HAKKINDA

Of the Ageless Vocation for Legislation and Jurisprudence

Osman Vahdet İŞSEVENLER s. 75-94

ÖZEL HUKUK

AKIL HASTASI KISITLININ ARACININ KAZAYA KARIŞMASI
HALİNDE SORUMLULUK VE SİGORTACININ RÜCU HAKKI

*The Liability of in Accidents Restricted due to Mental Illness and Right of
Recourse of Insurer*

İsa AKANSEL s. 97-124

İFLÂS TASFİYESİNİN TATİLİ

Suspension of the Bankruptcy Liquidation

Ali Fuat ÇİÇEKLİ s. 125-158

ŞİRKETLER TOPLULUĞU HUKUKU “TARİHÇE VE TERMİNOLOJİ”
Law of Group Companies “History and Terminology”

Sinan MİSİLİ s. 159-194

ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKI
The Right to Refuse Work

Gürcan ÖNOL s. 195-236

TÜRK İŞ HUKUKUNDA ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE
MÜTESELSİL SORUMLULUK
*The Joint Liability in Contractor and Subcontractor Relationship in Turkish
Labor Law*

Seda ÖZGÜL EKİZ s. 237-272

ADİ ORTAKLIK İLİŞKİSİNDE ORTAKLARIN HAKSIZ FİİL
SORUMLULUĞU BAĞLAMINDA ADAM ÇALIŞTIRAN SIFATININ
TESPİTİ
*Determination of the Employer Status within Simple Partnership in the
Context of Tort Liability of the Partners*

Ferhat CANBOLAT; Dila OKYAR s. 273-288

KEFİLİN ASIL BORÇ İLİŞKİSİNDEN DOĞAN SAVUNMA
İMKÂNLARINA BAŞVURABİLMESİNİN SINIRLARI
*The Limits to the Surety’s Defenses that Arise from the Principal Debt
Relationship*

Günhan GÖNÜL KOŞAR s. 289-322

OSMANLI DEVLETİ’NDE KAMBİYO SÖZLEŞMELERİNİN
TİCARET HUKUKUNA ETKİSİ
The Effect of Exchange Contracts on Commercial Law in the Ottoman State

Mustafa ÇAKICI; Metin KIRATLI s. 323-348

7223 SAYILI KANUN KAPSAMINDA ÜRÜN SORUMLULUĞU
KAVRAMINA GENEL BİR BAKIŞ
*A General View to the Concept of “Product Responsibility” in the Scope of
Law No 7223*

Seda BAŞ s. 349-382

BORÇLU TEMERRÜDÜNDE İHTAR VE EK SÜRE KAVRAMLARI
Concepts of Notice and Grace Period in Default of the Debtor

Derya ATEŞ s. 383-406

ZAMANAŞIMINA UĞRAMIŞ BONODAKİ TEMERRÜDÜN YİBHGK
KARARI IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

*Evaluation of the Default on Promissory Note on which the Statute of
Limitation has ended under the Perspective of the General Assembly of Civil
Chambers' Decision*

Sedat KAYA s. 407-436

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;



 **Jurix**

Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

KAMU HUKUKU

ÖTANAZİ VE HASTANIN KENDİ GELECEĞİNİ BELİRLEME HAKKI ARASINDAKİ İLİŞKİ

Relationship Between Euthanasia and the Patient's Right to Self-Determination

Uğur AŞKIN*

Korhan YEĞRİM**

Özet

İyi ve ölüm kelimelerinin birleştirilmesinden meydana gelen ötanazi kavramı tatlı ve acısız ölüm, kolay ölüm anlamlarına gelmektedir. Hukuki olarak ötanazi; ölümün kaçınılmaz olduğu ve tıp biliminin verilerine göre iyileştirilmesi olanağı bulunmayan veya dayanılmaz acılar içinde olan kişinin rızasına dayalı olarak tıbbi yollarla öldürülmesi veya tıbbi yardımın kesilerek ölüme terk edilmesidir.

Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı ise kendi kararını verebilme imkan ve iradesine sahip bir hastanın kendi yaşamına ilişkin seçimlerini özgür iradesiyle kullanması anlamına gelir. Hasta, bu hak sayesinde kendisi için en iyi olanı değil aynı zamanda menfaatine aykırı olan bir durumu da seçebilir. Bu hakkın en iyi şekilde kullanılabilmesi için hastanın tedaviye ilişkin süreçleri tam olarak bilmesi gerekir.

Ötanazi ile hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı amaç yönünden benzer haklar gibi gözükse de bunlar çeşitli farklılıklar içerir. Esasında ötanazi, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı içerisinde yer alan bir hak türüdür. Bu kapsamda ötanazi, yaşamı sona erdirmeye ve yaşam için gerekli tedavinin reddi hususunu içerir. Buna karşın kendi geleceğini belirleme hakkı, hastanın bütün tedavi girişimlerinde belirleyici nitelikte ve öncül karakterde olmasını gerektirir.

Bu çalışmada, ötanazi ve hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı arasındaki ilişki öğreti ve karşılaştırmalı hukuk bakımından incelenerek belirli kriterler ortaya koyulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ötanazi, hasta, kendi geleceğini belirleme hakkı, hayat hakkı.

➤ Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 10.11.2021

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 06.09.2022

* Arş. Gör., İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ugur.askin@inonu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-3842-8745>

** Dr. Öğr. Üyesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, korhan.yegrim@inonu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-3231-0068>

Abstract

The concept of euthanasia, which is formed by combining the words goods and death, means sweet and painless death, easy death. Legal definition of euthanasia is the death of the person whose death is inevitable and who cannot be cured according to the data of medical science or who is in unbearable pain, based on his consent, or leaving the medical aid to die by cutting it off.

The patient's right to determine his own future, on the other hand, means that a patient who has the opportunity and will to make his own decision uses his own life choices voluntarily. With this right, the patient can choose not only what is best for him, but also a situation that is contrary to his interests. In order for this right to be exercised in the best way, the patient must know exactly the processes related to treatment.

Although euthanasia and the patient's right to self-determination seem to be similar rights in terms of purpose, they contain various differences. In fact, euthanasia is a type of right included in the patient's right to self-determination. In this context, euthanasia includes the termination of life and the denial of treatment necessary for life. On the other hand, the right to self-determination requires the patient to have a decisive and preliminary character in all treatment attempts.

In this study, the relationship between euthanasia and the patient's right to self-determination will be examined in recognition of doctrine and comparative law, and certain criteria will be put forward.

Keywords: Euthanasia, patient, right to self-determination, right to life.

GİRİŞ

Ötanazi bir kimsenin yakalandığı hastalıktan kaynaklanan dayanılması güç ağrılar sebebiyle yaşamına son verilmesidir¹. Buna ilişkin fiil; ölümcül nitelikteki bir enjeksiyon verme, yaşam destek ünitesinden ayırma ya da yüksek dozda ilaç verme şekillerindeki gibi icrai nitelikte olabileceği gibi, hastanın tedavi edilmeyerek ölüme terk edilmesinde olduğu gibi ihmali de olabilir².

¹ M. Emin Artuk, Ahmet Gökcen, M. Emin Aşahin, Kerim Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2021, s. 123; Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2020, s. 97; Handan Yokuş Sevük, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2020, s. 66; Mustafa Özen, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2021, s. 130; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, Ankara 2021, s. 198; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2021, s. 144; Nur Centel, Hamide Zafer, Yenerer Özlem Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 2016, s. 31; Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2020, s. 557; Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2021, s. 295; Yusuf Yaşar, Işıl Turan, Alman, Avusturya ve İsviçre Yüksek Mahkeme Kararları Çerçevesinde Talep Üzerine Öldürme Suçu İle Ötanazi İlişkisi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 1, s. 43.

² Bilal Kılınç, Mukayeseli Hukukta Ötanaziye İlişkin Yaklaşımlar ve Hukukumuzda Ötanazinin Yeri Sorunu, Ankara 2019, s. 35; Berat Özsarı, Hollanda Hukukunda Ötanazi Düzenlemesi ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu, Ankara 2017, s. 28; Aysun Altunbaş, Ötanazinin Türleri ve Ötanazinin Türk Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, III. Sağlık Hukuku Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi Sempozyumu, Ankara 2016, s. 61; Ş. Berfin Işık Yılmaz, Ötanazi, Terazi Hukuk Dergisi,

Ötanazi aktif, pasif ve dolaylı olmak üzere üçe ayrılır³. Birçok ülkede pasif ötanazi yasal iken aktif ötanazi yasal değildir. Ötanazinin meşru ya da indirim sebebi olduğu ülkelerde ise ötanazi uygulayan faile cezai müeyyide uygulanmaz ya da kasten öldürmeye nazaran daha hafif bir ceza uygulanır⁴. Türk hukukunda ise ötanaziye ilişkin fiiller kasten öldürme suçunu oluşturmaktadır⁵. Ayrıca bu ayrımların haricinde hekim destekli intihar ve iradi (voluntary)- irade dışı (non-voluntary) ötanazi ayrımları da bulunmaktadır⁶.

Kendi geleceğini belirleme hakkı ise hastanın tedavi edilmesini, hastalığının teşhis edilmesini ve hayati riskleri konusunda bilgilendirilmesini ifade eder. Bu sayede hasta uygulanacak tedaviyi yönlendirerek, kendi geleceği üzerinde karar verebilmektedir. Dolayısıyla hasta uygulanacak tedaviyi kabul veya ret edebileceği gibi uygulanacak tedaviler arasında seçimde de bulunabilir. Bu durumda kendi geleceğini belirleme hakkı ile ötanazi arasındaki ilişkinin belirlenmesi gerekir. Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının sınırları ve ötanazi istemlerinin yasallığının tespit edilmesi gerekir. Bu belirleme aktif, pasif ve dolaylı ötanazi ayrımı kapsamında yapılabilir.

Aktif ötanazi, icrai davranışla gerçekleştirilen tıbbi yöntemler vasıtasıyla ölümün gerçekleştirilmesidir. Hastanın isteği doğrultusunda olsa bile, aktif bir davranışla yaşamına son verilmesi yasal olarak mümkün değildir. Dolayısıyla aktif ötanazide yaşama hakkı, kendi geleceğini belirleme

S. 68, 2012, s. 51; Murat Güven, Ötanazi Hakkına Dair Genel Bir Değerlendirme, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2017, S. 131, s. 39.

³ Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 145; Özen, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 130; Centel, Zafer, Çakmut, s. 32; Koca, Üzülmaz, s.98; Yokuş Sevük, s. 66-67; Tezcan, Erdem, Önok, s. 201; Şahbaz, s. 131; Yılmaz, s. 52; Bozkurt, s. 245. Güven, Ötanazi Hakkına Dair Genel Bir Değerlendirme, s. 47; Ömeroğlu, s. 189; Özkara, s. 106; Gürcan, s. 265; Alan Akcan, s. 12; Besiri s. 192; Demirörs, Hızal, s. 1498 vd.; Maral, s. 147; Bağcı, s. 20; Üstün, Aygörmöz Uğurlubay, s. 31; Yaşar, Turan, s. 55.

⁴ Centel, Zafer, Çakmut, s. 32; Tezcan, Erdem, Önok, s. 199; Güven, Ötanazi Hakkına Dair Genel Bir Değerlendirme, s. 53; Alan Akcan, s. 18; Yaşar, Turan, s. 45; Bozkurt, s. 247.

⁵ Tezcan, Erdem, Önok, s. 201; Ömeroğlu, s. 202; Alan Akcan, s. 21. Besiri, s. 200; Demirörs, Hızal, s. 1498; Şahbaz, s. 136; Maral, s. 153; Yılmaz, s. 56; Bağcı, s. 23; Yaşar, Turan, s. 62; Bozkurt, s. 258.

⁶ Hekim destekli intihar kavramı tam anlamıyla aktif ve pasif ötanazi kategorisinde değerlendirilmemektedir. Zira Hekim destekli intiharda hekim kişinin talebi doğrultusunda ölüm neticesini gerçekleştirebilecek durumları sunmakta ancak pasif ötanazi kategorisine girecek tarzda tedavi uygulama ya da tedaviyi yarıda bırakma eylemlerini icra etmemektedir. Ölüm bizzat kişinin kendisi tarafından gerçekleştirilmektedir. Bkz. Alan Akcan, s. 13; İradi (voluntary)- irade dışı (non-voluntary) ötanazi ayrımında ise hekim aktif rol oynamaktadır. İradi ötanazide dayanılmaz acılar çeken hastanın kendi iradi istemi üzerine hekimin yaşamı sonlandırmaya ilişkin fiili doğrudan uygulaması veya yapması gereken tedaviyi yapmaması nedeniyle ölümün gerçekleşmesi söz konusudur. İrade dışı ötanazide ise hasta ayırt etme kudretini haiz değildir. Bu sebeple hasta yakınları veya aile üyeleri tarafından bu kişilerin iradesi ile hekimin ötanaziyi gerçekleştirmesi söz konusudur. Bkz. Varol, Şemsettin, Yaşam Hakkı Bağlamında Ötanazi ve Kürtaj, Ankara 2022, s. 116.

hakkından üstün niteliktedir. Pasif ötanazi ise, hastanın yaşamına devam edebilmesi için uygulanması gereken tedavilerin yerine getirilmeyerek ölümün çabuklaştırılmasıdır. Burada kendi geleceğini belirleme hakkı ile ötanazi arasındaki ilişkinin belirlenmesinde farklı görüşler bulunmaktadır. Son olarak dolaylı ötanazi ise amansız bir hastalığa yakalanan hastanın acılarını azaltmak amacıyla uygulanan tedavinin, yaşam süresini kısaltmasıdır. Dolaylı ötanazi halinde kendi geleceğini belirleme hakkı, yaşam hakkından üstün tutulmalıdır. Bu nedenle dolaylı ötanazi halinde hastanın isteği doğrultusunda hareket edilmesi gerekir.

I. ÖTANAZİ KAVRAMI

Ötanazi, “*acısız, rahat ölüm, can çekişmeyi çabuklaştırmak ve acıları kısaltmak amacıyla acısız öldürme şekli*” olarak tanımlanır⁷. Etimolojik olarak ise, Yunanca ‘eu’ (iyi) ve ‘thanatos’ (ölüm) sözcüklerinin birleşiminden oluşmuş ‘*iyi ölüm*’, ‘*ızdırapsız doğal ölüm*’ ve ‘*huzur, rahat ve kolaylık içerisinde ölüm*’, anlamlarına gelir⁸. Diğer ülkelerde bu kavram *sterbehilfe*, *mercy killing*, *Euthanasia*, *respected death*, *dying well* gibi farklı şekillerde ifade edilir⁹.

Tıp alanındaki tedavi yöntemlerine ilişkin gelişmeler sayesinde insanların yaşam süreleri uzamaktadır. Ancak zorlu hayat koşulları, ekonomik problemler ve kimyasal çevre şartları nedeniyle tedavi imkanı olmayan hastalıklara yakalanan birey sayısında artış yaşanmaktadır. Bu hastalıklara yakalanan bireyler ötanaziye çare olarak gördüğü için, bu konu güncelliğini korumaktadır¹⁰.

Ötanazi, iyileşme imkânı bulunmayan ve ölümüne kuvvetle muhtemel bakılan acı, ağrı ve ızdırap çekmekte olan hastanın, içinde bulunduğu dayanılmaz durumdan kurtulmak maksadıyla kendi isteği doğrultusunda tıbbi yardımın kesilmesi ya da tıbbi vasıtalarla ölümün gerçekleştirilmesidir¹¹.

⁷ Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, Ankara 2001, s. 691.

⁸ Ömer Ömeroğlu, Ötanazi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1993/2, s. 188; Erdem Özkara, Ötanaziye Farklı Bir Bakış: Belçika’da Ötanazi Uygulaması ve Ülkemizdeki Durum, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 78, 2008, s. 105; Özge Demirörs, Sevinç Arslan Hızal, Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi, AÜHFD, 65(4), 2016, s. 1484; Başak Şahbaz, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezaî Sorumluluğu Yönünden “Ötanazi” Uygulamaları, İstanbul Barosu Dergisi, C. 90, S. 2, 2016, s. 130; Kutluhan Bozkurt, Ötanazi ve Destekli İntihar-Uluslararası Düzenlemeler ve Farklı Ülkelerdeki Uygulamalar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, s. 2, 2017, s. 244; Erdem Özkara, Benal İnceer, İ. Hamit Hancı, Gönül Ozan, Gökhan Oral, Psikologların Ötanaziye Yaklaşımı, Adli Psikiyatri Dergisi/ Turkish Journal of Forensic Psychiatry, 1 (1), 2004, s. 36.

⁹ Hakan Hakeri, Tıp Ceza Hukuku, Ankara 2021, s. 74; Maşallah Maral, Ötanazi’nin Yaşam Hakkı Açısından Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Dergisi, C. 91, S. 2, 2017, s. 145.

¹⁰ Demirörs, Hızal s. 1481; Ömeroğlu, s. 187.

¹¹ Arzu Besiri, Ötanazi ve Yaşam Hakkı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 86, 2009, s. 190; Centel, Zafer, Çakmut, s. 31; Sevük, s. 67; Tezcan, Erdem, Önok, s. 197; Özkara, s. 106;

Dolayısıyla hukuki olarak ötanaziden bahsedilebilmesi için yaşama son vermeye ilişkin fiilin hastanın menfaatine ve iradesine uygun olması, tedavisi mümkün olmayan bir hastalığın varlığı, hastalığın dayanılmaz şiddette ağrılara neden olması ve bu fiilin hekim tarafından gerçekleştirilmesi koşullarının bulunması gerekir¹².

Ölmek üzere olan ya da algılama yeteneği bulunmayan bir hastanın yaşamını son vermeye ilişkin fiiller, mağdurun bilinçli hareket edememesi nedeniyle ötanazi olarak değerlendirilmez¹³. Mağdurun bilinçli hareket etmesine ilişkin kıstaslar medeni hukukta yer alan fiil yeteneğine sahip olma kuralına göre belirlenmez. Burada önemli olan husus hastanın kendisine uygulanacak fiilin önemini, niteliğini, kapsamını algılaması ve bu doğrultuda yaşama hakkından vazgeçmesidir¹⁴. Doktrindeki bir görüşe göre ise, kısmi ya da bütünüyle akıl sağlığı yerinde olmayan bir hastanın ötanaziye rıza gösterip göstermediği ek delillerle desteklenmediği müddetçe ötanaziye başvurulmamalıdır¹⁵. Kanaatimizce, kişinin akıl hastalığının derecesine ve türüne göre ötanaziye ilişkin koşulların değerlendirilmesi gerekir. Öyle ki, kişinin akıl hastalığı yaşamını sonlandırmaya ilişkin fiilleri algılamasına engel teşkil etmekteyse ötanazinin gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Aksi durumda bu kişilere de ötanazinin uygulanması mümkündür. Örneğin, kleptomani hastalığı yaşamı son vermeye ilişkin fiillerin algılanmasına engel teşkil etmez. Dolayısıyla

Doktrinde, ötanazinin uygulama koşulları bakımından görüş birliği bulunmamaktadır. Nitekim ötanazinin sadece ölümcül ve acı veren hastalığa yakalanan kişilere uygulanması gerektiğini savunan görüşler olduğu gibi ölümcül derecede olmamakla birlikte kronik bir rahatsızlığı olan kişilere de yaşam kalitesindeki düşüş gerekçe gösterilerek ötanazinin uygulanması gerektiğini ifade eden görüşler bulunmaktadır. Bkz. Erdem Özkara, Bora Büken, Mustafa Dalgıç, Atilla Semih Mayda, Düzce'de Çalışan Hekimlerin Ötanaziye Bakışı, Adli Psikiyatri Dergisi/Turkish Journal of Forensic Psychiatry, 1 (1), 2004, s. 12; Ötanazinin olması gerektiği yönünde öğretilen bir görüşe göre; bazı hastalıklar hastanın yaşam kalitesini bozmaktadır. İleri derecede kansere yakalanmış bir kişi ile kuduz hastalığına yakalanmış hastalar buna örnek verilebilir. Karaciğer kanseri olan bir hastanın ağrı kesici ilaçların etki göstermediği terminal aşamaya geldiği ve dindirilemeyen acılarla kıvrıldığı ya da bir kuduz hastasının tecrit edildiği bir odada ölüm çılgınlıkları attığını görmek ötanazinin bütünüyle reddedilmemesi gerektiğini göstermektedir. Bkz. Öztürk, Erdem, s. 295; Ötanazi konusunda bir tanım da şu şekildedir: "İyileşme ümidi olmadığı tıbben kati suretle belirlenmiş olan ve dayanılmaz acılar çeken bir hastanın bilinci açıksa kendisine, değilse hukuki ehliyete sahip yakınlarına durumu anlatıldıktan sonra, hasta veya yakınının hür iradesi ile verdiği karar üzerine, tedaviyi yapan hekim tarafından hastanın yaşamına acısız şekilde son verilmesidir". Bkz. Olcay Bağcı, Ötanazi Konusunda Hukukçular Üzerinde Bir Anket Çalışması, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1 2002, s. 19; Adnan Öztürel, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 1, 1957, s. 268.

¹² Ömeroğlu, s. 198; Şahbaz, s. 131; Centel, Zafer, Çakmut, s. 36; Öztürk, Erdem, s. 294.

¹³ Tezcan, Erdem, Önok, s. 198.

¹⁴ Öztürk, Erdem, s. 296.

¹⁵ Centel, Zafer, Çakmut, s. 37.

bu hastaların yaşamını son vermeye ilişkin fiiller koşulları taşıması halinde ötanazi olarak değerlendirilir.

Ölüm anının belirlenmesine ilişkin biyolojik ölüm ve beyin ölümü ayrımları yapılmaktadır. Biyolojik ölümden merkezi sinir sistemi faaliyetlerini kesmekte ve kişinin nefes alma, dolaşım sistemleri durmakta ve akabinde bütün hücreleri ve vücudunda bulunan dokuların ölümü meydana gelmektedir¹⁶. Biyolojik ölümü gerçekleştirmiş kişilere kalp-akciğer pompası tarzında ekipmanlar veya reanimasyon yöntemleri ile solunum ve dolaşım sistemleri durmuş kişilerde kimi zaman beynin çalışmayı bırakmadığı gözlemlenmiştir. Bu sebeple beyin ölümü bir kriter olarak ele alınmaya başlanmıştır¹⁷. Beyin ölümü, beyin organının vücudu idare etme kudretini bütünüyle ve geri dönüşü olmaksızın yitirmesidir¹⁸. Bu nedenle beyin ölümünün gerçekleşmesi, yaşamın sona erdiği an olarak kabul edilir. Ötanazi için hastanın beyin ölümünün gerçekleşmemiş olması gerekir¹⁹. Buna karşın bitkisel hayata girmiş bir hastanın beyin ölümü gerçekleşmediğinden ötanazi uygulanabilir²⁰.

Ötanazi; aktif, pasif ve dolaylı ötanazi olmak üzere üçe ayrılmaktadır²¹. Doktrinde ayrıca iradi (voluntary) ve irade dışı (non-voluntary) ötanazi ayrımı da yapılmaktadır²². Aktif ötanazi, icrai davranışla gerçekleştirilen tıbbi

¹⁶ Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 109; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, s. 102; Centel, Zafer, Çakmut, s. 27.

¹⁷ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, s. 122; Yokuş Sevik, s. 46; Özen, Özel Hükümler, s. 119; Koca, Üzülmez, s. 79

¹⁸ Centel, Zafer, Çakmut, s. 27; Beyin ölümü gerçekleştirmiş kişi hukuki anlamda ölü kabul edildiği için bu evreden sonra hekimin kişiyi yapay destekle yaşatma gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Hekim, bu evredeki bir hastanın tıbbi desteğini sonlandırmış ise kasten öldürme suçu oluşmaz. Bkz. Tezcan, Erdem, Önok, s. 140; Centel, Zafer, Çakmut, s. 27; Hafizoğulları, Özen, s. 35; Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 109; Özkara, s. 107; Bitkisel hayat hem ölümün gerçekleşmediği hem de iyileşmenin meydana gelmediği safha olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Özen, Özel Hükümler, s. 119; Bağcı, s. 25.

¹⁹ Beyin ölümü Organ ve Doku Hizmetleri Yönetmeliği Ek-1’de tanımlanmıştır. Buna göre “Beyin ölümü klinik bir tanıdır ve tüm beyin fonksiyonlarının tam ve geri dönüşümü olmayan kayıdır”. R.G. Tarih: 01.02.2012, S. 28191.

²⁰ Hakeri, s.78; Moral, s. 50; Ölüm anı konusunda kişinin kalp ve dolaşım eylemlerinin durması bir ölçüt olarak alınmamaktadır. İnsan beyni, kişiye hayat veren, onun kişiliğini oluşturan bir organ olduğu için kişinin yaşamının sona erdiği an; beynin bütün fonksiyonları ile geri dönülmez bir biçimde kaybı olarak kabul edilmektedir. Bkz. Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 109; Gerçek ölümün beyin ölümü olduğu yönünde görüş için bkz. Özkara, s. 107.

²¹ Yokuş Sevik, s.67; Koca, Üzülmez, s. 97; Doktrinde, aktif ve pasif (etken-edilgen) ötanazi olmak üzere iki tür ötanazinin olduğunu ileri süren görüşler bulunmaktadır. Bkz. Tezcan, Erdem, Önok, s. 201; Özbek, Doğan, Bacaksız, s.145; Özen, s. 130; Çağatay Üstün, Gülsün Ayhan Aygörmüş Uğurlubay, Sağlık Hukukunda Bireyin Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Bu Hakkın Etik Açısından Değerlendirilmesi, Fasikül Hukuk Dergisi, Nisan 2014, S. 53, C. 6, s. 31.

²² Besiri, s. 191; Güven, s. 48; Maral, s. 148; Demirörs, Hızal, s. 1486; Gürçan, s. 266; Alan, Akcan, s. 13; Özkara, s. 107-108; Bozkurt, s. 245; Yılmaz, s. 52.

yöntemler vasıtasıyla ölümün gerçekleştirilmesidir²³. Burada hekim, özgür irade doğrultusunda tıbbi araçlar ile ağrısız bir şekilde hastanın yaşamına son vermektedir²⁴. Aktif ötanazinin gerçekleştirilmesi halinde TCK m. 81'deki kasten öldürme suçu oluşur. Örneğin, kanser hastalığına yakalanmış bir kimsenin yaşamak istememesi üzerine, hekim tarafından ilaç verilme suretiyle yaşamına son verilmesi aktif ötanazidir. Benzer şekilde otuz iki dişini kaybetmiş bir hastanın dayanılmaz acılardan dolayı yaşamına son verilmesini istemesi üzerine, hekimin zehir vermek suretiyle bu isteği yerine getirmesi durumunda aktif ötanazi söz konusudur.

Pasif ötanazi (ortotanezi- volonter ötanazi), hastanın yaşamına devam edebilmesi için uygulanması gereken tedavilerin yerine getirilmeyerek ölümün çabuklaştırılmasıdır²⁵. Burada doğal yoldan ölümü geciktirici mahiyette reanimasyon, suni beslenme gibi tıbbi tedbirler yarıda bırakılarak hasta ölüme terk edilmektedir²⁶. Bu halde TCK m. 83'teki kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçu oluşur. Örneğin, yaşamını tıbbi yöntemlerle devam ettiren hastanın tedavisinin durdurulması, antibiyotik vb. ilaç tedavisinin uygulanmaması, yaşam süresini uzatacak tedaviye girişilmemesi ve respiratörün veya gastrotomi tüpünün çekilmesi pasif ötanazidir²⁷.

²³ Demirörs, Hızal, s. 1487; Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 145; Centel, Zafer, Çakmut, s. 32; Alan Akcan, s. 12; Koca, Üzülmez, s. 98; Yokuş Sevük, s. 67; Aktif ötanazide ölümü gerçekleştirmeye yönelik eylemler doğrudan kullanılmaktadır. Bkz. Güven, s. 45.

²⁴ Şahbaz, Başak, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Yönünden "Ötanazi" Uygulamaları, İstanbul Barosu Dergisi, C. 90, S. 2, 2016, s. 131; Öğretide bir başka görüşe göre ötanazi etken ve edilgen ötanazi şeklinde ikiye ayrılmaktadır. İğne vurularak ya da yaşam destek fişinin çekilmesi etken ötanazi olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Özen, s. 130.

²⁵ Alan Akcan, s. 7; Öğretide bir görüşe göre ötanazinin ilacın verilmemesi örneğinde olduğu gibi edilgen hareketlerle gerçekleştirilmesi edilgen ötanaziyi oluşturmaktadır. Bkz. Özen, s. 130; Centel, Zafer, Çakmut, s. 32; Özkara, s. 106; Koca, Üzülmez, s. 98; Yokuş Sevük, s. 68; Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 145; Üstün, Aygörmez Uğurlubay, s. 31; "Ort Ötanazi" olarak da adlandırılan pasif ötanazide hekim, hastanın belirli bir süre daha yaşama olanağı veren destekleyici nitelikte tedavi hizmetini sunmamakta veya bu tedaviyi sonlandırmakta ve bu yolla da ölüm çabuklaştırılmaktadır. Bu bağlamda başlangıçta tıbbi müdahalenin verilmesi ve sonrasında bu müdahalenin sonlandırılması pasif ötanazi olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Yılmaz, s. 52.

²⁶ Andreas Spickhoff, , Medizinrecht, München 2018, § 216, kn. 6; Yokuş Sevük, s. 68; Şahbaz, s. 131; Özkara, s. 107; Demirörs, Hızal, s. 1488;

²⁷ Özen, s. 130; Özkara, s. 106; Maral, s. 148; Koca, Üzülmez, s. 98; Üstün, Aygörmez Uğurlubay, s. 31; Hasta açık veya örtülü olarak ötanazi uygulamasına rıza göstermemiş yaşamak istek ve iradesini göstermiş hekimin hasta üzerinde böyle ihmali de olsa bir müdahalede bulunması olanaklı değildir. Şahbaz, s. 132; Bir hastanın iradesini sarıh ya da zımnî ortaya koymadığı durumlarda yaşam desteğinin çekilmesi ya da hastanın kalbinin durması halinde yeniden canlandırma fiilinin yapılmaması (CPR) kasten öldürmenin ihmali davranışla gerçekleştirilmesine sebep olmaktadır. Demirörs, Hızal, s. 1506.

Öğretide bir görüşe göre, yaşam destek ünitesine bağlı bir hastanın yaşam desteğinin çekilmesi icrai bir fiil olduğu için aktif ötanazidir²⁸. Diğer bir görüşe göre ise burada ihmali bir fiil söz konusu olduğu için pasif ötanazi söz konusudur²⁹. Kanaatimizce, hastanın acılarını dindirmek amacıyla yaşam desteğinin çekilmesi icrai fiillerle gerçekleştirilebilir. Nitekim bu durum hekimin hareketsiz kalmasıyla değil, doğrudan müdahalesiyle gerçekleşir. Bu sebeple yaşam desteğinin çekilmesi aktif ötanazi teşkil eder. Son olarak kemoterapi tarzındaki iyileştirme ihtimali kesin olmayan tedavilerin hasta tarafından reddedilmesi nedeniyle hekimin bu tedaviyi uygulamaması, pasif ötanazi teşkil etmediğini düşünmekteyiz³⁰.

Dolaylı ötanazi ise amansız hastalık nedeniyle acı çekmekte olan hastanın acılarını azaltmak için uygulanan tedavinin yaşam süresini kısaltmasıdır³¹. Bunun uygulanabilmesi için başka bir tedavi yöntemi bulunmamalı ve hastanın bilgilendirilerek rızasının alınması gerekir³². Aksi halde ötanaziyi gerçekleştiren hekimin kasten öldürme suçundan cezai sorumluluğu söz konusu olur³³.

Son olarak iradi (volonter) ötanazi, bilinci açık ve ayırt etme gücüne sahip olan bir hastanın kendi isteği doğrultusunda hekim tarafından yaşamının sonlandırılmasıdır³⁴. Bunun için hekim tarafından tedavinin devam edilmesi ya da yarıda bırakılması hususunda hastanın bilgilendirilerek aydınlatılmış

²⁸ Demirörs, Hızal, s. 1489.

²⁹ Hakeri, 83; Şahbaz, s. 131.

³⁰ Muhammed Sulu, Ötanazi Üzerine, MÜHF - HAD, C. 22, S. 2, s. 557.

³¹ Demirörs, Hızal, s. 1489; Bu terim aynı zamanda aktif dolaylı ölüme yardım olarak da kullanılmaktadır. Aktif dolaylı ölüme yardım da şiddetli ağrılarla karşılaşılması hallerinde yaşamı kısaltıcı etkisi bulunan ilaçlar tedavide uygulanmakta ve hastanın yaşam süresi bu sebeple azalmaktadır. Bkz. Beatrice Brunhöber, Ceza Hukuku ve Hukuk Felsefesi Bakış Açısından Ölüme Yardım, Çev. Yener Ünver, Tıp/Sağlık Hukuku, Ankara 2014, s. 205; Dolaylı ötanazide palyatif tedavi, yan etki olarak erken ölüm riski altında uygulanmaktadır. Palyatif tedavi, acıyı hafifletmekte ancak hastalığı tedavi etmemektedir. Böylelikle hasta eninde sonunda ölüme terk edilmiş olmaktadır. Bkz. Spickhoff, § 216, kn. 7; Dolaylı ötanazi, çifte etki doktrini olarak da adlandırılmaktadır. Bu ötanazide hastanın hem acıları dindirilmekte hem de verilen ilaç sebebiyle ölüm gerçekleşmektedir. Bkz. Kılınç, s. 38; Bozkurt, s. 245.

³² Şahbaz, s.131; Yılmaz, s. 52.

³³ Koca, Üzülmez, s. 98; Alman hukuk uygulamasında, hekimin reçete ettiği ilacın hastanın yaşamını kısaltabileceğini bilmesine rağmen bu tedaviyi uygulaması zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmektedir. Federal Yüksek Mahkeme'ye göre "hastanın rızası ile onuruyla ve acısız şekilde ölümünü mümkün kılma, en ağır ve özellikle de ölüm acıları içinde kısa süre daha yaşama zorunda kalmaktan daha üstün bir hukuksal yarardır". Bkz. BGH, NStZ 1997, s. 184.

³⁴ Varol, Yaşam Hakkı Bağlamında Ötanazi ve Kürtaj, s. 116; Güven, s.48; Besiri, s. 191; Maral, s. 148; Demirörs, Hızal, s. 1486; Gürcan, s. 266; Alan, Akcan, s. 13; Özkara, s. 109; Bozkurt, s. 245; Yılmaz, s. 52.

onamının alınması gerekir³⁵. İrade dışı (non- volonter) ötanazi ise, bilinci kapalı ya da ayırt etme gücü bulunmayan hastanın yakınlarının iradesine dayalı olarak hekim tarafından yaşamına son verilmesidir³⁶. Bu ötanazi türü hastanın bitkisel hayatta veya koma durumunda olması nedeniyle aydınlatılmış onamına başvurulamayan hallerde söz konusu olur³⁷. Hastanın yakını ya da kanuni temsilcisi bulunmamakta veya 'hasta bilinci açık olsa idi ötanaziye rıza gösterirdi' denilen durumlarda (hipotetik rızası (varsayılan rızası) var ise) irade dışı ötanazi gerçekleştirilebilir³⁸.

II. TALEBE DAYALI ÖLDÜRME VEYA İNTİHARA YARDIM İLE ÖTANAZİ AYRIMI

Mağdurun isteğiyle bir başka kişi tarafından öldürülmesine talebe dayalı öldürme denir³⁹. Ötanaziden farklı olarak talebe dayalı öldürme hastanın acılarını dindirme amacı dışında da yapılabilir⁴⁰. Ayrıca ötanazi yalnızca hekim tarafından gerçekleştirilebilirken, talep üzerine öldürmeyi herkes yerine getirebilir⁴¹.

Tedavisi mümkün olmayan bir hastanın acılarını dindirmek maksadıyla hekim tarafından yaşamının sonlandırılmasına karşılık gelen ötanazi talep üzerine öldürmenin içerisinde yer alan bir kavramdır⁴². Rızaya bağlı öldürme ile talep üzerine öldürme kavramları da özdeş değildir. Rıza üzerine öldürme de fail, mağdura işlemek istediği suçu söylemekte ve onun rızası ile eylemi gerçekleştirmekte iken talep üzerine öldürmede mağdur ölmek isteğinde kesin kararlı olup faili ısrarlı istekleri doğrultusunda ikna emekte ve fail istenmeyen neticeyi gerçekleştirmektedir⁴³.

³⁵ Besiri, s. 191; Hastanın aydınlatılmış onamı için ayırt etme gücüne sahip olması, kararını serbestçe ve hiçbir baskı altında kalmaksızın verebilmesi, iradesinin fesada uğramaması olması gerekmektedir. Bkz. Maral, s. 148; Demirörs, Hızal, s. 1486; Gürçan, s. 266.

³⁶ Varol, s. 117; Yılmaz, s. 52; Besiri, s. 191; Alan Akcan, s. 13; Özkara s. 108; Bozkurt, s. 245.

³⁷ Özkara, s. 108; Gürçan, s. 266; Yılmaz, s. 52; Bozkurt, s. 245; Yılmaz, s. 52.

³⁸ Güven, Kudret, Kişilik Hakları ve Ötanazi, Ankara 2000, s. 14; Besiri, s. 192.

³⁹ Urs Kindhäuser, Ulfried Neumann, Hans Ullrich Paeffgen, StGB, 5. Baskı, 2017, § 216 kn. 2; Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Beck'sche Kurz Kommentare, München, 2013, § 216, kn. 4; Bernd Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, 50. Baskı, 2021, § 216 kn. 1; Artuk, M. Emin, Yenidünya, A. Caner, Ötanazi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmalar Dergisi, Cilt:7, Sayı:1-3, 1992-1993, s.298; Bilal Kılınç, Mukayeseli Hukukta Ötanaziye İlişkin Yaklaşımlar ve Hukukumuzda Ötanazinin Yeri Sorunu, İstanbul 2018, s. 21; Mustafa Özen, Ceza Hukuku Özel Hükümler, C. I, Ankara 2021, s. 130.

⁴⁰ Kindhäuser, Neumann, Paeffgen, StGB, § 216 kn. 5; Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, § 216 kn. 13; Talep üzerine öldürme ile ötanazi kavramları birbirine benzemektedir. Ancak talep üzerine öldürme ötanaziye de içine alan daha geniş bir kavramdır. Bkz. Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, § 216 kn. 2

⁴¹ Kindhäuser, Neumann, Paeffgen, StGB, §216 kn. 20; Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, § 216 kn. 12; Fischer, StGB, Beck'ische Kurz Kommentare, § 216, kn. 4a.

⁴² Artuk, Yenidünya, s. 298.

⁴³ Yaşar, Turan, s. 44.

İntihar ise sözlük anlamı olarak bir kişinin kendi yaşamını sonlandırması olarak tanımlanır⁴⁴. İntihara yardım fiili ile ötanazi birbirinden farklıdır. Nitekim intihara yardımda yaşamın sonlandırılması intihar eden kişi tarafından gerçekleştirilmekte iken ötanazi hekim tarafından yerine getirilir⁴⁵. İntihar fiili suç teşkil etmemektedir. Bu nedenle yaşamını sürdürebilmesi için gerekli olan ilaçları almayan hastanın fiili intihar teşkil ettiği için cezalandırılmaz. Buna karşın başka bir kimsenin iknası suretiyle hasta ilaçlarını almadığı için yaşamı sonlanmış ise TCK m. 84'teki intihara yönlendirme suçu oluşur⁴⁶.

İntihara yardım ya da destekli intihar kavramında intihar etmeyi hedefleyen kimse üçüncü bir kişiden yardım talep etmekte ve üçüncü kişi de intihar için gerekli olan malzeme ve bilgiyi vermektedir⁴⁷. Öğretide bir görüşe göre; hekim destekli intihar tam anlamıyla aktif ötanazi ya da pasif ötanaziyi oluşturmamaktadır. Zira hekim destekli intiharda, intihar etmek isteyen kişiye hekim, gerekli bütün ortamı hazır etmekte, kişiyi doğrudan öldürmemekte ya da ölümüne neden olabilecek tedaviye girişmemekte veya başlamış olan tedavinin yarıda kalmasını yol açmamaktadır. Ölüm doğrudan kişinin kendisi tarafından gerçekleştirilmektedir⁴⁸.

Kanaatimizce, ölmek isteyen kişi kendini üçüncü bir şahsın (hekim) eline bırakması nedeniyle yaşamına son verilmesi durumunda üçüncü kişi olayın kontrolüne sahiptir. Bu durumda diğer koşullarında varlığı halinde ötanazi söz konusudur. Öte yandan ölmek isteyen kişi, ölümcül eylemi kendisi gerçekleştirir ve kaderiyle ilgili özgür kararı kendi elinde tutarsa, başkalarının yardımıyla da olsa yaşamını kendisinin sonlandırdığı kabul edilir. Dolayısıyla bu durumda ötanazi değil, intihara yardım suçu (TCK m. 84) oluşur. Nitekim Alman Federal Yüksek Mahkemesi yakın tarihli bir kararında, ölüme ilişkin en

⁴⁴ <https://sozluk.gov.tr/>; İntihar sözcüğü Arapça “nahr” kelimesinden türetilerek üretilmiş bir kelimedir. Bkz. Kılınç, s. 40.

⁴⁵ Gürcan, Ertuğrul, Cenk, Ötanazi: Yaşama Hakkı Açısından Bir Değerlendirme, AÜHFD, 60 (2), 2011, s. 267; Kılınç, s. 24; Özsarı, s. 34; Alan Akcan, s. 11; Güven, s. 49; Kanun koyucu TCK m.84 ile intihara yönlendirmeyi suç olarak düzenlemiştir. Bu bağlamda hekim tarafından destekli intihar girişimi TCK m. 84'teki suçu oluşturur. Bkz. Bozkurt, s. 259.

⁴⁶ Alan Akcan, s. 11; Üstün, Aygörmüş Uğurlubay, s. 31; İsviçre Ceza Kanunu “İntihara Teşvik ve Yardım” başlıklı madde 115'te, “kişisel çıkarları için” bir kimseyi intihara teşvik eden veya bir kimsenin intiharına yardım eden bir kimsenin, “intihar edenin ölmesi koşuluyla” cezalandırılacağını hükme bağlamıştır. Bkz. https://sv.hrvwiki.net/wiki/swiss_criminal_code. Benzer şekilde Avusturya Ceza Kanunu da “İntihara Yardım” başlıklı § 78, bir kimseyi intihara teşvik etme veya bir kimsenin intiharına yardım etme fiillerini, hiçbir koşul öne sürmeksizin suç olarak düzenlemiştir. Bkz. <https://www.jusline.at/gesetz/stgb>.

⁴⁷ Bozkurt, s. 246; Örneğin; hekim destekli intiharda hekim, hastanın kendisini öldürebilmesi için gerekli bilgi ve malzemeyi sağlamaktadır. Daha sonra hasta ölümcül nitelikte enjeksiyonu kendisi yapmaktadır. Bkz. Özkara, s. 107.

⁴⁸ Alan Akcan, s. 7.

son fiili hastanın veya hekimin hakimiyeti altında gerçekleştirildiğinin tespit edilerek cezai sorumluluğun belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir⁴⁹.

III. ÖTANAZİ KAVRAMININ YASALLIĞI TARTIŞMASI

Ötanaziye ilişkin hukuk sitemlerinde farklı düzenlemeler mevcuttur. İHAM Pretty/Birleşik Krallık davasında ifade edildiği üzere, ötanazinin yasallığını

⁴⁹ Alman W..., 85 yaşında, M... ise 81 yaşında uzun yıllar bir apartman dairesinde birlikte yaşayan nitelikli mesleklerde çalışmış ve ekonomik olarak iyi durumda iki kadındır. Her ikisi de ölümlerine kadar sosyal hayatta aktif rol alan, arkadaş ve aile çevresi ile iyi vakit geçiren kişilerdir. Ancak her iki kadın da yaşamı tehdit etmemekle birlikte yaşam kalitesini ve kişisel aktivite seçeneklerini giderek kısıtlayan yüksek tansiyon, başlangıç aşamasında körlük, kalp rahatsızlıkları gibi çeşitli hastalıklardan muzdarip olurlar. Ölümden önceki son birkaç ayda ise, bu şikayetleri önemli ölçüde artmıştır. 2010 yılı sonundan itibaren şikayetleri ve hastalıkları ağırlaştıkça, bakıma muhtaç olacakları endişesi giderek artmıştır. Bu kadınlar fiziksel ve zihinsel olarak bunamaktan çok korkmalarına rağmen huzurevine taşınma veya evde hemşire çalıştırma alternatifini reddetmektedir. Birkaç yıl intihar ve yaşam sonu bakımı konusunu araştırdıktan sonra 2012 baharında birlikte yaşamdan ayrılmaya karar verdiler. Söz konusu hastalıklardan dolayı şikayetleri “dayanılmaz” hal aldı ve “gitme zamanının geldiğini” düşündüler. Ağrısız ve refakatli ötenaziden yararlanabilmek için K... ile iletişim kurdular ve her biri 1.000 Euro'luk bir katkı payı ödemesi karşılığında bu kulübe üye oldular. Bu kulüpte nöroloji ve psikiyatri alanında lisanslı bir uzman olan ve uzun yıllar bir hastanede hekim olarak çalışan K..., onlara, istedikleri gibi güvenli bir kalp durması ile neticelenecek bir ilaç hazırlayacağına sözünü verdi. K..., intihar etmek istediklerinden emin olup olmadıklarını tekrar sordu ve her iki kadın da uzun zamandır planladıkları intiharı gerçekleştirmeye kararlı oldukları yanıtını verdiler. Daha sonra K, intiharları için gerekli ilaçları ezip suda çözdükten sonra çözeltiyi W... ve M... kendi kendilerine aldılar. Kısa bir süre sonra uykuya daldılar. Kadınlar bilinçlerini kaybettiklerinde, hayatlarını kurtarmak için hala bir olasılık bulunmaktaydı. Ancak, başarılı bir kurtarma olasılığı ciddi beyin hasarı gibi bir dezavantajla son derece zayıftı. K..., kadınların isteklerini yerine getirmek için ne ambulans çağırды ne de başka bir kurtarma girişiminde bulundu. İlaç aldıktan sonra bile herhangi bir irade değişikliği belirtisi yoktu. Her iki kadın da yaklaşık bir saat sonra öldü. **Federal Mahkeme sanığın, aktif hareket yoluyla tamamlanmış bir kasten öldürme AL. CK § 212 ya da talep üzerine AL. CK. §216 I StGB suçundan sorumlu olamayacağına hükmetmiştir. K... 'nın hareketini, cezasızlıkla sonuçlanan bir intihara yardım etmek olduğu vurgulanmıştır.** Söz konusu kararda kendi kendine intiharın öldürme suçu olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmiştir. **Bu karara göre, ölümle sonuçlanan olaylarda kasten öldürme suçunun oluşması için en son kimin kontrol edeceği çok önemlidir.** Ölmek isteyen kişi kendini üçüncü bir şahsın eline bırakırsa ve bu şekilde ölüme göz yumarsa, bu kişi olayın kontrolüne sahiptir. Öte yandan, ölmek isteyen kişi, ölümcül eylemi kendisi gerçekleştirir ve kaderiyle ilgili özgür kararı kendi elinde tutarsa, başkalarının yardımıyla da olsa kişi kendini öldürmüş kabul edilir. K..., sanık statüsünde bulunmasına rağmen, iki kadına bunları nasıl alacakları konusunda tavsiyelerde bulunmuş ve ölümcül ilaç solüsyonunun hazırlanmasında destek olmuştur. Ancak kadınlar, bulgulara göre intiharları, sıvıları içerek ve ölüme yol açan olayları bizzat kontrol altına alarak yaşamı sona erdirmeye eylemini kendi elleriyle gerçekleştirmiştir. Sanığın eyleminin dolaylı faillik ilkelerine göre de dolaylı faillığe bağlanamayacağına hükmetmiştir. İntihara yardımcı dolaylı faillik için mağdurun özgür iradesinin oluşmasını engelleyici bir konumda olması ve intihar olasılığı yaratması gerekmektedir. Netice olarak K... bu olayda cezasız kalmıştır (BGH 03.07.2019 tarihli kararı, NJW 2019, s. 3092).

düzenleme yetkisi yerel otoritelere aittir⁵⁰. Bu kapsamda ötanazi kavramının meşruluğuna ilişkin hukuk sistemlerinde üç tür yaklaşım bulunmaktadır.

İlki, ötanazinin kasten öldürme suçunu oluşturduğunu kabul eden yaklaşımdır. Bunu kabul eden ülkeler arasında Fransa ve Türkiye bulunmaktadır⁵¹. Bu sistemde hekimin ötanaziye ilişkin fiilleri hastanın talebi veya tedaviyi ret etmesi nedeniyle ya da acıma hissiyatıyla gerçekleştirmesinin önemi bulunmamaktadır⁵². Nitekim ülkemizde Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 13. maddesiyle ötanazinin yasak olduğu açıkça düzenlenmektedir⁵³.

⁵⁰ İHAM Pretty/Birleşik Krallık kararına konu olan olayda, Diane Pretty tedavisi olmayan, vücutta bulunan kasların güçsüzleşmesine sebep olan, kol ve bacaklarda şiddetli güçsüzlük ve nefes alıp vermede zorlanmaya neden olan, hastalığın ilerleyen safhalarında solunum kaslarının iflası sonucu acı çekerek ölmesine neden olan motor-nöron (MND) hastalığına yakalanmıştır. Pretty İHAM'a başvurduğunda kırk üç yaşındadır. MND teşhisi konulmasından İHAM'a başvuru aşamasına kadar Pretty'nin hastalığı ciddi boyuta ulaşmıştır. Diane Pretty, Mahkeme'ye başvurduğu esnada vücudunun büyük bölümü felçli ve çok zayıf derecede konuşma kabiliyetine sahiptir. Pretty, tedavisi olmayan MND hastalığı neticesinde acı çekerek ölmek istememiştir. Bununla birlikte intihar edebilecek fiziksel yeteneğe de sahip olmaması nedeniyle kocasından intiharına yardım etmesini talep etmiştir. Pretty'nin kocası onun bu isteğini yerine getirmeye karar vermiştir. Ancak İngiliz Yasalarına göre bu eylem suç teşkil ettiği için Pretty İHAM'a başvuruda bulunmuştur. Bu başvuru neticesinde Mahkeme şu değerlendirmelerde bulunmuştur: *"Meşru amaç ile sınırlama arasında ölçülülük olduğunu ifade ettikten sonra bu konuyu düzenleme yetkisinin yerel otoritelere bırakıldığını söylemiştir. Ayrıca intihar edebilme yeteneğini kaybetmemiş hastalarla bu fiziksel özellikten mahrum hastalar arasındaki farkın çok belirgin olduğunu bu nedenle intihar edebilecek fiziksel özelliklere sahip olmayanların korunmalarına yönelik düzenlemelerin yapılabileceğini ifade edip aksi durumun savunmasız kişilerin yaşama haklarına müdahalenin önünü açabileceğini belirtmiştir. Mahkeme sonuç olarak davada AIHS'nin iddia edilen 2-3-8-9 veya 14. maddelerine aykırılık olmadığı doğrultusunda karar vermiştir."* (İHAM Pretty/Birleşik Krallık, Başvuru no: 2346/02, 29.04.2002 T.); Kararın tam metni için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/>

⁵¹ Özen, s. 130; Tezcan, Erdem, Önok, s. 199; Maral, s. 153; Yılmaz, s. 57; Özkara, s. 117; Alan Akcan, s. 19.

⁵² Tezcan, Erdem, Önok, s. 198.

⁵³ 5237 sayılı ve mülga 765 sayılı Ceza Kanunlarında ötanaziye ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. Ancak 1997 ve 2003 yıllarında hazırlanan TCK tasarılarında, ötanazi uygulayan hekimin kasten öldürme suçunu işleyen kişi ile aynı seviyede görülmemesi gerektiğinden bahisle daha az ceza ile cezalandırılması düşüncesi yer almaktaydı. Ayrıca 1997 TCK Tasarısı'nın 137. maddesinin başlığı 'acıyı dindirme saiki' olmasına rağmen içerik itibarıyla ötanazi olarak nitelendirilebilecek bir tanımlama yapılmıştır. Bu hükme göre; *"İyileşmesi kabil olmayan ve ileri derecede ıstırap verici bir hastalığa tutulmuş bulunan bir kimsenin, şuuruna ve hareketlerinin serbestliğine tam olarak sahip iken yaptığı ısrarlı talepleri üzerine ve sadece hastanın ıstıraplarına son vermek maksadıyla öldürme fiilini işlediği sabit olan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir"*. Aynı düzenleme 2003 tasarısının 140. maddesinde 'acıyı dindirme saiki' başlığı ile de yer almıştı. Bkz. Demirörs, Hızal, s. 1496; Ötanazide failin saiki, mağdurun acılarını dindirmek, acılarını sona erdirmek ve ıstıraplarından arındırmaktır. Bu nedenle kasten öldürmede bulunan saik ile ötanazide yer alan saik eşdeğer değildir. Bu sebeple ötanaziyi gerçekleştiren faile kasten

Bu sistemde ötanazinin kabul görmemesinin nedenleri; mirastan mal edinme, hastaya bakım yükümlülüğünden kurtulma ve ekonomik sebeplerdir. Bunlardan dolayı çaresi bulunan bir hastalığa yakalanan hastaya dahi ötanazi uygulanarak ötanazinin suiistimal edilmesinden çekince duyulmaktadır⁵⁴.

İkincisi, ötanaziye kasten öldürmeye göre daha hafif ceza verilmesi gerektiğini kabul eden yaklaşımdır. Burada ötanazinin, rıza ile öldürme veya talep üzerine öldürmenin bir şekli olduğu ifade edilmektedir. Bu nedenle gerçekleşen neticeden kasten öldürme suçuna nazaran daha az ceza yaptırımının uygulanması gerektiği savunulmaktadır⁵⁵. Bu sistemde hastanın bilinci açık ise aydınlatılmış onam (iradi ötanazi) ile bilinci kapalı ise yakınlarının ya da yasal temsilcisinin rızasıyla (irade dışı ötanazi) ya da varsayılan rızayla ötanazi uygulanır⁵⁶.

Karşılaştırmalı hukukta ötanaziye kasten öldürmeden daha hafif ceza verilmesi gerektiğini kabul eden ülkeler arasında Almanya, Avusturya, İsviçre ve Portekiz bulunmaktadır. Alman öğretisinde ötanaziye ilişkin fiiller, mağdurun açık ve ciddi talebi üzerine öldürülmesi halinde talep üzerine öldürme olarak nitelendirilmektedir. Dolayısıyla bu tür durumlarda Alman Ceza Kanunu (Al. CK.) § 216'daki talep üzerine öldürmeyi düzenleyen hükmün uygulanması gerekir⁵⁷. Bu madde talep üzerine öldürme halinde kasten öldürme neticesindeki müebbet hapis cezasını 5 yıla indirmektedir⁵⁸. Avusturya'da ise Ceza Kanunu § 77'deki düzenlemeyle Al. CK. ile aynı sistem benimsenmektedir⁵⁹. İsviçre Ceza Kanunu ise m. 144 ile müebbet hapis cezası 3 yıla, Portekiz CK. m.134 kasten öldürme için öngörülen 20 yıllık hapis cezası 3 yıla indirilmiştir⁶⁰.

öldürme suçunun cezasından daha hafif bir müeyyide uygulanmalıdır. Bkz. Centel, Zafer, Çakmut, s. 34.

⁵⁴ Demirörs, Hızal, s. 1493.

⁵⁵ Bu sistem esasında Vidal'ın "*şifa bulması mümkün olmayan ve ızdıraplar içinde kıvranan bir hastayı yalvarması üzerine öldüren kimseler herhangi bir adam öldürme fiilini işleyen kişi ile bir tutulamaz*" görüşlerinin bir tezahürüdür. Bkz. Tezcan, Erdem, Önok, s. 198; Yılmaz, s. 58; Şahbaz, s. 132.

⁵⁶ Besiri, s. 191-192; Güven, s. 53; Demirörs, Hızal, s. 1494; Bozkurt, s. 248.

⁵⁷ Kindhäuser, Neumann, Paeffgen, StGB, § 216 kn. 1; Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, § 216 kn. 9; Fischer, StGB, Beck'ische Kurz Kommentare, § 216 kn. 9.

⁵⁸ Alman Ceza Kanunu'nun "Talep Üzerine Öldürme" başlıklı § 216'ya göre; "(1) Bir insanı, kendisinden açıkça ve ciddi bir biçimde talep etmesi üzerine öldüren kimse, 6 aydan 5 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. (2) Yukarıdaki fıkarda belirtilen suçta teşebbüste cezalandırılır".

⁵⁹ Avusturya Ceza Kanunu "Talep Üzerine Öldürme" başlıklı § 77'de; "Bir kişiyi, ciddi ve ısrarlı talebi üzerine öldüren kimse, 6 aydan 5 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır". Ayrıca bkz. Avusturya ülkesinde insan onuruna yakışır bir şekilde ölmek bir hak olarak kabul görmektedir. Bundan dolayı pasif ötanazi Avusturya hukukunda suç değildir. Bkz. Alan Akcan, s. 18.

⁶⁰ Portekiz Ceza Kanunu'nun "Mağdurun İsteği Üzerine Ölüm" başlıklı 134. maddesine göre; "1. Mağduru, kendisine yapmış olduğu ciddi, anlık ve açık istekle öldüren kimse 3 yıla

Alman Ceza Kanunu (StGB) § 216'da talep üzerine öldürmenin suç olduğu düzenlenmektedir⁶¹. Talep üzerine öldürme, mağdurun isteği üzerine yaşamına son verilmesidir. Ötanazideki çaresiz hastalığa yakalanma, ıstırap çekme, hastanın acılardan kurtarılması ve hekim tarafından yaşama son verilmesi şeklindeki koşullar talep üzerine öldürmede aranmamaktadır⁶².

Talep üzerine öldürme fiilini gerçekleştiren faile daha hafif cezai yaptırımının uygulanmasının nedeni "*haksızlık ile failin acıyı paylaşma saiki*" ve "*mağdurun rızası*" nedeniyle kusurun derecesinin azalmasıdır⁶³. Alman hukukunda aktif ötanaziye icazet verilmemektedir. Ancak Federal Eyalet Mahkemesi'nin 25.06.2010 tarihli kararında, hastanın suni beslenmesini sağlayan cihazın hortumunun kızı tarafından çekilmesi nedeniyle ölüm gerçekleşmiştir. Bu olayda Mahkeme, Tıbbi Vasiyet Kanunu çerçevesinde hastanın vasiyeti doğrultusunda hareket edildiği için, gerçekleşen neticeden ceza sorumluluğunun bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır⁶⁴.

Üçüncü yaklaşım ise, ötanazinin meşru olduğunu kabul etmektedir. Bu sistemde kanun koyucu ötanaziyi bir cezasızlık hali olarak öngörmektedir. Örneğin, Peru Ceza Kanunu ötanazi fiilini gerçekleştiren kişileri cezalandırılmamaktadır⁶⁵. Öte yandan bu sistemi benimseyen diğer bazı ülkelerde ötanazi bir hukuka uygunluk sebebi olarak görüldüğü için suç olarak nitelendirilmemektedir. Örneğin, Belçika'da bazı koşulların gerçekleşmesiyle ötanazinin gerçekleştirilmesi suç teşkil etmemektedir⁶⁶.

Hollanda mevzuatında ötanaziye ilişkin fiiller cezasızlık sebebi olarak

kadar hapis cezası ile cezalandırılır. 2. Bu suça teşebbüste cezalandırılabilir". Kanun metni için bkz. <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>; Doktrinde, İtalyan Ceza Kanunu m. 579'daki ötanazi fiilinin de bu madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Soyaslan, s. 146.

⁶¹ Alman Ceza Kanunu § 216 için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb>, Erişim Tarihi: 18.02.2022.

⁶² Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 145; Talep üzerine öldürme Alman CK § 216'da olduğu gibi İsviçre ve Avusturya ceza yasalarında da yer almaktadır. Bu yasalarda söz konusu talebin açık ve ciddi olması gerektiği bir koşul olarak belirlenmiştir. Bkz. Kindhäuser, Neumann, Paefgen, StGB, § 216 kn. 10-12; Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, § 216 kn. 9.

⁶³ Brunhöber, s. 216.

⁶⁴ BGH, 25.06.2010, AZ., 2StR 454/09.

⁶⁵ Tezcan, Erdem, Önok, s. 199.

⁶⁶ Bu konuya örnek teşkil eden Belçika yasalarına göre ötanazi bazı şartlar altında yapılabilmektedir. Hasta bakımından hastanın tıbbi olarak fiziki veya psikolojik mütemadiyen ve dayanılmaz derecede acı çekiyor olması ve hastalığının herhangi bir çaresinin bulunmaması gerekmektedir. Hekim açısından hasta ile detaylı görüşme yapması, ötanaziden başka bir çarenin kalmadığı hususunda anlaşmaya varması gereklidir. Ayrıca ötanazi talebi ile uygulaması arasında 1 aylık sürenin geçmiş olması ve özel bir komisyon tarafından kesin kararın verilmesi koşulları gerçekleştiği takdirde ötanazi yapılabilmektedir. Bkz. Besiri, s.198; Şahbaz, s. 133; Özkara, s. 110; Güven, s. 50.

öngörülmüştür⁶⁷. Ancak 2001 yılında ötanazinin kanunlaştırılması ile bu eylem hukuka uygun hale gelmiştir⁶⁸.

Kanaatimizce; mevzuatımızda ötanazi, kasten öldürme suçundan bağımsız ve kasten öldürmeye nazaran ceza yaptırımının daha düşük olduğu bir suç tipi olarak düzenlenmesi gerekir. Zira ötanazide fiilin haksızlık içeriği kasten öldürme suçuna nazaran daha az olduğu için daha hafif nitelikte ceza yaptırımının öngörülmesinde sakınca bulunmamaktadır⁶⁹.

Türk Ceza Kanunu sisteminde saik, ceza sorumluluğu için ayrıca yer almış ise önem arz eder. Bu anlamda TCK m. 81'deki kasten öldürme suçunda saik aranmadığı için öldürme fiilinin istek üzerine, rıza üzerine ya da ötanazi ile gerçekleştirilmesi suçun oluşumunu etkilemez⁷⁰.

IV. KENDİ GELECEĞİNİ BELİRLEME HAKKI VE ÖTANAZİ İLİŞKİSİ

Kendi geleceğini belirleme hakkı, ayırt etme gücüne sahip ve reşit olan bir kimsenin, kendi hayatını belirleyecek nitelikteki önemli kararları almasıdır.⁷¹ Bu hak, hastanın yaşamına ilişkin her türlü müdahaleyi özgürce seçmesini sağlar⁷².

⁶⁷ Tezcan, Erdem, Önok, s. 200; Hollanda ceza yasasıyla bireyin hayatına ve aynı zamanda ölümüne saygı duymaktadır. Bkz. Centel, Zafer, Çakmut, s. 34; Hollanda da ötanazinin hukuka uygun olarak kabul edilmesi için birtakım şartların yerine getirilmesi gerekir. Bunlar; hastanın gönüllü olarak ötanaziyi talep etmesi, hastanın ızdıraplarının katlanılamayacak boyutta olması, ızdırapları giderecek bütün metodların denenmiş olması, hastanın ötanazi konusunda tam olarak bilgilendirilmesi ve hekimin bağımsız karar verebileceği başka bir hekimle konsültasyon yapmış olmasıdır. Bkz. Kutay Akpır, Ötanazi ve Hekim, Tıbbi Etik Yılı, İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Yayınları, İstanbul 1991, (58-62), s. 58; Hollanda Ceza Kanunu m. 293/1 ötanazi fiilini düzenlemektedir. Buna göre; "kasten başkasının hayatını, onun açık ve ciddi arzusu üzerine sonlandıran kişi 12 yıla kadar hapis ve 76.000 Euro'ya kadar para cezası ile cezalandırılır. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, talep üzerine öldürme ya da intihara yardım, Teftiş Yasası'nın 2. maddesinde belirlenen koşullara riayet eden hekim tarafından işlenirse fiil suç tekil etmez. Aynı Kanun'un 294. maddesi ise intihara yardım fiillerini suç olarak düzenlemektedir. Ayrıca Hollanda Ceza Kanunu m.293/2 ile hekim tarafından yapılan destekli intihar suç olmaktan çıkarılmıştır. Bkz. F. Pınar Ölçer, Hollanda Hukukunda Ötanazi, Fasikül Hukuk Dergisi, Yıl: 2010, Sayı: 4, (18-22), s. 20.

⁶⁸ Alan Akcan, s. 18; Hollanda yasalarına göre ötanazi "hastanın açık talebi üzerine, doktor tarafından hastanın yaşamına son verilmesidir". Bkz. Besiri, s. 199; Şahbaz, s.133; Özkar, s. 109; Güven, s. 50; İstek Üzere Hayata Son Verme ve İntiharda Yardım Teftiş Kanunu olarak bilinen Ötanazi Kanunu 01 Nisan 2002 yılında yürürlüğe girmiştir. Bkz. Ölçer, s. 18.

⁶⁹ Aynı yönde bkz. Tezcan, Erdem, Önok, s. 202.

⁷⁰ Soyaslan, s. 147; Şahbaz, s. 136; Türk hukukunda ötanazi ve talep üzerine öldürme fiillerini gerçekleştirdiğinde kasten öldürme suçunun yaptırımı ile karşı karşıya kalacaktır. Ancak failin hekim olduğu durumlarda yargıç takdiri indirim sebeplerini uygulamak suretiyle cezasını indirebilecektir. Bkz. Centel, Zafer, Çakmut, s. 38.

⁷¹ Sibel İnceoğlu, Ölme Hakkı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1999, s. 160-161.

⁷² Hamide Tacir, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, III: Sağlık Hukuku Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi Sempozyumu, Ankara 2016, s. 45.

Bu sayede hastanın hukuk düzeni tarafından korunan hukuki menfaatlerine ilişkin konuları doğrudan belirlemesine imkan tanınır⁷³.

Kendi geleceğini belirleme hakkının esasına ilişkin farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, kendi geleceğini belirleme hakkı hastanın kendi vücudu ya da vücudu ile ilgili nelerin yapılabileceğini belirlemesiyle ilgilidir⁷⁴. Diğer bir görüşe göre ise, bu hak bireyin beden bütünlüğünün istenmeyen müdahalelerden korunmasıyla ilgilidir⁷⁵. Kanaatimizce, kendi geleceğini belirleme hakkı hastanın vücuduna ilişkin uygulamaların belirlenmesini kapsadığı gibi rızası dışında vücuduna müdahale edilmemesini de sağlar. Dolayısıyla bu hak yalnızca vücuda yapılacak uygulamaların belirlenmesini değil, kişinin rızası dışında müdahale edilmemesini de koruma altına alır.

Kendi geleceğini belirleme hakkının en doğru şekilde kullanılması için, tıbbi süreçlere ilişkin hastanın açık ve anlaşılır bir şekilde aydınlatılması gerekir. Böylelikle hasta, tedaviyi kabul veya ret konusunda bir seçim yapabileceği gibi tedaviyi sonlandırma isteminde de bulunabilir⁷⁶. Eğer hasta tedaviyi ret hakkını kullanırsa hekimin garantör yükümlülüğü sonlanacağı için TCK m. 83'teki suçtan ceza sorumluluğu doğmaz⁷⁷.

Kendi geleceğini belirleme hakkı ile ötanazi arasındaki ilişki aktif, pasif ve dolaylı ötanazi ayrımı kapsamında değerlendirilmelidir.

İlk olarak, hastanın yaşamına son verilmesi isteğinin aktif bir davranışla gerçekleştirilmesi yasal olarak mümkün değildir. Dolayısıyla aktif ötanazide yaşama hakkı, kendi geleceğini belirleme hakkından üstün niteliktedir⁷⁸. Nitekim Dünya Tabipler Birliği tarafından 1987 yılında kabul edilen Ötanazi Bildirgesine göre; *“bir hastanın yaşamını, kendi ya da çok yakınlarının izni ile de olsa sonlandırmak olan ötanazi etik değildir”*⁷⁹. Bu nedenle yaşam hakkı, bireyin kendi taleplerine karşı dahi korunduğu için üzerinde tasarruf edilebilmesi mümkün değildir⁸⁰. Aksi halde mağdurun istemi üzerine yaşamına son verilmesi, kasten öldürme suçunu oluşturur⁸¹.

⁷³ Üstün, Aygörmez Uğurlubay, s. 29.

⁷⁴ Ezekiel J. Emanuel, A Review of The Ethical and Legal Aspects of Terminating Medical Care, The American Journal of Medicine, 1988, S.84, (291-301), s. 292-293.

⁷⁵ Jürg Knesl, Sterbehilfe und Euthanasie, Medizinische Ethik aus heutiger Sicht, Basel 1989, s. 56.

⁷⁶ Ali Reşat Moral, Fasikül Hukuk Dergisi, C. 2, S. 4, Mart 2010, s. 52.

⁷⁷ Kayaer, s. 339; Üstün, Aygörmez Uğurlubay, s. 32.

⁷⁸ Üstün, Aygörmez Uğurlubay, s. 31; Bir görüşe göre; kaçınılmaz hata nedeniyle hekimin aktif ötanaziyi gerçekleştirdiği durumlarda TCK m. 30/3 hükmü uygulanarak hekim cezalandırılmamalıdır. Aktif ötanazinin de hukuka uygun olduğunu zanneden bir hekimin hastanın yaşam destek ünitesini çekmesi durumu buna örnek teşkil etmektedir. Bkz. Kayaer, s. 364.

⁷⁹ Hakeri, s. 78; Kayaer, s. 168.

⁸⁰ Demirörs, Hızal, s. 1483.

⁸¹ Koca, Üzülmüş, s. 97; Hakeri, s. 78; Doktrinde katıldığımız bir görüşe göre, ötanazi kasten

İkincisi, kendi geleceğini belirleme hakkının kullanılması suretiyle pasif ötanazinin gerçekleştirilmesi durumudur. Doktrinde bu konuda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre; pasif ötanazi, hastanın tedaviyi ret hakkı kapsamındadır⁸². Gerçekten hastaneye gitme konusunda hasta zorlanamayacağı gibi tedavi için başvurmuş olan bir hastaya da rızası dışında tedavi uygulanamaz⁸³. Bu durumda tedaviyi ret hakkı kapsamında hastanın tedavi uygulanmasını kabul etmemesi halinde hekimin müdahale yükümlülüğü ortadan kalkar. Dolayısıyla pasif ötanazi halinde hekimin ceza sorumluluğu doğmaz⁸⁴. Diğer görüşe göre ise; kişinin yaşam ve vücut bütünlüğü üzerinde mutlak surette tasarruf hakkı bulunmadığı için yaşama hakkından vazgeçilemez⁸⁵. Bu nedenle pasif ötanaziye ilişkin müdahaleler hukuka uygun olarak kabul edilemez⁸⁶.

Kanaatimizce, pasif ötanazinin gerçekleşme şekline göre ayırım yapılarak hukuka uygunluğunun belirlenmesi gerekir. İlki, hekimin kaçınma hali veya ölümüne neden olacak olaylara müdahalesizliği nedeniyle pasif ötanazinin gerçekleşmesi halidir. Bu şekilde gerçekleştirilen pasif ötanazi yasal kabul edilemez. Zira hekim, gerekli müdahalede bulunmaya ve tedavi uygulamaya ilişkin kanundan doğan yükümlülük (garantör) altındadır. Dolayısıyla bu yükümlülüğün ihlali TCK m. 83'teki kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunu oluşturur.

Diğeri, pasif ötanazinin kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında hastanın tedaviyi ret etmesi nedeniyle gerçekleşmesidir. Hastanın tedaviye zorlanabilmesi mümkün değildir. Bu nedenle pasif ötanazinin tedaviyi ret hakkı kapsamında gerçekleştiği hallerde, hekimin cezai sorumluluğunun olmadığını

öldürme suçundan ayırık ve kasten öldürme suçuna nazaran daha az cezayı gerektirecek şekilde bağımsız bir madde de düzenlenmesi daha yerinde olur. Bkz. Tezcan, Erdem, Önok, s. 202.

⁸² Koca, Üzülmez, s. 98; Felsefi bakış açısında tedaviden kaçınmak suretiyle pasif ölüme yardım, ölümün aktif icra edilmesine nazaran kısmen soyut gerçekleştirilmektedir. Bu durum da pasif ölüme yardımın aktif ötanaziye göre haksızlık içeriğinin daha hafif olmasını doğrulamaktadır. Bkz. Brunhöber, s. 211.

⁸³ Demirörs, Hızal, s. 1501; Bir görüşe göre, pasif ötanazi volonter ötanazi olarak nitelendirilmektedir. Bu ötanazide hastanın tedaviyi reddetmesi yasal bir hakkı olarak kabul edilmektedir. Hekimin hastanın bu hakkına yasal olması sebebiyle engel olması olanaklı değildir. Bu anlamda ölümcül bir hastanın kendi isteğiyle tedaviyi reddetmesi hastanın isteğine bağlı volonter ötanazi (pasif ötanazi) olarak tanımlanabilir. Bkz. Moral, s. 50.

⁸⁴ Bir görüşe göre; tedaviyi ret hakkının hastanın hayatının sonlandırılmasına yol açtığı durumlarda hekimin müdahalede bulunup bulunamayacağı hem hukuki hem de vicdani bir problem teşkil etmektedir. Bu hakkını kullanan hastaya hekimin müdahale etmemesi intihara yardım olarak nitelendirilir. Bkz. Kayaer, s. 339; Spickhoff, § 216, kn. 13.

⁸⁵ Alan Akcan, s. 21; Benzer yönde diğer bir görüşe göre Hipokrat yemininde geçen “*benden ağı (zehir) isteyene onu vermeyeceğim*” cümlesi Hipokrat felsefesinde sadece aktif ötanazinin değil pasif ötanazinin de kabul edilmediğini ortaya koymaktadır. Bkz. Moral, s. 51.

⁸⁶ Demirörs, Hızal, s. 1505.

düşünmekteyiz. Nitekim Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin yakın tarihli bir kararında hastanın ikna olmamasına rağmen hekimin gerekli tedaviye başvurması şeklinde gelişen olayda tedaviye ret hakkına saygı duyulması gerektiğine hükmetmiştir. Bu çerçevede yapılan müdahalelerin hukuka aykırı olduğu vurgulanmıştır⁸⁷.

Üçüncüsü, kendi geleceğini belirleme hakkının kullanılmasıyla dolaylı ötanazinin gerçekleştirilmesidir. Burada amansız bir hastalığa yakalanan hasta acılarının dinmesi için tedavi uygulanmasını talep etmektedir. Ancak uygulanan tedavi hastanın yaşam süresini kısaltarak yaşamının sonlanmasına sebep olmaktadır.

Kendi geleceğini belirleme hakkı dolaylı ötanazi halinde yaşam hakkından üstün tutulmalıdır. Bu nedenle dolaylı ötanazi halinde hastanın isteği doğrultusunda hareket edilmesi gerekir. Acılarının dinmesini talep eden hastaya yaşamını kısaltsa bile söz konusu tedavinin uygulanması gerekir. Nitekim Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 'Tıbbi Özen Gösterilmesi' başlıklı 14. maddesine göre; "*Personel, hastanın durumunun gerektirdiği tıbbi özeni gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak veya sağlığını korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmak zorunludur*". Aynı şekilde Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 14. maddesine göre; "*Tabip ve dış tabibi, hastanın vaziyetinin icabettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir. Tabip ve dış tabibi, hastasına ümit vererek teselli eder*". Bu düzenlemeler kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında dolaylı ötanaziye izin verildiğini açıkça ortaya koymaktadır⁸⁸.

⁸⁷ 26 yaşında olan hasta, sanrılar ve halüsinasyonlar gibi psikotik belirtileri olan, bir intihar isteğinin eşlik ettiği kronik paranoid şizofrenisi olan bir kişidir. Hasta vasiyetinde, öncelikle yoğun psikoterapi ve yalnızca düşük dozda ilaç ile nöroleptik ikincil tedavi talep eder. Ancak semptomlarda önemli bir iyileşme görülmediği için birtakım ilaçlarla zorunlu tedavilere başvurulur. Tedaviye katılan doktorlar, sinir dokusunun daha fazla tahribatından kaçınmak için klozapin tedavisinin gerekli olduğunu belirtirler. Ayrıca uzman görüşüne göre, hasta eğer elektrokonvülsif tedaviyi reddediyorsa kendine zarar verme davranışını önlemek için uzun süreli kapalı bir mekanda bulundurulması gereklidir. Hasta Bet'in talebi üzerine sadece ilaç tedavisine başlanır. Hasta iki hafta içinde altı büyük serebral nöbet geçirir ve danışman hekim elektrokonvülsif tedavinin yapılmasına rıza gösterir. Hasta ikna olmamasına rağmen hekim tıbbi önlemlere başvurmuştur. BGH bu kararında hastanın tedaviyi red hakkına saygı duyulması gerektiğini ve danışman hekimin zorunlu müdahalesinin hukuka aykırı olduğu sonucuna varmıştır (BGH 15 Ocak 2020 tarihli karar, NJW, 2020, s. 1581).

⁸⁸ Doktrinde, hastanın ısrarlı istemi üzerine bir hekimin ya da hasta yakınının hastanın çektiği ıstıraplara dayanamayıp öldürmesi durumunda, fiili gerçekleştiren kimsenin iradesini yönlendirme yeteneği ortadan kalkmış ya da önemli derecede azalmış ise bu kişiye ceza yaptırımının uygulanmaması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu durumda fail zorunluluk hali kapsamında değerlendirilerek ceza verilmemelidir. Bkz. Koca, Üzülmez, s. 97.

Dünya Tabipler Birliği'nin Madrid Ötanazi Bildirgesi'nde ötanazinin etik olmadığı belirtilmektedir. Ancak terminal döneme girmiş bir hastanın doğal ölümü talep etmesi halinde ötanazinin uygulanabileceğini açıkça düzenlemiştir⁸⁹.

AİHS'in "yaşam hakkı" başlıklı 2'nci maddesi, hastanın tedaviyi ret hakkını (pasif ötanazi) kullanmasına engel teşkil etmez. Zira AİHM Widmer V.-İsviçre kararında; sözleşmenin 2'nci maddesinde düzenlenen yaşam hakkının pasif ötanaziye engel olmayacağına karar vermiştir. Bu kararda Mahkeme hastanın yaşam ile ölüm arasında tercihte bulunması sonucunda tedaviyi reddederek ölmeyi isteyebileceğine karar vermiştir. Dolayısıyla bu halde ötanazi uygulayan hekimin cezai sorumluluğunun bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır⁹⁰.

SONUÇ

Ötanazi, öleceği kesinlikle bilenen bir hastanın acısını bir an önce dindirmek amacıyla ve hastanın isteği üzerine yaşamına hekim tarafından son verilmesidir. Ötanazinin yasallığı yerel otoriteler tarafından düzenlendiği için ülkeler arasında farklı uygulamalar söz konusudur. Bu kapsamda ötanazinin yasallığına ilişkin üç tür yaklaşım bulunmaktadır. İlki, ötanaziyi kasten öldürme suçu kapsamında kabul eder. İkincisi ise ötanaziyi kasten öldürmeden daha hafif ceza yaptırımının verilmesini düzenler. Son olarak üçüncüsü ötanazinin meşru olduğunu savunur.

Kendi geleceğini belirleme hakkı ise ayırt etme gücüne sahip ve reşit olan bir kimsenin, kendi hayatını belirleyecek nitelikteki önemli kararları almasıdır. Dolayısıyla bu hak hastanın yaşamına ilişkin her türlü müdahaleyi özgürce seçmesini sağlar. Burada ötanazinin, kendi geleceğini belirleme hakkının kullanılması halindeki yasallığının belirlenmesi gerekir. Bunun için ötanaziye ilişkin ayrımlardan yola çıkarak hareket edilmelidir.

İlk olarak aktif ötanazi, icrai davranışla gerçekleştirilen tıbbi yöntemler vasıtasıyla ölümün gerçekleştirilmesidir. Hastanın isteği doğrultusunda olsa bile, aktif bir davranışla yaşamına son verilmesi yasal olarak mümkün değildir. Zira 1987 yılında kabul edilen Ötanazi Bildirgesinde ifade edildiği üzere

⁸⁹ Hakeri, s. 82; "Bir hastanın yaşamını, kendi ya da çok yakınlarının izni ile de olsa sonlandırmak olan ötanazi etik değildir. Bu hekimi hastalığının son dönemlerinde olan bir hastanın doğal ölüm süreci ile ilgili isteğine hürmet etmekten alıkoymaz" https://www.ttb.org.tr/kutuphane/uluslararası_belgeler.pdf, Erişim Tarihi: 20.10.2021.

⁹⁰ AİHM, Widmer/İsviçre, Başvuru No: 20527/92, 10.02.1993 T.; Amerikan Anayasası'nda ötanazi, özel hayat kapsamında değerlendirilerek kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı içerisinde kabul edilmektedir. Amerikan uygulamasında felç olan bir çocuğun babasının, oğlunun hayatı üzerinde son verme hakkının olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu halde ötanazi uygulayan kimsenin cezai sorumluluğu bulunmamaktadır. ABD'de aktif ötanazi hukuka aykırı olarak kabul edilmekte iken pasif ötanazinin hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Besiri, s. 197.

yaşam hakkı üzerinde tasarruf edilemez. Dolayısıyla aktif ötanazide yaşama hakkı, kendi geleceğini belirleme hakkından üstün niteliktedir.

İkincisi pasif ötanazi ise, hastanın yaşamına devam edebilmesi için uygulanması gereken tedavilerin yerine getirilmeyerek ölümün çabuklaştırılmasıdır. Burada kendi geleceğini belirleme hakkı ile ötanazi arasındaki ilişkinin belirlenmesinde farklı görüşler bulunmakla birlikte, ikili bir ayırım yapılması gerektiğini düşünmekteyiz. İlk olarak, hekimin kaçınma hali veya ölüme neden olacak olaylara müdahalesizliği nedeniyle gerçekleşen pasif ötanazi hali yasal kabul edilemez. Zira hekim, gerekli müdahalede bulunmaya ve tedavi uygulamaya ilişkin kanundan doğan yükümlülük (garantör) altındadır. Dolayısıyla bu yükümlülüğün ihlali TCK m. 83'teki kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunu oluşturur. İkinci olarak, pasif ötanazi kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında hastanın tedaviyi ret etmesi sebebiyle gerçekleşebilir. Bu durumda gerçekleşen ölüm neticesinden hekimin cezai sorumluluğu bulunmamaktadır.

Son olarak dolaylı ötanazi ise, amansız bir hastalığa yakalanan hastanın acılarını azaltmak amacıyla uygulanan tedavinin yaşam süresini kısaltmasıdır. Dolaylı ötanazi halinde kendi geleceğini belirleme hakkı, yaşam hakkından üstün tutulmalıdır. Bu nedenle dolaylı ötanazi halinde hastanın isteği doğrultusunda hareket edilmesi gerekir. Acılarının dinmesini talep eden hastaya yaşamını kısaltsa bile söz konusu tedavinin uygulanması gerekir. Nitekim Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 'Tıbbi Özen Gösterilmesi' başlıklı 14. maddesi ve Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 14. maddesi, hastanın hayatını kurtarmanın mümkün olmadığı hallerde bile acısını dindirmeye yönelik tedavinin uygulanması gerektiğini düzenlemektedir.

KAYNAKÇA

Akbulut, Berrin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2020.

Altunkaş, Aysun, *Ötanazinin Türleri ve Ötanazinin Türk Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*, III. Sağlık Hukuku Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi Sempozyumu, Ankara 2016.

Artuk, M. Emin; Gökçen, Ahmet; Alşahin, M. Emin; Çakır, Kerim, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2021.

Artuk, M. Emin; Gökçen, Ahmet; Alşahin, M. Emin; Çakır, Kerim, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2020.

Artuk, M. Emin, Yenidünya, A. Caner, *Ötanazi*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:7, Sayı:1-3, 1992-1993.

Bağcı, Olcay, *Ötanazi Konusunda Hukukçular Üzerinde Bir Anket Çalışması*, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2002.

Besiri, Arzu, Ötanazi ve Yaşam Hakkı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 86, 2009.

Bozkurt, Kutluhan, Ötanazi ve Destekli İntihar-Uluslararası Düzenlemeler ve Farklı Ülkelerdeki Uygulamalar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, S. 2, 2017.

Brunhöber, Beatrice, Ceza Hukuku ve Hukuk Felsefesi Bakış Açısından Ölüme Yardım, Çev. Ünver, Yener, Tıp/Sağlık Hukuku, Ankara 2014.

Centel, Nur; Zafer, Hamide; Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul 2016.

Demirörs, Özge; Hızal, Sevinç Arslan, Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi, AÜHFD, 65 (4), 2016.

Dönmezer, Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, İstanbul 1995.

Emanuel, Ezekiel J., A Review of The Ethical and Legal Aspects of Terminating Medical Care, The American Journal of Medicine, S. 84, 1998.

Erdem, Özkara; Büken, Bora; Dalgıç, Mustafa; Mayda, Atilla Semih, Düzce'de Çalışan Hekimlerin Ötanaziye Bakışı, Adli Psikiyatri Dergisi/Turkish Journal of Forensic Psychiatry, 1 (1), 2004.

F. Pınar Ölçer, Hollanda Hukukunda Ötanazi, Fasikül Hukuk Dergisi, 2010.

Fischer, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Beck'sche Kurz Kommentare*, München 2013.

Gürçan, Ertuğrul Cenk, Ötanazi, Yaşama Hakkı Açısından Bir Değerlendirme, AÜHFD, 60 (2), 2011.

Güven, Murat, Ötanazi Hakkın Dair Genel Bir Değerlendirme, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 131, 2017.

Hafizoğulları, Zeki; Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2016.

Hakeri, Hakan, *Tıp Ceza Hukuku*, Ankara 2021.

Heintschel-Heinegg, Bernd, BeckOK StGB, 50. Baskı, 2021.

İnceoğlu, Sibel, Ölme Hakkı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1999.

Kayaer, Nebahat, Ceza Hukukunda Hekimin Tıbbi Müdahalesi Çerçevesinde İşlenen Taksirle Öldürme Suçu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2012.

Kılınç, Bilal, *Mukayeseli Hukukta Ötanaziye İlişkin Yaklaşımlar Ve Hukukumuzda Ötanazinin Yeri Sorunu*, Ankara 2019.

Kindhäuser, Urs ; Neumann, Ulfried; Paeffgen,Hans Ullrich, *StGB*, 5. Baskı, 2017.

Knesl, Jürg, Sterbehilfe und Euthanasie, Medizinische Ethik aus heutiger Sicht, Basel 1989.

Koca, Mahmut; Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2020.

Maral, Maşallah, Ötanazi'nin Yaşam Hakkı Açısından Değerlendirilmesi, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 91, S. 2, 2017.

Moral, Ali Reşat, *Fasikül Hukuk Dergisi*, C. 2, S. 4, Mart 2010.

Ömeroğlu, Ömer, Ötanazi, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1993.

Özbek, Veli Özer; Doğan, Koray; Bacaksız, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2021.

Özen, Mustafa, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2021.

Özkara, Erdem, Ötanaziye Farklı Bir Bakış: Belçika'da Ötanazi Uygulaması ve Ülkemizdeki Durum, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 78, 2008.

Özkara, Erdem; İnceer, Benal; Hancı, İ. Hamit; Ozan, Gönül; Oral, Gökhan, Psikologların Ötanaziye Yaklaşımı, *Adli Psikiyatri Dergisi/ Turkish Journal of Forensic Psychiatry*, 1 (1), 2004.

Özsarı, Berat, *Hollanda Hukukunda Ötanazi Düzenlemesi Ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu*, Ankara 2017.

Öztürel, Adnan, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1, 1957.

Öztürk, Bahri; Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara 2021.

Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2010.

Spickhoff, Andreas, *Medizinrecht*, München 2018.

Sulu, Muhammed, Ötanazi Üzerine, *MÜHF - HAD*, C. 22, S. 2, s. 557.

Şahbaz, Başak, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Yönünden "Ötanazi" Uygulamaları, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 90, S. 2, 2016.

Tacir, Hamide, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, III: Sağlık Hukuku Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi Sempozyumu, Ankara 2016.

Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan; Önok, R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara 2021.

Üstün, Çağatay; Aygörmez Uğurlubay, Gülsün Ayhan, Sağlık Hukukunda Bireyin Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Bu Hakkın Etik Açısından Değerlendirilmesi, *Fasikül Hukuk Dergisi*, S. 53, C. 6, Nisan 2014.

- Varol, Şemsettin, Yaşam Hakkı Bağlamında Ötanazi ve Kürtaj, Ankara 2022.
- Yaşar, Yusuf; Turan, Işıl, Alman, Avusturya Ve İsviçre Yüksek Mahkeme Kararları Çerçevesinde Talep Üzerine Öldürme Suçu İle Ötanazi İlişkisi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 1.
- Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara 2001.
- Yılmaz, Ş. Berfin Işık, Ötanazi, Terazi Hukuk Dergisi, S. 68, 2012.
- Yokuş Sevik, Handan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2020.
- <https://hudoc.echr.coe.int/>.
- <https://www.jusline.at/gesetz/stgb>.
- <https://sozluk.gov.tr/>.
- https://sv.hrvwiki.net/wiki/swiss_criminal_code.



İDARİ YARGIDA 6459 SAYILI KANUN DEĞİŞİKLİĞİ SONRASI KISMİ DAVA İHTİMALİ

*Possibility of Partial Lawsuit After
The Amendment of Law No. 6459 in Administrative Jurisdiction*

Halil YOLAL*

Özet

Özel hukuk yargılamasında düzenlenen dava türlerinden biri olan kısmi dava, aynı hukuki ilişkiden kaynaklanan alacağın veya hakkın tamamının ilk başta belirli bir kısmının talep edilerek dava açılmasıdır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu zamanında da var olan ancak ilk kez açıkça Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 109 ile düzenlenen bu dava türü ile davacılar ilk davaya konu edilen kısım için aldıkları hükümle bir nevi ikinci açacakları davaya da tespit hükmünü dolaylı yoldan kurdurmuş olurlar. Bu şekilde özel hukukta açılan davalarda davacılar isterlerse ıslah imkanı ile ikinci bir dava açmaya gerek olmaksızın talep sonuçlarını artırma imkanlarına da sahiptir. İdari Yargılama Usulü Kanunu madde 2’de her ne kadar açıkça böyle bir dava yoluna yer verilmemişse de 6459 sayılı Kanun ile İdari Yargılama Usulü Kanunu madde 16/4’te yapılan değişiklikle yürürlüğe konulan tam yargı davalarında miktar artırım düzenlemesi, idari yargıda da zararın bir kısmının dava konusu edilmesi ve sonrasında miktarın artırılmasına imkan sağlamıştır.

Anahtar kelimeler: Kısmi davası, tam yargı davası, ıslah, miktar artırımı.

Abstract

Partial lawsuit, which is one of the types of lawsuits organized in private law proceedings, is the filing of a lawsuit by demanding a certain part of the entire claim or right arising from the same legal relationship. With this type of lawsuit, which existed at the time of the Code of Civil Procedure (No. 1086) but was explicitly regulated for the first time with Article 109 of the Code of Civil Procedure (No. 6100), the plaintiffs indirectly establish the determination of the second lawsuit with the judgment they receive for the part that is the subject of the first lawsuit. In lawsuits filed in private law in this way, the plaintiffs have the opportunity to increase the results of their claims, without the need to open a second lawsuit, with the possibility of correction if they wish. Although such a lawsuit is not explicitly included in Article 2 of the Code of Administrative Procedure, the amount increase regulation

➤ Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 16.02.2022

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 06.09.2022

* Hâkim, Ankara İdare Mahkemesi Üyesi, halilyolal@hotmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-7538-5898>

in full remedy lawsuits, which was put into effect with the amendment made in Code of Administrative Procedure Article 16/4 with the Law No. 6459, it is possible to sue a part of the damage in administrative jurisdiction and then to increase the amount.

Keywords: Partial lawsuit, full remedy lawsuits, correction, the amount increase.

GİRİŞ

İYUK madde 2 gereğince idari yargıda dava türleri üçe ayrılır;

- İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları,
- İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları,
- Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar.

İdari yargılama hukukumuzda yukarıda aktarılanlar dışında bir dava türüne ayrıca yer verilmemiştir. Hukuk yargılamasında ise dava türleri HMK'nın 105 ve 113. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu maddelerde eda, tespit ve inşai dava türlerinin yanında aslında bu dava türlerinin alt başlıklarda arasında yer alabilecek kısmı, belirsiz alacak, davaların yığılması, terditli, seçimlik ve topluluk dava türleri de ayrıca düzenlenmiştir.

6459 sayılı Kanun kabul edilerek ve 30.04.2013 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak İdari Yargılama Usulü Kanununda ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununa(Mülga), “*Ancak, tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktar, süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar verilmeye kadar, harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilir ve miktarın artırılmasına ilişkin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilir.*” ifadeleri eklenmiştir.

6459 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme ile ilk kez yasal olarak tam yargı davalarında talep sonucunun artırılması imkanının getirilmiş olması nedeniyle idari yargılama hukukunda her ne kadar üç dava türüne yer verilmişse de, kısmi davanın söz konusu olup olamayacağı tartışmaları ortaya çıkmıştır.

I. MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA KISMİ DAVA

Aynı hukuki ilişkiden kaynaklanan alacağın veya hakkın tamamını ilk başta belirli bir kısmını talep ederek açtığı davaya kısmi dava denir¹. Davacı, kısmi

¹ Hamide Özden Özkaya Ferendeci, Kesin Hükmün Objektif Sınırları (On İki Levha 2009) 181.; Ahmet İyimaya, “Kısmi Tazminat Davasına İlişkin Bazı Sorunlar” (1985) 11(3) Yargıtay Dergisi 193,193.

davada davaya konu ettiği alacağın tamamını değil, bir kısmını talep eder. Bu nedenle de, talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olmaması halinde kısmi dava açılmaz². Örneğin konusu para alacaklarını oluşturan istemler bölünebilir nitelikte olup kısmi davaya konu edilebilirler.

Kısmi davanın davacıları ilk davaya konu edilen kısım için aldıkları hükümle bir nevi ikinci açacakları davaya da tespit hükmünü dolaylı yoldan kurdumuş olurlar. Böylece ilk davada verilen karar ikinci açılacak dava açısından kesin hüküm teşkil eder³. HUMK zamanında doktrinde ve içtihatlarda kendisine yer bulan ancak açıkça kanunda düzenlenmemiş olan ve adına pilot davada denilen bu yola çokça başvurulmakta idi. Bunun gerekçesini büyük ölçüde, davayı kaybetme ihtimaline karşı dava edilen tutara göre hesaplanan nispi peşin harcı ve vekâlet ücretini az ödemek oluşturmaktaydı. Böylece davacılar öncelikle alacaklarının az bir kısmını dava etmekte ve sonrasında verilen kararın olumlu olması halinde kalan kısımlarını dava etmekte idiler. Bu yolla davacıların ekonomik menfaatlerinin korunması da sağlanmakta idi⁴. Ayrıca kısmi davaya, miktarı dava açarken belli olan alacaklar haricinde miktarı dava açarken belli olmayan alacaklar hakkında da başvurulmaktaydı.

Öte yandan, 1086 sayılı HUMK'un 87. maddesinin son cümlesinde yer alan "...dava değerinin ıslah yoluyla dahi artırılamayacağına ilişkin..." hükmün, 7.11.2000 gün ve 1/33 sayılı Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edilmesinden ve böylece aynı dava içinde ıslah ile miktar artırımının mümkün olmasından sonra, davacılar açmış oldukları kısmi davada lehlerine hükmün verileceğini düşünmeleri üzerine ikinci bir dava açmaya gerek kalmaksızın kısmi davalarında harç tamamlamak suretiyle miktar artırım yoluna gitmişlerdir⁵.

1086 sayılı HUMK'un yürürlükten kaldıran 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda 109. maddede açıkça kısmi dava üç fıkra ile şu şekilde düzenlenmiştir;

“(1)Talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmı da dava yoluyla ileri sürülebilir.

(2)Talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmi dava açılmaz.

² Çelik Ahmet Çelik, “Tazminat ve Alacak Davalarında Dava Değerinin Arttırılması”(2002) 82(3) İstanbul Barosu Dergisi 1243, 1249; Ejder Yılmaz, “Islah Yoluyla Dava konusunun Arttırılması”(2001) Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu 97, 100; Ömer Ulukapı, Medeni Usul Hukuku(Mimoza 2015) 226.

³ Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı (Yetkin Yayınevi 2014) 274.

⁴ Yavuz Alangoya, Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları (7. Bası, Beta 2009) 234; Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi (2.Bası, Yetkin 2014) 328.

⁵ Baki Kuru, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı (Yetkin 2015) 308.



(3) Dava açılırken, talep konusunun kalan kısmından açıkça feragat edilmiş olması hâli dışında, kısmi dava açılması, talep konusunun geri kalan kısmından feragat edildiği anlamına gelmez.”

6100 Sayılı HMK ile getirilen en önemli değişikliklerden biri ise alacağın belirsiz olması halinde açılabilecek olan belirsiz alacak davasıdır. Örneğin bazı işçi alacakları gibi hesaplanması çok güç veya imkânsız olan hallerde kısmi dava açmak yerine, davacı artık 107. madde uyarınca belirsiz alacak davası açabilecektir. HMK madde 107 de yer alan belirsiz alacak davası ise şu şekilde düzenlenmiştir;

“(1) Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir.

(2) Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilir.

(3) Ayrıca, kısmi eda davasının açılabilirdiği hâllerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir.”

HUMK zamanında yüksek harç ve vekalet ücreti ödenmesi ihtimallerine karşın öncelikle tespit davası gibi az miktartlı kısmi davaların açılarak sonrasında karara göre alacağın kalan kısmının dava konusu edildiğinden bahsetmiştik. Ancak HMK'nın kısmi davayı düzenleyen 109. maddesinin ikinci fıkrasına göre: “Talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmi dava açılmaz.” hükmü nedeniyle ile talep konusu miktarın, tartışmasız veya açıkça belirli olduğu hallerde pilot dava şeklinde davaların açılması imkanının ortadan kalkması ve belirsiz alacak davası uygulamasının yerleşmesi nedenleriyle kısmi dava uygulaması HUMK dönemine nazaran çok başvurulmayan bir yöntem olmuştur.

Nitekim, HMK 109/2. maddesinin iptali istemiyle AYM'ye başvurulmuşsa da, mahkeme 24.05.2012 tarihinde ret kararı vermiştir⁶. AYM oybirliğiyle almış olduğu kararının gerekçesinde ise aşağıda yer alan ifadelere yer vermiştir:

“...Talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olması halinde kısmi dava açılmayacağı belirtilmiş olmakla yargılama sürecinin hızlandırılması ve uyuşmazlıkların kısa sürede sonuca bağlanmasını amaçladığı anlaşılan düzenlemenin, hakkın özüne dokunduğu ve hakkı anlamsız kılacak dereceye vardığı söylenemez. Anayasanın 141. Maddesinde

⁶ AYM, E 2011/134 K 2012/83, 24.05.2012.

“Davanın en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir” denilmektedir. Bu hükümle usul ekonomisi ilkesine işaret edilmiştir. Uyuşmazlıkların söz konusu ilkeye göre çözümlenmesinde hem bireyin hem de kamunun yararı söz konusudur. Aynı hukuki ilişkiden doğan ve talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olduğu bir alacak hakkının kısımlara ayrılarak dava edilmesi yerine tek bir dava konusu edilerek uyuşmazlığın kısa sürede çözümlenmesini öngören itiraz konusu kuralın Anayasanın 141. maddesine de aykırı olmadığı açıktır. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural Anayasanın 2, 13, 36, 141. maddelerine aykırı değildir”

Ancak HMK'nın 109. maddesinin ikinci fıkrasının 1/4/2015 tarih ve 6644 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılması ile kısmi dava yöntemi ile başvuru ve pilot dava olarak da nitelendirilen uygulama tekrar aktif hale gelmiştir. Böylece, talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olsa dahi kısmi dava açılabilir.

Öte yandan, HUMK zamanında Yargıtay içtihatları, kısmi dava şeklinde açılan davalarda davacının fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmuş olması yahut buna ilişkin bir ibare olması halinde, bakiye alacağın ek dava veya ıslah yolu ile talep edebilmesine imkan tanıyordu. Böyle bir ibarenin olmamasını kalan bakiye kısımdan zimnen feragat edildiği şeklinde yorumluyordu. Bu şekilde yapılan yorumlar birçok hak kaybına sebep oluyordu.

“...fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmayan alacaklının, bu şekilde, alacağını bu az miktarla sınırlandırıldığı, dolayısıyla da, fazla kısım yönünden zimni bir feragatte bulunmuş olduğu kabul edilmektedir.”⁷

Ancak HMK 109/3 maddesinde, dava açılırken, talep konusunun kalan kısmından açıkça feragat edilmiş olması hâli dışında, kısmi dava açılması, talep konusunun geri kalan kısmından feragat edildiği anlamına gelmez hükmüne yer verilerek kısmi dava açarken, fazlaya ilişkin hakların saklı tuttuğunu açıkça belirtmeyen davacının geri kalan kısmı dava konusu etmesindeki olumsuzluğu ortadan kaldırmıştır⁸. Böylece kısmi dava yoluna başvuran ancak dilekçesinde açıkça bakiye kısım için açıklama yapmayan davacının ek bir dava açabileceği sonucu ortaya çıkmıştır⁹. Ancak, öğretide açtığı davanın kısmi dava olduğunu belirtmeyen davacının, geri kalan kısmını hükmün kesinleşmesinden sonra kesin hüküm engeli nedeniyle dava edemeyeceği de ileri sürülmüştür¹⁰.

⁷ Yargıtay HGK, E 2003/9-510 K 2003/555, 08.10.2003 (UYAP)

⁸ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özeker, Medeni Usul Hukuku (12. Bası, Yetkin 2011) 320.

⁹ Bektaş Kar, “Islah Kısmi ve Ek Dava Kavramları İle Dava Konusunun Islah Yoluyla Artırılmasının Getirdiği Sorunlar” (2002) 28(3) Yargıtay Dergisi 416, 438; Umar (n.5) 332

¹⁰ Hakan Pekcanitez, Belirsiz Alacak Davası (1. Bası, Yetkin 2011) 68-69; Aksi Yönde Cenk Akil, Kısmî Dava (Yetkin 2013) 245

II. KISMİ DAVA ŞARTLARI

Bir davanın kısmi dava olarak açılmış olup olmadığının irdelenmesi için şartların mevcudiyeti önemlidir. Aksi halde davacının kısmi dava olarak davayı nitelendirmiş olması yahut nitelendirmemiş olması önemli değildir¹¹.

*“Davacının davasını açıkça kısmî dava olarak nitelendirmesine gerek yoktur; alacağın yalnız bir kesiminin dava edildiğinin anlaşılması yeterlidir. Özellikle davacının “fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak” veya “şimdilik alacağın belirli bir miktarını dava ettiğini” belirterek açtığı davalar kısmî dava niteliğindedir.”*¹²

Diğer dava türlerinde olduğu üzere davacının kısmi davayı açmasında hukuki menfaatinin, diğer bir ifadeyle davacının hakkının bir kısmını dava etmekte korunmaya değer hukuki yararının bulunması gerekmektedir. Genel itibariyle kısmi dava açılmasında var olan hukuki yararın, yargılama giderlerinin fazla ödenmesi ihtimalinin azaltılması ve ispat yükünde yaşanacak zorluk olduğu ileri sürülmüştür¹³.

Kısaca kısmi davanın kendine özgü şartları üzerinde durmak gerekirse, öncelikle maddede de belirtildiği üzere talep konusunun, niteliği itibariyle bölünebilir olması gerekir¹⁴. Kast edilen bölünebilirlik ise, alacağın yahut hakkın özünde veya kıymetinde bir değişiklik ya da azalma olmadan birden çok bölüme ayrılmasıdır¹⁵. Bahsedildiği üzere bunun için en yaygın ve karşılaşılan durum para alacaklarıdır.

Maddenin ilk halinde yer alan miktarının tartışmalı veya açıkça belirli olmaması şartı_(109/2) ise mülga hale getirildiğinden artık tartışmalı veya açıkça belli olan miktar halleri de davaya konu edilebilecektir. Böylece miktarın tartışmalı olmadığı ancak davayı doğuran olayın tartışmalı olduğu hallerde de kısmi dava açılabilir.

Ayrıca talep konusunun bakiye kısmından açıkça feragat edilmiş olması hâli dışında, kısmi dava açılmış olması, talep konusunun geri kalan kısmından

¹¹ Nurten Fidan, “Belirsiz Alacak Davasındaki Belirsizlikler” (2011) 6(24) Sicil İş Hukuku Dergisi 177, 181

¹² Yargıtay HGK, E 2014/15-439 K 2016/207, 02.03.2016 (UYAP)

¹³ Emel Hanağası, Davada Menfaat (Yetkin 2009) 265.

¹⁴ Haluk Nomer, “Manevi Tazminat Alacağında Kısmi Dava Mümkün müdür?”(2000) 58(1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 221, 221; Şahin Çil, “İslah Yoluyla Dava Konusunun Arttırılması” (2012) 93(10) Adalet Dergisi 57, 60; Ramazan Yılmaz, “İslah ile Dava Değeri (Müddeabih) Artırıldığı Anda Zamanaşımı Def’inde Bulunulacak Davalarda, Zamanaşımı Def’inden Kurtulmanın Mümkün Olup Olmadığı” (2013) 87(5) İstanbul Barosu Dergisi 248, 249; Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku (Legal 2016) 218.

¹⁵ Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1 (16.Bası, Vedat 2018) 278.

feragat edildiği anlamına gelmeyeceğinden¹⁶ açıkça bakiye haktan feragat edilmemiş olması da gerekir¹⁷. Aksi halde dava konusu edilen haktan daha fazlasının var olmaması durumunda açılan dava tam dava olacaktır.

Bu hallerin yanı sıra dava konusu alacağın aynı hukuki ilişkiden doğmuş ve muaccel olması da gerekir¹⁸. Aksi halde birden fazla hukuki ilişkilerden kaynaklanan alacaklarını tek bir dava ile talep edilmesi dava yığılmasını oluşturacaktır¹⁹. Ayrıca alacağın bir kısmı henüz muaccel olmadığından dava konusu edilmemişse, açılan dava kısmi dava olmaz. Alacağın hepsinin muaccel, yani istenebilir olması gerekir.

“Kısmi dava, alacağın yalnızca bir bölümü için açılan dava olarak tanımlanmaktadır. Bir davanın kısmi dava olarak nitelendirilebilmesi için, alacağın tümünün aynı hukuki ilişkiden doğmuş olması ve alacağın şimdilik belirli bir kesiminin dava edilmesi gerekir. Diğer bir söyleyişle, bir alacak hakkında daha fazla bir miktar için tam dava açma imkânı bulunmasına rağmen, alacağın bir kesimi için açılan davaya, kısmi dava denir. Kısmi dava açılabilmesi için talep konusunun bölünebilir olması gerekli olup, açılan davanın kısmi dava olduğunun dava dilekçesinde açıkça yazılması gerekmez. Dava dilekçesindeki açıklamalardan davacının alacağının daha fazla olduğu ve istem bölümünde “fazlaya ilişkin haklarını saklı tutması” ya da “alacağın şimdilik şu kadarını dava ediyorum” demesi, kural olarak yeterlidir.”²⁰

III. BELİRSİZ ALACAK DAVASI - KISMİ DAVA FARKI

Aktarıldığı üzere 6100 sayılı HMK kısmi dava ile birlikte belirsiz alacak davasını da ayrıca ve açıkça düzenlemiştir. Ancak iki dava türü alacağın yalnızca bir bölümü dava konusu edildiğinden ve sonradan alacağın kalan kısmının da davaya konu edilmesi imkânından kaynaklı birbirleri ile karıştırılmaktadır. Bu nedenle kısmi davanın niteliğini daha iyi ortaya koyabilmek adına belirsiz alacak davası ile arasındaki farklılıklardan bahsetmek daha uygun olacaktır.

İlk olarak, belirsiz alacak davası ile kısmi dava arasındaki farkı net olarak ortaya koyabilecek kıstas talep sonucu bakımından olup; kısmi davada dava açıldığı sırada dava değeri belirli iken, belirsiz alacak davasında davacının dava açtığı sırada gösterdiği değer geçici, belirsiz olup, bununla birlikte yargılama sırasında ortaya çıkacak alacağın tamamının hüküm altına alınması

¹⁶ Saim Üstündağ, “Bir Dava Ne Zaman Kısmi Davadır?”(2010) Makaleler, İçtihat Tahlilleri ve Çeviriler 373, 388.

¹⁷ Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz ve Sema Taşpınar Ayvaz, Medeni Usul Hukuku (2. Bası, Yetkin 2016) 306.

¹⁸ Akil (n.11) 68.

¹⁹ Süha Tanrıver, “Kısmi Dava Üzerine Bazı Düşünceler”(2008) Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan 851, 851.

²⁰ Yargıtay HGK, E 2015/22-1052 K 2015/1612, 17.06.2015 (UYAP)



istenmektedir²¹. Bir diğer ifadeyle belirsiz alacak davasında amaç alacağın tamamına ilişkin bir hüküm kurdurmaktır. Kısmi davada ise, davacı ıslah yoluna başvurmaz ise alacağın tamamı için değil, yalnızca dava edilen kısmı bakımından hüküm ve sonuçlarını doğurmak isteyebilecektir²².

Nitekim maddenin gerekçesinde de “Alacaklının bu tür bir dava açması için, dava açacağı miktar ya da değeri tam ve kesin olarak gerçekten belirlemesi mümkün olmamalı ya da bu objektif olarak imkânsız olmalıdır. Açılacak davanın miktarı biliniyor yahut tespit edilebiliyorsa, böyle bir dava açılmaz.” ifadelerine yer verilmiştir.

“Somut olayda, davacı taraf, dava dilekçesinde, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) 107. maddesinde düzenlenen belirsiz alacak davası olduğunu belirtmek suretiyle eldeki davayı açmıştır. Dava konusu taşınmazın dava tarihindeki değerinin mahkemece yapılacak keşif sonucu alınacak bilirkişi raporuna bağlı olmakla dava değerinin tam ve kesin olarak davacı tarafından belirlenmesi mümkün bulunmadığından davanın belirsiz alacak olarak açılması HMK 107. maddesine uygundur.”²³

Belirsiz alacak davasında Yargıtay’ın belirlediği şartlar ise şu şekilde belirtilmiştir;

“... bir alacağın belirsiz olup olmadığı ile ilgili olarak kabul edilen kıstaslar, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin;

1- Davacının kendisinden beklenememesi,

2- Bunun olanaksız olması,

3- Açıkça karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı ve değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olması,

olarak ifade edilebilir.”²⁴

Ayrıca, talep konusu açıkça belirlenebilir olmadığı durumlarda da kısmi dava açılabilir.

“Davacı verilen bir haftalık kesin süre içinde davanın belirsiz alacak davası olduğunu beyan etmiş ve belirsiz alacak davası açılabilmesi için gerekli koşullar mevcut ise, dava belirsiz alacak davası olarak görülüp sonuçlandırılmalıdır. Belirsiz alacak davası açılabilmesi için gerekli şartlar bulunmakla birlikte davacı açmış olduğu davanın kısmi dava olduğunu belirtmiş ise, bu hâlde mahkeme davayı, kısmi dava olarak kabul edip yargılamayı sürdürmelidir.”²⁵

²¹ Cemil Simil, Belirsiz Alacak Davası (Oniki Levha 2013) 105-106.

²² ibid 111.

²³ Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, E 2019/4755 K 2020/80, 08.01.2020 (UYAP)

²⁴ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, E 2016/6 K 2017/5, 15.12.2017 (UYAP)

²⁵ Yargıtay HGK, E 2016/22-1166 K 2019/576, 16.5.2019 (UYAP)

Alacağın miktar veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenememesi halinde açılacak olan belirsiz alacak davasına nazaran, kısmi davanın uygulama alanı ise daha geniştir²⁶. Çünkü HMK madde 109/2'nin yürürlükten kaldırılması sonucu ile de taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olduğu hallerde de kısmi dava açılabilir hale gelmiştir.

İki dava türünün sonuçları açısından farklara değinmek gerekirse, kısmi davada davaya konu edilen kısmın, belirsiz alacak davasında ise alacağın tamamının hüküm altına alınması istenildiğinden, kısmi davada zamanaşımı yalnızca dava konusu edilen alacak miktarı için kesilmesine rağmen belirsiz alacak davasında zamanaşımı davanın açıldığı tarihte yalnızca davaya konu geçici talep miktarı için değil, sonradan davacının tek taraflı iradesi ile artırılacak olan alacak da dahil olmak üzere tüm alacak için kesilecektir²⁷. Böylece belirsiz alacak davası açarken belirlenemeyen alacağın tamamının zamanaşımına uğrama ihtimali ortadan kaldırılmıştır.

Ayrıca, kısmi davada davanın açılmasından sonra davacı, geriye kalan alacağını karşı tarafın muvafakat etmemesi halinde, daha önceden ıslah yoluna başvurmaması koşuluyla, ıslahla davaya dahil edebilirken, belirsiz alacak davasında davacı talep miktarını, iddianın genişletilme yasağına tabi olmaksızın (karşı tarafın açık rızasına veya ıslah yoluna başvurmadan) kullanabilecektir.

Öte yandan, zamanaşımında olduğu üzere kısmi davanın hüküm ve sonuçları dava edilen kısım, belirsiz alacak davasının hüküm ve sonuçları alacağın tamamı için ortaya çıkacağı için kısmi davadan sonra ıslahla artırılan miktar için faiz, ıslah tarihinden itibaren işlemeye başlarken belirsiz alacak davasında alacağın tamamı için davanın açıldığı tarihten itibaren faiz işletilebilecektir²⁸.

Tüm aktarılan bu sebeplerle davacının talep konusu miktarı belirleyemediği (veya kendisinden belirlemesinin beklenemeyeceği) hallerde kısmi dava açmak yerine belirsiz alacak davası açması çok daha avantajlı olacaktır. Çünkü zamanaşımı, faiz ve ıslah gibi konularda belirsiz alacak davası davacı açısından daha elverişlidir.

Yargıtay bir kısım kararlarında ise belirsiz alacak davası olarak açılan davanın kısmi davaya çevrilmesinin mümkün olmadığı, davanın hukuki yarar yokluğundan reddi gerektiği yönünde kararlar vermiştir.

²⁶ Simil (n.22) 108.

²⁷ İlhan Postacıoğlu ve Sümer Altay, Medeni Usul Hukuku Dersleri (7. Bası, Vedat 2015) 253; Süha Tanrıver, Medeni Usul Hukuku C.I (Yetkin 2016) 593; Şanal Görgün, Levent Börü, Barış Toraman ve Mehmet Kodakoğlu, Medeni Usul Hukuku (6.Bası, Yetkin 2017) 316.

²⁸ Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi (2. Bası, Yetkin 2013) 762 ; Abdurrahim Karslı, Medeni Muhakeme Hukuku (4. Bası, Alternatif 2014) 326; Mehmet Akif Tutumlu, "Tüketici Uyuşmazlıklarında Kısmi Dava ve Belirsiz Alacak Davası Uygulaması"(2014) 9(100) Terazi Hukuk Dergisi 742, 750; Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuk Genel Hükümler(20. Bası, Turhan 2016) 915-917.



“Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile alacak miktarı belirsiz olduğu durumlarda davacıya dilerse belirsiz alacak davası, dilerse de kısmi dava açabilme imkânı getirilmiştir. Belirsiz alacak davası ile kısmi dava konusu, amacı ve sonuçları bakımından birbirinden tamamen farklı iki dava türüdür. Her iki davanın mahkemeden istenen hukuki korumaya göre eda davası olması ve ortak bazı özelliklerinin bulunması bu sonucu değiştirmemektedir. Belirsiz alacak davası açan davacı, kısmi davanın sonuçlarından yararlanamayacağı gibi kısmi dava açan davacı da belirsiz alacak davasının sonuçlarından yararlanamaz. Hâkim de kısmi dava olarak açılmış bir davayı belirsiz alacak davası olarak nitelendiremeyeceği gibi, belirsiz alacak davası olarak açılan davaya da kısmi dava olarak devam edemez.”²⁹

Bir kısım kararlarında ise Yargıtay, belirsiz alacak olarak açılan davanın belirsiz alacak davası şartlarını taşımadığı durumlarda mahkemece davaya kısmi dava olarak devam edileceği belirtmiştir.

Somut olayda, davacının dava dilekçesinde açıkladığı olaylar ve istemleri dikkate alındığında; taraflar arasında uyumsuzluk olsa da davacı; dava tarihi itibarıyla alacağı miktarını tam ve kesin olarak belirleyebilecek durumdadır. Bu durumda davacı vekili dava dilekçesinde davayı belirsiz alacak davası olarak açıklarını belirtmiş olsa da mahkemenin davanın belirsiz alacak davası olmayıp kısmi dava olduğu yönündeki kabulü yasaya uygundur. Bu sebeple açılan bu dava 2.000,00 TL’lik kısmi davadır.”³⁰

IV. İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA MİKTAR ARTIRIMI

Çalışmanın ilk kısmında belirtildiği üzere dava türlerini düzenleyen İYUK madde 2 gereğince idari yargılama hukukunda üç tür dava türünün bulunduğunu söylemek gerekir. Bunlar iptal, tam yargı ve idari sözleşmelerden doğan davalardır³¹. İYUK madde 7 gereğince bu davaların idari yargıda 60 gün içinde idare mahkemelerine, 30 gün içinde de vergi mahkemelerine dava açılması gerekmektedir³². Öte yandan dava açma usulleri için 7. maddenin devamı maddelerde bir takım usuller de öngörülmüştür³³.

Usulüne uygun açılmış ve ilk inceleme aşamasında bir sıkıntısı görülmemiş olan davada, dava dilekçesinin davalıya tebliğini izleyen günden itibaren cevap verme süresi ise 30 gündür. 30 gün içerisinde cevap verilmemesi halinde dava

²⁹ Yargıtay HGK, E 2014/15-439 K 2016/207, 02.03.2016 (UYAP)

³⁰ Yargıtay 15 Hukuk Dairesi, E 2017/1471 K 2017/3192, 28.9.2017 (UYAP)

³¹ İdari sözleşmelerden kaynaklı davaların ayrı bir dava türü olup olmadığı hakkında doktrinde yer alan tartışmalar üzerinde ayrıca durulmamıştır.

³² İYUK, Kanun Numarası: 2577, Kabul Tarihi: 6/1/1982, RG 20/1/1982/ 17580, madde 7/1; “Dava açma süresi, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hâllerde Danıştayda ve idare mahkemelerinde altmış ve vergi mahkemelerinde otuz gündür.”

³³ İYUK madde 9 ve 13 arasında yer alan hükümler.

dosyası tekemmül edilmiş sayılır ve dilekçeler aşaması sona erer. Öte yandan, İYUK'un 16. maddesinin 4. fıkrası uyarınca dava açma ve cevap verilme süreleri geçirildikten sonra verilen dilekçe ve savunmalara dayanılarak hak iddia edilemez. Bir diğer ifadeyle, davacı dava açma süresi geçtikten sonra talep sonucunu değiştiremez³⁴.

İYUK madde 16; “ 1. Dava dilekçelerinin ve eklerinin birer örneği davalıya, davalının vereceği savunma davacıya tebliğ olunur. 2. Davacının ikinci dilekçesi davalıya, davalının vereceği ikinci savunma da davacıya tebliğ edilir. Buna karşı davacı cevap veremez. Ancak, davalının ikinci savunmasında, davacının cevaplandırmasını gerektiren hususlar bulunduğu, davanın görülmesi sırasında anlaşılırsa, davacıya cevap vermesi için bir süre verilir. 3. Taraflar, yapılacak tebliğlere karşı, tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde cevap verebilirler. Bu süre, ancak haklı sebeplerin bulunması halinde, taraflardan birinin isteği üzerine görevli mahkeme kararı ile otuz günü geçmemek ve bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir. Sürenin geçmesinden sonra yapılan uzatma talepleri kabul edilmez. 4. Taraflar, sürenin geçmesinden sonra verecekleri savunmalara veya ikinci dilekçelere dayanarak hak iddia edemezler. (Ek cümle: 11/4/2013-6459/4 md.) Ancak, tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktar, süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar verilmeye kadar, harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilir ve miktarın artırılmasına ilişkin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilir. 5. (Değişik: 10/6/1994-4001/8 md.) Davalara ilişkin işlem dosyalarının aslı veya onaylı örneği idarenin savunması ile birlikte, Danıştay veya ilgili mahkeme başkanlığına gönderilir. 6. (Ek: 2/7/2012-6352/54 md.) Danıştayda ilk derece mahkemesi sıfatıyla görülen davalarda savcının esas hakkındaki yazılı düşüncesi taraflara tebliğ edilir. Taraflar, tebliğden itibaren on gün içinde görüşlerini yazılı olarak bildirebilirler.”

Danıştay da ilk başta dava konusu edilmeyen bir idari işlemin ya da tazminat isteminin davaya dahil edilmesi ya da miktar artırımını davanın genişletilmesi niteliğinde görmüş ve bu taleplerin dava açma süresi geçtikten sonra dava konusu edilme istemlerini reddetmiştir.

“...dava dilekçesindeki sebebin ve talebin sonradan değiştirilmesi (ıslah) imkanı kabul edilmediğinden bu davanın belediye hizmetlerinin kesilmesine hasren incelenmesi mümkün değildir.”³⁵

“...2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yollamada bulunduğu 31. maddesinde, davanın ıslah edilmesine ilişkin herhangi bir husus yer almadığı gibi, İdari

³⁴ Ahmet Kürşat Ersöz “İdari Yargıda Islah ve Uygulaması”(2014) 41(24) Konya Barosu Dergisi 90, 91; Şeref Gözübüyük, Yönetmelik Yargısı (35. Bası, Turhan 2016) 354.

³⁵ Danıştay 6 Daire, E 1974/3666 K: 1975/5468, 05.12.1975 (UYAP)



Yargının ilkelerinden olan “davanın genişletilmesi yasağı” karşısında, anılan Mahkemece dava dilekçesinde yer alan ek ders ücreti miktarına hükmedilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığından, davacının temyize cevap dilekçesinde açıkladığı, ıslah talebinin kabul edilerek hükmedilen ek ders ücreti miktarının 674.860.000.- lira olarak kabulüyle kararın düzeltilerek onanması yolundaki istemi yerinde görülmemiştir.”³⁶

Talep sonucunun değiştirilmesine veya genişletilmesine imkan sağlayan ve adli yargıda kendisine uygulama imkanı bulan ıslah müessesesinin idari yargıda varlığı açısından İYUK'ta açık bir düzenleme yer almadığından, İYUK'ta hüküm bulunmayan hâllerde HMK'da uygulanacak usul hukuku kurumlarına sınırlı sayıda gönderme yapan İYUK'un 31. maddesine bakıldığında maddede, hâkimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hâllerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin huzur ve düzenini bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemler ile elektronik işlemlerde olmak üzere İYUK'ta hüküm bulunmayan hâllerde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun uygulanacağı düzenlemesine yer verilmiştir. Bu maddede açıkça ıslah kurumuna yer verilmediğinden, ıslah müessesesi idari yargılama usulünde uygulanamamıştır.

Nitekim, ıslah düzenlemesine İYUK madde 31'de yer verilmemesi sebebiyle hükmün iptali istemiyle somut norm denetimine başvurulmuşsa da Anayasa Mahkemesi, idari yargının, idari işlemler ile eylemlerinden doğan uyuşmazlıklara bakan, adli yargının dışında kendine özgü kuralları ve yargılama yöntemleri bulunan ayrı bir yargı düzeni olduğunu ve her iki yargı yolunda geçerli usul kuralları ile bunların uygulama biçimlerinin farklılıklar içerebileceğini ıslah kurumuna İYUK'ta yer verilmemesi, yasa koyucunun usul yasalarını belirlemedeki takdir yetkisi içinde kaldığını ifade etmiştir³⁷.

AYM ayrıca, medeni usul hukukunda bulunmasına karşın tanık, yemin, hali sabıka irca gibi kurumlara da yer vermeyen idari yargılama usulünün Anayasa'ya göre yasayla düzenlenen diğer usul yasaları gibi ilgili olduğu yargı yerinin özelliği ve gelişen yargılama koşullarına göre belirlenen bir sistem olduğu gözetildiğinde, her iki yargı sisteminde davacı ve davalı durumunda bulunanların aynı durumda bulunmadıkları ve bu nedenle de aynı yasa kurallarına tabi tutulmalarının gerekmediğini de belirtmiştir.

İslah düzenlemesinin var olmaması ve tam yargı davalarında miktar artırımının söz konusu olmaması nedenleriyle, idari yargıda fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmak suretiyle açılan ikinci davalarda, idari yargılama

³⁶ Danıştay 5 Daire, E 2002/2996 K 2002/4684, 28.11.2002 (UYAP)

³⁷ AYM, E 2004/103 K 2008/121, 12.06.2008.

hukukunda fazlaya ilişkin hakların saklı tutularak dava açılmasına ilişkin bir düzenlemenin olmadığı, idari işlem ve eylemlerden doğan zararın ödenmesi isteminin 2577 sayılı Kanununun 12. ve 13. maddelerinde öngörülen süre içinde dava konusu edilmesi gerekçesiyle davanın süre yönünden ret kararları veren Danıştay, bu yönde gelen ilk derece mahkemesi kararlarını da usul ve kanuna uygun bulunarak onamıştır³⁸.

“... ilk davanın açıldığı tarihte doğmuş bulunan zararın 2577 sayılı Yasanın 13. maddesinde öngörülen dava açma süresinin geçmesinden sonra, bilirkişi incelemesiyle daha fazla olduğunun saptandığından bahisle yeniden dava konusu edilmesine olanak bulunmamaktadır. Bu durumda, 27.5.1998 tarihinde meydana gelen vefat olayı nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemiyle 26.10.1998 tarihinde açılan ilk davada yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporda gerçek zararın daha fazla olduğunun saptanması üzerine 8.3.2000 tarihinde 7.902.000.000.- liralık ek maddi tazminat davası açılması daha sonra bu davaların birleştirilerek görev yönünden reddi üzerine idare mahkemesinde yenilenen dava dilekçesinde Meryem Gürhan için istenilen 9.902.020.000.- liranın tamamı üzerinden maddi tazminata hükmedilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”³⁹

Dava aşamasında ortaya çıkan durumların dikkate alınması mümkün olmaması veya davanın açıldığı anda zararın davacı tarafından net bir şekilde bilinmemesi nedenleriyle davacılar hak kaybına uğraması sebepleriyle AİHM’e yapılan başvurularda da ihlal kararları verilmekteydi.⁴⁰ AİHM bu tip başvurularda, talebin yeniden değerlendirilmesinin mümkün olmaması nedeniyle başvurana etkili bir başvuru yolu sunulmadığından AİHS’nin 13. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁴¹.

Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru denetimi ile önüne gelen birtakım uyuşmazlıklarda idari yargıda görülmekte olan davalarda miktar artırımı imkanının olmamasını, mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir⁴².

Tüm bu gelişmelerin ardından, 6459 sayılı “İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair

³⁸ Danıştay 10 Daire, E 2010/7544 K 2013/9344, 23.12.2013 (UYAP)

³⁹ Danıştay 10 Daire, E 2002/7079 K 2003/1095, 25.3.2003 (UYAP), Aynı Yönde Danıştay 10 Daire, , E 2004/11340 K 2006/4725, 30.6.2006 (UYAP)

⁴⁰ AİHM, Okçu-Türkiye, 21.07.2009, Başvuru No: 39515/03.

⁴¹ AİHM, Güneş- Türkiye, 24/05/2011, Başvuru No: 27396/06 ; Fatma Nur Erten, Adnan Erten-Türkiye, 25.11.2014, Başvuru No: 14674/11., Zeki Kaya-Türkiye, 12.02.2019, Başvuru No: 22388/07.

⁴² AYM, İbrahim Can Kişi, 23.07.2014, Başvuru No: 2012/1052; Aynı Yönde AYM, Elif Mutlu ve Ferhat Mutlu, 07.01.2016, Başvuru No: 2013/3711.

“Kanun” kabul edilerek ve 30.04.2013 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Bu Kanun ile İYUK’ta ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununda(Mülga), her ne kadar düzenlemelerde açıkça ıslah ifadesi kullanılmamışsa da, ıslah benzeri müessesesi aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

1602 Sayılı AYİMK(Mülga) madde 46/4 ve 2577 Sayılı İYUK madde 16/4 fıkralarına eklenen cümleler;

“Ancak, tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktar, süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar verilmeye kadar, harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilir ve miktarın artırılmasına ilişkin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilir.” şeklindedir.

İYUK 16. maddesini değiştiren 6459 sayılı Kanunun 4. maddesinin gerekçesinde ise; “AİHM, devletin sorumluluğuna ilişkin tazminat davalarında, davacıların yargılamanın yavaş işlemesinden doğan zararlarını ortadan kaldıracak yeterli bir çözüm bulunmadığı yönünde ülkemiz aleyhinde ihlal kararları vermektedir. Düzenlemeyle, idarî yargıda açılan tam yargı davalarında talep edilen tazminatın daha yüksek olduğunun dava devam ederken anlaşılması durumunda, davacıya talep edilen miktarı arttırma hakkı verilmemesinin adil yargılama hakkının ihlali olarak kabul edilmesi sebebiyle, nihai karar verilmeye kadar ıslah suretiyle talep edilen tazminat miktarını arttırma hakkı tanınmaktadır.” ifadelerine yer verilmiştir.

Kanun gerekçesinde ıslah ifadesi kullanılmışsa da doktrinde bir görüş ıslahın yalnızca talep sonucunun artırılabilmesine ilişkin kısmına uyduğunu⁴³, bir görüş ise düzenlemeyi kısmi dava ile belirsiz alacak davası kıyasıyla “genişletilmiş kısmi dava” olarak ifade etmiştir⁴⁴. Danıştay ise düzenlemeyi bazı kararlarında ıslah ifadesine yer vermeksizin talep artırımını “miktar artırım dilekçesi” ifadesi ile karşılamış⁴⁵; bazı kararlarında ise ıslah talebi olarak ifade etmiştir⁴⁶.

Yürürlüğe konulan düzenleme idari yargılamada yasağın mevcut olduğu talep sonucu ile ilgilidir⁴⁷. Düzenleme yalnızca tam yargı davalarında talep konusu miktarın artırılmasına ilişkin olup idari dava türlerindeki talep sonucu yönünden her türlü değişikliği kapsamamaktadır. Bir diğer ifade ile tam yargı davalarında talep konusunda var olan yasağının sadece genişletilebilmesine

⁴³ Yasin Sezer ve Uğur Bulut, “İdari Yargıda Belirsiz Tam Yargı Davası İhtimali”(2016) (116) TBB Dergisi 213, 237

⁴⁴ Baki Kuru, “Medeni Yargıda Kısmi Alacak Davası Öldü, Yaşasın Belirsiz Alacak Davası ve İdari Yargıda Yaşasın Genişletilmiş Kısmi Alacak Davası”(2015) Prof. Dr. Ramazan ARSLAN’a Armağan 1063, 1071

⁴⁵ Danıştay 15 Daire, E 2014/6019 K 2017/1493, 03.04.2017 (UYAP)

⁴⁶ Danıştay 15 Daire, E 2015/2153 K 2016/1324, 03.03.2016 (UYAP)

⁴⁷ Sezer/Bulut (n.43) 237

olanak tanırken değiştirilmesine imkânı verilmemiştir. Bu haliyle düzenleme, adli yargıda talep sonucunun veya dava sebebinin genişletilmesi veya kısmen değiştirilmesi için başvuru kısmen ıslaha karşılık gelmektedir ve bu hak yalnızca davacıya tanınmıştır. Nitekim yalnızca işlemin ve eylemin hukuka uygunluğunu yahut söz konusu zararın kendi eyleminden kaynaklanmadığını savunan davalı idare yönünden böyle bir imkana ihtiyaç yoktur.

Getirilen düzenleme ile açılan tam yargı davalarında miktar artırım hakkının getirilmesi, adli yargıda var olan kısmi davanın idari yargıda var olup olmadığı ile ilgili düşüncelerin gündeme gelmesine neden olmuştur.

V. İDARİ YARGIDA KISMİ DAVANIN VAR OLMA İHTİMALİ

Miktar artırım düzenlemesi öncesinde tam yargı davalarında miktar artırımının söz konusu olmaması nedeniyle, idari yargıda fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmak suretiyle açılan ikinci davaların, 2577 sayılı Kanunun 12. ve 13. maddelerinde öngörülen süre içinde dava konusu edilmesi gerekçesiyle, süre aşımı yönünden reddedildiğini aktarmıştık. Miktar artırımı düzenlemesi sonrasında ise davacıya verilen talep sonucunu yükseltme hakkı açtığı tam yargı davasında nihai karar öncesine kadar tanıdığından, bir diğer ifadeyle ikinci açacağı dava yönünden eski uygulamaya nazaran bir farklılık getirmediğinden, ikinci açılacak davaların aynı şekilde süre aşımından dolayı reddedileceği tabiidir. Bu nedenle kısmi davanın pilot dava olarak da ifade edilen uygulaması İYUK madde 16'da yapılan miktar artırım düzenlemesine rağmen mümkün değildir. Çünkü ikinci açılan davaların tam yargı davaları için öngörülen sürede açılması gerekmektedir.

Yukarıda da aktarıldığı üzere belirsiz alacak davasının konusu miktarın belirsiz olması gerektiğini, öte yandan alacağın belirsiz olduğu takdirde davacının kısmi dava da açabileceğini ancak her iki dava türünün en önemli ayrımlarının ıslah, faiz ve zamanaşımı açısından olduğunu ifade etmiştik.

İdari yargıda 6459 sayılı Kanun ile getirilen miktar artırım hakkını incelediğimizde alacak konusu miktarın belirli olabileceği gibi belirsiz olması hali de mümkündür. Örneğin davacı zararının miktarını dava açarken biliyorsa ya da bilmemesine karşın dava aşamasında bilirkişi raporu ile öğrenecek ise de miktar artırımı ile talep konusu miktarı artırabilir. Diğer bir ifadeyle miktarın öngörülüp öngörülememesi yahut bilinip bilinmemesinin bir önemi yoktur. Bu hali ile düzenleme, kısmi davaya daha yakındır.

Faiz açısından baktığımızda medeni yargulamada kısmi davadan sonra ıslahla artırılan miktar için faiz, ıslah tarihinden itibaren işlemeye başlarken belirsiz alacak davasında alacağın tamamı için davanın açıldığı tarihten itibaren faiz işletilebileceğini belirtmiştik. Danıştay'ın miktar artırım dilekçesiyle talep edilen kısım yönünden faizin başlangıcı yönünden kararlarına baktığımızda



farklı kararları⁴⁸ bulunmaktadır. Bazı kararlarının idarenin temerrüde düştüğü tarih olan miktar artırımına ilişkin dilekçenin idareye tebliğ edildiği tarihten itibaren faizin işletileceğine karar verildiği yönünde olduğunu belirtmek gerekir.

“2577 sayılı Kanunda, tam yargı davalarında, dava dilekçesindeki miktarın artırımına olanak tanıyan düzenleme uyarınca, davanın kabul edilmesi halinde artırılan tazminat miktarı yönünden faize, idarenin temerrüde düştüğü tarih olan miktar artırımına ilişkin dilekçenin idareye tebliğ edildiği tarihten itibaren hükmedilmelidir.”⁴⁹

Yakın tarihli bir İDDK kararında ise miktar artırımına ilişkin kısma da dava dilekçesinde talep edilen kısım aynı olmak üzere dava ya da davalı idareye başvuru tarihi esas alınarak faiz yürütülmesine karar vermiştir.

“... uğranılan zararın gerçek miktarının Mahkeme tarafından yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda net bir şekilde ortaya çıkması durumunda, ortaya çıkan bu gerçek zararın tamamının tazmini amacıyla verilen miktar artırımına (ıslah) ilişkin dilekçenin yeni bir dava niteliğinde olmayıp, mevcut davada talep edilen tazminat miktarının ıslah suretiyle artırımına olanak sağlayan yasal bir hakkın kullanımına ilişkin olduğu da göz önünde bulundurulduğunda, artırılan tazminat miktarı yönünden davanın kabul edilmesi halinde, yasal faizin başlangıcının bu miktar yönünden de, idarenin uyuşmazlığın esasında ihtilafa, bir başka anlatımla temerrüde düştüğü tarih olduğu sonucuna varılmaktadır. ... ödenmesi istemiyle açılan davada, meydana gelen zararlarının tespiti amacıyla İdare Mahkemesince yaptırılan bilirkişi incelemesi neticesinde tespit edilen ve davacılar tarafından ıslah edilen bu yeni zarar miktarının, davacıların, olay tarihi veya idareye başvurma tarihi veya dava tarihi itibarıyla elde etmek istedikleri gerçek zararları olduğu açıktır. Bu durum yukarıda aktarılan hususlarla birlikte değerlendirildiğinde, esasen davacıların ilk dava açarken yüksek oranlı yargılama harçları vb. nedenlerden dolayı tazmini isteminde buldukları bedel dava dilekçesinde düşük belirtilmiş ise de, davacıların tazminine karar verilmesi konusunda gerçek iradelerini yansıtan miktarın, ıslah ile arttırılan gerçek zararları olduğunun, bu gerçek zararın, Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi veya ıslah dilekçesinin verildiği tarihte değil, esasen olay tarihinde ya da idarelere başvuru tarihinde ortaya çıktığı, ancak, davacılar tarafından miktarı tam olarak bilinemediğinden ve tespit edilemediğinden dava açılırken talep edilemeyen bir zarar olduğunun kabulü, bu kabul doğrultusunda da ıslahla

⁴⁸ Miktar artırımı yapılan kısım için faizin, dava tarihinin veya idareye başvuru tarihinin esas alınması gerektiği hakkında Mehmet Karakuş “İdari Yargıda Islah”(2014) 5(17) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 383, 412.

⁴⁹ Danıştay 10 Daire, E 2016/12896 K 2021/4825, 14/10/2021 (UYAP)

arttırılan dava değerinin tamamına davalı idarelerden Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ve Van Büyükşehir Belediye Başkanlığı yönünden temerrüde düştükleri idareye başvurma tarihinden itibaren, İdare Mahkemesi kararıyla hasım mevkiine alınan Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı yönünden ise dava tarihinden itibaren yasal faiz yürütülmesinin hukuka ve hakkaniyete uygun olduğunun kabulü gerekmektedir.”⁵⁰

Kararlara göre eğer miktar artırımına konu edilen kısma dava açıldıktan veya başvuru tarihinden itibaren faiz işletilecekse durum belirsiz alacak davasına yakın olmakta iken; eğer ki faiz miktar artırım dilekçesinin idareye tebliğ edildiği tarihten itibaren işletilecekse kısmi dava uygulamasına yakındır.

Zamanaşımı açısından ise; idari yargılama hukukunda miktar artırımının mümkün olduğu tam yargı davalarının nasıl açılabilmesine bakmak gerekir. Söz konusu durum bir idari eylemden kaynaklanmışsa İYUK madde 13, işlemde kaynaklanmışsa İYUK madde 12 işletilecektir. 13. maddede dava açmak için belli sürede yapılması gereken zorunlu bir başvuru yolu ve başvuru sonrası verilen cevaba karşı 60 günlük dava açma süresi öngörülmüştür. 12. madde de ise işlemde itibaren veya işleme karşı açılan davanın sonuçlanmasından itibaren 60 günlük dava açma süresi belirlenmiştir. Her iki halde de açılacak davalarda gözetilmesi gereken dava açma sürelerinin hak düşürücü süre olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır⁵¹. Bu nedenle de hak düşürücü olan bu süreler mahkeme tarafından re’sen dikkate alınır ve davanın her aşamasında taraflarca da ileri sürülebilir. Mahkeme davanın öngörülen sürelerde açılmadığını tespit etmesi halinde süre aşımından dolayı davanın esasına girmeden usulden ret kararı verir.

⁵⁰ Danıştay İDDK, E 2019/53 K 2020/853, 09/06/2020 (UYAP); Aynı Yönde Danıştay 8 Daire, E 2019/8888 K 2021/3929, 16/09/2021 (UYAP); Aynı Yönde Ankara BİM 12 İdari Dava Dairesi, E 2021/627 K 2021/1231, 28/10/2021 (UYAP) “...*uğranılan zararın gerçek miktarının Mahkeme tarafından yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda net bir şekilde ortaya çıkması durumunda, ortaya çıkan bu gerçek zararın tamamının tazmini amacıyla verilen miktar artırımına (ıslah) ilişkin dilekçenin yeni bir dava niteliğinde olmayıp, mevcut davada talep edilen tazminat miktarının ıslah suretiyle artırımına olanak sağlayan yasal bir hakkın kullanımına ilişkin olduğu da göz önünde bulundurulduğunda, artırılan tazminat miktarı yönünden davanın kabul edilmesi halinde, yasal faizin başlangıcının bu miktar yönünden de, idarenin uyumsuzluğunun esasında ihtilafa, bir başka anlatımla temerrüde düştüğü tarih olduğu sonucuna varılmaktadır.”*

⁵¹ Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları C.III (İsmail Akgün Matbaası 1966) 1961; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku (2. Bası, Savaş 2019) 321; Celal Karavelioğlu, İdari Yargılama Usulü Kanunu (Adalet 2016) 404; İdari yargıda var olan dava açma sürelerinin tamamının hak düşürücü süre niteliği taşıyabileceği hakkında F.Ebru Gündüz, “Mücbir Sebep İdari Dava Açma Süresine Etkisi” (2019) 23(2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 237, 242.



Nitekim, İYUK'a miktar artırım düzenlemesi gelmeden bakiye kısımlar için sonradan açılan davalarda mahkemeler resen incelemede bulunarak süre aşımından kaynaklı davanın reddi kararları verdiğinden bahsetmiştik.

“İdari yargılamada dava açma ve kanun yollarına başvurma süreleri kendine özgü hak düşürücü süreler olup, kamu düzenini ilgilendirdiğinden taraflarca ileri sürülmesine bile davanın her aşamasında ilgili yargı merci tarafından re'sen dikkate alınması gereken bir husus olduğu gibi bu sürelerin durması veya kesilmesini gerektiren durumlar ancak yasal bir düzenlemeyle yapılabilir.”⁵²

Bu nedenle idari yargılama hukukunda ilgili tam yargı davası açma sürelerinin hak düşürücü nitelikte olmasından dolayı, talep edilen kısım ile sonradan eklenen kısmın sürelerinin birbirinden farklı olması söz konusu değildir. Bir diğer ifadeyle, talep konusunun bir kısmın süresinin durması ya da kesilmesi bir kısmının da süresinin işlemeye devam etmesi mümkün değildir. Bu temel ayırmadan dolayı da sürelerin durması veya devam etmesi açısından kısmi veya belirsiz alacak davasına benzetmek olanaklı değildir. Ancak İYUK madde 16/4'te “süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin” ifadesiyle idari yargıda miktar artırımı yapılan kısım açısından, ilk dava konusu edilen talep konusunun süresinde olması yeterli olduğundan, 6459 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme bu yönüyle belirsiz alacak davası ile uyusmaktadır

Konu ile ilgili olarak yargı kararlarında ise bazı Bölge İdare Mahkemelerince dava dilekçesinde, sonrasında miktar artırımına konu edilebilecek kısmın olacağına ilişkin ifadeler yer alarak açılan davaları “tazminat tutarı belli olmayan tam yargı” veya “tutarı belirsiz bir tam yargı davası” ifadeleri ile yorumladıkları görülmüştür.

“...gerek 2577 sayılı Yasanın, gerekse 2576 sayılı Yasanın anılan kuralları birlikte değerlendirildiğinde; bugün idare hukukuna özgü tam yargı davalarının kabul koşulları bakımından “tutarı yargılama süreci içinde ortaya çıkacak ve ilgisince bunun üzerine artırım talebi ile birlikte ortaya konulacak” **“tazminat tutarı belli olmayan tam yargı”** davası açılabilir; bu gibi uyuşmazlıkların tutarının tek hakim tarafından çözümlenecek uyuşmazlıklara ilişkin sınırın üzerinde olduğunun dosya kapsamından veya uyuşmazlığın niteliğinden anlaşılması halinde, tutarı belli olmayan dava olarak kabulü ile “tek hakim” görevinde uyuşmazlıklar olarak kabul edilmesine olanak bulunmadığı ve uyuşmazlığın heyet tarafından çözümlenmesi gerektiği kabul edilmelidir.”⁵³

“...Kuşadası Devlet Hastanesi acil servisinde 06/02/2016 tarihinde yapılan tıbbi ameliyelerde kusurlu davranılmak suretiyle maddi ve manevi zarara sebebiyet verildiği ileri sürülerek 30.000,00-TL'si mahrum kalınan kazanca ve 2.500,00-TL'si tedavi için ulaşım, ilaç ve sair masraflara ilişkin olmak üzere toplam 32.500,00-TL maddi tazminatın ve 20.000,00-TL manevi tazminatın

⁵² Danıştay 3 Daire, E 2015/111248, K 2015/8282, 18.11.2015 (UYAP)

⁵³ Gaziantep BİM 3 İdari Dava Dairesi, E 2018/6946 K 2019/49, 14/01/2019 (UYAP)

dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte ödenmesi iptali istemiyle açtığı davanın; **tutari belirsiz bir tam yargı davası niteliği gösterdiği, bu nedenle “tek hakim” tarafından çözümlenemeyeceğinin kabulü gerekmektedir.**⁵⁴

VI. GENEL DEĞERLENDİRME

Hukuk yargılamasında kısmi dava olarak düzenlenen müessese ile aslında alacağın ya da hakkın bir kısmının dava konusu edilerek gelecek sonuca göre kalan kısmın dava konu edilmesi sağlanılmaktadır. Bu yol doktrinde pilot dava olarak da ifade edilmiştir. Ancak 1086 sayılı HUMK’un 87/Son maddesindeki “...dava değerinin ıslah yoluyla dahi artırılmayacağına ilişkin...” hükmün iptal edilmesiyle ve HMK’da da buna engel bir hükmün olmamasıyla açılan bu davalarda ıslah yolu ile miktarın artırılabilmesinin önünün açılması sonucunda kısmi dava olarak açılan davaların tam eda davasına evrilmesinin de önü açılmıştır.

İdari yargılama hukukunda 6459 sayılı Kanun ile İYUK madde 16/4 e getirilen miktar artırım düzenleme yalnızca açılmış olan tam yargı davalarında bakiye kısmın davaya eklenmesine imkan tanımaktadır. Bir diğer ifadeyle süresinden sonra bakiye kısımlar için ikinci bir davanın açılmasına imkan veren bir düzenleme değildir. Bu nedenle 6459 sayılı Kanun öncesinde ve sonrasında fazlaya ilişkin haklar saklı tutulmak suretiyle bakiye kısım için ikinci bir davanın süresinden sonra açılması mümkün olmadığından kısmi davanın pilot dava şeklinde açılıp sonrasında verilen hükme göre ikinci davanın İYUK’ta öngörülen dava açma sürelerinden sonra ikame edilmesi idari yargıda halen mümkün değildir.

Nitekim, idari yargıda ilk davada alınacak sonuca göre ikinci davaların süre aşımı nedeniyle açılması mümkün olmaması nedeniyle davacılar idari yargıda açtıkları davalarda dava dilekçesi ile talep etmiş oldukları tazminat miktarını yalnızca görülmekte olan davada arttırmak zorunda olduklarından ilk başta dava konusu ettikleri kısmi talep sonuçları, belirsiz alacak davasında olduğu gibi geçicidir. Bir diğer ifadeyle kısmi davadan farklı olarak, ilk başta davaya konu ettikleri talep sonuçlarının hüküm altına alınmasını (aleyhlerine bir durum ortaya çıkması ihtimali hariç) istemezler. Çünkü davacılar en baştan beri, uygun koşulların oluşması ile bir kısmını talep ettikleri miktarı arttırmayı düşünmektedirler.

Alacağın belirli ya da belirsiz olması açısından değerlendirdiğimizde ise, hukuk yargılamasında kısmi davanın miktarı belirsiz ya da belirli davalar açısından da açılabileceğini, 6459 sayılı Kanun ile getirilen miktar artırım düzenlemesinin de miktarın belirli olup olmaması açısından bir ayırım yapmadığını ortaya koyduk.

⁵⁴ İzmir BİM 6 İdari Dava Dairesi, E 2021/1397 K 2021/1517, 10/09/2021 (UYAP)



Konuyu 6459 sayılı Kanunun sonuçları açısından değerlendirdiğimizde ise karşımıza faiz, zamanaşımı açısından ayrımlar çıktığını faiz açısından son içtihatlar yönüyle düzenlemenin aslında kısmi davadan çok belirsiz alacak davası ile uyuştüğunu, zamanaşımı yönünden ise idari yargıdaki sürelerin niteliği açısından ayrıkısı durumu belirterek düzenlemenin belirsiz alacak davası ile uyumlu olduğunu aktardık.

Her ne kadar aktarılan bilgiler doğrultusunda düzenlemenin kısmi dava ile uyuşan noktaları az da olsa, tamamen uyuşmadığını da söylememek yanlış olur. Çünkü alacağın miktarı ister belli olsun ister olmasın yüksek harç ve vekalet ücreti ödemek istenilmemesi sebepleriyle dava dilekçesinde öncelikle iddia edilen miktarın bir kısmının davaya konu edilmesi ve sonrasında ortaya çıkan bilirkişi ya da idarenin sunduğu delillerle veya davanın gidişatı sonrası tamamen davacının inisiyatifıyla miktarın artırılma imkanı, düzenlemeyi bu yönüyle kısmi davaya benzetmektedir.

SONUÇ

İdari yargılama hukukumuzda var olan ve hukuk yargılamasında eda davasına benzetilen tam yargı davaları HMK'ya nazaran İYUK'ta daha sade bir şekilde düzenlenmiştir. Kısmi veya belirsiz alacak gibi türleri içinde barındıran eda davası karşısında tam yargı davalarında İYUK'un ilk halinde talep konusu alacağın bir kısmının davaya konu edilmesi sonrasında kalan kısmının da bir şekilde mahkemeden talep edilmesi hali mümkün değildi.

İdari yargılama hukukumuzda 6459 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme sonrasında yürürlüğe giren tam yargı davalarında miktar artırımı uygulaması davacıların zarara uğradıklarını düşündükleri miktarların bir kısmını dava konusu etmesinin yolunu açmıştır. Böylece davacılar görülmekte olan davanın seyrine göre ilk başta dava konusu ettikleri kısımları bir defaya mahsus olmak üzere arttırabileceklerdir. Bu haliyle getirilen düzenleme, hukuk yargılamasındaki kısmi davayı bizlere hatırlatmış olsa da halen İYUK'ta yer alan dava açma süreleri nedeniyle miktar artırımı yoluna başvurulmaması halinde bakiye kısmın yeni bir davaya konu edilemeyecek olması pilot dava şeklinde kısmi dava açılarak ikinci açacakları davada kesin hüküm teşkil edecek hüküm kurdurulmasını amaçlayan uygulamanın idari yargılama hukukunda var olmadığını göstermektedir.

Ancak, yüksek miktarda harç ve vekalet ücreti ödemek istemediğinden dolayı talep konusu alacağın bir kısmının davaya konu edilmesi ve davanın aleyhine sonuçlanabileceğini ya da daha fazla bir miktara hükmedilemeyeceğini anlayan davacıların bakiye kısmı ikinci bir davaya konu etmek istemeyecek olmaları da kısmi davanın amaçları yönünden idari yargıda bir görünümüdür.

Öte yandan, hukuk yargılamasında kısmi dava şeklinde açılan davalarda ıslah imkanı ile bakiye kısmın davaya konu edilmesi hali, 6459 sayılı Kanun ile İYUK'a getirilen miktar artırımı düzenlemesi ile benzeşmektedir.

KAYNAKÇA

Akil C, Kısmî Dava (Yetkin 2013).

Alangoya Y, Yıldırım K ve Deren Yıldırım N, Medeni Usul Hukuku Esasları (7. Bası, Beta 2009).

Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, Türk İdari Yargılama Hukuku (2. Bası, Savaş 2019).

Arslan R, Yılmaz E ve Taşpınar Ayvaz S, Medeni Usul Hukuku (2. Bası, Yetkin 2016).

Çelik A, “Tazminat ve Alacak Davalarında Dava Değerinin Arttırılması”(2002) 82(3) İstanbul Barosu Dergisi 1243 –1284.

Çil Ş, “İslah Yoluyla Dava Konusunun Arttırılması” (2012) 93(10) Adalet Dergisi 57 –68.

Görgün Ş, Börü L, Toraman B ve Kodakoğlu M, Medeni Usul Hukuku (6.Bası, Yetkin 2017).

Gözübüyük Ş, Yönetmelik Yargı (35. Bası, Turhan 2016).

Gündüz F, “Mücbir Sebep İdari Dava Açma Süresine Etkisi” (2019) 23(2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 237-266.

Hanağası E, Davada Menfaat (Yetkin 2009).

İyimaya A, “Kısmi Tazminat Davasına İlişkin Bazı Sorunlar” (1985) 11(3) Yargıtay Dergisi 193-204.

Ersöz A “İdari Yargıda İslah ve Uygulaması”(2014) 41(24) Konya Barosu Dergisi 90-93.

Fidan N, “Belirsiz Alacak Davasındaki Belirsizlikler” (2011) 6(24) Sicil İş Hukuku Dergisi 177 -187.

Karakuş M, “İdari Yargıda İslah”(2014) 5(17) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 383-417.

Karavelioğlu C, İdari Yargılama Usulü Kanunu (Adalet 2016).

Kar B, “İslah Kısmi ve Ek Dava Kavramları İle Dava Konusunun İslah Yoluyla Arttırılmasının Getirdiği Sorunlar” (2002) 28(3) Yargıtay Dergisi 416 –450.

Karlı A, Medeni Muhakeme Hukuku (4. Bası, Alternatif 2014).

Kılıçoğlu A, Borçlar Hukuk Genel Hükümler (20. Bası, Turhan 2016).

Kuru B, Arslan R ve Yılmaz E, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı (Yetkin Yayınevi 2014).



Kuru B, “Medeni Yargıda Kısmi Alacak Davası Öldü, Yaşasın Belirsiz Alacak Davası ve İdari Yargıda Yaşasın Genişletilmiş Kısmi Alacak Davası”(2015) Prof. Dr. Ramazan ARSLAN’a Armağan 1063-1072.

Kuru B, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku (Legal 2016).

Kuru B, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı (Yetkin 2015).

Nomer H, “Manevi Tazminat Alacağında Kısmi Dava Mümkün müdür?”(2000) 58(1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 221 –229.

Oğuzman K ve Öz T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1 (16.Bası, Vedat 2018).

Onar S, İdare Hukukunun Umumi Esasları C.III (İsmail Akgün Matbaası 1966).

Özkaya Ferendeci H, Kesin Hükümün Objektif Sınırları (On İki Levha 2009).

Pekcanitez H, Atalay O ve Özekes M, Medeni Usul Hukuku (12. Bası, Yetkin 2011).

Postacıoğlu İ ve Sümer Altay, Medeni Usul Hukuku Dersleri (7. Bası, Vedat 2015).

Pekcanitez H, Belirsiz Alacak Davası (1. Bası, Yetkin 2011).

Sezer Y ve Bulut U, “İdari Yargıda Belirsiz Tam Yargı Davası İhtimali”(2016) (116) TBB Dergisi 213-246.

Simil C, Belirsiz Alacak Davası (Oniki Levha 2013).

Tanrıver S, Medeni Usul Hukuku C.I (Yetkin 2016).

Tanrıver S, “Kısmi Dava Üzerine Bazı Düşünceler”(2008) Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan 851-866.

Tutumlu M, “Tüketici Uyuşmazlıklarında Kısmi Dava ve Belirsiz Alacak Davası Uygulaması”(2014) 9(100) Terazî Hukuk Dergisi 742–751.

Ulukapı Ö, Medeni Usul Hukuku(Mimoza 2015).

Umar B, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi (2.Bası, Yetkin 2014).

Üstündağ S, “Bir dava Ne zaman kısmi davadır?”(2010) Makaleler, İçtihat Tahlilleri ve Çeviriler 373-392.

Yılmaz R, “İslah ile Dava Değeri (Müddeabih) Artırıldığı Anda Zamanaşımı Def’inde Bulunulacak Davalarda, Zamanaşımı Def’inden Kurtulmanın Mümkün Olup Olmadığı” (2013) 87(5) İstanbul Barosu Dergisi 248 – 263.

Yılmaz E, “İslah Yoluyla Dava konusunun Arttırılması”(2001) Özel Hukuk ve

Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu 97–111.

Yılmaz E, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi (2. Bası, Yetkin 2013).

KISALTMALAR

AİHM : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AYİMK: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu

AYM : Anayasa Mahkemesi

BİM : Bölge İdare Mahkemesi

C. : Cilt

E : Esas

HMK : 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu

HUMK : 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

HGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

İYUK : 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu

İDDK : İdari Dava Daireleri Kurulu

K : Karar

RG : Resmi Gazete

S. : Sayı

TBB : Türkiye Barolar Birliği

UYAP : Ulusal Yargı Ağı Projesi



DANIŞTAY KARARLARINA KARŞI KANUN YARARINA TEMYİZ YOLUNA BAŞVURULMASININ MÜMKÜN OLUP OLMADIĞI SORUNU

*The Question of Whether it is Possible to Appeal for the Sake of Law Against
the Decision of the Council of State*

Tahir MURATOĞLU*

Özet

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 51. maddesi 6545 sayılı Kanunla değiştirildikten sonra Danıştayın ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği ve temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşen kararlara karşı kanun yararına temyiz kanun yoluna başvurulmasının mümkün olup olmadığı sorusu ortaya çıkmış ve bu konuda farklı yönde iki görüş ileri sürülmüştür. Bu çalışmada hukuk kurallarının yorumlanmasında kullanılan yorum yöntemlerinden hareketle bu soruya bir cevap bulunmaya çalışılmıştır. Konuyu düzenleyen kuralın lafzi ve amaçsal yorumu bu tür yargı kararlarına karşı da kanun yararına temyiz yoluna başvurulabileceğini göstermektedir. Sistematik yorum yöntemi yoluyla bu konuda bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. Buna karşın tarihsel yorum yöntemi kullanılmak suretiyle Danıştayın ilk derece mahkemesi olarak verdiği ve temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşen kararlara karşı kanun yararına temyiz yoluna başvurulamayacağı görüşünü destekleyen bazı bulgulara ulaşmak mümkündür. Bir normun lafzi yorum yöntemine göre yorumlanmasının mümkün olduğu hallerde başka yorum yöntemlerine müracaat edilemeyeceği ve tarihsel yorum yöntemi en son başvurulabilecek yorum yöntemi olduğu için bu konuda diğer yorum yöntemlerinin göz ardı edilerek tarihsel yorum yönteminin esas alınması mümkün değildir. Bu nedenle Danıştayın ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği ve temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşen kararlara karşı kanun yararına temyiz yoluna başvurulabileceğini kabul etmek gerekir.

Anahtar kelimeler: İdari yargılama usulü, kanun yolları, kanun yararına temyiz, Danıştayın ilk derece mahkemesi olarak verdiği kararlar, yorum yöntemleri.

Abstract

Following the amendment of the 51st article of the Turkish Code of the Administrative Judicial Procedure No. 2577 by the Code No. 6545, the question of whether it is possible to file an appeal for the sake of law against the decisions of the Council of State as a

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 09.03.2022*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 06.09.2022*

* Doç. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, tahirmuratoglu@yahoo.com, <https://orcid.org/0000-0002-5958-5598>

court of first instance arose, and two opposing viewpoints were advanced. This study attempted to answer this question using the interpretation methods in legal rules. The textual and teleological interpretation of the rule regulating the subject demonstrates that an appeal for the sake of law can be made in opposition to such judicial decisions. The systematic interpretation method cannot be used to reach a conclusion on this subject. On the other hand, using the historical interpretation method, some findings can be reached that support the view that no appeal for the sake of law can be made against decisions provided by the Council of State as a court of first instance and which are finalized without the appeal examination. It is not possible to use the historical interpretation method as a basis by ignoring other interpretation methods in this regard. Because in circumstances where the textual interpretation method can be used to interpret a norm, the other interpretation methods cannot be applied and the historical interpretation method is the last interpretation method. Accordingly, it should be accepted that an appeal for the sake of law can be filed against the decisions issued by the Council of State as a court of first instance and that are finalized without going through the appeal examination.

Keywords: Administrative judicial procedure, legal remedies, appeal for the sake of law, decisions of the Council of State as a court of first instance, interpretation methods.

GİRİŞ

İdari yargılama hukukunda kanun yararına temyiz müessesesi 06.01.1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 51. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin kanun yararına temyiz başvurusuna konu olabilecek yargı kararlarını düzenleyen ilk fıkrası uyarınca idare ve vergi mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerinin kesin olarak verdiği kararlar ile istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlardan niteliği bakımından yürürlükteki hukuka aykırı bir sonucu ifade edenler kanun yararına temyiz olunabilir.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun anılan hükmü, aleyhine kanuna yararına temyiz yoluna başvurulabilecek yargı kararlarını açık bir şekilde belirtiyor gibi gözükse de Danıştayın ilk derece mahkemesi olarak verdiği kararlar bağlamında bu konuda tereddütler mevcuttur. Konuyu ele alan eserlerin bir kısmında Danıştayın ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği kararlara karşı kanun yararına temyiz yoluna başvurulamayacağı ifade edilmiş,¹ buna karşın diğer bazı eserlerde aksi yöndeki görüşe yer verilmiştir.² Kanun yararına temyiz konusunu ele alan bazı eserlerde ise bu konuda açık bir ifadeye yer verilmemiştir.³

¹ Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku* (7. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2020) 567; Metin Günday, *İdari Yargılama Hukuku* (Turhan Kitabevi 2022) 511; Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku* (13. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 832, 834.

² Turgut Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu* (6. Baskı, PricewaterhouseCoopers Danışmanlık Hizmetleri Ltd. Şti. 2015) 1095, 1100, 1103; Turgut Tan, *İdare Hukuku* (6. Bası, Turhan Kitabevi 2017) 1147; Burkay Can Kara, 'İdari Yargılama Usulünde Kanun Yararına Temyiz' (2020) 11(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 353, 360.

³ Bkz. Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku* (6. Baskı, Savaş Yayınevi 2021) 818 vd.; Nilay Arat, 'Madde 51 – Kanun Yararına Temyiz'

Danıştayın ilk derece mahkemesi olarak verdiği ve temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşen kararlara karşı kanun yararına temyiz yoluna başvurulmasının mümkün olup olmadığı konusunda ileri sürülen farklı yöndeki görüşler nedeniyle bu çalışmada İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun ilgili hükmü farklı yorum yöntemleri ile yorumlanacak ve bu şekilde bir sonuca ulaşılmaya çalışılacaktır. Bunun için de öncelikle ilgili hükmün tarihi gelişim süreci aktarılacaktır.

I. 2577 SAYILI KANUNUN 51. MADDESİNİN TARİHİ GELİŞİMİ

06.01.1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 51. maddesinin birinci fıkrasının ilk hali⁴ şu şekildeydi:

“Kanun Yararına Bozma

MADDE 51.

1. Bölge idare mahkemesi kararları ile idare ve vergi mahkemelerince verilip Danıştayca incelenmeksizin kesinleşmiş bulunan kararlardan niteliği bakımından yürürlükteki hukuka aykırı bir sonucu ifade edenler, ilgili bakanlıkların göstereceği lüzum üzerine veya kendiliğinden Başsavcı tarafından kanun yararına temyiz olunabilir.

2. Temyiz isteği Danıştayca yerinde görüldüğü takdirde karar, kanun yararına bozulur. Bu bozma kararı, daha önce kesinleşmiş olan mahkeme kararının hukuki sonuçlarını kaldırmaz.

3. Bozma kararının bir örneği ilgili bakanlığa gönderilir ve Resmi Gazetede yayımlanır.”

2577 sayılı Kanunun 51. maddesinin ilk hali ilk kez 05.04.1990 tarih ve 3622 sayılı Kanunun 20. maddesi ile değiştirilmiştir.⁵ 3622 sayılı Kanun 2577 sayılı Kanunun 51. maddesinin ilk iki fıkrasını değiştirmiştir. Değişiklik ile birlikte 2577 sayılı Kanunun 51. maddesi aşağıdaki hale gelmiştir:

“Kanun Yararına Bozma

MADDE 51.

1. Bölge idare mahkemesi kararları ile idare ve vergi mahkemelerince ve Danıştayca ilk derece mahkemesi olarak verilip temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlardan niteliği bakımından yürürlükteki

in Zehreddin Aslan (Editör), *Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Vergi Yargılaması Dahil* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020) 428 vd.; Oğuz Sancakdar, *İdari Yargılama Hukuku – Genel Esaslar* (Göktaş Ofset Matbaacılık San. Tic. Ltd. Şti. 2018) 290 vd.; Halil Kalabalık, *İdari Yargılama Usulü Hukuku* (14. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020) 433; Zehra Odyakmaz, Ümit Kaymak ve İsmail Ercan, *İdari Yargılama Hukuku* (17. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 287 vd.; Selda Taner, ‘Vergi Yargısında İstinaf Üzerine Bir Değerlendirme’ (2018) 31(136) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 185, 207.

⁴ Bkz. 20.01.1982 tarih ve 17580 sayılı RG, s. 43.

⁵ Bkz. 10.04.1990 tarih ve 20488 sayılı RG, s. 7.

hukuka aykırı bir sonucu ifade edenler, ilgili bakanlıkların göstereceği lüzum üzerine veya kendiliğinden Başsavcı tarafından kanun yararına temyiz olunabilir.

2. Temyiz isteği yerinde görüldüğü takdirde karar, kanun yararına bozular. Bu bozma kararı, daha önce kesinleşmiş olan mahkeme veya Danıştay kararının hukuki sonuçlarını kaldırmaz.

3. Bozma kararının bir örneği ilgili bakanlığa gönderilir ve Resmi Gazetede yayımlanır.”

2577 sayılı Kanununun 3622 sayılı Kanunla değişik hali de 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanununun 24. maddesiyle değiştirilmiştir.⁶ 6545 sayılı Kanun 2577 sayılı Kanununun 51. maddesinin başlığı ve ilk iki fıkrasında değişiklik yapmıştır. Değişiklik sonrası 2577 sayılı Kanununun 51. maddesi şu hali almıştır:

“Kanun yararına temyiz:

MADDE 51.

1. İdare ve vergi mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerinin kesin olarak verdiği kararlar ile istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlardan niteliği bakımından yürürlükteki hukuka aykırı bir sonucu ifade edenler, ilgili bakanlıkların göstereceği lüzum üzerine veya kendiliğinden Başsavcı tarafından kanun yararına temyiz olunabilir.

2. Temyiz isteği yerinde görüldüğü takdirde karar, kanun yararına bozular. Bu bozma kararı, daha önce kesinleşmiş olan merci kararının hukuki sonuçlarını kaldırmaz.

3. Bozma kararının bir örneği ilgili bakanlığa gönderilir ve Resmi Gazetede yayımlanır.”

II. KANUNUN MUHTEMEL YORUM ŞEKİLLERİ

Yorum bir ifade veya davranışın anlamının ortaya çıkarılması faaliyetidir. Hukukta yorumun konusunu çoğu zaman hukuk kuralları oluşturur. Bu bağlamda yorum hukuk kurallarının anlamının ortaya çıkarılması faaliyeti olarak tanımlanabilir.⁷

⁶ Bkz. 28.06.2014 tarih ve 29044 sayılı RG. 2577 sayılı Kanununun 51. maddesinde yapılan bu değişiklik istinaf kanun yolunun uygulanmaya başladığı tarihten sonra verilen kararlar hakkında uygulama alanı bulmuştur. Bkz. 6545 sayılı Kanununun 27. maddesi ile 2577 sayılı Kanuna eklenen geçici 8. madde. İstinaf kanun yolu 20.07.2016 tarihinde uygulanmaya başlanmıştır. Bkz. Bölge Adliye Mahkemeleri ve Bölge İdare Mahkemelerinin Tüm Yurtdışı Göreve Başlayacakları Tarihe İlişkin Karar, 07.11.2015 tarih ve 29525 sayılı RG.

⁷ Tanım hakkında bkz. Reinhold Zippelius, *Juristische Methodenlehre* (11. Auflage, Verlag C. H. Beck 2012) 35; Kemal Gözler, *Hukuka Giriş* (18. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2021) 294; Ahmet M. Güneş, *Hukuk Metodolojisi* (3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2020) 93 vd.; Ender Ethem Atay, *Hukuk Başlangıcı* (Gazi Kitabevi 2014) 201 vd.; Tekin Akıllıoğlu, *Hangi Hukuka Giriş? Hukuk Üstdili İncelemesine Giriş* (3. Bası, İmaj Yayınevi

Yorum kelimesi bir yazı veya sözün anlaşılması güç yönlerinin açıklanması ve aydınlığa kavuşturulması olarak da tanımlanmaktadır.⁸ Bu tanımdan bir hukuk kuralının yorumlanabilmesi için bu kuralın anlamının açık olmaması gerektiği ve bir hukuk kuralının ne manaya geldiği konusunda herhangi bir tereddüdün bulunmadığı hallerde yoruma da ihtiyaç olmadığı sonucu çıkmaktadır.⁹ Gerçekten de bir hukuk kuralının anlamının ayan beyan ortada olduğu hallerde bu kuralın somut olaylara ne şekilde uygulanması gerektiği konusunda kural olarak herhangi bir sorunla karşılaşmaz, bu konuda farklı görüşler ortaya çıkmaz. Mecelle'nin 14. maddesinde yer alan "Mevrid-i nasda içtihadı mesağ yoktur."¹⁰ hükmü de bu duruma işaret etmektedir. Bir hukuk kuralının anlamı ve ne şekilde uygulanacağı konusunda tereddütlerle karşılaşıldığı hallerde ise uygulamanın ne şekilde gerçekleştirileceğinin açıklığa kavuşturulması gerekir ki, bu da yorum yoluyla olur.

Bir hukuk kuralının anlamının açık olduğu hallerde yoruma ihtiyaç olmadığı kuralı kanaatimce her zaman için geçerli olan mutlak bir kural değildir. Zira bir normun anlamının açık olduğu hallerde dahi uygulamanın ne şekilde gerçekleştirilmesi veya hukuki uyumsuzlukların ne şekilde giderilmesi gerektiği konusunda açıklık olmayabilir. Sözgelimi bir hukuk kuralının anlamı açık bile olsa aynı konuda mevcut olan farklı hukuki düzenlemeler ya da ilgili hukuk kuralının tarihi gelişimi ile oluşum süreci kuralın ne şekilde uygulanacağı konusunda tereddütlere sebebiyet verebilirler. Dolayısıyla bir hukuk kuralının yoruma elverişli olup olmadığı konusunda bir şeyler söyleyebilmek için yalnızca ilgili hukuk kuralına bakmak her zaman yeterli olmayabilir ve konuya daha geniş bir perspektiften bakmak gerekebilir.

Hukukta en çok bilinen ve müracaat edilen yorum yöntemleri lafzi, amaçsal, sistematik ve tarihsel yorum yöntemleridir.¹¹ Aşağıda bu yöntemler kullanılmak suretiyle Danıştayın ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı davalarda verdiği kararlara karşı kanun yararına temyiz yoluna başvurulmasının mümkün olup olmadığı sorusuna cevap aranacaktır.

A. Lafzi Yorum Yöntemi

Lafzi yorum yöntemine göre hukuk kuralları uygulanırken bu kuralların lafızlarının ortaya koyduğu manaya göre hareket edilir. Lafzi yorumda hukuk

2017) 306; Danıştay 13. D, E. 2018/3833, K. 2019/481, T. 20.02.2019.

⁸ Bkz. Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük: Yorum.

⁹ Güneş (dn. 7) 93.

¹⁰ Ahmed Cevdet Paşa (tertip ve tensik eden), *Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye* (Matbaa-i Osmaniyye 1300) 24.

¹¹ Burada zikredilenlerin dışında kavramcı yorum yöntemi ile menfaatler içtihadı yönteminden de söz edilmektedir. Bkz. Gözler (dn. 7) 309 vd.; Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı* (16. Baskı, Siyasal Kitabevi 2014) 68 vd.; Ali Cem Budak, "*Kılı Kırk Yarma Makinası*", *Medenî Usul Hukukunda Kavram İctihadı ve Menfaat İctihadı* (Filiz Kitabevi 2021).



kurallarında yer alan kelimeler ve bu kelimelerin oluşturduğu bütün dikkate alınır ve gramer kuralları çerçevesinde cümleler tahlil edilir. Bu şekilde hukuk kurallarının ifade etmek istedikleri hususlar tespit altına alınır ve bu tespit doğrultusunda uygulama yapılır.¹²

Hukuk kurallarının lafzı kanun koyucunun ya da ilgili kuralı ihdas eden makam veya mercinin iradesinin bir ürünüdür. İnsanlar iç dünyalarında şekillenen istek, arzu ve iradelerini sözlü, yazılı veya başka şekillerde dış dünyaya aktarırlar. Aynı durum tüzel kişiler, bu arada devlet ve diğer kamu tüzel kişileri için de geçerlidir. Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri hukuk kurallarını bir irade beyanı yoluyla oluştururlar. Dolayısıyla hukuk kuralları devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin bir konuyu düzenleme yönündeki iradelerinin dış dünyaya yansımış halidir, yani bir irade beyanıdır.

İç alemde mevcut olan irade ile dış alemde ortaya çıkan beyanın birbirleri ile örtüşmeleri son derece önemlidir. Zira kişinin iradesinin dış aleme hatalı bir şekilde yansması ya da bu iradenin başkaları tarafından yanlış anlaşılması durumunda ilgili kişi ile onun iradesine muhatap olan ve bu iradeden olumlu veya olumsuz yönde etkilenen kişiler açısından birtakım sorunlar ortaya çıkabilir. İradenin dış aleme doğru bir şekilde yansıdığı, yani irade ile beyanın örtüştüğü hallerde sağlıklı bir irade açıklamasından söz edilir.¹³ Hukukta iradenin dış aleme doğru bir şekilde yansıdığının kabulü esastır. İradenin sağlıklı bir şekilde tezahür ettiğini kabul etmek hayatın olağan akışına da daha uygundur. Aksi durumdan hareket edilirse bir beyana muhatap olan her kişi bu beyanın gerçekten de ilgili kişinin iradesine uygun olup olmadığını sorgulamak zorunda kalacaktır ki, bu durum hayatı çekilmez hale getirecektir. Dolayısıyla iradenin dış dünyaya hatalı bir şekilde yansıdığını gösteren objektif bir belirti veya işaret bulunmadığı müddetçe irade ile beyan arasında mutabakat bulunduğunu, yani beyanın beyan sahibinin iradesini doğru bir şekilde yansıttığını kabul etmek gerekir.¹⁴ Bu durumun doğal bir sonucu olarak hukuk kurallarını bu kuralların lafzının ifade ettiği anlam doğrultusunda uygulamak esastır. Bu husus lafzi yorumun asıl yorum yöntemi olması gerektiği anlamına gelir.

¹² Bkz. Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine* (Filiz Kitabevi 1992) 184 vd.; Gözler (dn. 7) 301 vd.; Güneş (dn. 7) 102 vd.; M. Refik Korkusuz, *Hukuk Başlangıcı* (İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Yayınları No: 3, 2014) 207; Bayram Özbey, 'Hukuk Kurallarının Uygulanması' in Müslüm Akıncı ve Bayram Özbey (Editörler), *Hukukun Temel Kavramları* (3. Baskı, Lisans Yayıncılık 2015) 77 vd.

¹³ Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavram ve Kurumları* (33. Bası, Turhan Kitabevi 2015) 264 vd.; Güriz (dn. 11) 165.

¹⁴ Özel hukuktaki yorum teorileri hakkında bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Baskı, Yetkin Yayınları 2019) 154 vd.; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (12. Baskı, Adalet Yayınevi 2020) 221 vd.

İradenin dış aleme sağlıklı bir şekilde yansıdığı kabulü asıl olsa da, irade dış aleme her zaman doğru bir şekilde yansımaz. Bu durumda sağlıklı bir irade yansımından değil, iradenin hatalı ya da sakat bir şekilde açıklanmasından söz edilir.¹⁵ Bu tür hallerde irade ile örtüşmeyen beyanın esas alınıp alınmayacağı, yani bu beyana hukuki sonuç bağlanıp bağlanmayacağı sorusu ile karşılaşılır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 30. ve devamı maddelerinde irade bozukluğu ve bunun sonuçları hakkında bazı düzenlemeler mevcuttur. Bu düzenlemelerin kanun koyucu açısından uygulama alanı bulmayacağı tabiidir. Ancak yine de bu hükümlerden hareketle kanun koyucunun iradesinin hatalı bir şekilde dış aleme yansıdığı haller hakkında bazı sonuçlara ulaşmak mümkündür. Türk Borçlar Kanunu irade bozukluğunun sebeplerinden biri olan yanılmayı düzenlerken yalnızca esaslı yanılma durumunda bozuk iradenin hukuki sonuç doğurmayacağını hüküm altına almıştır (m. 30). Kaldı ki, esaslı yanılmada dahi irade beyanının geçersiz bırakılması talebi için bir süre öngörülmüş, bu süre geçtikten sonra irade bozukluğunun ileri sürülemeyeceği hüküm altına alınmıştır (m. 39). Kanunun bu hükümleri de lafzi yorumun esas yorum yöntemi olduğu fikrini desteklemektedir. Zira irade bozukluğu söz konusu olsa bile bu hata esaslı bir hata değilse ya da hatanın hukuki sonuçlarının ortadan kaldırılması için belli bir süre içinde bir girişimde bulunmaz ise irade bozukluğuna dayanılamayacak, beyana hukuki sonuç bağlanacaktır.

İrade beyanı bağlamında burada yapılan açıklamalardan hareketle kanun koyucunun iradesinin kanun metinlerine istenen şekilde yansımadığı hallerde dahi uygulamanın kural olarak kanun metinlerinin ortaya koyduğu manaya göre gerçekleştirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılır. Bu kuraldan ayrılmak ancak istisnai bazı hallerde mümkün olabilir. Sözgelimi bir kanun metninden bu metnin ne anlama geldiğinin anlaşılacağı, metnin olduğu gibi uygulanmasının imkan dahilinde olmadığı veya hukuk sistemi içinde önemli bazı sakıncalara sebebiyet verebileceği hallerde yalnızca lafzi yorumla kanun koyucunun iradesinin açıklığa kavuşturulması mümkün olmayabilir. Bu tür durumlarda diğer yorum yöntemlerinden faydalanılması bir zorunluluk arz eder. Beyanın irade ile örtüşmediğinin açık olduğu hallerde de lafzi yorum tek başına belirleyici olmayabilir. Bu tür hallerde kanun koyucunun iradesinin araştırılması gerekir ki, bunun için de diğer yorum yöntemlerine başvurulması gerekir.

İradenin dış aleme hatalı bir şekilde yansıdığı hallerin dışında kalan diğer bazı hallerde de lafzi yorum yönteminin göz ardı edilmesi mümkündür. Örneğin bir konuda hukuki bir düzenlemenin mevcut olmadığı hallerde lafzi yorum yöntemine başvurulması imkanından da söz edilemeyecektir. Farklı

¹⁵ Bilge (dn. 13) 264 vd.; Halil Kalabalık ve Murat Erdem, *Temel Hukuk Bilgisi* (8. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2016) 294; Erol Cansel, Çağlar Özel ve Mehmet Yüksel, *Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavram ve Kuramları* (6. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2015) 247.



hukuk kuralları arasında bir çatışmanın bulunduğu hallerde de mutlak anlamda lafzi yoruma göre hareket edilemez. Bu tür hallerde ya hiyerarşik açıdan daha üst bir konumda yer alan hukuk kuralı esas alınacak ya da özel-genel veya önceki-sonraki kanun ilişkisi çerçevesinde ilgili hukuk kurallarından birinin lafzı esas alınacak, diğeri ise çatışma ölçüsünde ihmal edilecektir.¹⁶

Lafzi yoruma ilişkin bu bilgilerden hareketle İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 51. maddesi hakkında aşağıdaki şekilde bazı tespitlerde bulunmak mümkündür.

Kanunda kanun yararına temyize konu olabilecek yargı kararları iki grup halinde zikredilmiştir. İlk grupta idare ve vergi mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerinin kesin olarak verdikleri kararlar, ikinci grupta ise istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlar yer almaktadır. Bu iki grup yargı kararı “ile” bağlacıyla birbirinden ayrılmıştır. Dikkat edileceği üzere, Kanun metninde iki tane “ile” bağlacı mevcuttur ve her iki bağlaç da aynı görevi görmektedir. Metindeki ilk “ile” bağlacı, yani “vergi mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerinin” ifadesindeki bağlaç kendinden önce zikredilmiş olan idare ve vergi mahkemelerine yeni bir mahkeme ilavesinde bulunmakta, ikinci “ile” bağlacı ise kesin olarak verilen yargı kararlarına kesin olmamakla birlikte kanun yolu incelemesinden geçmeden kesinleşen yargı kararlarını ilave etmektedir. Yani her iki “ile” bağlacı da kendinden önce ve sonra geçen ögenin aynı hükme tabi olduğunu ifade etmektedir. Buna göre bölge idare mahkemelerince verilen kesin kararlar da idare ve vergi mahkemelerince verilen kesin kararlar gibi kanun yararına temyiz başvurusuna konu olabilir. Aynı şekilde istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlar da idare, vergi veya bölge idare mahkemelerince kesin olarak verilen kararlar gibi kanun yararına temyiz başvurusuna konu edilebilir.

Kanunda “istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlar” ifadesinin idare ve vergi mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerince verilen kararlarla sınırlı olduğuna ilişkin herhangi bir ifade mevcut değildir. Tam tersine bu ifade mutlak olup anılan mahkemeler dışındaki mahkemelerce, yani Danıştayca verilen kararları da kapsar. Bu husus kanunun lafzından açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Kanunda “istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlardan” ifadesi yerine “bunların istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlarından” şeklinde bir ifade kullanılmış olsaydı, istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşen yargı kararları idare ve vergi mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerince verilen kararlarla sınırlanmış olurdu. Ancak kanunda bu şekilde bir sınırlama yapılmadığına ve mutlak bir ifade kullanıldığına göre istinaf veya temyiz incelemesinden

¹⁶ Konu hakkında bkz. Gözler (dn. 7) 382 vd.; Güneş (dn. 7) 156 vd.

geçmeden kesinleşen tüm yargı kararlarına karşı kanun yararına temyiz yoluna başvurulabilir. Dolayısıyla Kanunun lafzi yorumuna göre Danıştayın ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği kararlardan temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşenler kanun yararına temyiz başvurusuna konu olabilir.¹⁷ Ancak Danıştayın ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği kesin nitelikte kararlar varsa, bunlara karşı zaten istinaf veya temyiz yoluna başvurulamayacağından, bu kararlara karşı kanun yararına temyiz yoluna başvurulamayacaktır. Zira Kanunda kesin nitelikteki kararlarına karşı kanun yararına temyiz yoluna başvurulabilen mahkemeler tahdidi bir şekilde sayılmış, bu mahkemeler arasında Danıştaya yer verilmemiştir.

Az önce lafzi yorumun esas olduğu ve ancak istisnai hallerde başka yorum yöntemlerine müracaat edilebileceği ifade edildi. Burada lafzi yorumun terk edilip başka yorum yöntemlerine göre hareket edilmesini gerektiren herhangi bir istisnai durum mevcut değildir. Ancak yine de diğer yorum yöntemleri yoluyla anılan kanun hükmünü değerlendirmekte fayda vardır.

B. Amaçsal Yorum Yöntemi

Amaçsal yorum bir hukuk kuralının, hukuk düzenini oluşturan normlar bütününe ya da kanun koyucunun amacının tespit edilmesi ve bu amaç doğrultusunda ilgili kurala anlam verilerek uygulama yapılmasıdır. Bir konuyu düzenleyen bir hukuk kuralının mevcut olması durumunda, hem ilgili kuralın hem kuralı koyan makam ya da mercinin hem de konu ile ilgili diğer kuralların amacının tespiti önem arz edecektir. Ancak bir konuyu düzenleyen bir hukuk kuralının mevcut olmadığı hallerde doğal olarak yalnızca normlar bütününe ve bu normları koyan makam ya da mercilerin amacının tespiti gündeme gelecektir.¹⁸

Amaç tespitinin farklı şekillerde yapılması mümkündür. Bir kuralın normlar bütünü içindeki yeri ve bir kuralın ortaya çıkış süreci de amacın tespitine hizmet eder. Dolayısıyla bunlar da amaçsal yorum kapsamında değerlendirilebilir. Ancak yorum yöntemleri sayılırken yaygın bir şekilde lafzi ve amaçsal yorum yöntemleri dışında sistematik ve tarihsel yorum yöntemlerine de yer verilmektedir. Sistematik ve tarihsel yorum yöntemleri amaçsal yorumdan ayrı birer yorum yöntemi olarak kabul edilirse, amaçsal yorumun tanımını da buna göre uyarlamak, yani daraltmak gerekecektir. Bu durumda amaçsal yorum yöntemi sistematik ve tarihsel yorum yöntemleri dışında kalan yöntemlerle bir normun, normlar bütününe ya da kanun koyucunun amacının tespit edilmesi

¹⁷ Aynı şekilde: Candan (dn. 2) 1095 vd.

¹⁸ Olaf Muthorst, *Grundlagen der Rechtswissenschaft, Methode – Begriff – System* (Verlag C. H. Beck 2011) 112 vd.; Güneş (dn. 7) 112 vd. Yalnız kanunun değil, kanun koyucunun amacının tespiti de amaçsal yorum kapsamında kalır. Bkz. Yargıtay İBGM, E. 1997/1, K. 2000/1, T. 18.02.2000.



ve bu amaç doğrultusunda ilgili norma mana verilerek uygulama yapılması şeklinde tanımlanacaktır. Bu kapsamda bir kuralın düzenlediği konu, varsa kuralın kendisinin belirlediği amaç, kanun koyucunun kural yaparken takındığı genel tutum, hukuk kurallarının önem atfettiği değerler, kurallar bütünüünün ortaya koyduğu genel sonuçlar ve ortak hedefler amaç tespitinde başvurulabilecek muhtemel araçlar olarak sayılabilir.

Yukarıda da söylendiği gibi, bir konuyu düzenleyen bir normun mevcut olduğu ve bu normun lafzi yorumuna göre uygulama yapılabildiği hallerde lafzi yorumun esas alınması ve diğer yorum yöntemlerine müracaat edilmemesi gerekir.¹⁹ Ancak lafzi yorum yapılamayan veya lafzi yorum yöntemine göre hareket edilemeyen hallerde başvurulacak ilk ve en önemli yorum yöntemi normal şartlarda amaçsal yorum yöntemidir.²⁰ Zira beyanın gerçek iradeyi yansıtmadığı ya da beyana hukuki bir sonucun bağlanamayacağı hallerde kişinin iradesi ön plana çıkacak ve bu iradeye göre hareket edilecektir.²¹ Beyandan ziyade kural koyan makam ya da mercinin iradesine önem veren esas yorum yöntemi ise amaçsal yorum yöntemidir. Amaçsal yorum yapılırken yoruma konu olan beyandan, yani kuralın lafzından faydalanılabileceği gibi,²² konu ile ilgili diğer düzenlemelerden ve kural koyucunun tutum ve davranışlarından da faydalanılabilir. Bu şekilde kural koyucunun iradesi ve dolayısıyla kuralın anlamı ortaya çıkarılmaya çalışılır.

Lafzi yorum yöntemine göre uygulama yapılması mümkün iken bu yorum yöntemi bir kenara bırakılarak amaçsal yorum yöntemine başvurulması ve bu şekilde lafzının ifade ettiği anlamdan farklı bir şekilde bir hukuk kuralının uygulanması normu uygulayan kişi ya da makamların iradesinin kanun koyucunun iradesinden üstün tutulması sonucunu doğuracaktır.²³ Bu durum bir kanunu uygulayan kişi ya da makamların kendilerini kanun koyucu yerine koymaları anlamına gelecektir. Zira yasama organına ait olan kanun koyma yetkisi amaçsal yorum adı altında fiilen yürütme veya yargı organları tarafından kullanılmış olacak, dolayısıyla yasama organının kanun koyma yetkisi gasp edilmiş olacaktır. Bu şekilde bir fonksiyon gasbının ortaya çıkmaması için amaçsal yorum yöntemine yalnızca lafzi yorum yöntemine başvurulmadığı hallerde başvurmak gerekir. Bu da lafzi yorum yönteminin asliliği ve dolayısıyla diğer yorum yöntemlerinin taliliği ilkesini bir başka

¹⁹ Lafız açık iken amaçsal yorum yapılamayacağı hakkında bkz. Danıştay 10. D, E. 2007/4030, K. 2010/6813, T. 27.09.2010. Lafzi yorum ile birlikte amaçsal yorum da yapılması gerektiği hakkında bkz. Danıştay 13. D, E. 2016/3107, K. 2017/623, T. 13.03.2017.

²⁰ Aynı anda birden çok yorum yöntemine başvurulmasının mümkün olup olmadığı konusunda bkz. Güneş (dn. 7) 123 vd.

²¹ Bkz. Eren (dn. 14) 154 vd.; Ayan (dn. 14) 221 vd.

²² Bkz. Güneş (dn. 7) 115.

²³ Bkz. Gözler (dn. 7) 308 vd.; Yargıtay İBKG, E. 1997/1, K. 2000/1, T. 18.02.2000.

açından desteklemektedir.

Bir hukuk kuralının amacının bu kuralı koyan makam veya merci tarafından değil de başka makam veya merciler tarafından belirlenmesi aynı hukuk kuralına farklı amaçlar biçilmesi sonucunu doğurabilir.²⁴ Bu nedenle amaçsal yorum yöntemine yalnızca lafzi yorum yönteminin kullanılmadığı hallerde başvurulmalı, amaçsal yoruma başvurulacak istisnai hallerde ise ilgili hukuk kuralının amacının ne olduğu konusunda uygulayıcılar arasında bir görüş birliği sağlanacak şekilde hareket edilmelidir. Bunun için de kanunun amacı tespit edilirken mümkün merteye kuralın lafzının dikkate alınması gerekir. Yani bir hukuk kuralının lafzi yorum yoluyla uygulanması mümkün olmasa bile, tamamen serbest bir şekilde amaç tespiti yoluna gidilmemeli, yine kuralın lafzından hareketle kuralın amacına ulaşılmalıdır. Hukuk kurallarının lafzı diğer yorum yöntemlerinin olduğu gibi amaçsal yorum yönteminin de sınırını oluşturur. Yani bir kuralın lafzı ile bağdaşmayacak şekilde amaçsal yorum yapılamaz.²⁵

Bir hukuk sisteminde amaçsal yorum yöntemine başvurulmasını sınırlayan ya da yasaklayan hükümler olabilir. Örneğin ceza hukukunda amaçsal yorum yöntemi yoluyla kıyas yasağı kuralının delinmesi, bu şekilde kanunların lafzında yer almayan suç ve cezaların ihdas edilmesi mümkün değildir.²⁶ Kıyas yasağı, yani suç ve cezanın kanuniliği ilkesi hem Anayasa'nın 38. maddesinin ilk üç fıkrasında hem de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Amaçsal yorum yapılmasını sınırlayan bu tür kuralların mevcut olduğu hallerde bu yorum yöntemine başvurulamayacağı tabiidir.

Amaçsal yoruma ilişkin olarak yapılan bu açıklamalardan sonra İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 51. maddesinin birinci fıkrasına baktığımızda ulaşılabileceğimiz ilk sonuç şudur: Bu hükmün lafzi yorumu mümkün olduğu için başka yorum yöntemlerine gitmeye gerek ve imkan yoktur. Dolayısıyla bu hüküm amaçsal yoruma açık bir hüküm değildir. Ancak yine de bu hüküm amaçsal yoruma tabi tutulmak istenirse aşağıdaki sonuçlara ulaşılabilecektir.

Kanunun 51. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlardan” ifadesi mutlak bir ifadedir. Bu ifadeden kanun koyucunun amacının istinaf veya temyiz kanun yollarının herhangi birinden geçmeden kesinleşmiş olan tüm yargı kararlarını kanun yararına temyiz yoluna tabi tutmak olduğu sonucu çıkarılabilir.²⁷

²⁴ Güneş (dn. 7) 117.

²⁵ Muthorst (dn. 18) 114, 116; Yargıtay İBKG, E. 1997/1, K. 2000/1, T. 18.02.2000.

²⁶ Yargıtay CGK, E. 2015/9-42, K. 2015/97, T. 07.04.2015.

²⁷ Benzer bir ifade için bkz. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (dn. 3) 819. Buna karşın Çağlayan İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 51. maddesinde kanun yararına temyize gidilebilme ölçütü olarak “Danıştay incelemesinden geçmeme” esasının benimsendiğini savunmakta, buradan hareketle de Danıştayın ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği kararlara karşı



Danıştayın ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği kararlardan temyiz yoluna başvurulmaksızın kesinleşmiş olanlar da bu kategoriye girdikleri için, bunlara karşı da kanun yararına temyiz yoluna başvurulabilmesi gerekir.

İdari Yargılama Usulü Kanununun 51. maddesinin başlığı “Kanun yararına temyiz” şeklindedir. Bu ifadeden hareketle kanun yararına temyiz yolunun amacının temyiz incelemesinden geçmeyen yargı kararlarını temyiz incelemesine tabi tutmak olduğu söylenebilir. Temyiz bir kanun yolu olduğuna göre ancak aleyhine bu yola gidilmemiş olan yargı kararlarına karşı kanun yararına temyiz yoluna gidilebilir. Danıştayın ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği ve temyiz denetiminden geçmemiş kararlar da bu sınıfta kalmaktadır. Kanunun başlığı ile öngörülen amaç taraflarca temyiz denetiminden geçirilmeyen yargı kararlarının kanun yararına temyize tabi tutulması ise bu durumda Danıştayın ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği kararları da bu kapsamda görmek gerekir.

Kanun yararına temyiz müessesesine İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun dışında Ceza Muhakemesi Kanunu ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda da yer verilmiştir. Bu üç kanunda yer alan düzenlemelerden hareketle kanun yararına temyiz müessesesinin ortak amacını somut bir şekilde tespit altına almak güçtür. Üç düzenlemenin ortak amacının kesinleşmiş, ancak hukuka aykırı olan bazı yargı kararlarının davanın taraflarının taleplerinden bağımsız bir şekilde temyiz mercii tarafından denetlenmesini ve varsa kararlardaki hukuka aykırılıkların giderilmesini sağlamak olduğu söylenebilir. Müessesenin ortak amacının ancak bu kadar somutlaştırılabilmesinin sebebi ilgili kanunlar arasındaki farklılıktır. İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 51. maddesi ile Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 309. maddesi istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşen tüm yargı kararlarına karşı kanun yararına temyiz yoluna başvurulabileceğini hüküm altına alırken, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 363. maddesi aleyhine kanun yararına temyiz yoluna başvurulabilecek yargı kararlarının sınırını daha dar bir şekilde çizmiştir. Bu Kanuna göre normal şartlarda ilk derece mahkemesi olarak faaliyet gösteren mahkemelerin kesin olarak verdikleri kararlar ile bunların istinaf incelemesinden geçmeden kesinleşen kararlarına, ayrıca bölge adliye mahkemelerinin ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdikleri kesin ya da temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşen kararlarına karşı kanun yararına temyiz yoluna başvurulabilir. Buradan da anlaşılacağı üzere bölge adliye mahkemelerinin istinaf incelemesi sonucunda verdikleri kararlara karşı kanun yararına temyiz yoluna başvurulamayacağı gibi, Yargıtayın ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği kararlar aleyhine de kanun yararına temyiz yoluna başvurulamaz. Zira Kanunun 363. maddesinin

kanun yararına temyiz yoluna başvurulamayacağı sonucuna ulaşmaktadır. Bkz. Çağlayan (dn. 1) 832, 834.

birinci fıkrasında yer alan “bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinin ilk derece mahkemesi sıfatıyla” ifadesi aynı cümlede yer alan “İlk derece mahkemeleri” ifadesinden kastın normal şartlarda ilk derece mahkemesi olarak faaliyet gösteren yargı mercileri olduğunu göstermektedir.

Kanun yararına temyiz kanun yolunun amacını hukuka aykırı yargı kararlarını düzeltmek ve yargı kararları arasında içtihat birliğini sağlamak şeklinde tarif etmek de mümkündür. Zira bu yolla yargı kararlarındaki hukuka aykırılık giderilmekte, hukuka aykırı kararların emsal alınması engellenmekte, hukuk düzeni korunarak ülke çapında hukuk ve uygulama birliğine gidilmektedir.²⁸ Bu amaç da Danıştayın ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği kararlara karşı kanun yararına temyiz yoluna gidilebilmesi gerektiği düşüncesini desteklemektedir. Zira Danıştayın bu sıfatla verdiği ve temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşen kararlar da hukuka ve Danıştayın yerleşik içtihatlarına aykırı olabilirler. Bu aykırılığın giderilmesi Danıştay içtihatları arasında birlik sağlanması amacına hizmet edecektir.

Sonuç olarak 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 51. maddesinin amaçsal yorumu da Danıştayın ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği ve temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşen kararlara karşı kanun yararına temyiz yoluna başvurulabileceği yönündeki düşüncüyü desteklemektedir. Zaten İdari Yargılama Usulü Kanunu ile benzer bir düzenlemeye yer veren Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında Yargıtayın ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği ve temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşen kararlara karşı da kanun yararına temyiz yoluna başvurulabilmektedir.²⁹ Amaçsal yorum yoluyla farklı yönde bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. Dolayısıyla normun amaçsal yorumu da lafzi yorumu ile aynı sonucu ortaya koymaktadır. İradenin amaca uygun bir şekilde dış dünyaya yansıtıldığı hallerde sağlıklı bir irade beyanından söz edildiği gibi, lafzi ve amaçsal yorum yöntemlerinin örtüştüğü hallerde de ideal bir hukuk kuralından söz edilebilir.³⁰

²⁸ Kaplan (dn. 1) 566; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (dn. 3) 819; Candan (dn. 2) 1092, 1104; Günday (dn. 1) 509; Arat (dn. 3) 429; Ali D. Ulusoy, *İdari Yargılama Hukuku* (2. Baskı, Yetkin Yayınları 2020) 247; Kara (dn. 2) 356 vd.; Mehmet Fatih Gürkan, Yusuf Deniz ve Selman Sacit Boz, ‘İdari Yargıda Kanun Yararına Bozma’ (2013) 21(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 30. Yıl Armağanı 105, 110; Danıştay 7. D, E. 2014/1206, K. 2015/2398, T. 29.04.2015; Danıştay 5. D, E. 2012/6799, K. 2012/6892, T. 07.11.2012; Danıştay 14. D, E. 2013/8527, K. 2013/8595, T. 28.11.2013. Yargıtayın aynı yöndeki kararları için bkz. Yargıtay 10. CD, E. 2021/6813, K. 2021/11516, T. 10.11.2021; Yargıtay CGK, E. 2019/3-19, K. 2020/464, T. 17.11.2020.

²⁹ Yargıtay CGK, E. 2010/122, K. 2010/180, T. 05.10.2010; Ezgi Aygün Eşitli, ‘Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Kanun Yararına Bozma’ (2016) 29(122) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 193, 205; Ersan Şen ve Mehmet Ervan, ‘Kanun Yararına Bozma’ (Av. Prof. Dr. Ersan Şen Hukuk & Danışmanlık, 30.10.2020) <<https://sen.av.tr/tr/makale/kanun-yararına-bozma>> Erişim Tarihi: 27.12.2021.

³⁰ Hukuk kurallarının lafızlarına ve amaçlarına göre yorumlanması gerektiğini, amacın açık

C. Sistematik Yorum Yöntemi

Sistematik yorum yönteminde hukuk kuralları bu kuralların yer aldığı kurallar bütünü içindeki yerlerine, bu kurallar bütününün hangi kısım veya bölümünde düzenlendiklerine, hangi alt veya üst başlıklar altında yer aldıklarına ve diğer hukuk kuralları ile olan ilişkilerine göre yorumlanır. Kısacası sistematik yorum bir hukuk kuralının anlamını ve uygulama alanını belirlerken onun bir bütün içindeki konum ve yerini dikkate alır.³¹

Yukarıda lafzi yorum yönteminin asıl yorum yöntemi olduğu ve diğer yorum yöntemlerine ancak istisnai hallerde başvurulabileceği ifade edildi. Bu durum sistematik yorum yöntemi için de geçerlidir. Yani sistematik yorum yöntemine ancak lafzi yorum yöntemine başvurulmadığı ya da lafzi yorum yönteminin bir normun anlamını ortaya koymada yetersiz kaldığı hallerde başvurulabilir.³²

Bir kuralın anlamının lafzi yorum yöntemine göre belirlenemediği hallerde sistematik yorum yöntemi ile yukarıda incelenen amaçsal yorum yönteminden hangisine öncelik verileceği sorusu ile karşılaşılabilir. Kanaatimce bu soruya amaçsal yorumun bir kuralın lafzından hareketle yapılıp yapılmadığına göre bir cevap vermek gerekir. Hukuk kurallarının lafzından hareketle amaçsal yorum yapıldığı hallerde amaçsal yorum yöntemi sistematik yorum yöntemine göre öncelikli olarak başvurulması gereken bir yorum yöntemi olacaktır. Ancak hukuk kurallarının ya da kural koyucunun amacının başka bir yolla tespit edildiği hallerde tam tersi bir durum oraya çıkacaktır. Zira sistematik yorum yönteminde doğrudan doğruya kuralların lafzından hareket edilmesi bile bu lafızların konum ve yerine göre bir yorum yapılmaktadır.

Amaçsal yorum yönteminin lafzi yorum yöntemine en yakın yorum yöntemi olduğu söylenebilir. Zira bu yöntemde bir kuralın ya da kural koyucunun amacı her şeyden önce kuralın lafzından hareketle tespit edilmeye çalışılmaktadır. Bu açıdan bakıldığında amaçsal yorum yönteminin sistematik yorum yöntemi karşısında kural olarak önceliğe sahip olduğunu söylemek mümkündür. Ancak amaçsal yorumun her zaman hukuk kurallarının lafızlarından hareketle yapılması zorunlu olmadığından, amaçsal yorum yönteminin sistematik yorum

olduğu hallerde yoruma gidilemeyeceğini belirten kararlar için bkz. Yargıtay HGK, E. 2005/18-689, K. 2005/724, T. 14.12.2005; Yargıtay HGK, E. 2003/5-768, K. 2003/756, T. 10.12.2003.

³¹ Bkz. Muthorst (dn. 18) 110 vd.; Zippelius (dn. 7) 36; Güneş (dn. 7) 118 vd.; Gözler (dn. 7) 306 vd.; Anayasa Mahkemesi, E. 2016/198, K. 2017/144, T. 28.09.2017; 18.10.2017 tarih ve 30214 sayılı RG; Danıştay 4. D, E. 2015/10595, K. 2019/1868, T. 13.03.2019.

³² 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 3. maddesi bu durumu vergi kanunları açısından şu şekilde ifade etmiştir:

“Vergi kanunları lafzı ve ruhu ile hüküm ifade eder. Lafzın açık olmadığı hallerde vergi kanunlarının hükümleri, konuluşundaki maksat, hükümlerin kanunun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle olan bağlantısı gözönünde tutularak uygulanır.”

yöntemine mutlak bir üstünlüğünden söz etmek kanaatimce mümkün değildir. İki yorum yönteminden hangisinin diğerine karşı önceliğe sahip olduğu konusundaki bu açıklamaların dışında ayrıca şu hususu da tespit altına almak gerekir ki, amaçsal yorum yöntemi sistematik yorum yöntemine göre daha yaygın bir şekilde uygulama alanı bulur. Bu durum amaçsal yorum yönteminde kullanılacak araçların daha fazla olmasından kaynaklanmaktadır.

Görebildiğim kadarıyla Danıştayın ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği kararlara karşı kanun yararına temyiz yoluna başvurulmasının mümkün olup olmadığı konusunda sistematik yorum yönteminden hareketle bir yorum yapılamaz. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun sistematigi bu konuda bir yorum yapmaya elverişli değildir. Kanun dört bölümden oluşmaktadır ve Kanunun 51. maddesi "Kararlara Karşı Başvuru Yolları" başlıklı üçüncü bölümde yer almaktadır. Bölüm başlığından da anlaşılacağı üzere bu bölümde istinaf, temyiz, kanun yararına temyiz ve yargılamanın yenilenmesi kanun yolları düzenlenmektedir. Kanun yararına temyiz konusu yalnızca 51. maddede düzenlenmiştir ve bu maddenin başlığı da "Kanun yararına temyiz" şeklindedir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'na ilişkin bu bilgiler konu hakkında bir yorum yapılabilmesi için yeterli değildir.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun kanun yararına bozma müessesesini düzenleyen 51. maddesinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Ceza Muhakemesi Kanunu'nun kanun yararına temyiz müessesesini düzenleyen hükümleriyle karşılaştırılması da bu konuda sistematik bir yorum yapılmasına elverişli değildir. Zikredilen her kanun konuyu yalnızca kendi sınırları içerisinde düzenlemektedir. Bu düzenlemelerden hareketle Danıştay kararları hakkında bir yargıya varmak mümkün değildir.

D. Tarihsel Yorum Yöntemi

Tarihsel yorum yönteminde bir hukuk kuralının ortaya çıkış süreci incelenir. Bu incelemeden elden edilen sonuçlardan hareketle ilgili hukuk kuralının yapılış amacı ve anlamı belirlenir. Tarihsel yorum yönteminin en önemli araçları ilgili hukuk kuralının gerekçesi, hazırlık çalışmaları, kural çıkarılırken gerçekleşen yazışma, konuşma, görüşme ve tartışmalardır.³³ Bununla birlikte bu yöntem kullanılırken varsa ilgili hukuk kuralının yapılmasından önceki dönemde yürürlükte olan hukuk kuralları ile konunun yeni bir hukuk kuralı ile düzenlenmesini sağlayan sebep ve ihtiyaçlar da incelenir.³⁴

Yukarıda amaçsal yorum yöntemi incelenirken de işaret edildiği gibi, tarihsel yorum yöntemi de esasen bir normun amacını belirler. Bununla birlikte

³³ Güneş (dn. 7) 107 vd.; Gözler (dn. 7) 304 vd.; Yasemin Işıktaç, *Hukuk Başlangıcı* (3. Baskı, Filiz Kitabevi 2015) 174.

³⁴ Bkz. Muthorst (dn. 18) 111 vd.



tarihsel yorum yöntemi amaçsal yorum yönteminin dışında ayrı bir yorum yöntemi olarak kabul edilmektedir. Bu ayırmadan hareketle tarihsel ve amaçsal yorum yöntemleri arasındaki farklılığı şu şekilde ortaya koymak mümkündür: Tarihsel yorum yöntemi bir kuralın anlamını onun ortaya çıkış sürecinden, yani geçmişteki gelişmelerden hareketle belirlerken, amaçsal yorum yöntemi bir hukuk kuralının amacını onun ortaya çıkış sürecinden bağımsız olarak değerlendirip ortaya koyar.³⁵ Tarihsel yorum yöntemi adı altında ayrı bir yorum yönteminden söz edilmese bu yöntem kapsamında yapılan değerlendirmelere amaçsal yorum kapsamında yer verilecektir.³⁶ Bu durum her iki yöntemin birbirlerini tamamladıklarını göstermektedir.

Lafzi yorum yönteminin asliliği ve diğer yorum yöntemlerinin taliliği konusunda yukarıda söylenenler tarihsel yorum yöntemi bağlamında da geçerlidir. Yani bir hukuk kuralının lafzına göre uygulama yapılabildiği hallerde tarihsel yorum yöntemine başvurulamaz. Lafzi yorum yöntemine göre uygulama yapılamadığı hallerde ise diğer yorum yöntemleri arasında öncelik yönünden bir sıralama bulunup bulunmadığı, böyle bir sıralamanın bulunması durumunda da önceliğin hangi yorum yönteminde olacağı sorusu ile karşılaşılabılır. Amaçsal ve sistematik yorum yöntemleri bağlamında bu konuya yukarıda, sistematik yorum yönteminin incelendiği yerde değinildi. Kanaatime göre amaçsal ve sistematik yorum yöntemleri tarihsel yorum yöntemine göre öncelikli olarak başvurulması gereken yorum yöntemleridir. Yani tarihsel yorum yöntemine hem amaçsal hem de sistematik yorum yönteminden sonra başvurulmalıdır. Bunun sebebi hukuk kurallarının ortaya çıkış sebep veya süreçlerinin bu kuralların anlamlarını ve uygulama alanlarını sınırlama kabiliyetine sahip olmamalarıdır. Başka bir ifadeyle bir hukuk kuralının anlamı belirlenirken o kuralın ortaya çıkış süreci, sebepleri veya gerekçesi birer sınır olarak kabul edilmez. Hukuk kuralları gerekçelerinden ve yapılaş sebep veya usullerinden bağımsız olup, bunların anlam ve kapsamı uygulandıkları zamana göre belirlenir.³⁷

³⁵ Yargıtay İBGK, E. 1997/1, K. 2000/1, T. 18.02.2000; Yargıtay 3. HD, E. 2016/22350, K. 2018/9297, T. 01.10.2018; Yargıtay 3. HD, E. 2015/13702, K. 2015/15184, T. 07.10.2015; Yargıtay CGK, E. 2009/7-131, K. 2009/284, T. 08.12.2009.

³⁶ Bir kuralın ortaya çıkış sürecini de amaçsal yorum başlığı altında inceleyen yargı kararları için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2012/104, K. 2013/87, T. 10.07.2013; 10.12.2013 tarih ve 28847 sayılı RG; Anayasa Mahkemesi, E. 2019/115, K. 2020/31, T. 12.06.2020; 19.08.2020 tarih ve 31218 sayılı RG; Danıştay 13. D, E. 2014/2976, K. 2019/2976, T. 10.10.2019; Danıştay 13. D, E. 2014/1153, K. 2020/1821, T. 08.07.2020.

³⁷ Güriz (dn. 11) 67; Güneş (dn. 7) 111 vd., 124 vd.; Gözler (dn. 7) 305 vd. Almanya Federal Cumhuriyeti Federal Anayasa Mahkemesi (Bundesverfassungsgericht) 1952 yılına ait bir kararında bu konuda şu cümlelere yer vermiştir: “Bir kanun hükmünün yorumu için belirleyici olan kanun koyucunun bu hükümde ifade edilen, kanun hükmünün lafzından ve bu hükmün içinde yer aldığı bağlamdan elde edilen objektifleştirilmiş iradesidir. Buna karşın yasama sürecine katılan organların veya bu organların üyelerinin

Lafzi yorum yönteminin asliliğinin doğal bir sonucu olarak İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 51. maddesinin tarihsel yorumuna müracaat edilmesine gerek yoktur. Zira zikredilen hukuk kuralının manası açıktır ve bu mana uyarınca Danıştayın ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği ve temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşen kararlara karşı da kanun yararına temyiz yoluna başvurulabilir. Ancak yine de tarihsel yorumun Kanunun lafzi yorumu ile mutabık olup olmadığı konusunda bir şeyler söyleyebilmek için anılan hükmü tarihsel yorum yöntemi ışığında incelemekte fayda vardır.

Kanunların tarihsel yorumunda başvurulabilecek en önemli kaynaklar kanunların gerekçeleri ve kanunlar çıkarılırken Türkiye Büyük Millet Meclisinde yapılan görüşme ve tartışmalardır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 51. maddesine bugünkü şeklini veren kanun 6545 sayılı Kanundur. 6545 sayılı Kanunun genel gerekçesinde kanun yararına temyiz konusunda herhangi bir açıklamaya yer verilmemiş, yalnızca İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 45 ve 46. maddelerinde yapılacak değişikliklerle istinaf kanun yolunun getirildiği ve Danıştayın temyiz incelemesinden kaynaklanan iş yükünün önemli ölçüde azaltılarak Danıştayın içtihat mahkemesi rolünün güçlendirilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir.³⁸ Madde gerekçelerinde ise İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 51. maddesinde yapılan değişikliğin gerekçesi şu şekilde açıklanmıştır:

“Maddeyle, idari yargıda istinaf kanun yolunun kabul edilmesinin zorunlu sonucu olarak kanun yararına temyiz kurumunda değişiklik yapılmaktadır. Buna göre idare ve vergi mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerinin kesin olarak verdiği kararlar aleyhine kanun yararına temyiz yoluna başvurulabilecektir.”³⁹

Kanun tasarısının gerekçesi yalnızca idare, vergi ve bölge idare mahkemelerince verilen bazı kararlara karşı kanun yararına temyiz yolunun açık tutulmak istendiğini ifade etmektedir. Madde gerekçesinin ikinci cümlesinin mefhumu muhalifinden Danıştay kararları aleyhine kanun yararına temyiz yoluna başvurulamayacağı sonucunu çıkarmak hiç de zor değildir. Zaten değişiklik tasarısı görüşülürken Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin

hükmün anlamı konusundaki subjektif tasavvurları belirleyici değildir. Bir düzenlemenin ortaya çıkış süreci, yalnızca belirtilen esaslara göre elde edilen bir yorumu doğruladığı veya sadece belirtilen yolla ortadan kaldırılamayan şüpheleri izale ettiği hallerde bu düzenlemenin yorumu konusunda bir anlam ifade eder.” Bkz. Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 21.05.1952 – 2 BvH 2/52, BVerfGE (Federal Anayasa Mahkemesi Kararları) 1, 299 vd., 312. Online erişim: <<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv001299.html>> Erişim Tarihi: 02.02.2022.

³⁸ Genel Gerekçe, Nr. III, <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0918.pdf>.

³⁹ Madde Gerekçeleri, Madde 16, <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0918.pdf>.



bir kısmı kanun yararına temyiz müessesesinde yapılmak istenen değişikliğin bu şekilde bir sonuç ortaya çıkaracağını öngörmüş ve bu değişikliğin önüne geçmek amacıyla İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 51. maddesinde değişiklik yapılmasına ilişkin tasarı maddesinin metinden çıkarılması yönünde önerge vermişlerdir. Türkiye Büyük Millet Meclisinin reddettiği bu önergenin gerekçesi şu şekildedir:

“Kanun tasarısı ile kanun yararına temyiz edilebilen kararların kapsamı değişmiş, Danıştay’ın ilk derece mahkemesi olarak vereceği kararlar kanun yararına temyiz edilebilir kararlar arasından çıkartılmıştır. İvedi yargılama usulünün genellikle merkezi yargı yeri olan Danıştayın görev ve etkinlik alanı içine giren davalar bakımından düzenlenmiş olması, ivedi yargılama usulünde temyiz, istinaf gibi kanun yollarına başvuru sürelerinin kısaltılarak gerçek kişilerin hak arama yolları ve imkânlarının kısıtlanması ve son olarak Danıştayın ilk derece mahkemesi olarak vereceği kararlar bakımından kanun yararına temyiz yolunun kapalı tutulması, idari yargı alanında kişiler aleyhine sistematik bir hukuka aykırılığın yeni düzenleme ile ortaya çıkacağını göstermektedir. Bu itibarla Danıştayın ilk derece mahkemesi olarak vermiş olduğu kararlara karşı temyiz yolunun kapatılmasını öngören bu düzenleme hak kayıplarına, telafisi imkânsız zararlara yol açabilecek nitelikte olup, bu hüküm tasarı metninden çıkarılmalı ve mevcut düzenleme korunmalıdır.”⁴⁰

Kanun değişikliğinin gerekçesinden Danıştayın ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği kararlara karşı kanun yararına temyiz yoluna başvurulamayacağı sonucunu çıkarmak mümkün olsa da Kanunun değişiklik sonrası mevcut lafzını göz ardı etmek mümkün değildir. Bu konuya aşağıda değinilecektir. Ancak daha önce değişiklik gerekçesinin iyi formüle edilmediği, ayrıca gerekçenin değişiklik sonrası ortaya çıkan yeni metin ile de örtüşmediği konularında bazı tespitlerde bulunmak faydalı olacaktır.

Tasarının ilgili madde gerekçesinin ilk cümlesinde kanun yararına temyiz kurumunda değişiklik yapılmasının istinaf kanun yolunun kabul edilmesinin “zorunlu” bir sonucu olduğu ifade edilmiştir. Bu şekildeki bir zorunluluğun gerçekten de mevcut olup olmadığı konusunda bir değerlendirme yapabilmek için İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 51. maddesinin 6545 sayılı Kanunla değiştirilmesinden önceki ve sonraki halini karşılaştırmak gerekir. İki metin arasındaki farklılıkları kanun yararına temyiz başvurusuna konu olan kararları veren mahkemeler, yani idare ve vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ve Danıştay yönünden bir tasnife tabi tutmak mümkündür.

⁴⁰ TBMM - Genel Kurul Tutanağı, 24. Dönem, 4. Yasama Yılı, 99. Birleşim 06 Haziran 2014 Cuma, s. 56 vd., <https://tbmm.gov.tr/Yasama/Kanun/6545>.

Değişiklikten önce idare ve vergi mahkemelerinin temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşen kararlarına karşı kanun yararına temyiz yoluna başvurulabiliyorken, 6545 sayılı Kanundan sonra idare ve vergi mahkemelerinin kesin olarak verdikleri kararlar ile bu mahkemelerin istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşen kararlarına karşı kanun yararına temyiz yoluna başvurulabilmektedir. Bundan da anlaşılacağı üzere, iki metin arasındaki ilk farklılık yeni düzenlemede idare ve vergi mahkemelerinin kesin olarak verdikleri kararlara karşı kanun yararına temyiz yoluna başvurulabileceğinin belirtilmiş olmasıdır. Esasen bu hususun Kanunda ayrıca belirtilmesine gerek yoktu. Zira bu kararlar zaten yeni düzenlemedeki “istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan” kararlar kategorisine girerler. Ayrıca 6545 sayılı Kanunla kanun yararına temyiz müessesesinde hiçbir değişiklik yapılmamış olsaydı dahi idare ve vergi mahkemelerince kesin olarak verilen kararlara karşı yine de kanun yararına temyiz yoluna başvurulabilecekti. Zira bu kararlar eski düzenlemedeki “temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlar” kategorisinde kalacaklardı.

İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar bağlamında İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 51. maddesinin 6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki ve sonraki metinleri arasındaki ikinci ve asıl önemli fark ise yeni düzenlemede idare ve vergi mahkemelerinin istinaf incelemesinden geçmeden kesinleşen kararlarına karşı kanun yararına temyiz yoluna başvurulabileceğinin hüküm altına alınmış olmasıdır. İstinaf kanun yolunun getirilmesi ile birlikte idare ve vergi mahkemelerinin kararlarının önemli bir kısmı istinaf kanun yoluna tabi tutulurken bu kararların az bir kısmının kesin olduğu hüküm altına alınmıştır.⁴¹ Sınırlı sayıdaki bazı idare mahkemesi kararları ise doğrudan temyiz yoluna tabi tutulmuştur.⁴² İstinaf kanun yolunun getirilmesi üzerine istinaf kanun yolu açık olmakla birlikte istinaf incelemesinden geçmeden kesinleşen idare ve vergi mahkemesi kararlarına karşı kanun yararına temyiz yoluna başvurulabileceğinin yeni düzenlemeye alınması kanaatime göre önemli bir değişiklik değildir. Zira Kanun metninde bu konuyla ilgili herhangi bir düzenleme yapılmış olmasaydı, istinaf incelemesinden geçmeden kesinleşen idare ve vergi mahkemesi kararlarına karşı yine de kanun yararına temyiz yoluna başvurulabilecekti. Çünkü bu kararlar da eski düzenlemedeki “temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlar” kapsamında kalacaktı. Dolayısıyla idare ve vergi mahkemelerinin kararları bağlamında 6545 sayılı Kanunla getirilen yeni düzenlemenin, gerekçe metninde ifade edildiğinin aksine bir “zorunluluk” arz ettiğini söylemek güçtür. Ancak tartışmalara kapı aralamamak ve kanun yararına temyiz başvurusuna konu olabilecek idare ve

⁴¹ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, m. 45/1.

⁴² 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, m. 20/A ve 20/B.

vergi mahkemesi kararlarını açık bir şekilde tanımlamak amacıyla konunun 6545 sayılı Kanun ile yeniden düzenlenmesi yararlı olmuştur.⁴³

6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce bölge idare mahkemelerinin tüm kararlarına karşı kanun yararına temyiz yoluna başvurulabiliyorken, yeni düzenlemeye göre bölge idare mahkemelerinin kesin olarak verdikleri kararlar ile bu mahkemelerin temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşen kararlarına karşı kanun yararına temyiz yoluna başvurulabilir. Yakından bakıldığında, yeni düzenlemenin kanun yararına temyiz başvurusuna konu olabilecek bölge idare mahkemesi kararlarında herhangi bir değişiklik getirmediği görülecektir. Zira İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 6545 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki 45. maddesinin 5. fıkrası bölge idare mahkemesi kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulamayacağını hüküm altına almıştı,⁴⁴ yani önceki düzenlemede kanun yararına temyiz yoluna tüm bölge idare mahkemesi kararları konu olabiliyordu ve bu kararlar temyiz incelemesinden geçmeyen kararlardı. Yeni düzenleme bölge idare mahkemesi kararlarına karşı sınırlı bir şekilde de olsa temyiz yolunu açmıştır. Ancak bir yargı kararına karşı hem temyiz hem de kanun yararına temyiz yoluna gidilemeyeceği için kanun yararına temyiz başvurusuna konu yapılabilen bölge idare mahkemesi kararları eskiden olduğu gibi, yine temyiz

⁴³ İdare ve vergi mahkemelerinin kesin olan ya da istinaf incelemesinden geçmeden kesinleşen kararlarının dışındaki kararları önemli ölçüde istinaf incelemesinden geçen kararlardan oluşmaktadır. İstinaf incelemesi ise istinaf talebinin reddi veya kabulü olmak üzere iki farklı şekilde sonuçlanabilir. Aleyhine yapılan istinaf başvurusu reddedilen idare ve vergi mahkemesi kararlarının denetimi ancak istinaf talebinin reddine ilişkin bölge idare mahkemesi kararlarının denetimi yoluyla mümkün olabilir. Örnek olarak bkz. Danıştay 6. D, E. 2019/17047, K. 2020/10564, T. 05.11.2020: T.C. Danıştay Kararları Dergisi, Yıl: 2020, Sayı: 5, 226 vd. İstinaf incelemesi sonucunda hukuka aykırı olduğu kanaatine ulaşılan idare ve vergi mahkemesi kararları kaldırılır ve bunların yerine alacak kararlar bölge idare mahkemelerince tesis edilir. Bkz. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, m. 45/4. İdare ve vergi mahkemesi kararlarına karşı yapılan istinaf başvurusunun haklı bulunduğu bazı istisnai hallerde ise kaldırılan idare ve vergi mahkemesi kararlarının yerine tesis edilecek yeni kararlar yine idare ve vergi mahkemelerince alınır. Bkz. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, m. 45/5. Bu durumda idare ve vergi mahkemelerince tesis edilecek bu yeni kararlar da kural olarak yine istinaf denetimine tabi olacaktır. Burada yer verilen bilgilerden de anlaşılacağı üzere, idare ve vergi mahkemelerinin istinaf incelemesinden geçen kararları bölge idare mahkemesi kararlarına dönüştüklerinden bunlar kendi başlarına kanun yolu başvurularına ve bu arada kanun yararına temyiz başvurusuna konu edilemezler. Bu tür hallerde kanun yararına temyiz başvurusunun konusu ancak ilgili bölge idare mahkemesi kararı olacaktır. Bölge idare mahkemesi kararları bağlamında yapılan değerlendirmelere ise takip eden paragraflarda yer verilmiştir.

İdare ve vergi mahkemelerinin az sayıdaki bazı kararları doğrudan temyiz yoluna tabidir. Bunlardan temyiz yoluna gidilmeksizin kesinleşenlere karşı kanun yararına temyiz yoluna başvurulabilir. Temyiz incelemesinden geçen kararlar ise kanun yararına temyiz başvurusuna konu yapılamaz. 6545 sayılı Kanun idare ve vergi mahkemelerinin doğrudan temyiz yoluna tabi kararları hakkında herhangi bir değişikliğe sebebiyet vermemiştir. Yani bu konuda 6545 sayılı Kanundan önceki ve sonraki durum arasında herhangi bir farklılık yoktur.

⁴⁴ 2577 sayılı Kanunun bu hükmü ilk kez 6545 sayılı Kanunla değiştirilmiştir. Mülga hüküm için bkz. 20.01.1982 tarih ve 17580 sayılı RG, s. 41.

incelemesinden geçmeyen kararlardır.⁴⁵ Bu nedenle pratikte aleyhine kanun yararına temyiz yoluna başvurulabilecek bölge idare mahkemesi kararlarında 6545 sayılı Kanundan önce ve sonra herhangi bir değişiklik olmamıştır. Bu durum bölge idare mahkemelerince verilen kararlar açısından istinaf kanun yolunun kanun yararına temyiz müessesinde değişiklik yapılmasını zorunlu kılmadığını göstermektedir. Bununla birlikte yeni düzenlemeyle konunun daha açık bir şekilde ifade edilmesi isabetli olmuştur.

Bölge idare mahkemesi kararları bağlamında kanun yararına temyiz müessesesinde değişiklik yapılması zorunluluğu bulunmadığına bir başka gerekçe daha göstermek mümkündür. Bölge idare mahkemeleri istinaf kanun yolunun getirilmesi ile birlikte ilk kez kurulmuş olsaydı, belki mevzuatta değişiklik yapılması ihtiyacından söz edilebilirdi. Zira böyle bir durumda yeni kurulan bölge idare mahkemelerinin kararlarına karşı kanun yararına temyiz yoluna başvurulmasının mümkün olup olmadığı sorusu ile karşılaşılabilirdi. Ancak idari yargıda istinaf kanun yolu 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanunla getirilmişken, bölge idare mahkemeleri bundan çok daha önceki bir tarihte, 06.01.1982 tarih ve 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'la kurulmuştur. Dolayısıyla bu açıdan bakıldığında, istinaf kanun yolunun getirilmesi kanun yararına temyiz müessesesinde değişiklik yapılmasını zorunlu kılan bir gelişme değildir.

Danıştay kararları bağlamında konuya yaklaşıldığında, istinaf kanun yoluna yer verilmesinin kanun yararına temyiz kurumunda bir değişiklik yapılması zorunluluğunu ortaya çıkarmadığı çok daha açık bir şekilde görülecektir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 51. maddesinin lafzi yorumuna göre Danıştayın

⁴⁵ Çağlayan'ın aktardığı iki olayda Danıştay Başsavcılığı bölge idare mahkemelerinin istinaf incelemesi üzerine vermiş oldukları kararlara karşı kanun yararına temyiz yoluna başvurulamayacağına karar vermiştir (Kararlara ilişkin bilgiler şu şekilde aktarılmıştır: Danıştay Başsavcılık, KYB, Esas No: 2020/50, T. 04.03.2020; Danıştay Başsavcılık, KYB, Esas No: 2020/41, T. 03.03.2020). Bkz. Çağlayan (dn. 1) 833 vd. Bu kararlar İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 51. maddesine açıkça aykırıdır. Zira Kanuna göre bölge idare mahkemelerinin kesin olarak verdikleri kararlar ile bunların temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşen kararlarına karşı kanun yararına temyiz yoluna başvurulabilir. Bölge idare mahkemelerinin istinaf incelemesi üzerine verdikleri kararlara karşı kanun yararına temyiz yoluna başvurulabileceği hakkında bkz. Candan (dn. 2) 1099 vd.; Günday (dn. 1) 511; Kaplan (dn. 1) 567; Çağlayan (dn. 1) 832 vd.; Kara (dn. 2) 360; Odyakmaz, Kaymak ve Ercan (dn. 3) 288.

29.08.2022 tarihi itibarıyla Resmî Gazete kayıtları incelendiğinde, istinaf kanun yolunun uygulanmaya başladığı tarihten sonra verilen kararlardan 36'sının kanun yararına bozulduğu, bunlardan 16'sinin idare, 20'sinin ise vergi mahkemesi kararı olduğu ve bunların istinaf denetiminden geçmeyen kararlar olduğu görülmektedir. Yani görebildiğim kadarıyla bu dönemde hiçbir bölge idare mahkemesi kararı kanun yararına bozulmamıştır. Bu da Danıştay Başsavcılığının bu tür kararlara karşı kanun yararına temyiz yoluna başvurmadığı ihtimalini gündeme getirmektedir.



ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği kararlara karşı kanun yararına temyiz yoluna başvurulabilir. Bu konuya yukarıda değinildi. Ancak tasarı gerekçesinde yer aldığı gibi, Kanunun 51. maddesini değiştiren 6545 sayılı Kanun Danıştay kararlarına karşı kanun yararına temyiz yolunu kapatmış olsaydı bile bu değişiklik istinaf usulünün zorunlu bir sonucu olmayacaktı. Zira Danıştayın ilk derece mahkemesi olarak verdiği kararların istinaf ile bir ilgisi yoktur. Zaten bu kararlara karşı istinaf değil, doğrudan temyiz yoluna başvurulmaktadır. İstinaf kanun yolunun getirilip getirilmemesi başka, Danıştayın ilk derece mahkemesi olarak verdiği kararlara karşı kanun yararına temyiz yoluna başvurulmasının mümkün olup olmadığı başka bir meseledir. Her iki husus da kanun koyucunun takdirindedir. Dolayısıyla Danıştayın ilk derece mahkemesi olarak verdiği kararlara karşı kanun yararına temyiz yoluna başvurulmasının istinaf usulüne ters düşen veya bu usulle bağdaşmayan bir yönü yoktur. Zaten istinaf kanun yoluna yer veren Ceza Muhakemesi Kanunu da Yargıtayın ilk derece mahkemesi olarak verdiği kararlara karşı kanun yararına temyiz yoluna başvurulmasına imkan tanımaktadır.⁴⁶

6545 sayılı Kanunun kanun yararına temyiz müessesesinde değişiklik yapan hükmünün madde gerekçesinin ikinci cümlesi de sorunludur. Bu cümleye göre “idare ve vergi mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerinin kesin olarak verdiği kararlar aleyhine kanun yararına temyiz yoluna başvurulabilecektir.” Bilindiği üzere, idare ve vergi mahkemelerinin yalnızca kanunlarda belirtilen az sayıdaki kararları ile bölge idare mahkemelerinin temyiz yolu açık olmayan kararları kesindir. İdare ve vergi mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerinin bunların dışında kalan kararlarına karşı duruma göre istinaf veya temyiz yoluna başvurulabilmektedir. Kanunun gerekçesinde idare ve vergi mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerince kesin olarak verilen kararlara karşı kanun yararına temyiz yoluna başvurulabileceği ifade edildiğine göre, bu ifadenin mefhumu muhalifinden bu mahkemelerin verildiği anda kesin olmayan kararlarına karşı kanun yararına temyiz yoluna başvurulamayacağı sonucu çıkar. Oysa İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 51. maddesi bu şekilde formüle edilmemiştir. Kanun metni açıktır ve bu tür kararların da kanun yararına temyiz başvurusuna konu olabileceği tartışmasızdır.

Sonuç olarak 6545 sayılı Kanunun gerekçesinden Danıştayın ilk derece mahkemesi olarak verdiği kararlara karşı kanun yararına temyiz yoluna başvurulamayacağı sonucunu çıkarmak mümkündür. Ancak gerekçe metni iyi bir şekilde hazırlanmamıştır ve İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 51. maddesinin 6545 sayılı Kanunla değişik hali ile dahi örtüşmemektedir. Gerekçe metni esas alınır ise idare ve vergi mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerinin verdikleri ve istinaf veya temyiz incelemesine tabi olmakla birlikte bu yollara başvurulmaksızın kesinleşen kararlara karşı da kanun yararına temyiz yoluna başvurulamayacaktır. Oysa Kanun metni hem Danıştayın ilk derece mahkemesi

⁴⁶ Bkz. dipnot 29.

olarak verdiği kararları hem de idare ve vergi mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerinin verildiği anda kesin olanlar dışındaki kararlarını kapsamaktadır. Bu nedenle Kanun metninin göz ardı edilerek gerekçe metninin esas alınması mümkün değildir. Yukarıda hukuk kurallarının anlamının ve uygulama alanlarının bunların gerekçelerinden bağımsız bir şekilde belirlendiğine ve gerekçenin hukuk kurallarının anlamını ve uygulama alanını sınırlayıcı bir etkiye sahip olmadığına değinildi. 6545 sayılı Kanunun kanun yararına temyize ilişkin hükmünün madde gerekçesi iyi formüle edilmemiştir ve madde metni ile çelişmektedir. Ancak böyle bir durum söz konusu olmasaydı bile gerekçe ile kanun metninin farklı olduğu hallerde gerekçenin değil, kanun metninin esas alınması gerekecekti. Bu da 6545 sayılı Kanunun iyi formüle edilemeyen madde gerekçesinin evleviyetle dikkate alınmaması gerektiğini göstermektedir.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 51. maddesinin kapsamı belirlenirken 6545 sayılı Kanunun gerekçesinin dikkate alınamayacağına diğer bir sebebi de yasama yetkisidir. Bilindiği üzere, kanunlar Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından çıkarılmaktadır. Oysa kanunların gerekçeleri kanun teklifini veren kişilerce hazırlanmaktadır. Anayasa'nın 88. maddesi kanun teklifinde bulunma yetkisini milletvekillerine vermektedir.⁴⁷ Kanunları kanun yapma yetkisine sahip olan Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri teklif etseler bile kanun yapma yetkisi ile kanun teklif etme yetkisi birbirinden ayrıdır. Kanun tekliflerinin gerekçeleri kanun yapma yetkisine sahip olan Meclis tarafından değil de bu Meclisin üyelerince hazırlandığından, bu gerekçelere bağlayıcılık atfetmek mümkün değildir. Kaldı ki, 6545 sayılı Kanun Meclise milletvekilleri tarafından değil, hükümet tarafından sunulmuştur. Anayasa'nın 6771 sayılı Kanunla değiştirilmesinden önce hükümet de kanun önerisinde bulunabiliyordu ve bu önerilere "tasarı" adı veriliyordu. 6545 sayılı Kanun da hükümet tarafından önerilmiş bir kanun tasarısının kanunlaşmış haliydi ve bu tasarının gerekçesi hükümet tarafından hazırlanmıştı. Hükümet kanun yapma yetkisine sahip olmadığından hükümetçe hazırlanan tasarılar kanunlaşsa bile bu tasarıların gerekçelerine bağlayıcılık atfetmek yasama yetkisi ile bağdaşmayacaktır.

Tarihsel yorum bağlamında son olarak İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 51. maddesinin 6545 sayılı Kanundan önceki ve sonraki halini karşılaştırmak suretiyle yeni metinde Danıştayın ilk derece mahkemesi olarak verdiği kararların kanun yararına temyiz incelemesinin dışında tutulmak istendiğini gösteren bir emare olup olmadığını incelemekte fayda vardır. 6545 sayılı Kanundan önce "Danıştayca ilk derece mahkemesi olarak verilip temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan" kararların kanun yararına temyiz olunabileceği açıkça ifade edildiği halde 6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile Kanunda Danıştay kararlarına yapılan bu atıf madde metninden çıkarılmıştır. Ancak madde metninden çıkarılan bu ifade yerine Kanun metnine alınan yeni ifade, yani "istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlar"

⁴⁷ İstisnai düzenlemeler için bkz. Anayasa, m. 161/3 ve 161/9.



ifadesi Danıştayın ilk derece mahkemesi olarak verdiği kararları da kapsar niteliktedir. Kanun koyucu Danıştayın ilk derece mahkemesi olarak verdiği kararlara karşı kanun yararına temyiz yolunu kapatmak isteseydi bunu Kanun metninde açık bir şekilde ifade edebilirdi. Sözelimi Kanunda yer alan “istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlardan” ifadesi yerine “bunların istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlarından” ifadesi kullanılmış olsa Danıştayın ilk derece mahkemesi olarak verdiği kararlara karşı kanun yararına temyiz yoluna başvurulamayacaktı. Kanun koyucu madde metnini Danıştayın ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği kararları da kapsayacak şekilde formüle ettiğinden ve 6545 sayılı Kanunun gerekçesi yukarıda açıklanan sebeplerle dikkate alınamayacağından Kanunun lafzını bir kenara bırakarak Danıştayın ilk derece mahkemesi olarak verdiği kararlara karşı kanun yararına temyiz yoluna başvurulamayacağını iddia etmek mümkün değildir.

SONUÇ

İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 51. maddesinin birinci fıkrası Danıştayın ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği ve temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşen kararlara karşı kanun yararına temyiz başvurusunda bulunulmasına engel teşkil etmemektedir. Tam tersine bu hüküm zikredilen yargı kararlarına karşı da kanun yararına temyiz yoluna başvurulabilmesine imkan tanımaktadır. Kanunun amaçsal yorumundan da aynı sonuca ulaşılması mümkündür. Ancak tarihsel bir bakış açısıyla Kanunun gerekçesine bakıldığında tersi yönde bir sonuca da ulaşılabilir. Bununla birlikte gerekçeler kanunların uygulama alanlarını sınırlayamayacakları ve bir normun uygulama alanının kural olarak normun lafzından hareketle belirlenmesi gerektiği için tarihsel yorum yönteminin burada uygulamaya esas alınması doğru olmayacaktır. Kaldı ki, Kanunun gerekçesi iyi formüle edilememiştir. İyi formüle edilmemiş bir gerekçenin esas alınarak Kanunun açık lafzının ve amacının göz ardı edilmesi hatalı bazı Danıştay kararlarının kanun yararına da olsa düzeltilmesine engel olacaktır. Bu nedenle Kanunun lafzının esas alınarak Danıştayın ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği ve temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşen kararlara karşı kanun yararına temyiz yoluna başvurulabileceğini kabul etmek gerekir. Açıklık durumunda yorum yapılmayacağı ve kanunun sözünden uzaklaşılması gerektiği şeklindeki yorum ilkeleri⁴⁸ ile Mecelle’nin 60. maddesi olan “Kelamın i’ mali ihmalden evladır.”⁴⁹ hükmü de bu sonucu desteklemektedir.

⁴⁸ Konu hakkında bkz. Gözler (dn. 7) 328 vd.; Güneş (dn. 7) 125 vd.

⁴⁹ Cevdet Paşa (dn. 10) 31.

KAYNAKÇA

- Akıllıoğlu T, *Hangi Hukuka Giriş? Hukuk Üstümlü İncelemesine Giriş* (3. Bası, İmaj Yayınevi 2017).
- Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, *Türk İdari Yargılama Hukuku* (6. Baskı, Savaş Yayınevi 2021).
- Aral V, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine* (Filiz Kitabevi 1992).
- Arat N, ‘Madde 51 – Kanun Yararına Temyiz’ in Aslan Z (Editör), *Açıklamalı ve İctihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Vergi Yargılaması Dahil* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020) 428-429.
- Atay E E, *Hukuk Başlangıcı* (Gazi Kitabevi 2014).
- Ayan M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (12. Baskı, Adalet Yayınevi 2020).
- Aygün Eşitli E, ‘Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Kanun Yararına Bozma’ (2016) 29(122) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 193-234.
- Bilge N, *Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavram ve Kurumları* (33. Bası, Turhan Kitabevi 2015).
- Budak A C, “Kılı Kırk Yarma Makinası”, *Medenî Usul Hukukunda Kavram İctihadı ve Menfaat İctihadı* (Filiz Kitabevi 2021).
- Candan T, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu* (6. Baskı, PricewaterhouseCoopers Danışmanlık Hizmetleri Ltd. Şti. 2015).
- Cansel E, Özel Ç ve Yüksel M, *Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavram ve Kuramları* (6. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2015).
- Cevdet Paşa A (tertip ve tensik eden [düzenleyen]), *Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye* (Matbaa-i Osmaniyye, İstanbul 1300 [Osmanlıca]), <<https://archive.org/details/mecelleiakmiadly00ahme>> Erişim Tarihi: 03.03.2022.
- Çağlayan R, *İdarî Yargılama Hukuku* (13. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Baskı, Yetkin Yayınları 2019).
- Gözler K, *Hukuka Giriş* (18. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2021).
- Günday M, *İdari Yargılama Hukuku* (Turhan Kitabevi 2022).
- Güneş A M, *Hukuk Metodolojisi* (3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2020).
- Güriz A, *Hukuk Başlangıcı* (16. Baskı, Siyasal Kitabevi 2014).
- Gürkan M F, Deniz Y ve Boz S S, ‘İdarî Yargıda Kanun Yararına Bozma’ (2013) 21(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 30. Yıl Armağanı 105-127.
- Işıktaç Y, *Hukuk Başlangıcı* (3. Baskı, Filiz Kitabevi 2015).
- Kalabalık H, *İdari Yargılama Usulü Hukuku* (14. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020).



Kalabalık H ve Erdem M, *Temel Hukuk Bilgisi* (8. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2016).

Kaplan G, *İdari Yargılama Hukuku* (7. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2020).

Kara B C, 'İdari Yargılama Usulünde Kanun Yararına Temyiz' (2020) 11(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 353-371.

Kazancı Elektronik ve Basılı Yayıncılık A.Ş., ilgili dipnot metninde başka bir kaynak gösterilmeyen yargı kararları <<http://www.kazanci.com.tr/>> veri tabanından alınmıştır. Son Erişim Tarihi: 04.03.2022.

Korkusuz M R, *Hukuk Başlangıcı* (İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Yayınları No: 3, 2014).

Mevzuat Bilgi Sistemi, <<http://www.mevzuat.gov.tr/>> Son Erişim Tarihi: 03.03.2022.

Muthorst O, *Grundlagen der Rechtswissenschaft, Methode – Begriff – System* (Verlag C. H. Beck 2011).

Odyakmaz Z, Kaymak Ü ve Ercan İ, *İdari Yargılama Hukuku* (17. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021).

Özbey B, 'Hukuk Kurallarının Uygulanması' in Akıncı M ve Özbey B (Editörler), *Hukukun Temel Kavramları* (3. Baskı, Lisans Yayıncılık 2015) 65-107.

Resmî Gazete, <<https://www.resmigazete.gov.tr/>> Son Erişim Tarihi: 03.03.2022.

Sancakdar O, *İdari Yargılama Hukuku – Genel Esaslar* (Göktaş Ofset Matbaacılık San. Tic. Ltd. Şti. 2018).

Şen E ve Ervan M, 'Kanun Yararına Bozma' (Av. Prof. Dr. Ersan Şen Hukuk & Danışmanlık, 30.10.2020) <<https://sen.av.tr/tr/makale/kanun-yararına-bozma>> Erişim Tarihi: 27.12.2021.

Tan T, *İdare Hukuku* (6. Bası, Turhan Kitabevi 2017).

Taner S, 'Vergi Yargısında İstinaf Üzerine Bir Değerlendirme' (2018) 31(136) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 185-224.

Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi: 13.12.2021.

Türkiye Büyük Millet Meclisi, <<https://www.tbmm.gov.tr/>> Son Erişim Tarihi: 10.02.2022.

Ulusoy A D, *İdari Yargılama Hukuku* (2. Baskı, Yetkin Yayınları 2020).

Zippelius R, *Juristische Methodenlehre* (11. Auflage, Verlag C. H. Beck 2012).

YASAMA VE HUKUK BİLİMİ KONUSUNDAKİ TARİH ÜSTÜ GÖREV HAKKINDA

Of the Ageless Vocation for Legislation and Jurisprudence

Osman Vahdet İŞSEVENLER*

Özet

Makale, Savigny'nin "Çağımızın Yasama ve Hukuk Bilimi Konusundaki Görevi Üzerine" adlı eserindeki iddialardan hareketle yasama ve hukuk bilimi arasındaki ilişkiyi konu edinmektedir. Mezkûr eser, Almanya'da bir medeni kanun ne zaman, nasıl ve kim tarafından yapılmalı tartışmasına hukukun mahiyetine dair birtakım tespitlerle dahil olmuştur. Bu tespitlerde hukukun tarihi niteliğinin yanı sıra bir kod yapabilmek için hukuki bilincin gelişmiş olması gerektiğinin altı çizilmiştir. Okulun hukukun tarihi ve mahalli niteliklerine dair vurgularının ön plana çıkarılması, hukuk biliminin işlevine ve hukukun mahalli olmayan özelliklerine dair tespitlerine yeterince dikkat edilememesi sonucunu doğurmuştur. Makale bu doğrultuda, mezkûr eserdeki iddiaların döneminin ötesinde de bir değeri olduğuna dikkat çekmek, nihayet hukuk biliminin ve hukukçular zümresinin yasama karşısındaki pozisyonunu tartışmak amaçladır. Bu bağlamda öncelikle Savigny'nin, hukukun tarihi-evrensel niteliklerini tartışan değil yasama ve hukuk bilimi ikilisini karşı karşıya getiren argümanları ön plana çıkarılmıştır. Akabinde ise hukuk yaratımı hususunda hukuk biliminin pozisyonu tartışılmıştır. İradeci bir tavrın hukuk bilimi için savunulamaz olduğu işaret edilmiştir.

Anahtar kelimeler: Savigny, yasama, hukuk bilimi, hukukun kaynağı, hukukun mahiyeti.

Abstract

The article deals with the relationship between legislation and jurisprudence based on the claims in Savigny's "Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence". The aforementioned work has been included in the discussion of when, how and by whom a civil code should be made in Germany, with some determinations regarding the nature of law. In these determinations, it is underlined that in addition to the historical nature of law, there should be certain development of legal consciousness in order to make a code. The emphasis of the school's arguments on the historical and local characteristics of law has resulted in the failure to pay enough attention to the function of jurisprudence and its determinations about the non-local characteristics of law. In this direction, the article aims to draw attention to the fact that the claims

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 12.03.2022*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 06.09.2022*

* Dr. Öğr. Üyesi, Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü-Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi ABD, vahdet.issevenler@yalova.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-0287-0686>



in the aforementioned work have a value beyond its age, and finally to discuss the position of legal science and the lawyers against the legislature. In this context, Savigny's arguments that bring the legislation and jurisprudence against each other are brought to the fore, not universal-historical dichotomy. Afterward, the position of jurisprudence on the creation of law was discussed. It has been pointed out that a voluntarist conception is untenable for jurisprudence.

Keywords: Savigny, legislation, jurisprudence, source of law, nature of law.

“Bana gelince, ben doğru aracın...doğal şekilde ilerleyen hukuk bilimi olduğunu düşünüyorum...onlar yetersizliğin nedenini, hukukun kaynaklarında görüp bunun bir kanunla giderilebileceğine inanırken; ben bu nedeni, daha ziyade kendimizde görüyor ve tam da bu sebeple bir kanun yapmak için görevimiz olmadığına inanıyorum.”

GİRİŞ

“Hukuk nedir?”, hukuk felsefesinin temel sorusu olmakla birlikte yasama organlarını ve kodları kanıksadığımız günlerde cevaplamakta hatta pratikte hatırlamakta zorlandığımız bir sorudur. Hukuki bilincin büyük ölçüde yasalarla işgal edildiği ahvalde, “hukuk nedir?” sorusunun önemi şu üç durumda özellikle belirginleşir. 1) Hâkimin çözmekle yükümlü olduğu uyuşmazlığa uygulanacak bir yasanın olmadığı durumda. 2) Böyle bir yasanın olduğu fakat netice itibariyle yasanın somut olay için ne anlama geldiğinin hâkim tarafından ortaya konulmasının gerekli olduğu durumlarda, yani aslında her davada. 3) Nihayet, uyuşmazlıklara uygulanacak yasanın hazırlandığı durumda, yani yasama faaliyeti esnasında.

Bu üç faaliyet de nihai olarak bir yasaya referans vererek yürütülebilecek faaliyetler değildir: Yasanın somut olay için ne anlam ifade ettiğini bulmak yani hüküm kurmak hakimin işidir, hakim somut durum için hukukun sözünü duyuran ağızdır. Aşikâr olduğu üzere bu doğrultuda yasanın ne anlama geleceğini başka bir yasayla belirlemeye kalkmak sonu gelmez bir teşebbüs olup, somut olay için hukukun ne dediğini tespit etmek noktasında hakimi aradan çıkarmak mümkün değildir. Dolayısıyla hakimin hukuki olanı tespit etme faaliyetinin, yasanın anlamını bulmakla sınırlı olduğu varsayılan durum 2’de dahi yasa tek belirleyen değildir. Kaldı ki, hüküm kurmanın, hükme hangi yasanın dayanak alınacağını seçilmesi ve bu yasanın diğer yasalarla olan ilişkisinin tespit edilmesi gibi yasa maddesine müracaatla gerçekleştirilemeyecek yanları da vardır. 1 ve 3 ise en baştan hukuki olanın tespit edilmesinde yasanın işlev göremeyeceği durumlardır zira bu durumlarda uygulanacak bir yasa yoktur.

¹ Friedrich Carl Von Savigny, Çağımızın Yasama ve Hukuk Bilimi Konusundaki Görevi Üzerine, Çev. Ali Acar, (Pinhan Yayıncılık 2018) s. 157.

Uygulanacak yasanın olmadığı bir durumda uyumsuzluğu çözmekle yükümlü olan hakimin hukuk yaratma faaliyeti ile yasamanın yasama faaliyeti arasında ilkece bir fark yoktur. Bu iki durumda faillerin ediminin hukukiliği “hukuk nedir” sorusuna sistemin kabul ettiği cevapla faillerin edimleri arasındaki uygunlukta aranır. Bu bağlamda yasama faaliyeti, hukuk, hukuki olan nedir, sorusunun ve soruya verilecek cevabın ağırlığının hissedildiği başlıca alandır.

Çağımızın Yasama ve Hukuk Bilimi Konusundaki Görevi Üzerine adlı eserin yazılma vesilesi olan, Thibaut ve Savigny arasındaki polemik de tam da bu bağlamda iki farklı hukuk kavrayışı ve hukuk biliminin rolü hakkındadır². İkili arasındaki tartışma genel olarak, Thibaut’unun, Almanya’nın, ülkenin tamamında uygulanacak bir medeni kanuna ihtiyacı olduğu ve söz konusu kod ihtiyacının Fransız usulü giderilebileceği iddiasına karşılık Savigny’nin hukukun milli-tarihi karakteri nedeniyle karşı çıkışı ve bu itiraz neticesinde Almanya’da medeni kanunun yürürlüğünün neredeyse yüz yıl ertelenmesi şeklinde özetlenir³. Savigny’nin itirazının bu denli etkili olabilmesinin gerisinde eserinin başında seslenmekten geri durmadığı yükselen milliyetçi duygular gibi politik nedenler ötesinde hukukun milli-tarihi karakterine dair açıklamalarının ikna ediciliğinin de yer aldığı malumdur. Velhasıl Almanya’nın kod ihtiyacı etrafında sürdürülen polemik nihayetinde hukukun mahiyetine dair görüşler arasındaki bir tartışmadır. Diğer bir ifadeyle yukarıdaki şemayla uyumlu olarak “ne zaman, nasıl ve kim tarafından bir medeni kanun hazırlanmalı” gibi pratik bir soruya verilen cevaplar gerekçesini, hukuk düşüncesinin temel “hukuk nedir?” sorusunun ele alınışında bulur. Bununla beraber Savigny’nin eserinin hemen başında sorunu “özel hukuk en iyi nasıl düzenlenir?”⁴ olarak tespit ettiği de dikkatten kaçmamalıdır. Hukukun mahiyetine, yani olan hukuka dair açıklamalar içeren bir eserin ‘olması gereken hukuk’ sorusuyla açılış yaptığına dikkat edilmelidir. Hukuk kaynakları üretilirken hukukun kendisine dair bir takım kriterlerin dikkate alınması zorunludur. Bu yüzden bir şeyin ne olduğu ve ne olması gerektiğine yönelik sorular birbirinden ayrı sorularmış gibi dursa da hukuk adı altında yapılanlar aktüel hukuku belirlediği için, diğer bir ifadeyle hukuk ameli olduğu için bu soruları her zaman birbirinden ayırmak mümkün değildir. Savigny de olan hukuku incelemekten bahsettiğinde bundan sadece mevcut kuralları değil, onları ve geçmiş kuralları da doğuran toplumsal yapıyı ve hukukun genel karakterini de dikkate alır. Bu bağlamda hukuk hakkındaki

² Paolo Becchi, ‘German Legal Science: The Crisis of Natural Law Theory, the Historicisms, and ‘Conceptual Jurisprudence’’, in Damiano Canale, Paolo Grossi, Hasso Hofmann (eds), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence Volume 9: A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World 1600–1900*, (Springer 2009), s.192

³ Gonca Kuru, Thibaut ve Savigny’de Resepsiyon ve Kodifikasyon Hareketleri, (2017) 22 (1) MÜHF HAD, ss. 201-228, s. 202, 216.

⁴ Savigny, (n 2) s. 35.



araştırmalarda toplumsal olanı dikkate almanın zaruretini vurgulayarak hukukun içtimai kavranışına öncülük ettiği de ifade edilmelidir⁵. Yaklaşımı, hukuk felsefesi ve sosyolojisi dersleri bakımından da felsefe-sosyoloji geçişi adına, Amerikan hukuki realizmi gibi, kavşak rolü üstlenir.

Özetle, polemik, medeni hukuka ilişkin bir kod ne zaman, nasıl, hangi içerikte, kimler tarafından yapılmalı özel gündemini haiz olsa da bu özel gündem etrafında, Almanya’da nasıl bir hukuk kavrayışının hakim olacağını belirlemeye yönelik bir gayreti gözlemleyebilmek mümkündür. Hukukun mahiyeti hakkındaki kabulü etkilemeye yönelik bu gayret, yasama, hukuk bilimi, yargı sistemi arasındaki paylaşımları, bunların pozisyonlarını ve yetkilerini belirlemeyi de içerir.

Savigny’nin söz konusu eseri, bilhassa da kodlara dair tartışmalar söndüğü için geç sayılabilecek bir tarihte, 2018’de Türkçeye kazandırıldı. Yakın tarihte ise özgülenmiş çalışmalar kaleme alındı: dönemimizin Savigny’ye karşı tuhaf ilgisizliğini kısmen yurtdışı literatürün de paylaştığını belirten Akbaş, 2016’da⁶, Savigny hakkında bir de yüksek lisans tezi yazan, ayrıca eserin de çevirmeni olan Acar 2006’da, Thibaut ve Savigny arasındaki kodifikasyon tartışmasını aktaran Kuru, 2016’da birer makale yayınladılar. Öncesinde Savigny ismini yahut argümanlarını daha ziyade hukuk felsefesi ve sosyolojisi ders kitaplarında tarihçi hukuk okuluna ayrılan kısımlarda gördük. Bu bölümlerde de genellikle hukukun milli ve tarihi bir mevhum olduğu, ekolün doğal hukuka olan karşıtlığı vurgulanarak, her zaman yerde geçerli olan kuralların olmadığına yönelik⁷ iddialarıyla anıldı. Nihayetinde, tarihçi hukuk okulu, hukukun halkın bilincinden sadır olduğu bu nedenle de bir ülkenin kanununun başka bir ülkeye transfer edilmeyeceği iddiası ile anılageldi⁸ ve Savigny de bu okulun önde gelen bir ismiydi. Söz konusu bu iddialar tarihçi hukuk okulunun ve Savigny’nin argümanını özetler nitelikte olsa da, Savigny’nin pozisyonunu esas netleştiren, yasama yoluyla iradi olarak hukuk yaratılmasına karşı çıkışı, hukuk yaratımı hususunda hukuk bilimini sorumlu görüşü ve bu iddiaları geçerli kılar şekilde, hukukun bilimi yapılabilecek tarih üstü kimi yanları olduğu savıdır. Nitekim bu çalışmanın amacı anılan yanı

⁵ Kasım Akbaş, ‘Friedrich Carl Von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği’, (2016) 74 (1) İÜHFİM, ss.53-72 , s. 61.

⁶ Akbaş, (n 6), s. 53.

⁷ Ernest Hırş, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Dersleri, (3th edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 2001), s. 89; Niyazi Öktem, Ahmet Ulvi Türkbağ, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, (3th edn, Der Yayınları 2003), s. 338; Yasemin Işıқтаç, Hukuk Felsefesi, (5th edn, Filiz Kitabevi 2018), s. 209; Adnan Güriz, Hukuk Felsefesi, (11th edn, Siyasal Kitabevi 2015), s. 210.

⁸ Susan Gaylord Gale, ‘A Very German Legal Science: Savigny and the Historical School’ (1982) Stanford Journal of International Law, ss. 123-146, s. 123.

vurgulamaktan ibaret olup bu vesileyle çağımızda, hukuk yaratımında yasama lehine ve hukuk bilimi aleyhine olan kanıyı tartışmaktır. Çalışmanın hedefi ortaya konduktan sonra Savigny'nin argümanın bağlamını sergilemek adına polemikğin karşı tarafındaki Thibaut'nun iddialarını hatırlamak münasip olur.

Thibaut, bir yandan Fransız kodunun değerini onarken diğer yandan da Almanların Almanlar için bir ulusal kod hazırlamasının, Alman devletçiklerinin tek bir kanun altında toplanmasının zamanının geldiği kanaatindeydi⁹. Zira dönemin Alman hukukunun düzensiz, belirsiz, kendi içinde çelişkiler barındıran bir yapısı söz konusudur ve o, ulusal bir kodifikasyonun Alman hukukunun esasen parçalı yapısından kaynaklanan söz konusu sıkıntılara merhem olmasını, hukuki fikirlerin ve hukukçuların ülke genelinde serbestçe hareket edebilme imkanına erişmesini ummaktadır¹⁰. Böyle bir kod için ise parçalı Alman hukuku, otoriter Kanon hukuku ve aslen başka bir millete ait ve derlenip toparlanıp güncel ihtiyaçları karşılayacak hale getirilmesi çok uzun yıllar alacak Roma hukuku uygun adaylar değildir¹¹. Thibaut'nun Roma hukukunu başka bir millete ait oluşu gerekçesiyle reddedişi özellikle dikkat çekicidir.

Gerçekten de dönemin özel hukuku yamalı bohça halindedir; aynı anda her bir coğrafi bölgede yerel hukuk (*Landrechte*) uygulanmakta ve bir yandan da bu yerel hukukları hukuki kılan, yargıçların tamamlayıcı bir kaynak olarak gördükleri Roma hukuku meri durumdadır¹². Üstüne üstlük ulusal kod tartışmalarının alevlendiği dönemde farklı bölgelerde birden fazla kod etkindir; kimilerinde Prusya kimilerinde Napolyon kimilerinde ise Avusturya kodu¹³.

Kodifiye edilmiş bir hukuk hem içerik hem de biçim yönünden daha basit bir hukuk demektir; çoğul hukuk sistemlerinin yerine yeknesak bir içerik kabul edilmiş, farklı hukuk kaynaklarının aynı anda uygulanmasından doğan çatışmaların önüne geçilmiş, farklı sınıflar, statüler, cemaatler için oluşturulmuş hukuk kaynaklarının tanıdığı ayrıcalıklar kaldırılmış olacaktır ve her birinin yerini tek bir metin alacaktır¹⁴.

Kod, olası her uyuşmazlığın çözümünün içinde yer aldığı, boşluksuz yegane hukuk kaynağı olacaktır dahası yasa koyucu tarafından oluşturulan bu kaynakla mahkemelerin hukuk kaynağı işlevi de sınırlandırılacaktır¹⁵. Tarihi bağlamından soyutlamalar yoluyla arındırılan kodlar tüm cemaatlere, milletlere yani farklı gruplara uygulanabilir olacaktır ve bunlar noksan barındırmadıkları

⁹ Gale, (n 9), s. 128; Becchi, (n 3), s. 194.

¹⁰ Gale, (n 9), s. 129; Becchi, (n 3), s.194-196.

¹¹ Gale, (n 9), s. 129.

¹² Becchi, (n 3) s.195.

¹³ Becchi, (n 3), s. 195.

¹⁴ Becchi, (n 3), s. 197.

¹⁵ Becchi, (n 3), s.198.

için hem hakimin hukuk yaratmasının, hem de örfün alanı azami ölçüde sınırlandırılmış olacaktır¹⁶. Hukuk bilimi açısından da tek nesne kod olacaktır; Thibaut, hukukçuya, araştırmasında kanunun gramatik ve mantıki analizi ile yetineceği bir rol verme eğiliminde olduğuna dikkat edilmelidir¹⁷. Velhasıl Thibaut hukuk nedir sorusuna cevabı mahkemeleri ve akademisyenleri devre dışı bırakıp, yasamanın iradesini egemen kılma eğilimi sergiler.

Savigny'ye göre ise böyle bir işe teşebbüs edebilmenin sorumlusu, Alman hukukçuları arasında etkin olan teorik bir varsayımdır: “Hukuk, kanunlardan, yani egemen gücün açık yasama işlemlerinden doğar. Hukuk biliminin inceleme konusu da sadece bu yasaların içerikleridir.”¹⁸ Buna karşılık Savigny'nin kavrayışı varsayımın tam tersidir. Hukuk keyfi, iradi bir şekilde türetilemez, uygulanacağı toplumun bağrından doğar, onu formelleştiren de hukuk bilimidir. Bu karşı argümanı aşağıda daha açık ele alacağız bu aşamada akılda tutulması gereken hukukun egemen gücün yasama işleminden doğduğu yani iradi bir işlem olarak telakki edildiğinde onun hakkında, ona dair bir bilimden bahsedebilmenin de elbette mümkün olmadığını. Dolayısıyla temel gerilim hukukun tarihi ve tarih üstü yanları arasında değil yasamanın iradi yaratımıyla, hukuk biliminin, gereklilikleri dikkate alan yaratımı arasındadır. Savigny'nin eseri Thibaut'nun iddialarına tez vakitte karşı gelme gereğinden ötede çağın yasama sevdasıyla hesaplaşan bir projenin ürünüdür¹⁹.

Nihayetinde hukukun mahiyetine dair farklı açıklamalar hukuk bilimine de farklı işlevler tanımlar ve Savigny'ye göre pozitif hukukun kökeni aslen yasama faaliyeti değildir. Bu bağlamda hukuk biliminin yasama işlevi, hukukun mahiyetine ilişkin kabullere göbekten bağlı olduğu için öncelikle pozitif hukukun kökenine dair açıklamaları dikkate almak gerekir. Artık ezber edildiği üzere Savigny için hukuk da dil gibi, içinden yeşerdiği toplumun özelliklerini taşır, esasen toplumundan, toplumu oluşturan bireylerin bilincinden bağımsız bir varlığı yoktur ve kaynağını da toplumun ihtiyaçlarında bulur²⁰.

Savigny'nin pozitif hukukun kökenini analiz etmeye başlarken hukuku dile benzeterek açıklaması anlamlıdır. Bu benzetmeden birkaç sonuç çıkarabiliriz. Pek tabi akla ilk gelen dilin milli oluşudur; hukuk da dil gibi ilgili topluma özgü özellikler sergiler. Daha yakından baktığımızda hukukun insanlara bağlı oluşunun tek taraflı olmadığını ve asla iradeciliğe kapı aralamadığını görürüz. Evet, dil kültürel bir elemandır lakin bu, dilin keyfi bir tasarım olduğu anlamına gelmez. Dilin kuralları vardır ve dilbilimciler tarafından keşfedilebilir olan bu kurallar insanlar tarafından icat edilmiş değildir, o dili konuşanlar bu

¹⁶ Savigny, (n 2), s. 37-39.

¹⁷ Becchi, (n 3), s. 198.

¹⁸ Savigny, (n 2), s. 38.

¹⁹ Johann Christian Bang'e (Nisan 13, 1810) yazdığı mektuptan aktaran Gale, (n 9), s. 131.

²⁰ Savigny, (n 2), s. 42.

kurallara bağımlıdır. Bir kimsenin çıkıp Türkçe'nin fiil türetme kurallarını değiştirebilmesi mümkün değildir. Bununla beraber ilgili kurala uyarak yeni fiiller türetenler de insanlardır. Şu hâlde buna benzer şekilde insanların kural koyabiliyor olması kuralları keyfi/iradi olarak koyabilecekleri anlamına gelmez. Yasama bu bağlamda topluma içkin olan kuralları, dilbilimcinin dildeki kuralları tespiti gibi keşfetme vazifesinden ibarettir²¹. Tıpkı dilsiz bir topluluk olmadığı gibi hukuksuz bir topluluk da yoktur, dil de hukuk da millidir ve özneler bunlara bağımlılığıdır: Özetle dilsiz, hukuksuz topluluk yoktur, dil ve hukuk topluluğa özgüdür fakat dil ve hukuk kültürel elemanlar olmalarına karşılık bireylerin keyfi üretimlerinin ürünü değildir. Savigny'ye göre hukuk dil gibi halkın olağan pratiklerinden doğar, hukukun ilk yeri halkın bilincidir ardından somut pratiklere mündemiç olan bu hukukun hukuk bilimi marifetiyle soyutlanması kurallar ve kurumlar olarak tespit edilebilmesi mümkün olur²².

Son özellik keyfi, kayıtsız iradenin ürünü olmayan hukuk, içsel gerekliliğin neticesidir. Benim, Aristoteles'ten mülhem maddi neden adıyla anmayı tercih ettiğim içsel gereklilik mevzuu yakından bakmayı hak etmektedir. Hukukun milliliğinin asli gerekçesi olan içsel gereklilik kavramı, hukukun gelişiminde iki açıdan açıklayıcıdır. İlk olarak hukukun doğum yeri olarak insanların pratiklerini işaret eder yani apartman hayatının başlamasıyla kat mülkiyeti düzenlemelerinin gündeme gelmesi gibi beşerî ihtiyaçlar belirli düzenlemeleri gerektirir, ikincisi içsel gereklilik neticesinde her alanda olduğu gibi hukuk alanında da uzmanlaşma ve iş bölümü söz konusu olmuş ve hukuki bilinci muhafaza etmek üzere hukukçular zümresi ortaya çıkmıştır²³. Dolayısıyla Savigny'ye göre hukukun asli kaynağı söz konusu bu gerekliliklerdir.

Bir şema sunacak olursak Savigny'ye göre hukukun gelişiminde üç aşama bulunduğu ifade edilebilir. Hukukun, halkın bilincinde olduğu aşama, hukukun hukukçuların bilincinde ve marifetinde olduğu bilimsel aşama ve ancak bu bilimsel hazırlık tamamlandıktan sonra geçilebilecek kod aşaması²⁴. Bunlardan ilkel dönem, bilimsel dönem ve kanunlar dönemi olarak bahsedilir²⁵.

İlk aşama hukukun, toplumun bilincinde saklı olduğu haldir. Hukuk belirli bir şekilde davranmayı ve belirli davranışlardan kaçınmayı vaz eder. Basit bir toplumda, netice itibarıyla kendi davranışlarına ilişkin olan bu kuralları siyasal birliği oluşturan insanlar bilir. Fakat toplum basitliğini yitirdikçe iş bölümü, uzmanlaşma görünür hale geldikçe belirli tip durumları sadece belirli insanlar yaşar ve doğal olarak bu tip durumlarda ne yapılması gerektiğini diğerlerinin bilmesi beklenmez. Onların davranışlarına dair bu kurallar da

²¹ Hırş, (n 8), s. 88.

²² Ali Acar, 'Friedrich Karl von Savigny'nin Hukuk Anlayışı', (2006) 1 (1) EÜHFD, ss.65-88, s. 67, 68.

²³ Acar, n (23), s. 67-69.

²⁴ Gale, (n 9), s. 132 vd.

²⁵ Acar, (n 23), s.72.



daha fazla ortak bilincin konusu değildir. Buna örnek olarak özel tipteki alım-satım sözleşmelerini verebiliriz. Alelade bir alım-satım toplumun parçası olan her insanın dahil olduğu bir ilişkidir. Buna karşılık kimi alım-satımları sadece bir iş olarak alım-satımı gerçekleştiren kimseler deneyimler ve bu alandaki kuralların muhatabı da sadece onlardır. Yani ilk olarak farklı, özelleşmiş ihtiyaçlar profesyonelleri doğurur. Bunun hukuk bakımından iki sonucu vardır. Birincisi az evvel ifade ettiğimiz, bu alanlara ilişkin özel kurallardır. İkincisi ise aynı şekilde kuralların karmaşıklığının hukuk alanında da profesyonelleri talep etmesidir. Bu durumda da hukukçu zümresi ortaya çıkar ki, kuralların tamamının muhafaza edildiği hukuki bilincin hususi ikametgahı artık bu yeni zümredir. Hukukun gelişimindeki son aşama ise bu bilincin sistematikleştirilip, yazıldığı kod aşamasıdır.

Velhasıl bir topluluktaki belirli durumlarda nasıl davranılması gerektiğine dair ortak inanç hukuka kaynaklık eder²⁶. Buna paralel olarak toplumla birlikte serpilir, büyür ve ölür²⁷:

“Uygarlığın gelişmesiyle birlikte, toplumun faaliyetleri gittikçe fazlalaşır ve aksi halde ortak yapılacak ne varsa, belirli zümrelerin uğraşına terk edilir. Böyle bir ayrı zümre olarak (bir noktadan sonra) hukukçular ortaya çıkar. Hukuk dili giderek mükemmelleşir ve bilimsel bir yönelim kazanır ve daha önce toplumun ortak bilincinde yer alan hukuk, artık hukukçuların (bilincine) geçer... Bu andan itibaren hukuk, daha yapay ve karmaşık bir hal alır, zira artık ikili bir varlığa sahiptir. İlki bütün toplum hayatının bir parçası olarak, ki bunun varlığı yok olmaz; ikincisi de hukukçuların elinde ayrı bir disiplin olarak”

Savigny, hukukun toplumun ortak bilinciyle olan bağına politik unsur, ayrılmış bilimsel varlığına ise teknik unsur adını verirken her halükârda bu türeyişin herhangi keyfi irade nev’inden bilinçli bir yaratım olmadığını, doğal bir oluşum olduğunu da belirtir²⁸. Dolayısıyla okurun politik unsurun yasama meclislerinde görülen cinsten bir iradeciliği imlemediğine dikkat etmesi gerekir. Savigny’ye göre “hukuk, bir yasa koyucunun keyfi iradesiyle değil, önce gelenek ve genel inançla, sonra hukuk bilimiyle²⁹” oluşturulmuştur. Devletin rolü aslında hukuku türetmek değil ona geçerlilik kazandırmaktır; hukuk kitabı

²⁶ Sadece bu haliyle ele aldığımızda bu tanımda elbette sorunlu yanlar vardır. Örneğin hukuku alelade davranış kalıplarından ayıran nedir? Alışkanlıklardan hukuk olarak bahsedemeyiz. Hukuk normatiftir, gereklilik bildirir yani belirli bir davranış doğru davranış olarak kabul ediliyor olsa bile hukuk haline gelebilmesi için formelleşmesi gerekir. Ki bu aşamada dahi hukuku ahlak gibi diğer normatif sistemlerden ayırt etmeyi mümkün kılacak kriterlere ihtiyaç vardır. Ne var ki bu aşamada Savigny’nin yüzleştiği sorun, tartıştığı bağlam bu değildir. Amacı, hukukun topluluğun ihtiyaçlarıyla şekillenen kolektif bilincin ürünü olduğunu vurgulamaktan ibarettir.

²⁷ Savigny, (n 2), s. 43.

²⁸ Savigny, (n 2), s. 44.

²⁹ Savigny, (n 2), s.45.

esasen hukuk alimlerin yazılır lakin modern dönemde hiçbir kitabın, devletin şiddet tekeline arkasına almadan uzun süreli geçerlilik temin edebilmesi mümkün değildir, bu nedenle de aslında içeriği politik unsurca zaten açığa çıkmış olan hukukun, eksik kalan teknik unsurunun hukukçularca tamamlanması yani politik unsurun formelleştirilmesi, yeknesaklığın ve kesinliğin temin edilmesi gerekmektedir, devletin bu girişimi başlatmak ve onaylamak dışında bir vazifesi yoktur³⁰. Tabiri caizse devlet otoritesinin (*authority*) arkasındaki esas *author* (yazar), maddi nedeni formelleştiren hukuk biliminden başkası değildir. Bir kurum olarak yasamanın rolü tamamlayıcı ve talidir, yasama aslen hukukun politik unsurunun temin ettiği toplumsal eğilimleri oluşturamaz ancak bunları teyit ve muhafaza edebilir, hukuk halkın bu yöndeki bilinciyle örtüşüyorsa takdire şayan, halkı dışlıyor onu dikkate almaksızın keyfi konuyorsa kınanacak bir şeydir, bu doğrultuda hukuku esas yapacak olan dönemlere bağlı farklılıkları tespit edebilecek tarih bilgisine ve kavramlarla kurallar arasında ilişkiyi görüp sistemleştirebilecek hünere sahip olan hukuk bilimidir ve hukuk bilimi Almanya’da bu yetkinliğe erişmediğinden kod yapımından geri durulmalıdır³¹.

En başta hukuk nedir sorusunun öneminin belirginleştiği durumlardan bahsetmiştik. Bunlar arasında iki tanesi ön plana çıkmıştı: hakimin ve yasamanın hukuk yarattığı boşluk durumları. Bu durumları karşılayacak şekilde Savigny, iktibas reddettikten sonra “Hiçbir kanun yoksa ne yapmamız gerektiği” sorununu ele alır. Buraya kadar aktardıklarımızı özetler biçimde hukukun (uzmanlaşmaya paralel olarak diye okumamız gerekir) esas yerinin hukukçunun bilinci olduğunu, hukukçunun mevcut birikimi kendine mal etmesi gerektiğini, ham halde hazır olan hukuku kullanıma hukuk biliminin sokabileceğini ve bunu ancak hukuk biliminin yapabileceğini belirtir³². Savigny’ye göre hukukun ancak hukuk bilimince tekamül ettirilebileceği neticesi onun mahiyetinden ileri gelmekte olduğu için şu ya da bu hükümdarın iradesine bağlı olarak bir değişiklik söz konusu olamaz ve kanunların olduğu ve olmadığı yerlerde bu esas ortaktır³³.

Bu bağlamda Fransız kodunun Almanya’ya ithali sadece hukukun milli karakteri nedeniyle değil kendi başına yetersizliği nedeniyle de uygunsuzdur. Ona göre Fransa’da yapılan kod, ilerlemeci bir aldanmışlıkla despotik bir eğilim sergileyerek, teoride cumhuriyetçi olsa da tabiri caizse cumhurun geleneklerini dikkate almadığından uygulanma ve tutarlılık arz etme hususunda başarısız olmuştur³⁴.

³⁰ Savigny, (n 2), s.49.

³¹ Savigny, (n 2), s. 47, 65, 68, 69, 116, 133, 134.

³² Savigny, (n 2), s. 119-125.

³³ Savigny, (n 2), s. 150, 151.

³⁴ Savigny, (n 2), s. 74. Fransız devriminin, medeni hukuk sınırlarına sırt çeviren bir deneyim olarak değerlendirilmesi için ayrıca bakınız: Hannah Arendt, Devrim Üzerine, Çev. Onur Eylül Kara, (İletişim Yayınları 2012), s.119.



Nitekim Savigny, hukukun toplumun ihtiyaçlarına bağlı tekamülünü dikkate almayan Fransız kodunu başarısız bulduğu vakadır. Yine hukukun tarihi-millî karakteri nedeniyle hukuk ithaline de karşı çıkar³⁵. Ancak hukuka yönelik tarihi bir araştırmanın, ki bu araştırmanın konusu büyük ölçüde Roma hukukudur, hukuk bilimcilerini geliştireceği Roma hukuku çalışmalarını sayesinde edinilecek birikimden sonra ancak bir kod yapılmasının düşünülebileceğini iddia eder³⁶. Tartışma, başka bir ülke için hazırlanmış kanunların devralınması hakkında olduğu kadar, genel olarak bir koda duyulan ihtiyaç hakkında olduğu malumdur. Dolayısıyla tek mesele hukukun millî karakteri değildir. Hukukun tarihi bir fenomen oluşu, onun bağrından çıktığı milletle irtibatını ortaya koyduğu kadar tekâmülünü de işaret etmektedir. Dolayısıyla meselenin bir boyutu da koda ihtiyaç duyulan çağın gelip gelmediği, vakit geldiyse bunun nasıl hazırlanacağı ve bir kod hazırlayacak yetkinliğe ulaşıp ulaşılmadığıdır. Elbette bu vurgu dikkatten kaçarsa Savigny'nin Roma Hukukuna yönelik methiyeleri ve Roma Hukuku çalışmak yönündeki öğütleri genel iddialarıyla çelişkili görülür. Bir yandan, hukukun toplumsal ihtiyaçlara paralel olarak tarihi bir tekamülü olduğunu diğer yandan ise Roma hukuku gibi hem yabancı hem de geçmişte kalmış bir hukuku dikkate alma gereğinden bahsetmek çelişki gibi durabilir. Diğer bir ifadeyle tartışmada temel mesele hukukun millî karakteri olsa idi Thibaut'nun dediği gibi Roma hukuku da yabancı bir hukuktur ve pekâlâ bu antik hukuk yerine güncel ihtiyaçları karşılaması daha muhtemel olan çağdaş Fransız kodu tercih edilebilirdi lakin Savigny için Roma hukuku, Romalıların alışkanlıklarının değil hukuk biliminin müteakim eseridir³⁷. Bununla beraber Almanya'da uygulandığı haliyle Roma Hukuku, gayri millî nedeniyle reddedilecek sıradan bir resepsiyon değil hukuk bilimcilerin pratikleriyle Almanya'da uygulanan/yaşayan hukukun bir parçası haline gelmiş uygulama-teori birlikteliğinin yerinde örneğini sunan, Alman hikayesinin parçası olmuş bir hukuktur³⁸. Kaldı ki Savigny'in Roma hukukundan beklentisi, tarihi analiz yoluyla hukukta hakim olan ilkelere ulaşmaktır yoksa Roma Hukuku'nu evrenselleştirip, olduğu haliyle Almanya'da da uygulanabileceğini iddia etmez dolayısıyla da hem Roma hukukunun gayri millî oluşu hem de dağınık oluşu itirazları geçersizdir³⁹.

Roma hukukunun, Roma'nın siyasi iktidarı sona erdikten eş deyişle Roma İmparatorluğu çöktükten sonra da etkisini sürdürmesi şüphesiz bu hukukun Romalı niteliğinden değil hukukiliğinden ileri gelmektedir. Romalı hukukçular farklı cemiyetleri, cemaatleri, kimlikleri barındıran geniş coğrafyadaki

³⁵ Ayrıca bkz. Acar, (n 23), s. 80 vd.

³⁶ Bkz. Acar, (n 23), s. 81; Akbaş, (n 6), s. 63.

³⁷ Becchi, (n 3), s. 196.

³⁸ Acar, (n 23) s. 81; Kuru, (n 4), s. 225. Serhan Yıldırım, 19. Yüzyıl Alman Hukuk Teorisinin Tarih Bilinci Bağlamında Oluşumu ve Etkileri, (Oniki Levha Yayınları 2018) s. 69 vd.

³⁹ Akbaş, (n 6), s. 54, 58.

hukuki uyumsuzlukları nasıl çözecekleri hakkında tetkikte bulunurken, hukuk biliminde mahir hale gelmişlerdir. Hukukun içeriğini belirleyen maddi yanı büyük ölçüde örften elde edilirken hukuki kaideler, kavram ve kurallar arasındaki ilişki gibi biçimsel yanıyla meşgul olmak farklı mahalleri irade etmek mecburiyetinde bulunan bu bağlamda maddi kaynaklarda çeşitliliğin söz konusu olduğu memleketlerin hukukçularının zorunluluğu olagelmıştır. Böyle memleketlerdeki hukukçular hukukun mahalli değil evrensel olan yanını kavrama hususunda maharet geliştirmek durumunda kalmıştır. Hukukun bilimi de elbette bu evrensel yanla irtibatlıdır. Nitekim bilindiği üzere Roma hukuku sadece Alman ülkelerinde değil Avrupa'nın genelinde etkili olmuştur. Kodifikasyon mevzuunda başat memleket durumunda olan Fransa'da da bu işin üstesinde gelebilmek yine hukukçuların Roma hukukunu güncel olaylara uygulama teşebbüsleri esnasında edindikleri teorik marifet ile mümkün olduğu⁴⁰ diğer bir ifadeyle Fransız hukukçuların Savigny'nin Alman hukukçulardan beklediği hukuk bilgisini haiz olduğu da iddia edilmiştir⁴¹.

Savigny pekâlâ hukuka bilimsel bir yan katacak olan şeyin mahalli değil evrensel olduğunun dolayısıyla da hukukun sadece yerel, milli bir yan olmadığını bilincindedir. Platon'dan Hobbes'a yahut idealizmden nominalizme, filozofların evrensellikten ve kesinlikten bahsettikleri zamanlarda yaptıkları gibi o da bu hususu açıklamak için geometriyi kullanır ve hukukçuların çalışmalarına bilimsel nitelik kazandıranın geometrinin aksiyomlarından hareketle yapılan çıkarımlara benzer bir şekilde hukuki bir takım ilkelerden hareketle yapılacak akıl yürütmeler olduğunu, şayet hukuk bu ilkeler gözetilerek türetilmezse kanunun otoritesi hakiki otoritenin yerine geçeceğini belirtir⁴². Esas tamamlanmışlığı ve her bir olay için hukuki çözüm bulabilmeyi temin edecek olan söz konusu bu ilkelerin bilgisiyile oluşan hukuk geometrisidir⁴³.

Hukukun geometrisi olarak andığımız bu ilkeler Romalı hukukçular tarafından kavrandığı için Roma Hukuku, Roma'nın milli hukuku değil evrensele erişebilmiş mahalli bir hukuktur. O kadar ki Savigny Roma hukukundan bahsederken onun yaptırımı bağlanmış bir doğal hukuk gibi görülebileceğini söyler yahut ondan "Tanrı tarafından insanın kalbine konulmuş hisler" olarak bahsedilen ifadeyi alıntılarında sakınca görmez⁴⁴.

⁴⁰ Ziyaeddin Fındıkoğlu, "Tedvin Sosyolojisi Gözü İle Fransız Medeni Kanununun Teşekkülü", (1944) İÜHFİM, ss.602-619, s. 615.

⁴¹ Elbette burada maksat Fransız hukukçuların üstün faziletini yahut eserlerinin mükemmel olduğunu ifade etmek değildir. Nitekim Fındıkoğlu, Fransa'nın siyasi ve toplumsal şartlarının hukukçular zümresinin yetiştirilmesinden ve hukukun teşekkülünde rol almasında etkili olduğunu ifade eder. Bkz. Fındıkoğlu, (n 41), s. 615 vd.

⁴² Savigny, (n 2), s. 51, 52.

⁴³ Gale, (n 9), s.133.

⁴⁴ Savigny, (n 2), s. 55.



Roma hukuku, farklı yazarlarca kaleme alınmış tek bir eser olarak görülebilir, bu yekpare esere bütünlüğü, tutarlılığı, yerindeliği veren de yazarlarının hukuku bilim kılan ilkelere vakıf olması ve bu sayede asla ve asla keyfi iradeyle değil matematiksel kesinlikle yazılmış olmasıdır⁴⁵. Dolayısıyla Roma Hukuku öncelikle bir hukuk yöntemi olarak önem arz eder⁴⁶. Hukuk disiplinine bilimsellik kazandıran da Savigny'ye göre *jus communedeki* evrensel yandır⁴⁷. Dolayısıyla kod yapabilecek erginlik Romalı hukukçular gibi hukukun rehber ilkelerinin bilgisine sahip olmayı gerektirir⁴⁸. Kaldı ki pratikte de ilkelerin bilgisine ve hukuki tecrübeye sahip olmak tercihe şayandır zira her bir olay için münasip bir kural inşa etmek sadece nitelik bakımından bir güçlük değil aynı zamanda olayların sonu gelmez çeşitliliği bakımından da bir meseledir⁴⁹.

Burada evrensellik ve hukuk ilkeleri bağlamında doğal hukuk hususunda bir arasöz ihtiyacı söz konusu olabilir. Savigny'nin, Thibaut'nun önerisinin arka planını oluşturan, Fransız medeni kanunun gerisinde rasyonel doğal hukuka dayalı anlayışa kati surette karşı çıktığı vakadır⁵⁰. Bu bağlamda söz konusu evrensel ilkelerin aklın değil tarihin ürünü olduğu ve tarihçi hukuk okulunun yasa koyucunun iradesini kısıtlayan nesnel, evrensel bir hukuktan bahsetmesinin doğal hukukçuluk olarak görülemeyeceği ifade edilmiştir⁵¹. Buna karşılık Romalı hukukçuların bildiği, hukuku bilim haline getiren hukuk ilkelerinin “tarihi doğal hukuk” olarak ifade edebileceğimiz Roma hukukundaki haliyle *ius naturale* (doğal hukuk) ile koşutluk içerisinde olduğu da teslim edilmelidir. Nitekim bilindiği üzere *ius naturale* de derleme öncesinde hukukçuların geçen yıllar içerisinde tecrübelerinden damıtılarak oluşturduğu ilkelerdi. Derleme sonrası ise bunlar genel geçer doğrular olarak kabul edildi⁵². Diğer bir ifadeyle hukukun politik unsuru tarihi iken teknik, bilimsel unsuru tarih üstü görünmektedir. Nitekim onun Roma hukukuna yönelik tarihi ilgisi, tarihi olan unsuru yani yasa koyucunun iradesini ayıklamaya ve ilkeyi bulmaya yöneliktir⁵³. Yine Savigny'nin sistem oluşturmaya yönelik vurgusunun doğal hukuk mirası olduğu, hukukçulara, söz konusu temel ilkeleri bulup çıkarmak

⁴⁵ Savigny, (n 2), s. 56.

⁴⁶ Savigny, (n 2), s. 62.

⁴⁷ Savigny, (n 2), s. 141.

⁴⁸ Acar, (n 23), s. 83, 84.

⁴⁹ Joachim Rückert, Friedrich Carl von Savigny, the Legal Method, and the Modernity of Law, (Juridica International 2006), ss.55-67, s.62, 63.

⁵⁰ Acar, (n 23), s. 82 vd.

⁵¹ Akbaş, (n 6), s. 54. Ayrıca bkz. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları, (3th edn, Oniki Levha Yayıncılık 2010) s. 206.

⁵² Bkz. Sevgi Kayak, ‘Roma Hukukunda Ius Naturale (Doğal Hukuk) Kavramı’ in Sercan Gürler (ed), Adalete Yönelmiş Bir toplumsal Düzen Olarak Hukuk: Prof. Dr. Yasemin Işıktaç Armağanı, (Sümer Kitabevi 2021), s. 468-469.; O. Vahdet İşsevenler, Doğal Hukuk Sorunu, (Pinhan Yayıncılık 2021), s. 37.

⁵³ Akbaş, (n 6), s. 63.

hususunda yüklediği ödevin Wolff gibi doğal hukukçuların ilkelere yönelik arayışını anımsattığı ifade edilmiştir⁵⁴. Bilindiği üzere, hukuk bilimini geleneksel otoritenin tesirinden kurtarıp, yeni bilime uygun rasyonel temellere ve metodolojiye kavuşturma işini evvela doğal hukuk düşünürleri üstlenmişti; özellikle, Avrupa genelindeki medeni hukuk kodlarında yaygın olan genel hükümler kısımları Pufendorf'un felsefesinin izlerini taşır, medeni hukukun modernizasyonu Grotius'tan Wolf'a uzanan filozofların doğal hukuku konu edinen eserleri eliyle olmuştur⁵⁵. Velhasıl Savigny'nin hukuki ihtiyaçları yasama marifetiyle kolayca karşılanmanın gerekçesi olarak rasyonel doğal hukuka hususi olarak karşı geldiği vaka olsa da o, ne doğal hukuka tamamen sırt çevirmiştir ne de hukukun tarih üstü yanlarını görmezden gelmiştir.

Velhasıl Savigny'yi okurken kuracağımız şemada hukukun tarihi ve tarih üstü olan yanlarından ziyade yasama ve hukuk bilimini karşı karşıya getirmek isabetli olacaktır. Nitekim Savigny'nin örf adete karşı hukukçular hukukunu, hukukun tekâmül seyrinde uzmanlar safhasını ön plana çıkardığı ifade edilmiştir⁵⁶. Mesele tarih bilinci ise, Savigny'nin eserinin hukukun modernleşmesi krizinin bir parçası olduğuna dikkat edilmelidir. Modern hukuk, *aklını kullanma cesareti* gösteren insanların ürünü olma iddiasıyla kendisini dinden ve ahlaktan ayırmış ve yazılı olmaya hususi bir önem atfetmiştir⁵⁷. Bu değişimin hızlı, kesin ve kalıcı olması beklentisi değişimin tedricen değil siyasi iradeler eliyle, siyasal örgütün şiddet tekelinin kullanılması aracılığıyla karşılanmaya çalışılmıştır. Bu tabloda devre dışı bırakılan sadece eski hukukun ahlaki, dini kaynakları değil bu kaynakların yanı sıra örfü de içerik olarak kullanan hukukçular zümresi bilhassa da yargıçlar ve hukuk bilimcileridir aynı zamanda. Kodifikasyon rüzgarlarının kuvvetli estiği devirde üniversitelerin yelkenlerini doldurmadığı, hatta Fransa'da öğrenci yokluğundan kapanan üniversite olduğu da bilinmektedir⁵⁸. Dikkatten kaçmaması gerekir ki hukukun sadece içeriği değil türetiliş biçimi de değişmiştir. Yazılı, temel varsayımları/ kabulleri netleştirilmiş eksiksiz birer hukuk kitabı olan kodlar sayesinde hukukçunun yazarlıktan okurluğa dönüştürülmesi ve hukukçunun değişimin önüne geçmesinin engellenmesi umulmuştur. Kodlarla sayesinde erişileceği umulan toplumsal değişimin sekteye uğramaması için yargıçlar içtihat ve gelenek hukuklarındaki alışkanlıklarını terk edip yasanın ağız olmakla yetinmeli, yasanın tek hukuk kaynağı olması temin edilmelidir⁵⁹. Mezkûr krizde, yargıca yönelik, yasanın anlamına yasa koyucunun subjektif tarihi amacını

⁵⁴ Gale, (n 9), s.136. Aynı yönde bkz. Acar, (n 23), s. 83.

⁵⁵ R.C. van Caenegem, *An Historical Introduction to Private Law*, (3th edn, Cambridge University Press 1996) s. 119-120.

⁵⁶ Yıldırım, (n 39), s. 68, 72.

⁵⁷ Rückert, (n 50), s. 56.

⁵⁸ Van Caenegem, (n 56), s. 128.

⁵⁹ Van Caenegem, (n 56), s.122, 130.



gözeterik ulaşması ve yasanın sözcüsü olmak dışında bir işe kalkışmaması gerektiği yönünde, yorumda lafzi ve sübjektif amaç unsurlarını ön plana çıkaran telkinler hatırlanmalıdır. Aynı şekilde hukuk biliminin, kodları kelime oyunları, gereksiz ince işlerle fazla kurcalayıp vatandaşın anlayamayacağı bir hale sokması da istenmemiştir, özetle yeni bilim yasamadır⁶⁰.

Yukarıda hukukun modernizasyonunu gerçekleştirdiğini ifade ettiğimiz düşünürler sadece hukukla ilgilenmediler. Hatta bu isimler çağımızda görmeye alışık olduğumuz isimler gibi birer hukuk felsefecisi de değildiler. Genel felsefenin hukuki sonuçlarını ortaya koydular ve bu genel felsefe yeni çağın dünya görüşünü yansıtıyordu. İşte modernliğin inşasında, nasıl ki filozoflar geleneksel açıklamaları ikame edecek kuşatıcı açıklamalara yönelmiş ve bu açıklamalar bir dünya görüşü temin etme işlevi de görmüşse, nasıl ki sosyoloji yeni toplumu sadece bilindir kılmamış aynı zamanda inşa da etmişse yasama meclisleri ve kodlar da sadece yeni dünyanın ihtiyaç duyduğu hukuku üretmemiş aynı zamanda toplumu ve hukuku değişime zorlamıştır. Bu doğrultuda mezkûr eser, hukukun mahiyeti gerekçe gösterilerek hukuk bilimine, kontrolden çıkması muhtemel bu sefere rota tayin etme, ahlak ve dinden boşalan çıpa eksikliğini giderme, başı boş kalmış öznenin keyfiyetine set vurma işlevi tanımak olarak da görülebilir: Eserde hukukun mahiyeti itibariyle toplumu dönüştürmekten ziyade yansıma işlevinde olduğuna dikkat edilmesi gerektiğine yönelik bir vurgu söz konusudur⁶¹.

Bugün Savigny'nin yasama politikaları yahut hukukun mahiyeti tartışılırken anıldığına nadiren şahit oluruz buna karşılık, hukuki yorumdan bahsedilirken onun ortaya koyduğu dört unsur, (gramatik, sistematik, mantıki, tarihi) Savigny adı zikredilmese dahi anılmadan geçilemez⁶². Bu durum dahi başlı başına Savigny'nin esasen hukuk biliminin pozisyonuna yönelik bir savunu gerçekleştirdiğinin düşünülmesi için kafi bir delil olsa gerekir. Nitekim Rückert, Savigny'nin hukuk metodolojisinden anladığı ile bugünün anlayışını karşılaştırırken bu durumu yalınlıkla ortaya koyar: Bugün hukuk metodolojisi hukuki olana karar vermenin yolu olarak işlev görürken Savigny hukukun araştırılmasının yöntemini ortaya koyuyordu, bu araştırma yöntemi bağımsız çalışan yargıcın bilimselliğini temin etmeye yönelikti, ona göre hukuk böyle bir araştırmanın ürünüdür; kendiliğinden gelişen bir düşüncedir, kural bu düşüncenin ifadesinden fazlası değildir⁶³. Dolayısıyla eser tarih üstü bir şiar olarak, hukukun içeriğinin toplumsal ihtiyaçlardan edinilmesi gereğini, bu içeriğe biçimi ise hukukun tarih üstü ilkelerini içselleştirmiş hukukçuların verebileceğini ifade eder.

⁶⁰ Van Caenegem, (n 56), s. 123.

⁶¹ Gale, (n 9), s. 134.

⁶² Rückert, (n 50), s. 57.

⁶³ Rückert, (n 50), s. 58, 60.

Şimdi Savigny'nin argümanının hususi olarak çağımız bakımından değerlendirelim. Bunun için de temsil edici bir kontrast yaratması beklentisiyle Waldron'un *Yasama* makalesindeki görüşlerini özetleyelim. Waldron, metnine bekleneceği üzere, hukukçular zümresinin temsilcisi olarak telakki edilebilecek yargı ile yasama arasındaki farkı dikkate sunarak başlar:⁶⁴ Buna göre yasama kurumları, hususi olarak yasa yapmak, hukuk yaratmak için tasarlanmıştır; yasaların içeriğinin demokratik meşruiyet bağlamında adil olabilmesi adına söz konusu kurumların temsil edici nitelikte olmasını temin edecek seçim prosedürleri düzenlenmiştir. Diğer bir ifadeyle yasama kurumları, davranışlarımızı düzenleyen kuralların yine bizler tarafından konmasını temin etmeye yöneliktir. Bu bağlamda hukuk yaratımı hususunda ilk ve belki de en büyük gerilim yasa yapımının demokratik meşruiyeti meselesidir. Başka bir deyişle uzmanlar sorunu⁶⁵.

Kimse çamaşır makinesinin mühendisler tarafından yapılmasına karşı çıkmaz fakat aynı tavır, yani bir ürünün uzmanlar tarafından yapılmasına dair meritokratik tavır, söz konusu yasa yapımı olduğunda sürdürülmez. Bunun temelinde de şöyle bir varsayım vardır: Neticede yasalar birer eylem gerekçesidir ve herkes nasıl eyleyeceği hususunda söz hakkına sahiptir. Peki bu durum gerçeklikle örtüşmekte midir? Ticaret hukuk alanında istisnanın istisnasının düzenleyen bir hükmü göz önünde bulunduralım. Ne genel kanaati temsil etmek üzere sıradan bir yurttaşın ne de tüm ülkenin yasal düzenini tekeline alma iddiasındaki bir tiranın bu hususta söyleyeceği bir söz vardır. Böyle bir beklenti modern hukuk sistemlerinin düzenlemeler aracılığıyla toplumsal hayatın neredeyse tüm kılcallarına nüfuz ettiğini dikkate aldığımızda gerçekçi de değildir. Bu işin uzmanlara terk edilmesine yönelik makul tek itiraz bu konuda yurttaşı temsil eden karakterin sıradan insan değil gündeliğinde bu işle meşgul olan kimseler olduğu ve onlara danışılması gerektiği olabilir. Başka bir deyişle sıradanın insan değil ama basiretli bir tacirin, ticaretini düzenleyen konularda söz sahibi olması gerektiği iddia edilebilir. Nitekim Londralı tacirlerin, jürilerde yer alarak İngiliz ticaret hukukunun gelişimine katkı sundukları belirtilir⁶⁶. Fakat bu da yeterli değildir. Zira hangi konuda bir yasa hazırlanırsa hazırlansın bu yasanın genel biçimsel yasa özelliklerini haiz olması ve hukuk sisteminin bütünüyle uyumlu olması gerekecektir ve söz konusu bu gereklilikler, her iş kolunda olduğu gibi uzmanlar tarafından bilinir yani bu ancak hukukçuların ifa edebileceği bir vazifedir. Blackstone'un hukukçu olmak için uzun bir eğitimin gerekli görünmesine karşılık herkesin

⁶⁴ James Waldron, 'Yasama' in Ertuğrul Uzun (ed), *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Teorisi Rehberi*, Çev. O. Vahdet İşsevenler, (İsık Yayınları 2021), s. 420.

⁶⁵ Uzmanlar sorununa dair tarihçi hukuk okulunun dahili tartışmaları için bkz. Yıldırım, (n 39), s. 68.

⁶⁶ Van Caenegem, (n 56), s. 136.

kendisini doğuştan yasa koyucu gördüğüne yönelik itirazı bu bağlamda anlamlıdır⁶⁷. Diğer bir ifadeyle yeni yasanın yürürlükteki hukukun bütünüyle ve hukuk diliyle uyumlu olması hukukçuların takdir edebileceği diğer bir ifadeyle uzmanlığa müracaatı gerektiren bir husustur⁶⁸.

Bir diğer kriter ise genel adillik-doğruluk meselesidir. Burada da yine iki uzman grubu arasından hukukçular ön plana çıkar zira söz gelimi maden işletmelerine dair bir düzenleme sadece maden şirketlerini değil turizmcileri de çiftçileri de ülkenin yeraltı kaynaklarının kamusal niteliği göz önünde bulundurulduğunda sıradan yurttaşı da ilgilendiren bir husustur dolayısıyla burada doğruluğun kriteri sadece maden işletmesinin gerekleri değil en az onun kadar ortak iyidir de. Ortak iyinin tespiti hususunda ise hukukçuların karşısındaki uzmanlar, meslek erbabı değil yasama meclisleridir. Bu eşleşmede ise en başa yani böyle bir işi uzmanlara terk edip etmeyeceğimiz meselesine döneriz. Bu bağlamda meclislerin hukuku ortak iyiye uygun türetme işlevi de ayrıca tartışmalıdır. Yasama meclislerinin, Bismarck'ın "eğer sosisi ve yasaları seviyorsanız, nasıl yapıldıklarını görmesiniz daha iyi olur" sözünü meşhur eden uygunsuzlukları barındırdığı vakadır⁶⁹.

Waldron, yasamayı, yasa yapmakla hukuken vazifelendirilmiş bir kurumun yasa yapmaya yönelik faaliyeti olarak mümkün merteye biçimsel olarak tarif ederken dahi anayasal ve kurumsal sınırların yasamanın kısıtları olarak zımnî olarak kabul eder. Diğer bir ifadeyle seslendiği kişilerle paylaştığı hukuki-politik iklimin koşullarını genel geçer kabul eder. Yerleşik anayasal ve diğer kurumsal paternler yasama faaliyetini icra edenlere kısıt getirdiği ölçüde hazır bir meşruiyet sermayesi de temin eder. Yasama faaliyetini gerçekleştirenler, üzerinde anlaşmış prosedürler eliyle bunu yapmaktadır diğer bir ifadeyle bu hususta yetkilidir. Yetki sahibi olmanın manası, yetkinin edinildiği hukuki koşulların dışına taşacak bir faaliyette bulunmama taahhüdünün örtülü olarak verilmesidir. Ne var ki yasama hukuk kuralı koymanın temel ve nihai formu olarak telakki edildiğinde, yasamanın pekâlâ ilgili prosedürlere yönelik icra edilmesi de mümkündür. Böyle bir durumda yetki veren kurallar yasama faaliyeti karşısında sıradanlaşır. Bu aşama yasamanın nihayetinde, politik tercih ürünü olduğunun özellikle hatırdta tutulması gereken bir aşamadır. Yasama konumunda bulunan çıkar grubu, bu konuma oyunun kuralları eliyle gelmiş olsa da oyunun kendisi değil bir paydaşıdır. Fakat herhangi bir paydaşı değildir. Arkasında yasa yapmaya yetecek, yasama pozisyonunda tutunmasına yetecek denli iktidarı biriktirebilmiş olan bir gruptur ve yasa bu doğrultuda söz

⁶⁷ Waldron, (n 65), s. 421.

⁶⁸ Mehmet Tefik Özcan, 'Yasama Faaliyeti ve Kamusal Alan', (2006) 2, Hukuk Kurultayı, ss. 387-446, s. 390 vd.; Mehmet Tefik Özcan, 'Yasama Faaliyetinin Sınırı Olarak Hukuk Devleti' in Nami Çağan (ed), Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoglu'na Armağan, (Adalet Yayınevi 2010), ss.529-566, s. 552.

⁶⁹ Waldron, (n 65), s. 428.

konusu grubun tercihinin tüm yurttaşlar için genel norm haline gelmesidir⁷⁰. Bu husus Hart'ın şemasında ikincil olarak addedilen kurallara dair kurallar, esas teşkilata dair kurallar ve nihayet kodların genel hükümleri için ayrı bir hususiyet arz eder. Yasamayı yetkilendirenin anayasal kurallardan önce anayasal ve kurumsal içtimai gerçeklik olduğu bu durumda daha iyi anlaşılır zira yasama faaliyetinin, yetki veren kuralları geri dönülemez ve yasama yetkisinin anlamını dönüştürecek yönde kullanılmasını engelleyecek olan, yürütülmesi özneye bağlı kurallar diğer bir ifadeyle hukuk dogmatığı değildir. Kaldı ki katı anayasaların yumuşak anayasalardan daha çok değiştirildiği genel bir vaka olduğu kadar⁷¹ memleket tarihimizin de şahitlik ettiği bir husustur. Elbette anayasa yapımının özel kanunlarda yer almayan kimi hususiyetleri söz konusudur ama yasamanın mahiyetini tetkik ederken içtimai gerçekliği dikkate almak mecburiyeti ikisinde de ortaktır. İlâveten anayasal denetim gerçekleştiren mahkemelerin anayasallık adına vazgeçilemez rolünü, genel hukukilik için mahkemelerin ve doktrinin paylaştığını düşünmemizin önünde bir engel yoktur. Savigny, hukukun kaynağının sırasıyla toplumun ve hukukçuların bilinci olduğunu ifade ederken bu zeminde hareket ediyordu. Genel hükümler ise kodların temel varsayımlarını ve yapısına hakim olan prensipleri barındırdığı nispette yasamaca tasarlanabilir olmaktan uzaktır, nitekim olgusal olarak da durum böyledir.

Öte yandan Savigny'nin hukukun halk ruhundan sadır olduğuna yönelik vurgusunu toplumsal yapının gereklerini, güncel sosyal ilişkileri dikkate alarak hukuk yaratmanın lüzumu şeklinde okursak zaten basiretli tacirin görüşleri de dahil olmak üzere toplumsal ihtiyaçları dışarıda bırakmış olmayız. Eğer demokratik meşruiyetten beklentimiz rıza ekonomisinden ziyade toplum ihtiyaçlarına uygunluksa bir meşruiyet kaybı da söz konusu olmayacaktır.

Burada dikkatten kaçmaması gereken bir husus Savigny'nin metninin tekil yasama faaliyetlerinden ziyade kod hakkında olduğudur. Kod hazırlamak ise gerek yasamanın faaliyetleri içerisinde gerekse genel olarak hukuk kaynağı üretimleri arasında istisnaidir. Zira kod belirli, güncel bir ihtiyacı gidermeye yönelik tekil yasama tasarrufunu değil ülkenin hukuki birikiminin sistematik hale getirilmesini ifade eder, nitekim tarihi olarak da kodların hazırlanmasında yasamanın değil uzmanların işlev gördüğünü biliyoruz⁷². Siyaseten, Fransa istisnası bir yana Avrupa genelinde kodlar yeni toplumun dizayn araçları olarak kralların, imparatorların kullandığı araçlardı fakat ister siyasi elitlerin eliyle olsun ister Fransa'daki gibi halk desteğiyle olsun kodları hazırlayan hukukçular olmuştur⁷³. Bu tartışmanın çağımız bağlamında önemi de tam da bu anlamda

⁷⁰ Özcan, Yasama Faaliyeti ve Kamusal Alan (n 69), s. 456.

⁷¹ K. C. Wheare, Modern Anayasalar, çev. Mehmet Turan, (2nd edn, Değişim Yayınları 1985), s. 22 vd.

⁷² Özcan, Yasama Faaliyetinin Sınırı Olarak Hukuk Devleti (n 69), s. 539, 551.

⁷³ Van Caenegem, (n 56), s. 122.



kodların zemin teşkil ediyor olmasıdır. Kodlar sayesinde yasalar birbirinden bağımsız, kopuk direktifler değildir. Kodların bu marifeti elbette, kanunların bir arada durduğu sıradan birer tedvin olmalarında değildir. Bundan ziyade normların biçimsel ve içeriksel ilişkilerini temin eden ortak bir anlayışı barındırmalarıdır. Bunu temin eden de kitaplaştırma işleminin kendisi değil onun gerisindeki hukuk teorisisidir. Savigny bu bahis üzerinde de ısrarla durmuştur:

“...eşya hukuku ve borçlar hukuku genel teorileri, hiçbir şekilde bir bilimsel hazırlık olmaksızın anlaşılabilir. Hatta, tasarının madde madde ele alındığı bir görüşmede bunlar, bütün bölümlerin içeriği ve düzenleniş biçimleri incelenmeksizin bir tartışmaya konu bile edilemez. Bu nedenle örneğin, satım sözleşmelerine itiraz hakkındaki görüşmeler, Sözleşmeler kısmının ilk iki bölümü üzerine yapılan görüşmelerden en az dört kat daha uzundur.”⁷⁴

“Bütün kod boyunca fark edilebilir olan kusur şudur: Eşya hukuku teorisi, genel itibarıyla Roma hukukudur. Ancak, çok iyi bilindiği üzere Roma Eşya Hukuku, aynı haklar ve obligationen olmak üzere iki temel kavrama dayanır ve herkes, Romalıların bu kavramların kesinliği ve belirliliğiyle ne kadar çok şey gerçekleştirmiş olduğunu bilir.”⁷⁵

Teorinin özel hükümlere önceliği meselesi ne özel hukukla ne Alman ve Fransız deneyimleriyle ne de bir modernlik projesi olarak görülebilecek kodlar devriyle sınırlıdır. Coğrafi ve tarihi kısıtlardan azade genel bir ilkedir. Örneğin Husak, Amerikan hukuk sistemini dikkate alarak yazdığı, güncel, ceza hukuku makalesinde, ceza düzenlemelerindeki enflasyonla cezalandırma teorisi eksikliği arasındaki ilişkiye dikkat çeker⁷⁶.

SONUÇ

Hulasa, hukuk, yasamanın kudretli nefesiyle insan davranışını düzenlediği büyüklü sözler olmaktan ötede hukukçuların yıllara yayılan çalışmalarıyla, mahkeme kararlarıyla beslenen bir sistemdir. Elbette yasalar hukuk kaynaklarının başlıcasıdır. Fakat hiçbir hukuk kaynağından dikildiği bahçenin florasını gözetmeksizin meyve vermesini bekleyemeyiz. Eğer hukukçuların, hukukun otonomisi ve bilimselliği hususunda bir dikkati söz konusuysa, yasama kısıtlarına ve tekniğine dair olan veçhe ikincil önemdedir. Zira hukuk bahçesinin ev sahibi hukukçu zümresi ise sorumluluk da aslen bu kesimdedir.

⁷⁴ Savigny, (n 2), s. 77.

⁷⁵ Savigny, (n 2), s. 82.

⁷⁶ Douglas Husak, ‘Ceza Hukuku Teorisi’ in Ertuğrul Uzun (ed), Hukuk Felsefesi ve Teorisi Rehberi, Çev. Dilara Yıldırım, (İsık Yayınları 2021), s. 202-204. Burada Husak’ın genel hükümleri, özel hükümlerden hareketle oluşturulmuş genellemeler olarak tarif edişine itirazımı ayrıca belirtmeliyim. Kıta deneyimi, bilhassa da Almanya için ceza hukuku genel hükümlerinin gerisinde keyfi yasama iradesinden ziyade büyük Alman düşünürlerinin felsefi mülahazalarının yer aldığı vakadır. Hareketten kusura varıncaya dek zaten birçok temel ceza hukuku kavramı felsefi niteliktedir.

Yukarıda Savigny'nin şikayet ettiği, Alman hukukçular arasında yaygın olan bir kabulü anmıştık: hukukun, kanunlardan, yani egemen gücün açık yasama işlemlerinden doğduğu, hukuk biliminin inceleme konusunun da sadece bu yasaların içerikleri olduğuna yönelik yaygın kabul. Yıllar sonra Radbruch, Alman hukukçular arasında yaygın olan “emir, emirdir ve yasa, yasadır” maksiminden şikayet etmiştir⁷⁷. Radbruch'un şikayetinin bağlamı artık kod tartışması değildir, çözüm hususunda da Savigny ile aynı istikamette seyretmez. Fakat sorunu aynı tavırda, aynı kabulde gördüklerini ifade edebiliriz ve bunun sadece Alman hukukçular arasında zaman zaman hortlayan bir tavır olduğunu düşünmemiz doğru olmaz. Fransa da bir hukukçu (J.-J. Bugnet) şöyle diyordu: “Ben medeni hukuk nedir?, bilmem. Ben Napolyon kodunu okutuyorum.”⁷⁸

KAYNAKÇA

Ali Acar, ‘Friedrich Karl von Savigny’nin Hukuk Anlayışı’, (2006) 1 (1) EÜHFD, ss.65-88,

Akbaş K, ‘Friedrich Carl Von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği’, (2016) 74 (1) İÜHFM, ss.53-72.

Aral V, Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları, (3th edn, Oniki Levha Yayıncılık 2010)

Arendt H, Devrim Üzerine, Çev. Onur Eylül Kara, (İletişim Yayınları 2012)

Arsal S. M., ‘Hukuk İlmi ve Sosyoloji’, (2007) HFSA17, ss. 60-72.

Becchi P, ‘German Legal Science: The Crisis of Natural Law Theory, the Historicisms, and ‘Conceptual Jurisprudence’’, in Damiano Canale, Paolo Grossi, Hasso Hofmann (eds), A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence Volume 9: A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World 1600–1900, (Springer 2009)

⁷⁷ Sevtap Metin, Altan Heper, Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü, (2014 Tekin Yayınevi) s.23

⁷⁸ Geny, methodes d’interpretation et sources en droit prive positif’den aktaran Sadri Maksudi Arsal, ‘Hukuk İlmi ve Sosyoloji’, (2007) HFSA 17, ss.60-72, s. 61.; Van Caenegem, (n 56), s. 139. Kirchmann’ın, nesnesini bu şekilde belirleyen hukukçu faaliyetinin bilimsel bakımından değersiz olduğuna yönelik vurgusu dikkat çekicidir. Araştırma nesnesi olarak kanun koyucunun sözünü konu edinen hukukçuların, şerhlerden, monografilerden meydana getirdiği kütüphaneleri dolduran eserlerinin yine kanun koyucunun ilgili sözdeki bir iki kelimeyi değiştirmesiyle boşa çıkması ona göre hukukçunun bilimle örtüşmeyecek şekilde kendisine tesadüfi olan bir konuyu nesne edinmesin nedeniyledir (Julius Kirchmann, ‘İlim Olmak Bakımından Hukukun Değersizliği’, (2007) (17), HFSA, çev. Coşkun Üçük, ss.7-31, s. 20,21). Halbuki hukukun tabi konusu ona göre halk arasında yaşayan hukuktur ve o da Savigny gibi hukuku dile benzeterek halkın bilmeden kullandığı grameri hukukçunun nesne edinmesi gerektiğini ifade eder yani kendiliğinden olanı kavramsallaştırmak, kurumlarını tespit etmek ve aralarındaki ilişkiyi sistematikleştirmek vazifesini yükler hukukçuya. (Kirchmann, (n 79), s. 12, 13).



Fındıkoğlu Z., “Tedvin Sosyolojisi Gözü İle Fransız Medeni Kanunun Teşekkülü”, (1944) İÜHFİM, ss.602-619.

Gale S. G, ‘A Very German Legal Science: Savigny and the Historical School’ (1982) Stanford Journal of International Law, ss. 123-146.

Güriz A, Hukuk Felsefesi, (11th edn, Siyasal Kitabevi 2015)

Hirş E, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Dersleri, (3th edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 2001)

Husak D, ‘Ceza Hukuku Teorisi’ in Ertuğrul Uzun (ed), Hukuk Felsefesi ve Teorisi Rehberi, Çev. Dilara Yıldırım, (İslık Yayınları 2021)

İşıқтаç Y, Hukuk Felsefesi, (5th edn, Filiz Kitabevi 2018)

İşsevenler O. V, Doğal Hukuk Sorunu, (Pinhan Yayıncılık 2021)

Kayak S, ‘Roma Hukukunda Ius Naturale (Doğal Hukuk) Kavramı’ in Sercan Gürler (ed), Adalete Yönelmiş Bir toplumsal Düzen Olarak Hukuk: Prof. Dr. Yasemin İşıқтаç Armağanı, (Sümer Kitabevi 2021)

Kirchmann J., ‘İlim Olmak Bakımından Hukukun Değersizliği’, (2007) (17), HFSA, çev. Coşkun Üçük, ss.7-31.

Kuru G, Thibaut ve Savigny’de Resepsiyon ve Kodifikasyon Hareketleri, (2017) 22 (1) MARHUFHAD, ss. 201-228.

Metin S, Heper A, Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü, (2014 Tekin Yayınevi)

Öktem N, Türkbağ A. U, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, (3th edn, Der Yayınları 2003)

Özcan M. T, ‘Yasama Faaliyeti ve Kamusal Alan’, (2006) 2, Hukuk Kurultayı, ss. 387-446.

Özcan M. T, ‘Yasama Faaliyetinin Sınırı Olarak Hukuk Devleti’ in Nami Çağan (ed), Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu’na Armağan, (Adalet Yayınevi 2010)

Rückert J, Friedrich Carl von Savigny, the Legal Method, and the Modernity of Law, (Juridica International 2006) ss. ss.55-67.

Savigny F. C, Çağımızın Yasama ve Hukuk Bilimi Konusundaki Görevi Üzerine, Çev. Ali Acar, (Pinhan Yayıncılık 2018)

Van Caenegem R. C, An Historical Introduction to Private Law, (3th edn, Cambridge University Press 1996)

Waldron J, ‘Yasama’ in Ertuğrul Uzun (ed), Hukuk Felsefesi ve Hukuk Teorisi Rehberi, Çev. O. Vahdet İşsevenler, (İslık Yayınları 2021)

Wheare K. C, Modern Anayasalar, çev. Mehmet Turan, (2nd edn, Değişim Yayınları 1985)

Yıldırım S, 19. Yüzyıl Alman Hukuk Teorisinin Tarih Bilinci Bağlamında Oluşumu ve Etkileri, (Oniki Levha Yayınları 2018)

ÖZEL HUKUK

AKIL HASTASI KISITLINİN ARACININ KAZAYA KARIŞMASI HALİNDE SORUMLULUK VE SİGORTACININ RÜCU HAKKI

*The Liability of in Accidents Restricted due to Mental Illness
and Right of Recourse of Insurer*

İsa AKANSEL*

Özet

4760 Sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nun 7/2-b maddesinde belirlenen engelli tanımı kapsamında bulunanların özel tüketim vergisinden muaf tutularak araç alımları kolaylaştırılmaktadır. Maddede belirtilen engelli kapsamına çoğunlukla akıl hastası olan kişiler de girmektedir. Akıl hastası bu kimselerin kısıtlanması için genellikle sulh hukuk mahkemesine başvurularak vasi atanması istenilmektedir. 4760 Sayılı Kanun uyarınca vergiden muaf olan araçlar kısıtlı adına alınarak bu kişiler malik olmakta, çoğu zaman da vasi bu aracı kullanmaktadır. Ancak motorlu araçlar işletilmesi sebebiyle her an tehlike yaratma ihtimali içindedir. Kısıtlı adına alınan aracın kazaya karışması durumunda akıl hastası kısıtlının ve vasinin sorumlulukları farklılık arz eder. Çalışmamızın konusunu kısıtlının malik olduğu aracın kazaya karışması halinde, zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamında kısıtlı ve vasinin zarar görene karşı sorumluluğu oluşturmaktadır.

Anahtar kelimeler: Hakkaniyet sorumluluğu, motorlu araç işletenin sorumluluğu, zorunlu mali sorumluluk sigortası.

Abstract

For those who comply with the definition of disabled in article 7/2b of the Special Consumption Tax Law No. 4760, vehicle purchases have been facilitated by exemption to special consumption tax. The definition of disability in the article mostly includes people with mental illness too. In order to restrict the mentally ill people, it is generally requested from the peace court to appoint a guardian by application. In accordance with the law no. 4768, the tax-exempt vehicle is purchased on behalf of the restricted and, although the owner is the restricted, often used by the guardian. However, due to the fact that they are operated, motor vehicles carry the risk of creating danger at any time. In cases where the vehicle of the person restricted due to mental illness is involved in a (traffic) accident, the liabilities of the restricted and the guardian are different. The study examines the liabilities of the restricted and the guardian against

➤ Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 12.01.2022

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 06.09.2022

* Hâkim, Isparta Adliyesi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, aknslisa@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-9506-5015>

the damaged party within the scope of compulsory liability insurance, if the vehicle owned by the restricted is involved in an accident.

Keywords: Fairness liability, liability of motor vehicle operator, compulsory liability insurance.

GİRİŞ

Devletimiz sosyal bir hukuk devleti olması sebebiyle, güçsüz konumda bulunan vatandaşlar lehine birtakım düzenlemeler yapmaktadır. 4760 Sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu¹ da bu ayrıcalıklı düzenlemelerden birisidir. Kanunun belirlediği şartları taşıyan engellilerin vergiden muaf tutularak, araç alımları kolaylaştırılmaktadır. Bahsi geçen kanunda *engellilik durumlarının araçları bizzat kullanamayacak ve sürekli olarak tekerlekli sandalye veya sedye kullanmalarını gerektirecek nitelikte olduğunu ilgili mevzuat çerçevesinde alınan engelli sağlık kurulu raporuyla tevsik eden* engellilerin, vergiden muaf tutulacağı belirtilmiştir. 4760 Sayılı Kanun'un 7/2-b maddesinde tanımlanan engelli kapsamına çoğu zaman ayırt etme gücünden yoksun akıl hastaları da girmektedir. Akıl hastası bu kimselerin işlerini yürütmek amacıyla sulh hukuk mahkemesine başvurularak kısıtlanması istenilmekte ve bu kimselere vasi atanmaktadır. Mahkeme tam teşekküllü bir hastaneye akıl hastasını sevk ederek sağlık kurulu raporu² aldırılmaktadır (TMK m.436/5). Bu kapsamda 4760 Sayılı Kanun'da belirtilen şekilde ve oranda engelli kapsamına giren her akıl hastası kısıtlı da vergi muafiyetinden yararlanabilir.

Uygulamada sıklıkla vasi, akıl hastası kısıtlının vergi muafiyetinden yararlanarak araç sahibi olması için mahkemeye başvurup izin almaktadır³. Genel itibariyle akıl hastası kısıtlıların adına alınan araçları vasisi kullanmaktadır. Kısıtlı adına alınan bu araçların işletilmesi sebebiyle tehlike yaratması olasıdır. Bu durumda malik olarak kısıtlı ile kısıtlı adına aracı kullanan vasinin sorumlulukları farklı olmaktadır. Kısıtlının malik olarak sahip olduğu aracın kazaya karışması halinde akıl hastası kısıtlının hakkaniyet sorumluluğu (TBK m. 65) söz konusuysen, vasi kullanıyorsa araç olması sebebiyle motorlu araç işletenin sorumluluğu (KTK m. 85) doğmakta ve bu sorumluluklar birbirleriyle yarışmaktadır. Bu sebeple çalışmamızda öncelikle hakkaniyet sorumluluğu incelenecek, öte yandan motorlu araç işletenin

¹ Özel Tüketim Vergisi Kanunu, Kanun Numarası: 4760, Kabul Tarihi: 06.06.2002, RG 12.06.2002/24783.

² Nevzat Koç, 'Türk Medeni Kanunundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış' (2005) 7(0) DEÜHFD, 99, 114; Köksal Kocaağa, 'Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması' (2006) 10 (1,2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 33, 51; Ömer Uğur Gençcan, Vesayet Hukuku (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019) 280 vd.

³ TMK m. 462: "*Aşağıdaki hâllerde vesayet makamının izni gereklidir:... 2. Olağan yönetim ve işletme ihtiyaçları dışında kalan taşınır veya diğer hak ve değerlerin alımı, satımı, devri ve rehn edilmesi...*".

sorumluluğuna değinilerek, zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamında sorumluluklar belirlenecektir.

I. AKIL HASTASI KISITLININ HAKKANİYET SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak

Kural olarak ayırt etme gücünden yoksun kimselerin haksız fiilleri sebebiyle sorumlu olmaları mümkün değildir. Zira ayırt etme gücünden yoksun kimselerin akla uygun hareket etme yeteneği bulunmamaktadır. Bununla birlikte bu kimselerin verdikleri zararın tazmin edilmemesi vicdani ve adaleti yaralayabilecek bir olgudur. Bu sebeple bazı istisnaların bulunması mümkündür. Nitekim TMK m. 15 hükmü *kanunda ayırık sayılan haller* demekle bu durumu açıkça düzenlemiştir.

1. Ayırt Etme Gücü

Ayırt etme gücü eski Medeni Kanun döneminde olduğu gibi 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda da 13. maddede düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 13. maddesi şu şekildedir: “*Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir*”. Görüldüğü üzere TMK ayırt etme gücünün tanımını yapmış değildir. Bununla birlikte kimlerin ayırt etme gücüne sahip olduğu olumsuz şekilde düzenlenmiştir⁴. Anılan hükümden yola çıkılarak ayırt etme gücünün tanımını yapmak mümkün değildir⁵.

TMK m. 13 ile birlikte değerlendirildiğinde bu anlamda ayırt etme gücünden kişilerin eylem ve işlemlerinin sonuçlarını, önem ve kapsamlarını anlayabilmek için gerekli olan bilinç, irade ve anlayışa sahip olma, seçebilme ve buna uygun hareket etmelerini anlamak gerekir⁶. Ayırt etme gücünün bu tanımından yola çıkarak iki unsurdan oluştuğunu söylemek mümkündür. Bunlar psikolojik

⁴ “Bu maddeyle yasada örnek niteliğinde sayılmış olan bazı sebeplerle ‘akla uygun hareket etme iktidarından mahrum olmayan’ kişilerin ayırt etme gücüne sahip olduğu ifade edilmiştir”, Ahmet Kılıçoğlu, Medeni Hukuk (3. Baskı, Turhan Kitabevi 2019) 218; Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/ Saibe Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku (16. Baskı, Filiz Kitabevi 2016) 56.

⁵ Jale Akipek/ Turgut Akıntürk/ Derya Ateş, Kişiler Hukuku C. 1 (15. Baskı, Beta Yayınları 2019) 288; İlhan Helvacı, ‘Temyiz Kudretinden Yoksun Şahısların Hukuki Sorumluluğu Üzerine’ (1997) 55 İÜHF 146, 146.

⁶ “Kişinin, makul surette hareket edebilme, fiillerinin sebep ve sonuçlarını idrak edebilme yeteneğine ayırt etme gücü denir”, Mustafa Dural/ Tufan Ögüz, Kişiler Hukuku C 2 (19. Baskı, Filiz Kitabevi 2018) 57; Akipek/Akıntürk/Ateş (n 5) 288; “Ayırt etme gücü kişinin kendi özgür iradesi ile hareket edebilme yeteneğidir”, Kılıçoğlu, Medeni (n 4) 218; “Ayırt etme gücü doğal bir kavramdır, gerçek kişideki belli bir psikolojik olgunluğu gösterir”, Akipek/Akıntürk/Ateş (n 5) 288.

unsur ve biyolojik unsurdur⁷. Psikolojik unsur kanunun deyimiyile *akla uygun biçimde davranma yeteneği* iken; biyolojik unsur ise hükümde sayılan ve bu yeteneği ortadan kaldıran sebeplerdir⁸.

1.1. Psikolojik Unsur

TMK m. 13 düzenlemesi ve yukarıdaki tanım göz önünde bulundurulduğunda ayırt etme gücünü oluşturan ilk unsurun psikolojik unsur olduğu görülür. Buna göre akla uygun biçimde hareket etme yeteneği psikolojik unsuru ifade eder. Bir kimsenin akla uygun biçimde hareket etme iktidarına sahip olduğundan söz edebilmek için, yaptığı eylemin sebep ve sonuçları ile sorumluluğu kavrayabilme bilincini haiz olmasının yanı sıra, bunları dış alemde gerçekleştirebilme iradesinin de var olması gerekir⁹.

Akla uygun biçimde hareket etme yeteneği kişinin akli başında hareket etmesidir. Davranışlarının sonuçlarını aynı koşullarda ve ortalama zekaya sahip bir kişi gibi bilerek hareket eden kişi, makul ve mantıklı hareket eder. Bu durum her somut olayın şartlarına göre değerlendirilmelidir. Bir diğer deyişle kişinin akla uygun biçimde davranma yeteneğine uygun hareket edip etmediğinin tespiti her durum özelinde ayrı şekilde ele alınmalıdır¹⁰.

1.1.1. Biyolojik Unsur

Ayırt etme gücünü oluşturan bir diğer unsur biyolojik unsurdur. TMK m. 13’de sayılan sebeplerin varlığı ayırt etme gücünden yoksunluk sonucunu doğurabilir. Yani akla uygun biçimde hareket edebilme iktidarından yoksun olma her zaman için bir kişinin ayırt etme gücünden yoksun olduğu anlamına gelmez. Ayırt etme gücünden yoksunluk TMK m. 13’de sayılan bazı biyolojik sebeplerden ileri gelmelidir. Hükümde sayılan sebepler *numerus clausus* değildir¹¹. Sınırlı sayıda sayılmayan bu sebeplerin içerisine ateşli hastalık geçirme, sara nöbeti, uyuşturucu madde alma, hipnotizma, uyurgezerlik gibi durumlar örnek olarak verilebilir¹².

⁷ İradi unsur ve zihni unsur şeklindeki ayırma için bkz. Vehbi Umut Erkan/ İpek Yücer, ‘Ayırt Etme Gücü’ (2011) 60 (3) AÜHFD 485, 488.

⁸ Helvacı (n 5) 146.

⁹ Dural/Öğüz (n 6) 57; Helvacı (n 5) 146; Fahrettin Aral, ‘Temyiz Kudretinden Mahrum Şahısların Hukuki Sorumluluğu’, (1980) 10 (3) BATİDER 733, 734; Ayrıca akla uygun biçimde davranabilme yeteneğinin idrak etme ve irade unsurlarından oluştuğuna ilişkin kapsamlı bilgi için bkz. Aral (n 9) 734 vd.

¹⁰ Kılıçoğlu, Medeni (n 4) 218.

¹¹ Kılıçoğlu, Medeni (n 4) 219; TMK m. 13’de sayılan sebeplerin sınırlı sayı ilkesine tabi olmadığı hükümde geçen *bunlara benzer sebepler* kavramından anlaşılmaktadır. Bununla birlikte kanun koyucunun bu ibare ile neyi kast ettiği de yeterince açık değildir. Nitekim aynı düşünce için bkz. Helvacı (n 5) 146.

¹² Aral (n 9) 735.

TMK m.13’de geçen *bunlara benzer sebepler* deyimi muğlak bir ifadedir. Burada kanun koyucunun yalnızca *sarhoşluğa benzer halleri* kastettiğini savunan bir görüş bulunduğu gibi; bunun yanında *akıl hastalığı, yaş küçüklüğü ve akıl zayıflığına benzer hallerin* de dahil olduğunu savunan diğer bir görüş de mevcuttur. Kanaatimizce hükümde açıkça sarhoşluğa benzer halin kast edildiğine ilişkin bir belirleme yapılmadığına göre, benzer hallerin kapsamına ayırt etme gücünü kaldırabilecek ateşli hastalıklar sırasında görülen hezeyan halleri gibi bazı durumları da dahil etmek mümkün olmalıdır¹³.

1.2. Ayırt Etme Gücünden Yoksunluk ve Hukuki Sorumluluk Yönünden Değerlendirilmesi

TMK m. 15 düzenlemesine göre, kanunda sayılan istisnai durumlar saklı kalmak kaydıyla ayırt etme gücünden yoksun kimselerin fiilleri hukuki sonuç doğurmaz. Kural olarak ayırt etme gücünden yoksun kimselerin haksız fiillerinden ve borca aykırı davranışlarından sorumlu tutulmaları mümkün değildir¹⁴. Ancak TMK m.15’in mutlak bir düzenleme olduğu da söylenemez. Zira hükümde *kanunda sayılan ayırık haller* denilmek suretiyle anılan maddenin istisnalarının olduğu belirtilmiştir. Böyle bir durumda ayırt etme gücünden yoksun kimsenin fiili sonucu verilen zararın tazmini mümkündür. Keza istisnai durumlarda bu kişilerin yapmış olduğu hukuki işlemler mahkeme tarafından kaldırılıncaya kadar geçerlidir ve sonuç doğurur¹⁵.

1.2.1. Haksız Fiil Sorumluluğu

Haksız fiil sorumluluğunda kişilerin hukuka aykırı fiillerinden sorumlu tutulabilmesi kusurlu olmalarına bağlıdır. Kusur, bu tarz sorumluluk hallerinde kurucu unsurdur¹⁶. Bununla birlikte ayırt etme gücünden yoksun kimselerin kusurlu olarak sayılmaları mümkün değildir. Zira ayırt etme gücüne sahip bulunmayan kişi tam ehliyetsizdir, fiil ehliyetlerinin bulunduğundan söz edilemez. Tam ehliyetsizlerin akla uygun biçimde hareket etme iktidarından mahrum bulunmaları sebebiyle herhangi bir sebeple kusurlu oldukları kabul edilemez. Bu sebeple anılan kimselerin haksız fiil sorumlulukları söz konusu değildir. Kural olarak böyle bir durumda ayırt etme gücünden yoksun kimselerin başka bir kişiye vermiş oldukları zararlardan sorumlulukları da bulunmaz. Fakat istisnai olarak bazı durumlarda eğer hakkaniyet gerektiriyorsa bu kişilerin hukuka aykırı fiillerinden sorumlu tutulmaları mümkündür. Buna göre TBK

¹³ Akipek/Akıntürk/Ateş (n 5) 294; Aynı görüş için bkz. Helvacı (n 5) 147; Bununla birlikte aşırı hırs, şiddetli nefret ve kırgınlık gibi sebeplerin varlığı halinde kişinin akla uygun biçimde hareket etme iktidarının ortadan kalktığı durumlarda ayırt etme gücünün kaybedildiğinden bahsedilemeyeceğine ilişkin bkz Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir (n 4) 62.

¹⁴ Akipek/Akıntürk/Ateş (n 5) 307.

¹⁵ Erkan/Yücer (n 7) 502.

¹⁶ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (16. Baskı, Yetkin Yayınları 2013) 516; Helvacı (n 5)149.

m. 65 uyarınca hakkaniyet gerektiriyorsa hakim, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin vermiş olduğu zararın tamamen veya kısmen giderilmesine karar verebilir.

Ayırt etme gücünden yoksun kişilerin hukuki sorumluluğu üzerine temelde iki farklı görüş bulunmaktadır¹⁷. Bir görüşe göre¹⁸ bu kişiler anormallikleri sebebiyle sorumludur. Böylelikle ayırt etme gücünden yoksun kimsenin haksız bir fiil işlemesine veya farazi bir kusura ihtiyaç yoktur. Yani ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sadece varlığının bulunması onun sorumlu olması için yeterlidir. Ayırt etme gücüne sahip olmayanların sorumluluğu, anormallikleri sebebiyle üçüncü kişiler bakımından arz ettikleri tehlike sorumluluğuna dayanır. Diğer ve hakim olan görüşe göre¹⁹ ise, ayırt etme gücüne sahip olmayanlar anormallikleri sebebiyle değil, anormalliklerine rağmen sorumludur. Burada objektif olarak hukuka aykırı bir fiil ile normal bir kimse için kusur teşkil eden bir hareket bulunmalıdır. Kanaatimizce burada hakim olan görüş daha isabetlidir. Zira ayırt etme gücünden yoksun bir kişiyi, ayırt etme gücüne sahip olması halinde sorumlu tutulamayacağı fiillerden sorumlu tutmak mümkün değildir. Bir diğer deyişle sadece ayırt etme gücünden yoksun bulunması sebebiyle bu kimselerin daha ağır sorumluluğa tabi tutulması hem hukuk hem de toplum vicdanını yaralaması bakımından uygun değildir. TBK m. 65’de düzenlenen, hakkaniyet esası ile yumuşatılmış özel bir kusursuz sorumluluk halidir²⁰.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan akıl hastasının sorumlu tutulabilmesi için bir takım şartların bulunması gerekir. Buna göre öncelikle ayırt etme gücünün fiilin işlendiği sırada bulunmaması gerekir. İkinci olarak fiil, ayırt etme gücüne sahip bir kimse tarafından işlenmiş olsaydı bir haksız fiilin tüm unsurlarını taşıyacak nitelikte olmalıdır. Üçüncü olarak ise hakkaniyetin tazminat ödenmesini gerektirecek nitelikte olması gerekir.

1.2.1.1. Sorumluluğun Şartları

a. Failin Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olması

TBK m. 65 göz önünde bulundurulduğunda sorumluluğun ilk şartının fiilin işlendiği esnada ayırt etme gücünün bulunmaması olduğu anlaşılır. Ayırt etme gücünden yoksun olma halinin geçici veya sürekli olması bakımından bir fark bulunmamaktadır.

Bir fiili işleyen kişinin ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığının tespiti için bu durumun irdelenmesi gerekir. Yani bu kişinin işlediği fiilin anlam ve

¹⁷ Aral (n 9) 737; Helvacı (n 5) 150.

¹⁸ Aral (n 9) 737.

¹⁹ Helvacı (n 5) 151.

²⁰ Aral (n 9) 738; ibid 151.

sonuçlarını değerlendirme gücünün bulunup bulunmadığı saptanmalıdır²¹. Bu anlamıyla ayırt etme gücünün nispi bir kavram olduğu açıktır²². Nispiplik her somut olaya ve kişiye göre ayırt etme gücünün tespitinin yapılmasıdır. Bu bağlamda somut olay özelinde ve fiilin işlendiği sırada kişide bulunması gereken akla uygun biçimde davranma yeteneğinin araştırılması gerekir²³. Hakim de bu konuda karar verirken genel bir tarzda değil, her olay ve kişiyi göz önünde bulundurarak değerlendirme yapmak zorundadır²⁴.

b. İşlenen Fiil Haksız Bir Fiilin Tüm Unsurlarını İçermelidir

Fiil, ayırt etme gücüne sahip bir kimse tarafından işlenseydi gündeme gelecek olan haksız bir fiilin tüm unsurlarını taşımalıdır²⁵. Haksız fiil sorumluluğundan bahsedebilmek için bir takım şartların bulunması gerekir. Bu sorumluluk TBK m. 49'da düzenlenmiştir. Buna göre kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille bir kimseye zarar veren, verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Haksız fiil sorumluluğunun şartları hükümden de anlaşılacağı üzere şunlardır²⁶:

- Hukuka aykırı bir fiil.
- Fiille kişiye verilen zarar.
- Fiilin işlenmesi sırasında failin kusurlu bulunması.

Haksız fiil sorumluluğundan bahsedebilmek için öncelikle bir fiilin işlenmiş olması, ayrıca bu fiilin de hukuka aykırı olması gerekir. Hukuka aykırılık, kusur kavramıyla karıştırılabilen bir kavram olmakla birlikte, esasen fiilin bir hukuk kuralına aykırı olduğunu, kusur ise hukuka aykırı bir fiille ilgili irade sebebiyle davranışın kınanabilirliğini ifade eder. Hukuka aykırılık fiil yönünden objektifken, kusur fail yönünden subjektif bir değerlendirmedir²⁷. Haksız fiilden bahsedebilmek için kusurun da bulunması gerekir. Kusur genel olarak hukuk düzeninin kınadığı, hoş görmediği davranış biçimi olarak tanımlanabilir²⁸. Kusur haksız fiilin kurucu unsurudur. Hukuka aykırı bir fiil sonucunda zararın meydana gelmesi, zarar ile hukuka aykırı fiil arasında illiyet bağının bulunması da haksız fiilin diğer şartlarıdır.

²¹ Erkan/Yücer (n 7) 494.

²² Dural/Öğüz (n 6) 60; Akipek/Akıntürk/Ateş, (n 5) 291; Kılıçoğlu, Medeni (n 4) 224.

²³ Kılıçoğlu, Medeni (n 4) 224.

²⁴ Aral (n 9) 738.

²⁵ Haluk Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku (Birinci Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık 2010) 58.

²⁶ Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C 2 (16. Baskı, Vedat Kitapçılık 2021) 14 vd; Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (25. Baskı, Turhan Kitabevi 2021) 363 vd; Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C V/1, 2 (2. Baskı, Seçkin Yayınları 2019) 61 vd.

²⁷ Oğuzman/Öz (n 26) 16 vd; Ayşe Acar Umur, Vesayet Kurumu ve Vasinin Sorumluluğu (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 132.

²⁸ Antalya (n 26) 67; Eren, Genel (n 16) 569.

c. Hakkaniyet Tazminat Ödenmesini Gerektirmelidir

Ayırt etme gücünden yoksun bulunan kişilerin fiilleriyle vermiş olduğu zararları tazmin sorumluluğunun hakkaniyet düşüncesiyle yumuşatılmış özel bir kusursuz sorumluluk hali olduğuna yukarıda değinilmişti. Sorumluluk hakkaniyet düşüncesine dayandığından zararın tazmini de hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda söz konusu olur²⁹. TBK m. 65 hükmü, tazminatın şartları ile tazmin borcunun kapsamı bakımından hakime takdir yetkisi tanımıştır; böylelikle her somut olayın şartları göz önünde bulundurularak hakim tarafından hüküm kurulur³⁰.

TBK m. 65 hükmü uyarınca hakim kendisine verilen takdir yetkisini her olay ve şartlara göre değerlendirme yaparak; ayırt etme gücünden yoksun kişinin bu zarardan sorumlu olup olmayacağını ve sorumluluğun kapsamını belirler. Hakimin takdir yetkisini kullanırken değerlendirme yapacağı bazı hususların şunlar olduğundan bahsedilebilir³¹: *tarafların ekonomik durumları, işlenen fiilin ağır nitelikte olması, fiilin işlendiği sırada zarar görenin fiile göstermiş olduğu tepki.*

Hakim değerlendirme yaparken öncelikle en önemli şart olarak tarafların ekonomik durumları ve bunların karşılaştırılmasını göz önünde bulundurur. Ayırt etme gücünden yoksun zarar verenin maddi durumunun zarar görene göre iyi olması ve mağdurun ekonomik anlamda daha zayıf konumda bulunması verilecek karar bakımından temel teşkil eder; her durumda tarafların ekonomik durumlarının oranlanması gerekir³². Bir diğer deyişle oranlama yaparken yalnızca zarar verenin ekonomik durumunun iyi olmasını aramak doğru değildir; zarar verenin zarar görene göre daha kötü veya eş konumda olması mümkündür; hatta her iki tarafın ekonomik durumunun iyi olması da mümkündür; bununla birlikte zarar verenin en azından zararın giderimini kısmen karşılayacak bir ekonomik durumda olması gerekir³³. Zararın tazmini sigortacı gibi üçüncü bir kişiden istenebiliyorsa, bu durum olay özelinde değerlendirme yapılırken hakkaniyet de gerektiriyorsa, ayırt etme gücünden yoksun kişiyi sorumluluktan kurtarabilir³⁴. *Helvacı*³⁵ öğretide *Werro* tarafından

²⁹ Eren, Genel (n 16) 499; Helvacı (n 5) 153.

³⁰ “*Hakim takdir yetkisine dayanarak bunu belirlerken özellikle tarafların mali durumlarını, zararın ağırlığını veya zararın başka bir üçüncü kişiye, örneğin ev başkanına ya da sigortacıya ödettirme imkanının bulunup bulunmadığını dikkate almalıdır*”, Akipek/Akintürk/Ateş (n 5) 314; Aral (n 9) 739; “*Ayırt etme gücünden yoksun kimse, hakkaniyet gerektiriyorsa, manevi tazminata da mahkum edilebilir*”, Safa Reisoglu, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler (25. Bası, Beta Yayınları 2014) 181.

³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aral (n 9) 739 vd ; Helvacı (n 5) 153 vd.

³² Benzer yönde bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (n 4) 96.

³³ Helvacı (n 5) 154.

³⁴ Atilla Altop, ‘Hakkaniyet Sorumluluğu’ (2007) 6 (1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7, 10-11.

³⁵ Helvacı (n 5) 155-156.

savunulan düşünceleri şu şekilde aktarmaktadır: “*Doktrinde Werro’ya göre, eğer mağdur kaza sigortasına sahipse veya zararın giderimi için ev reisinin sorumluluğuna gidilebiliyorsa artık temyiz kudretinden yoksun şahısların sorumluluğuna gidilemeyecektir. Bununla birlikte üçüncü kişiden elde edilen tazminatın zararın bir kısmını karşıladığı hallerde, zararın karşılanmayan kısmının gayrimümeyyize yüklenmesinin gerekli olup olmadığı incelenecektir. Temyiz kudretinden yoksun kişinin kendisinin sebebiyet vereceği zararlara karşı bir hukuki sorumluluk sigortası yaptırdığı hallerde ise mesele tartışmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesine göre, temyiz kudretinden yoksun kişinin bu tarz bir hukuki sorumluluk sigortasına sahip olması onun hakkaniyet gereğince sorumlu tutulmasına sebebiyet verecektir. Doktrinde Werro ise bu görüşe karşı çıkmakta ve temyiz kudretinden yoksun kişinin böyle bir sigortaya sahip olmasının onun peşinen meydana getirdiği zarardan sorumlu tutulmasına sebep olamayacağını, ancak bu durumun, onun hakkaniyet gereğince sorumlu tutulup tutulmayacağı incelenirken diğer faktörlerin yanı sıra göz önünde bulundurulacağını ileri sürmektedir*”. Gerçekten de böyle bir durumda ayırt etme gücünden yoksun kimselerin, henüz akli melekelerini yitirmeden önce sigorta yaptırmalarının hiçbir anlamı kalmayabileceği gibi, hiç sigorta yaptırmayanlara göre daha ağır ve eşit olmayan konuma düşmeleri sebebiyle kişilerin isteğe bağlı olarak sigorta yaptırma yoluna başvurmaları da azalabilecektir.

Hakimin göz önünde bulundurabileceği bir diğer husus zarar verenin fiilinin ağır olması veya onun yaşadığı çevre için ağır bir tehlike içermesidir³⁶.

Takdir yetkisi kullanılırken göz önünde bulundurulabilecek bir diğer husus zarar görenin fiilin işlendiği sıradaki tutumu veya menfaattir. Fiilin işlenişi sırasında ayırt etme gücünden yoksun kişinin fiiline karşı hoşgörü gösteren veya onun zarar görmesini engellemek bakımından zararın doğumuna engel olan zarar görenin davranışları takdir konusunda etkili olabilir³⁷.

TBK m. 65 uyarınca hakim her somut olayı ve ayırt etme gücünden yoksun kişinin fiili işlediği sıradaki durumunu kendi şartları içinde irdeleyip yukarıdaki hususları da gözетerek karar verir³⁸. Hakkaniyet gerektirirse tazminatın şartları

³⁶ Örneğin sırf kötülük yapmak maksadıyla kişinin bir diğer kişiyi yaralaması durumu için bkz. Aral (n 9) 740.

³⁷ Helvacı (n 5) 153-154.

³⁸ “*Olay tarihinde yürürlükte bulunan 818 Sayılı BK’nun temyiz kudretini haiz olmayanların mesuliyetini düzenleyen 54. maddesi “Hakkaniyet iktiza ediyorsa hakim, temyiz kudretini haiz olmayan kimseyi ika ettiği zararın tamamen yahut kısmen tazminine mahkum eder. Temyiz kudretini muvakkaten ızaa eden kimse, bu halde iken yapmış olduğu zararı tazmine mecburdur. Şu kadar ki kendi kusuru olmaksızın ika edilmiş olduğunu ispat eder ise mesul olmaz.” hükmüne amirdir. Kural olarak haksız eylem nedeni ile verilen zararlarda sorumluluk kusura dayanır. Kusur sorumluluğu için de Medeni Kanun’un 13. Maddesinde belirtilen ayırt etme gücünün varlığı gerekli ve yeterli koşuldur. Diğer yandan aynı Kanun’un 15. maddesi gereğince yasada gösterilen ayrık durumların varlığı durumunda ayırt etme gücü*

ve zararı giderim borcunun kapsamını tayin bakımından hakim tarafından karar verilir. Ayırt etme gücünden yoksun kişinin tazminata mahkum edilmemesi de mümkündür.

Peki ayırt etme gücünden yoksun kişilerin kendilerine verilen zararların oluşumunda veya artmasına sebebiyet verdikleri durumlarda müterafik kusurdan bahsedilebilir mi? Esasen ayırt etme gücünden yoksun kişilerin akla uygun biçimde hareket etme iktidarını haiz olmamaları sebebiyle müterafik kusurdan söz etmek mümkün değildir. Ancak bu kişi eğer ki ayırt etme gücüne sahip olsaydı davranışı müterafik kusur olarak kabul edilebilirse ve hakkaniyet de gerektirirse; TBK m. 65 hükmü kıyasen uygulanabilir ve hükmedilecek tazminatta indirimde gidilebilir³⁹.

2. Kısıtlı Adına Alınan Araçlar ve Karayolları Trafik Kanunu Çerçevesinde Kısıtlının Sorumluluğu

2.1. Genel Olarak

Uygulamada kısıtlı lehine olacak ve mal varlığına katkı yapacak şekilde vesayet makamının izniyle araç alımları yapılabilmektedir (TMK m. 462/2). Özellikle diğer vatandaşlar karşısında eşit olmayan bu kimselere karşı devlet tarafından birtakım hak ve ayrıcalıklar sağlanmaktadır. Ülkemizde de ekonomik açıdan çoğu zaman diğer kimselerle eşit konumda bulunmayan engelliler (çalışmamız bakımından akıl hastası kısıtlılar) yönünden vergi indirimleri yapılarak bu kimselerin araç alımlarının kolaylaştırılması amacıyla özel tüketim vergilerinde indirimler yapılmaktadır. Uygulamada araç alımına ilişkin talepler, kısıtlının ihtiyaçları ve durumu göz önünde bulundurularak onları borç altına sokmamak kaydıyla genellikle kabul edilmektedir. Mahkemece araç alımına dair talep kabul edilirse, alınan araç üzerine vesayet şerhi konulmakta ve aracın maliki de kısıtlı olmaktadır.

Kısıtlılar adına alınan bu araçların kazaya karışarak tehlike yaratması ise her zaman olasıdır. Karayolları Trafik Kanunu da bu noktada motorlu taşıt

bulunmayanlar da haksız eylemleri nedeni ile verdikleri zararlardan sorumlu tutulabilirler. Bu ayrık durumlardan birisi de 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 54/1 maddesinde düzenlenmiş bulunan hak ve adalete dayalı nesnel (objektif) sorumluluktur. Bu düzenleme ile hakime, geniş bir takdir yetkisi verilmiştir. Bu yetkinin, her olayı çevreleyen koşulların gözönünde bulundurularak kullanılması gerekir. Bu bağlamda, ayırt etme gücü bulunmayanın eyleminin doğurduğu özel tehlike; ayırt etme gücü bulunmamasına karşın, objektif ölçüler içinde ona yüklenilebilecek bir kusurun varlığı; ayırt etme gücü bulunmayanın, eylem sırasındaki öznel durumu ve zarar görene yönelik tutumu ile tarafların ekonomik varlıklarının gözönünde tutulması gerekir. Özellikle, haksız eylemde bulunanın sorumluluğunun onun yönünden rahatlıkla katlanılabilir; zarara uğrayan yönünden de hissedilebilir ölçüde ekonomik sonuçlar doğurması durumunda, ayırt etme gücü bulunmayanın sorumlu tutulması benimsenebilir”, Yargıtay 4 HD, 4004/3306, 25/04/2018.

³⁹ Dural/Öğüz (n 6) 76.

işletenin sorumluluğu bakımından kusursuz sorumluluğu benimsemiştir. Esasen kusursuz sorumluluk bakımından da tehlike sorumluluğunu kabul etmiş; bazı hallerde ise bunun yanı sıra kusur sorumluluğu ve tehlikeyi tamamlayıcı olağan sebep sorumluluğuna da yer vermiştir⁴⁰. KTK m. 85/1'e göre: "*Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar*". Görüldüğü üzere sorumluluğun doğması aracın işletilmesine bağlıdır. Bu sebeple sorumluluğun temeli işletme tehlikesidir⁴¹.

2.2. Sorumluluğun Şartları

2.2.1. Zarar

Araç işletenin sorumluluğunun doğması için gerekli olan ilk şart bir zararın meydana gelmiş olmasıdır. Zarar şahsa veya eşyaya ilişkin olabilir⁴². KTK m. 85/1'de de bu husus *bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına* demek suretiyle açıkça düzenlenmiştir. Aracın işleteni şahıs veya şeye gelen zararlar dışındaki zararlardan KTK hükümlerine göre sorumlu değildir⁴³.

2.2.2. Zarar Trafik Kazası Sebebiyle Meydana Gelmelidir

Zarar araçla yapılan bir trafik kazasından kaynaklanmalıdır. KTK m. 3'e göre: "*Trafik kazası: Karayolu üzerinde hareket halinde olan bir veya birden fazla aracın karıştığı ölüm, yaralanma ve zararlar sonuçlanmış olan olaydır*".

Kaza zarara sebep veren ani ve arzu edilmeyen sebepler bütünüdür. Anilikten kasıt başlangıç ve sonu belli, tek ve bir defada gerçekleşen olaydır. Kazanın istenilmeyen bir olay olması da zarar gören bakımından istememedir⁴⁴.

2.2.3. Kaza ve Zararın KTK Anlamında Motorlu Bir Araç Sebebiyle Meydana Gelmesi Gerekir

İşletenin sorumluluğu hükümden de anlaşılacağı üzere motorlu bir araçtan kaynaklanmalıdır. Motorlu araç karayolunda insan, hayvan ve yük taşımak için makine gücü ile yürütülen araçlardır⁴⁵. Bu cümleden itibaren, KTK'ya göre

⁴⁰ Fikret Eren, 'Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve UNSURLARI' (1987) 39 (1,0-0) 159, 159; Antalya (n 26) 463.

⁴¹ Kılıçoğlu, Borçlar (n 26) 497; Antalya (n 26) 464.

⁴² Eren, Karayolları (n 40) 166; Antalya (n 26) 485.

⁴³ Kılıçoğlu, Borçlar (n 26) 502 vd; Antalya (n 26) 485.

⁴⁴ Eren, Genel (n 16) 675 vd.

⁴⁵ Eren, Karayolları (n 40) 170.

motorlu araç olarak sayılabilmenin şartları hareket, makine gücüyle hareket ve karada hareket unsurlarının bir arada bulunmasıdır. Bir araç hareket gücünü haiz değilse ve hareketini sağlayan makine gücü yoksa motorlu araç değildir. Keza motorlu araç karada ve özellikle de karayolu üzerinde hareket etmiyorsa KTK bağlamında motorlu bir araçtan söz edilemez⁴⁶.

2.2.4. Kaza ile Motorlu Araç Arasında Uygun İlliyet Bağı Bulunmalıdır

Meydana gelen zarar ile motorlu araç arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir. Zarar motorlu aracın kaza yapması sebebiyle oluşmamışsa KTK'ya göre sorumluluk oluşmaz. İlliyet bağına ispatla yükümlü olan kişi ise zarar görendir⁴⁷.

2.2.5. İşleten Sifatının Bulunması

KTK'nın 85. maddesi bakımından zarardan sorumlu olan kişi işletendir. KTK m. 3'e göre: "*İşleten: Araç sahibi olan veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alıcı sıfatıyla sicilde kayıtlı görülen veya aracın uzun süreli kiralama, ariyet veya rehni gibi hallerde kiracı, ariyet veya rehin alan kişidir. Ancak ilgili tarafından başka bir kişinin aracı kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işlettiği ve araç üzerinde fiili tasarrufu bulunduğu ispat edilirse, bu kimse işleten sayılır*".

Maddeden anlaşılacağı üzere işleten sıfatının belirlenmesinde temel olarak iki ölçü bulunmaktadır: Şekli ölçü ve maddi ölçü. Şekli ölçü bakımından motorlu aracın tescil veya trafik belgesindeki malik olarak gözüken veya sigorta poliçesinde adı yazan kimse işletendir. Maddi ölçüde ise araçtaki fiili hakimiyet, ekonomik açıdan yararlanma ve aracı kendi hesabına işletme gibi unsurlar göz önünde bulundurulur. Öğretide ve uygulamada kabul edilen ölçü maddi ölçüdür⁴⁸. Şekli ölçüde esas alınanlar aksi her zaman mümkün olabilen

⁴⁶ Kılıçoğlu, Borçlar (n 26) 495; "*Karayolu üzerinde hareket etmedikleri için havada (uçak, helikopter vs. gibi) suda (gemi, kayak vs. gibi) veya demiryolu ve özellikle ray üzerinde (tren gibi) hareket eden araçlar, Karayolları Trafik Kanunu'nda öngörülen motorlu araç kavramına girmez*", Eren, Karayolları ibid 173.

⁴⁷ Kılıçoğlu, Borçlar (n 26) 505; Antalya (n 26) 487.

⁴⁸ Eren, Genel (n 16) 680; "*Motorlu bir aracı, kendi menfaat ve hesabına işleten, tehlike ve masraflarını üstlenen, araç ile aracın işletilmesi için gerekli personel üzerinde fiilen ve doğrudan doğruya emir ve tasarruf yetkisine (gücüne) sahip olan kimseye işleten denir (Tekinay, S.S./ Akman, S./ Burcuoğlu, H./ Altop, A.:Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 713). Bir aracı kendi menfaatine, masraflarına katlanmak suretiyle işletmekten amaç, geçici, bir defaya mahsus özel bir kullanma menfaati değil, aracın tahsis amacına yönelik, sürekli, çok daha genel bir nitelikte bir kullanma menfaatidir. Keza, fiili hâkimiyetten de anlaşılması gereken, araçtan bir anlık, geçici bir yararlanma gücü olmayıp, aksine aracın hangi şartlarla ve özellikle hangi kişinin egemenliği altında hareket edebileceğine karar verme gücüdür. Özellikle aracın trafiğe sokulmasına, orada tutulmasına veya trafikten çekilmesine, donatılmasına, bakılmasına, muhafazasına, kim tarafından, nasıl ve hangi amaçla kullanılması gerektiğine karar verme yetkisi, fiili hâkimiyeti oluşturur. Bir*

durumlardır. Yani bir kişinin tescil belgesinde adının bulunması onun araç üzerinde fiili hakimiyetinin bulunduğunu göstermez.

İşleten kavramı ise gerçek ve farazi olmasına göre ikiye ayrılır. Gerçek işleten maddi ölçüye göre işleten sayılan kimselerdir. Esasen gerçek işleten çoğu zaman kazaya sebebiyet veren araç sahibidir. Kanunda sayılan mülkiyeti muhafaza kaydıyla alıcı, aracın uzun süreli kiracısı, rehin ve ariyet alanı, tescil belgesi veya sigorta poliçesinde adı geçenler de gerçek işleten olarak sayılabilir. Bunun yanında farazi işleten ise gerçek işleten olmasalar da gerçek işleten gibi sorumlu olanlardır⁴⁹.

3. Sorumlulukların Yarışması

3.1. Genel Olarak

Sorumlulukların yarışması doktrinde hakların yarışması olarak da nitelendirilmektedir. Alacaklının borçluya karşı farklı hukuki sebeplere dayanarak aynı konuda belirli bir sonucu sağlamak amacıyla talepte bulunmasına sorumlulukların yarışması denir. Burada aynı alacaklı, aynı borçlu, aynı alacak ve aynı sonuç bulunmasına rağmen sadece talep farklı hukuki sebeplere dayanır⁵⁰.

TBK m. 60'a göre "*Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabiliriyorsa hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir*". Maddenin lafzından anlaşıldığı üzere hakime tanınan yetki *en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verme* noktasındadır. Sorumlulukların yarışması durumunda hakim resen hangi sorumluluk türü tazmin yönünden daha iyiye onu esas alacaktır.

3.2. Akıl Hastası Kısıtlı Bakımından Sorumlulukların Yarışması

Akıl hastası kısıtlı adına mahkemeye başvurularak alınan motorlu aracın işletilmesi sebebiyle tehlike yaratması, kazaya karışması olasıdır. Böyle bir durumda zarar gören bir yandan hakkaniyet sorumluluğuna başvurabileceği gibi, diğer yandan ise araç kısıtlı adına kayıtlı olduğundan motorlu araç işletenin sorumluluğuna dayanabilir. Akıl hastası kısıtlının işlemiş olduğu fiillerden sorumluluğu söz konusu değildir. Bununla birlikte daha önce değinildiği üzere TMK m.15 uyarınca bazı istisnai durumlarda zararın tazmini mümkündür. TBK m. 65'e göre hakkaniyet gerektiriyorsa ayırt etme gücünden yoksun akıl hastası

aracın masraf ve tehlikelerini üstlenme ise, onun donatım, bakım ve işletme giderlerini, vergi ve sigorta primlerini ödemeyi ifade eder", Yargıtay HGK (17)4-191/514 20/04/2021.

⁴⁹ Hasan Tahsin Gökcan, Hukuki Sorumluluk, Tazminat, Sigorta ve Rücu Davaları (9. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2018) 43.

⁵⁰ Asım Kaya, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Sorumluluk Sebeplerinin Yarışması' (2016) 1 (2) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 207, 212.

kısıtlının verdiği zararın giderilmesine karar verilebilir. Burada hakkaniyet düşüncesiyle yumuşatılmış bir kusursuz sorumluluk hali bulunmaktadır.

Buna karşın Sürücü Adayları ve Sürücülerde Aranacak Sağlık Şartları ile Muayenelerine Dair Yönetmeliğin 4/2-1 maddesi uyarınca ehliyet alınmasında *ruh hastalığı* (ağır akıl hastalığı, zeka geriliği, demans, kişilik bozukluğu, ağır davranış bozukluğu) yönünden de doktorlar tarafından değerlendirme yapılır. Hastalığın tespit edilmesi halinde bu kimselere sürücü belgesi verilmesi mümkün değildir. Akıl hastası kısıtlıların da yönetmelik gereğince sürücü belgelerinin olması imkansızdır. Zaten çoğunlukla engel durumları %90 ve üzeri olduğundan araç sürebilmeleri mümkün değildir. Keza kısıtlıların çoğu zaman yatağa bağımlı oldukları da bir gerçektir. Böyle bir durumda zaten kısıtlının ehliyet alması mümkün değildir.

Bununla birlikte fiziksel olarak bir engeli olmayan ve bir şekilde aracı ele geçirerek kazaya sebebiyet veren kısıtlının hem hakkaniyet hem de araç maliki olması sebebiyle motorlu araç işleten sorumluluğu birbiriyle yarışır. Örneğin, vasi tarafından masanın üzerine bırakılan veya vasi uyurken anahtarı cebinden alarak aracı kaçıran akıl hastası kısıtlının araç ile kaza yapması durumunda hem TBK m. 65 hem de motorlu araç işletenin sorumluluğuna göre sorumluluğu söz konusudur. Zira kısıtlı akıl hastası olduğu için temyiz kudreti bulunmamakta; aynı zamanda araç akıl hastası kısıtlının adına kayıtlı olması sebebiyle motorlu araç işletenin sorumluluğu da işlerlik kazanmaktadır. Motorlu araç işletenin sorumluluğu kusursuz sorumluluk türü olduğundan kısıtlının kusurlu olması aranmaz. Bu sebeple zarar görenin işleten sıfatıyla kısıtlıya başvurması da mümkündür. Aynı kişide birden fazla sorumluluk türünün birleşmesi halinde ise teklik ilkesi uygulanır⁵¹. Teklik ilkesi özel kanun veya kural, genel kanun veya kuralı kaldırır ilkesine dayanır, bu sebeple KTK'nın öngördüğü tehlike sorumluluğu TBK'daki diğer sorumluluk türlerine göre özel nitelikte olduğundan birden fazla sorumluluğun doğması halinde tehlike sorumluluğuna dayanılır. Teklik ilkesi fiili değil hukuki bir sorun olduğundan hakimin resen gözetmesi gerekir. Diğer sorumluluk türlerine dayanılsa bile tehlike sorumluluğu varsa buna göre karar vermelidir⁵². Yani teklik ilkesi sebebiyle akıl hastası kısıtlının hakkaniyet sorumluluğu yerine motorlu araç işletenin sorumluluğuna dayanılması gerekir.

⁵¹ Eren, Karayolları (n 40) 161; “KTK'nın 85/1. maddesi sorumluluğu, aracın işletilmesine dayanan tehlike sorumluluğu olarak düzenlediğinden, işleten kusurlu olsa bile, kusur ilkesine göre değil, tehlike ilkesine göre sorumlu olur. Bunun nedeni, böyle bir hâlde işletenin şahsında birden çok sorumluluk sebebinin birleşmesi veya başka bir deyişle, çeşitli sorumluluk normlarının çatışmasıdır. Sorumluluk normlarının çatışması veya aynı kişide birden çok sorumluluk sebebinin birleşmesi hâlinde, tehlike sorumluluğu ilkesi uygulanır”. Yargıtay HGK (17)4-191/514 20/04/2021.

⁵² ibid 161.

3.3. Vasi Bakımından Sorumlulukların Yarışması

Yukarıda bahsedilen mevzuat hükümleri ve kısıtlının fiziksel elverişsizliği sebebiyle genellikle kısıtlı adına alınan aracın vasisi tarafından kullanıldığı görülmektedir. Böyle bir durumda vasinin sorumluluğu gündeme gelecek midir? Burada soruya olumlu cevap vermek gerekir. Kısıtlının davranışları sebebiyle elbette ki vasinin sorumluluğu bulunmaktadır. TMK m. 369 uyarınca “*Ev başkanı, ev halkından olan ... kısıtlının... verdiği zarardan, alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle onu gözetim altında bulundurduğunu veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini ispat etmedikçe sorumludur*”.

Vasinin kısıtlının davranışları dolayısıyla ev başkanı sıfatıyla sorumluluğu, kısıtlı adına alınan aracı vasinin bizzat kendisinin kullanması halinde doğal olarak doğmaz. Zira burada kısıtlının davranışları sebebiyle bir zarar meydana gelmemiştir. Vasinin sorumluluğu esasen kısıtlının çevreye zarar vermesi durumunda söz konusu olur. Örneğin yukarıda verilen örnekte olduğu gibi akıl hastası kısıtlının bir şekilde aracın anahtarını ele geçirerek araçla kazaya karışması durumunda vasinin ev başkanı sıfatıyla sorumluluğu doğar. Keza kısıtlıyı hastaneye götüren vasinin kısıtlı adına kayıtlı olan araç ile seyreterek, ilaç almak için durduğu eczane önünde, araç içerisinde bulunan kısıtlının vasinin yokluğunu fırsat bilerek kontak üzerindeki anahtar ile aracı çalıştırması ve kazaya karışması gibi bir örnekte de vasinin sorumluluğu bulunmaktadır. Zira vasinin özen ve gözetleme yükümlülüğü sebebiyle ev başkanı sıfatıyla sorumluluğu bulunmaktadır. Ev başkanlığı, TMK’nın Aile Hukuku kitabında düzenlenmiştir. Ancak ev başkanının sorumluluğu TMK’da düzenlense de, niteliği itibariyle borçlar hukukuna ilişkin bir sorumluluktur⁵³. Ev başkanının sorumluluğu objektif özen yükümlülüğünün ihlaline dayanmasının yanı sıra kurtuluş kanıtı getirilebilen bir kusursuz sorumluluktur⁵⁴. Bu sorumluluk nitelik itibariyle olağan sebep sorumluluğudur⁵⁵. Bu sebeple her kusursuz sorumluluk

⁵³ Eren, Genel (n 16) 637.

⁵⁴ Ahmet Kılıçoğlu, Aile Hukuku (6. Baskı, Turhan Kitabevi 2022) 537; “*Ev başkanı, ev halkından olan küçüğün verdiği zarardan, alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle onu gözetim altında bulundurduğunu veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini ispat etmedikçe sorumludur. Bu sorumluluk için ana ilke, ev başkanının özen ve gözetim görevini yapmamasıdır. Çocuğun gerçekleştirdiği eylem, onun aile başkanı tarafından tehlikeli ve hukuka aykırı şeyler yapmaktan uzak tutulmadığını kendisine bu konuda gerekli bilgi verilip aydınlatılmamış olduğunu göstermekte ise bu fiiller sonucunda ev başkanı tazmin ile sorumlu olur. Ev başkanının sorumluluğu bir kusuru sorumluluğu olmayıp kusursuz sorumluluk halidir*”, Ankara BAM 26. HD 1523/1194 04.07.2019.

⁵⁵ Mustafa Dural/ Tufan Öğüz/ Mustafa Alper Gümüş Aile Hukuku C 3 (15. Baskı, Filiz Kitabevi 2020) 396; Turgut Akıntürk/ Derya Ateş, Aile Hukuku C 2 (20. Baskı, Beta Yayınları 2017) 456; Kılıçoğlu, Aile (n 54) 535.

türünde olduğu gibi burada da kusurun varlığı şart değildir⁵⁶. Esasen yine bu sorumluluk ev başkanının (burada vasinin) sosyal yükümlülüğünden ileri gelir⁵⁷. Denetim ve gözetim altında bulunan akıl hastasının zarara sebep olduğu durumlarda karine olarak ev başkanının bu yükümünü yerine getirmediği varsayılır; bununla birlikte yükümlülüğü yerine getirdiğini ispat etmesi halinde ise sorumluluktan kurtulur⁵⁸.

Ev başkanının sorumluluğu yoluna gidilebilmesi için zarar meydana gelmesi, gözetime muhtaç bir kimsenin bulunması, zarar ile gözetime muhtaç kimsenin fiili arasında illiyet bağı ve fiilin hukuka aykırı olması, kusur ile ev başkanının kurtuluş kanıtı getirememesi şartlarının bir arada bulunması gerekir.

Akıl hastası kısıtlının aracı bir şekilde ele geçirmesi ile böyle bir durumun olmadığı ihtimallerin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Öncelikle akıl hastası kısıtlının aracı bir şekilde ele geçirerek kullanması halinde hem kısıtlının (hakkaniyet sorumluluğu) hem de vasinin sorumlulukları (ev başkanının sorumluluğu) birbirleriyle yarışır. Zarar gören, ev başkanının sorumluluğuna (TMK m. 369) dayanmışsa, zararı tazmin eden ev başkanının daha sonradan TBK m. 65'e dayanarak, zarar veren ayırt etme gücünden yoksun kimselere rücu etmesi mümkündür. Zarar gören doğrudan akıl hastası kısıtlının hakkaniyet sorumluluğuna da dayanabilir. Örneğin K (Kısıtlı) aynı evde yaşadığı V (Vasi) ile birlikte evde dururken; V televizyona dalar ve K bunu fırsat bilerek kapının girişindeki anahtarlıkta bulunan arabanın anahtarını alarak araç ile yola çıkıp kazaya karışırsa, bu durumda Z (Zarar Gören) hem TMK m. 369 hem de TBK m. 65'e başvurabilir. Bu durumda sorumluluklar yarışmaktadır. Hakim burada TBK m. 60 uyarınca zararın en iyi giderim yolunu verecek olan sorumluluk türünü esas alacaktır. Z'nin V'ye başvurması halinde V'nin daha sonrasında ödediği zararı K'den, onun hakkaniyet sorumluluğuna dayanarak rücu etmesi de mümkündür.

Bununla birlikte kısıtlının aracı sürmesi mümkün olmadığından ve genel itibarıyla vasi aracı kullandığından, malik olmayan vasinin kazaya sebebiyet vermesi durumunda sorumlu olması söz konusu olabilir mi? Kanaatimizce vasinin burada sorumlu olduğuna ilişkin olumlu yanıt vermek gerekir. Zira KTK m. 3'te düzenlenen işleten tanımının maddi ve şekli olmak üzere iki

⁵⁶ Bilge Öztan, Aile Hukuku (6. Baskı, Turhan Kitabevi 2015) 1230; Başak Başoğlu, 'Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler' (2015) 6 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 29, 40.

⁵⁷ Emine Koçano Rodoslu, 'Ev Başkanının Sorumluluğu' (2014) 63 (4) AÜHFD 879, 881.

⁵⁸ Dural/Öğüz/Gümüş (n 55) 397; Çağlar Özel, 'Türk Özel Hukukunda Sözleşme Dışı Sorumluluk Olgularına Genel Bakış' (2000) 18 (2) HÜİİBFD, 415, 426; Cüneyt Bellican, 'Küçükün (Çocuğun) Kusur, Büyüğün (Ev Başkanının) Kusursuz Sorumluluğu' (2010) 2 (5) Fasikül Hukuk Dergisi, 34, 36.

ölçüye göre belirlendiğine yukarıda değinilmişti. Maddi ölçüye göre araç üzerinde fiili hakimiyeti bulunan, ekonomik açıdan yararlanan veya aracı kendi hesabına işleten kişi gerçek işletendir. Genellikle kısıtlının malvarlığı bulunmaması sebebiyle onun adına ekonomik işlemler vasisi tarafından yapılmaktadır. Yani araç maliki kısıtlı olsa da sigortası, bakımı ve araca ilişkin bilumum masraflar vasi tarafından karşılanmaktadır. Hatta genellikle araç alınırken bedeli bile vasi tarafından ödenmektedir. Bu durumda vasinin araç üzerinde hakimiyet kurduğu bir gerçektir. Kanaatimizce böylelikle maddi ölçü göz önünde bulundurularak vasinin gerçek işleten sayılıp, kaza sebebiyle verilen zarardan sorumlu olması gerekir. Bu bağlamda vasinin KTK anlamında sorumlu tutulması mümkündür.

4. Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası ve Sigortacının Rücu Hakkı

4.1. Genel Olarak Sorumluluk Sigortası, Sigortacı, Sigorta Ettiren, Sigortalı ve Zarar Gören Kavramları

Sorumluluk sigortası, bir yandan sigorta ettirenin üçüncü kişilere verebileceği zararların kolayca giderilerek sigorta ettirenin mal varlığındaki azalmanın önüne geçmeyi amaçlarken; diğer yandan da elbette ki zarar görenin zararını gidermeyi amaçlamaktadır. Bu sebeple de sorumluluk sigortasının sigorta ettiren ile zarar görenin menfaatini dengeleyen kendine özgü bir sigorta türü olduğu kabul edilmektedir⁵⁹. Yani sorumluluk sigortası üçüncü kişilerin zararlarının kolay şekilde temin edilmesini sağlamanın yanında sigortalının ekonomik yönden korunmasını amaçlamaktadır. Bu sigorta türünde meblağ sigortalarındaki gibi sigorta değeri yokken; sigorta bedelinin serbestçe tayin edilmesi mümkündür. Sigortacı rizikonun gerçekleşmesi halinde zararın tamamını değil, sigorta bedelini aşmamak kaydıyla somut zararı ödemekle mesuldür⁶⁰.

Sigorta sözleşmesi de her sözleşmede olduğu gibi en az iki taraftan oluşmaktadır. Bu taraflardan biri sigorta ettiren, diğeri ise sigortacıdır. Genel olarak menfaati sigorta edilen ile sözleşmeyi kuran kişi aynı kişi olmakla; bazen ayrı kişiler olması da mümkündür. Bu durumda ise sözleşmedeki kişiler üçe çıkmaktadır: sigorta ettiren, sigortalı ve sigortacı⁶¹. Sigortacı, sigorta sözleşmesi ile prim karşılığında rizikoyu üstlenen şirketken⁶²; sigorta ettiren ise

⁵⁹ Rauf Karasu, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Sorumluluk Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi' (2015) 6 (4) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 683, 685.

⁶⁰ Mehmet Özdamar/ Burak Doğan, Sigorta Hukuku (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020) 121-122.

⁶¹ Haydar Arseven, Sigorta Hukuku (2. Baskı, Beta Yayıncılık 1991) 95-96.

⁶² "...belirli özellikleri taşıyan söz konusu şirketler kuruluş esnasında Ticaret Bakanlığı'ndan izin, faaliyet aşamasında Hazine ve Maliye Bakanlığı'ndan ruhsat almak kaydıyla sigortacılık yapabilirler", Özdamar/Doğan (n 60) 51.

prim ödeyerek rizikoyu sigorta şirketine devreden kişidir⁶³. Sözleşme ile doğan hakları ve özellikle de sigortacının risk taşımasını talep hakkı kural olarak sigorta ettirenindir; fakat bazen başka şahsa devredilmesi de mümkündür⁶⁴.

Sigortalının kendi menfaatini sigortalatması halinde sözleşmeyi kendi ad ve hesabına yapması söz konusudur. Burada sözleşmedeki korumadan yararlanan yani sigortalı sıfatı da sigorta ettirenindir. Bununla birlikte başka birisinin menfaatinin sigortalanması halinde ise başkası lehine sigorta söz konusudur. Böylelikle sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükler sigorta ettirenindir. Fakat zararın tazminini isteme veya sigorta bedelini alma lehine sözleşme yapılarına aittir⁶⁵. Örneğin kısıtlı K adına alınan aracın vasi V tarafından sigorta edilmesi halinde sigorta ettiren V iken; sigortalı K'dir. Bu noktada primleri ödeme yükümlülüğü sigorta ettiren V'ye ait olup, aracın zarar görmesi durumunda ise sigortacıdan zararın tazminini isteme hakkı K'nindir. Bununla birlikte akıl sağlığını henüz yitirmemişken araç alan K'nin yine aracını sigorta ettirmesi halinde sigorta ettiren de sigortalı da kendisiyken; sigorta yapılmadan evvel akıl sağlığını yitirmesi ve kısıtlanması halinde ise sigorta ettiren V, sigortalı ise kendisidir.

TTK'nın 1473/1 maddesine göre sigortacı zarar görene kurulan sözleşme uyarınca öngörülen miktara kadar tazminat öder. Zarar gören sözleşmede taraf olmamasına rağmen TTK m. 1478 uyarınca sigortacıyı doğrudan dava etme hakkı bulunmaktadır. Sigortacının sigorta ettirene değil de zarar görene karşı sorumlu olması zarar görenle sigortacı arasında kanuni bir hukuki ilişki meydana getirmektedir⁶⁶. Zarar gören ile sigortalı ise birbirine karıştırılmamalıdır⁶⁷. Örneğin kısıtlı adına alınan araç için zorunlu mali sorumluluk sigortası yapılması halinde sigorta ettiren vasi V, sigortalı kısıtlı K, zarar gören ise kaza halinde kazaya karışan karşı taraftır.

4.2. Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası

Zorunlu mali sorumluluk sigortası da sorumluluk sigortası türlerindedir. Bu sigortaya trafik sigortası da denilmektedir. Motorlu araçlar için zorunlu mali sorumluluk sigortası yapılması zorunludur⁶⁸. KTK m. 91'de bu yönde

⁶³ Arseven (n 61) 96.

⁶⁴ Rayegan Kender, *Hususi Sigorta Hukuku* (17. Baskı, On İki Levha Yayınları 2021) 247.

⁶⁵ Arseven (n 61) 96.

⁶⁶ İlknur Uluğ Cicim ve Nurdan Korkmaz, 'Sorumluluk Sigortalarında Zarar Görenin Sigortacı Aleyhine Açtığı Davanın Medeni Usul Hukukuna Ait Bazı Hükümler Bakımından İncelenmesi' (2020) 10 (1) 53, 57.

⁶⁷ Özdamar/Doğan (n 60) 70; "Doğrudan doğruya dava hakkı zarar görene lehdar veya sigortalı sıfatı vermez", Kender (n 64) 259.

⁶⁸ "Sorumluluk sigortası sözleşmesi, bizzat zarardan sorumlu olacak kişi tarafından yaptırılabilir gibi, TTK'nın 1485. maddesi yollaması ile aynı yasanın 1454. maddesi hükmü uyarınca üçüncü bir kişi tarafından da yaptırılabilir. Bir başka deyişle sigorta ettiren

“İşletenlerin, bu kanunun 85. maddesinin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yapturmaları zorunludur” denmiştir. Böylelikle sigorta ettiren ve zarar gören ekonomik açıdan korunmaktadır. ZMSS ile sigortacı belli bir limitle sorumludur, limiti aşan kısım yönünden işletenin şahsi sorumluluğu devam eder⁶⁹. Bununla birlikte sigortacı bazı durumlarda sigorta ettirene rücu ederek ödemiş olduğu tazminatın geri ödenmesini isteyebilir.

Sigorta ile birlikte işletenin sorumluluğu sona ermemekte, bilakis sigortacı ile birlikte sorumluluğu müteselsilen devam etmektedir. Zarar gören sigortacıya doğrudan başvurulabilir (KTK m. 97).

Yukarıda değinildiği üzere, mali sorumluluk sigortasının yapılması KTK m. 91 uyarınca zorunludur. KTK hükümleri doğrultusunda sigortacının doğan zararı tazmin etmesinin birtakım şartları bulunmaktadır. Esasen bu şartlar işleten bakımından söz konusuysa da, işleteni sigorta eden sigortacı şartların oluşması halinde doğan zararı tazmin etmekle yükümlüdür⁷⁰.

Sigortacının zararı tazmin etmesi için gereken şartlar KTK bağlamında motorlu araç işletenin sorumluluğunda söz konusu olan şartlardır. Bu şartlara yukarıda değinilmekle burada tekrara girilmeyecektir. Bununla birlikte sorumluluğun oluşması için zarar, zararın motorlu aracın işletilmesinden doğması, trafik kazasıyla zarar arasında illiyet bağının bulunması ile işleten sıfatının bulunması gerekir.

4.3. Sigortacının Halef Olması ve Bu Bağlamda Rücu Hakkı

TTK m. 1478’e göre, “Zarar gören, uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmının tazminini, sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla, doğrudan sigortacıdan isteyebilir”. Bu hükme

üçüncü bir kişinin menfaatini, onun adını belirterek veya belirtmeden sigorta ettirebilir. Böyle bir durumda sözleşmeden doğan haklar, lehine sigorta sözleşmesi yapılan sigortalıya ait olacaktır”, Işıl Ulaş, Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku (8. Baskı, Turhan Kitabevi 2012) 769; “Sorumluluk sigortasının konusu, sözleşmede aksine bir hüküm yoksa sigortacının, sigorta sözleşmesinde öngörülen bir olayın gerçekleşmesi nedeniyle zarar görenlere karşı sigortalının sorumluluk riskinin üstlenilerek zarar gören üçüncü kişiye sigorta sözleşmesinde öngörülen miktarda tazminat ödenmesidir. Sorumluluk sigortası bir yandan sigorta ettirenin üçüncü kişilere verebileceği zararlardan ötürü bu zararların giderilmesi için sigorta ettirenin mal varlığındaki azalmayı önlemeyi amaçlarken, diğer yandan da sigorta ettirenin eyleminden zarar gören üçüncü kişilerin zararlarının giderilmesini hedeflediğinden sorumluluk sigortası, sigorta ettiren ile onun eylemlerinden zarar görenlerin menfaatlerini dengeleyen sui generis bir sigorta türü olarak kabul edilmelidir (Ulaş, I: Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku, Ankara 2012 s. 764)”, Yargıtay HGK, (17)4-191/514 20/04/2021.

⁶⁹ Aziz Serkan Arslan, ‘Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasından Doğan Rücu Davaları’ (2010) 88 TBB Dergisi, 195, 197.

⁷⁰ İbid 199.

göre zarar gören kişiler zarar veren sigortalıya karşı dava açabileceği gibi, doğrudan sigorta şirketine de dava açabilirler.

Sigorta sözleşmesi, sigortalıya prim ödeme sigortacıya ise riziko taşıma borcu yükleyen karşılıklı ve iki taraflı bir sözleşmedir⁷¹. Sigorta ettiren öncelikle sigorta bedelini ödemekle yükümlüdür⁷². Kural olarak sigorta bedeli peşinen ödenir, bununla birlikte sigortacının kabul etmesi halinde taksit halinde ödenmesi de mümkündür. Sigortacının sorumluluğu poliçenin düzenlenmesiyle başlar⁷³. Sigorta ettirenin borcuna karşılık, sigortacı ise sözleşme gereği riziko taşıma borcu altındadır.

Zarar gören, sigorta ettirenin sigorta şirketini öğrendiğinde kaza tutanağını temin ederek zararın tazmini amacıyla şirket merkezine veya şubelerinden birine başvurur. Zarar görene ödemede bulunan şirketin sigortalısına ödediği bedel kadar halefiyet prensibi⁷⁴ gereği sigorta ettirene karşı rücu hakkı vardır⁷⁵. Aslında sigortacı sorumluluk sigortalarında sigortalısına karşı halefiyet prensibi gereğince rücu hakkını kullanamaz, bu hakkı ancak diğer sorumlulara karşı kullanabilir. Fakat 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 95/2 maddesi uyarınca sigortacıya sigorta ettirene karşı başvurma hakkı tanınmıştır⁷⁶. Sigortacının halefiyeti ilkesi, zarar sigortalarındaki *zenginleşme yasağı* ilkesine dayanır⁷⁷.

Halefiyet ilkesi uyarınca zarar görene sigortacının sigorta bedelini ödedikten sonra sigorta ettiren yerine geçmesi ve ödediği tazminat miktarınca zarardan sorumlu olan kişilere karşı rücu hakkını kullanması söz konusudur⁷⁸. Nitekim TTK m. 1481/1 uyarınca “*Sigortacı, sigorta tazminatını ödedikten sonra hukuken sigortalı yerine geçer. Sigortalının gerçekleşen zarardan dolayı sorumlulara karşı dava hakkı varsa bu hak, tazmin ettiği bedel tutarında sigortacıya ait olur*”. *Tazmin edilen tutar* ifadesi ile sigortalının

⁷¹ Kender, (n 64) 189.

⁷² Kemal Şenocak, Hukuki Himaye Sigortası (1. Baskı, Dayınlırlı Hukuk Yayınları 1993) 156.

⁷³ Gökcan (n 49) 553.

⁷⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Şaban Kayıhan/ Ömer Bağcı, Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri (4. Baskı, Umuttepe Yayınları 2019) 87 vd.

⁷⁵ “*Zarar gören sıfatıyla ‘sigorta ettiren’ rizikonun gerçekleşmesi sebebiyle meydana gelen zararlar için üçüncü bir şahsa karşı herhangi bir hukuki sebebe (haksız fiil-akit-kanun) binaen tazminat alacağına sahip ise, bu hakkın ödenen sigorta tazminatı miktarınca ex lege (kanun icabı) ‘sigortacıya geçmesi’ halini sigortacının halefiyeti olarak tanımlayabiliriz*”, Merih Kemal Omağ, Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefiyeti (1. Baskı, Vedat Kitapçılık 2011) 37.

⁷⁶ Melih Işık, ‘Türk Ticaret Kanunu m. 1481/2 Hükümünün Medeni Usul Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi’ (2019) 9 (1) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 195, 201.

⁷⁷ Emine Yazıcıoğlu, Sorumluluk Sigortalarında Sigortacının Kanuni Halefiyeti, Sigorta Hukuku Sempozyumları (1. Baskı, On İki Levha Yayınları 2018), 483.

⁷⁸ Rauf Karasu, Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası) (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2016) 111.

kusuruna denk gelen miktarın üzerindeki miktar anlaşılmalı ve bunun yanında sigortacının kendi sigortalısına rücu hakkının bulunmadığı kabul edilmelidir; zira sigortacıya yalnızca zarardan sorumlu olan üçüncü kişilere karşı talepte bulunma imkanı tanınmıştır⁷⁹. Poliçe kapsamı dışında kalan zararlar veya sözleşmede kararlaştırıldan fazla ödenen hasar miktarı yönünden sigorta ettirenin zarar sorumlusuna karşı dava hakkı da bulunmaktadır.

4.3.1. KTK ve Trafik Sigortası Genel Şartlarına Göre Rücu İmkanları

KTK m. 95/2 uyarınca “*ödemede bulunan sigortacı, sigorta sözleşmesine ve bu sözleşmeye ilişkin kanun hükümlerine göre, tazminatın kaldırılmasını veya azaltılmasını sağlayabileceği oranda sigorta ettirene başvurabilir*”. Görüldüğü üzere sigortacının kendi tazminat yükümlülüğünü ortadan kaldıran durumları sigortalıya karşı ileri sürmesi mümkündür⁸⁰.

KTK 95/2’de tazminatın azaltılması veya kaldırılması sonucunu doğuran hallerin neler olduğuna ilişkin somut bir düzenleme bulunmamasına rağmen; ZMMS Genel Şartları B.4⁸¹ ile sigortacının kendi sigorta ettirenine veya sigortalısına rücu edebileceği haller yedi bent şeklinde sayılmıştır. Bu hükümde sayılan haller sınırlı olmayıp, bunun dışındaki hallerde de rücu imkanı bulunmaktadır ve bu hallerin mevcut olduğunu ispat yükü de sigorta şirketinin üzerindedir⁸².

⁷⁹ İbid 111.

⁸⁰ Mertol Can, Türk Özel Sigorta Hukuku C 1 (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2018) 42.

⁸¹ “*Sigortalıya başlıca şu nedenlerle rücu edilir:*

a) *Tazminatı gerektiren olay, sigortalının veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kasti bir hareketi veya ağır kusuru sonucunda meydana gelmiş ise,*

b) *(Değişik:RG-2/2/2016-29612) (1) Tazminatı gerektiren olay, aracın ilgili mevzuat hükümlerine göre gereken ehliyetnameye sahip olmayan veya geçerliliğini yitirmiş sürücü sertifikasına sahip ya da ehliyetine geçici/süreklî el konulmuş kimseler tarafından sevk edilmesi veya trafik kurallarının ağır kusur ile ihlali sonucunda meydana gelmiş ise,*

c) *Aracın, uyuşturucu madde veya ilgili mevzuatta belirlenen seviyenin üzerinde alkollü içki almış kişilerce veya aynı mevzuatta alkollü içki alamayacağı belirtilen kişilerce alkollü içki alınmak suretiyle kullanılması sırasında meydana gelen zararlar,*

ç) *Tazminatı gerektiren olay, yolcu taşımaya ruhsatlı olmayan araçlarda yolcu taşınması veya yetkili makamlarca tespit edilmiş olan istiap haddinden fazla yolcu veya yük taşınması veya patlayıcı, parlayıcı ve tehlikeli maddeleri taşıma ruhsatı bulunmayan araçlarda, bu maddelerin parlama, tutuşma ve infilakı yüzünden meydana gelmiş ise,*

d) *Sigortalının rizikonun gerçekleşmesi halinde bu genel şartların B.1. maddesinde belirtilen yükümlülükleri yerine getirmemesinden dolayı zarar ve ziyan miktarında bir artış olursa,*

e) *Tazminatı gerektiren olayın aracın çalınması veya gasp edilmesi sonucunda olması halinde, çalınma veya gasp edilme olayında sigortalının kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurlu olduğu tespit edilirse,*

f) *Bedeni hasara neden olan trafik kazalarında sigortalının veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin, tedavi veya yardım amaçlı sağlık kuruluşuna gitme, can güvenliği nedeniyle uzaklaşma gibi zorunlu haller hariç olmak üzere, olay yerini terk etmesi veya kaza tutanağı, alkol raporu vb. kazanın oluş koşullarına ilişkin gereken belgelerin düzenlenmesi yükümlülüğüne aykırı davranması halinde”.*

⁸² Karasu (n 77) 114.

4.3.1.1. Kasıt veya Ağır Kusurun Varlığı⁸³

Genel Şartlar B.4'ün a bendine göre tazminatı gerektiren olay sigortalının veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kastına veya ağır kusuruna⁸⁴ dayanıyorsa sigortacı zarar görene ödediği tazminatı sigortalısına rücu edebilir. Kusur, zarara sebebiyet veren haksız fiili işleyen kimsenin sorumluluğunu doğuran, sorumluluğu haklı hale getiren davranış tipidir⁸⁵. Davranışın kurallara aykırı olmasına rağmen zarar bu davranışın sonucu değilse illiyet bağı kurulmamıştır ve zarardan sorumluluktan bahsedilemez⁸⁶; bir diğer deyişle sigortacının sigorta ettirene rücu imkanını kullanabilmesi için illiyet bağı kurulmalıdır. Örneğin sigorta ettiren vasi V'nin kısıtlı K'ye bizzat anahtarı vererek aracı sürmesini istemesi halinde kusurun varlığından söz edilir. Böyle bir durumda sigortacı sigorta ettiren V'ye ödediği tazminatı rücu edebilir.

4.3.1.2. Tazminatı Gerektiren Olayın Ehliyetsiz Araç Kullanmadan İleri Gelmesi

İlgili mevzuat hükümleri gereğince ehliyet alma hakkına sahip olmayan kimseler tarafından aracın kullanılması halinde tazminat ödeyen sigortacının sigorta ettirene rücu hakkı bulunmaktadır. Kaza yapılan aracın ehliyetsiz kimse tarafından kullanılması durumunda sigortacının rücu hakkını sigorta ettirene karşı ileri sürmesi gerekir, yani rücu hakkı sürücüye karşı kullanılamaz⁸⁷. Sürücü Adayları ve Sürücülerde Aranacak Sağlık Şartları ile Muayenelerine Dair Yönetmeliğin 4/2-1 maddesi uyarınca *ruh hastalığı (ağır akıl hastalığı, zeka geriliği, demans, kişilik bozukluğu, ağır davranış bozukluğu)* yönünden

⁸³ “Çalışmamız kapsamında paylaşılan yedi bendin yalnızca konumuzla ilgili olması bakımından a, b ve d bentleri incelenecektir. Zira c ve ç bentleri zaten akıl hastaları bakımından söz konusu olamayacakken; e ve f bentleri yönünden de *sigortalının veya eylemlerinden sorumlu kişilerin* davranışları esas alındığından burada da vasiğin sigortalı olarak kabul edilmesi gerekir ki böyle bir durumda kısıtlı bakımından hükümdeki şartlar oluşmaz. Bir diğer deyişle kısıtlı adına olan aracın sigorta ettireni vasiyken, sigortalısı elbette ki kısıtlıdır. Sigortalının kısıtlı olduğu durumlarda eylemlerinden sorumlu olacağı kimseler bulunmayacağı gibi, akıl sağlığı bulunmadığından hükümdeki davranışların da ondan beklenilmesi mümkün değildir”.

⁸⁴ “*Kusurun kast ve ağır ihmal dereceleri ağır kusur; hafif ihmal ise, hafif kusur adını alır. Haksız fiil sorumluluğu bakımından kusurun ağır veya hafif olması arasında fark yoktur*”, Kılıçoğlu (n 26) 410; “*Sürücünün veya eylemlerinden sorumlu kişilerin “kasıtlı” davranışlarını tespit etmek kolay olmakla birlikte, “ağır kusur”un tespiti kolay değildir. Ağır kusur, kasıt olmamakla birlikte, kasta yakın bir kusurun varlığı anlamına gelir. Doktrinde ağır kusur kavramı, aynı şartlar altında bulunan her insanın alması gereken en basit tedbirin alınmaması şeklinde tanımlanmaktadır*”, Karasu (n 77) 115.

⁸⁵ Mustafa Kılıçoğlu, Trafik Kazaları Tazminat-Sigorta-Rücu ve Yargıtay Uygulaması (1. Baskı, Bilge Yayınevi 2014) 424.

⁸⁶ Çelik Ahmet Çelik, Trafik Kazalarında Tazminat ve Sigorta Hukuk ve Ceza Sorumluluğu (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 411.

⁸⁷ Karasu (n 77) 117; Ulaş (n 68) 1016.

de doktorlar tarafından değerlendirme yapıldığından ve akıl hastaları kısıtlıların da bu kapsamda ehliyet almaları mümkün olmadığından, kısıtlının kazaya karışması halinde sigortacının sigorta ettirene rücu etmesi mümkündür. Örneğin anahtar kontak üzerindeyken arabayı terk eden vasi V'nin yokluğunu fırsat bilen kısıtlı K'nin aracı çalıştırarak kaza yapması halinde, Genel Şartlar B.4-b uyarınca zararı tazmin eden sigortacının sigorta ettiren vasi V'ye karşı rücu hakkını kullanması mümkündür. Burada sürücü K'ye karşı rücu hakkı kullanılamaz, sigorta ettiren V'ye karşı ileri sürülmesi gerekir. Fakat sigorta ettirenin K olması halinde elbette ki ona da başvurulabilir.

4.3.1.3. Rizikonun Gerçekleşmesinden Sonra Sigortalının Yükümlülüklerini Yerine Getirmemesi

Genel Şartların B.1 maddesinde sayılan yükümlülükleri sigortalının yerine getirmemesi halinde zarar ve ziyanda artış olması durumunda sigortacının bu artış oranında sigortalısına rücu etme imkanı bulunmaktadır. Çalınma veya gasp durumlarında ise resmi mercilere duyurunun uygun bir sürede yapılması gerekir⁸⁸. Görüldüğü üzere yalnız yükümlülüklerin yerine getirilmemesi rücuya imkan tanımamaktadır. Yükümlülüklerin yerine getirilmemesi aynı zamanda zararı bu oranda artırmalıdır. Örneğin sigortalı K'nin adına vasisi V'nin B.1-a'da belirtilen sorumluluğu doğuran olayı belirtilen süre içerisinde sigortacıya bildirmemesi ve zararın bu doğrultuda artması halinde, sigortacının artış oranında söz konusu olan miktarı sigortalıya rücu etmesi mümkündür. Esasen kısıtlı adına alınan aracın sigorta ettireni vasi olsa da sigortalısı kısıtlıdır. Zira kısıtlının menfaati koruma altına alınmaktadır. Bu sebeple hükümden anlaşılacağı üzere *sigortalının yükümlülüklerini yerine getirmemesi* açıkça şart olarak arandığından, sigortalı sıfatına sahip olmayan vasiye karşı rücu imkanının kullanılması mümkün değildir. Fakat sigortalı K'nin akıl sağlığı yerinde bulunmadığından ondan yükümlülükleri bildirmesi de beklenemez. Kanaatimizce burada ancak vasinin kısıtlı adına bu yükümlülükleri yerine getirmesi kabul edilerek ev başkanının sorumluluğuna dayanılarak rücu imkanı kullanılabilir. Aksi halde hükmün işlerliği kalmamaktadır.

SONUÇ

Akıl hastası kimseler için sulh hukuk mahkemesine dava açılarak kısıtlanmaları istenebilir. Kısıtlıların her türlü işlerini vasileri yürütmektedir. Kısıtlanan kişilerin diğer kimselere göre güçsüz konumda bulunmaları sebebiyle ülkemizde birtakım düzenlemelerle bu kişilere ayrıcalıklar tanınmaktadır. Bunlardan birisi de 4760 Sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'dur. Bu kanunla birlikte şartları taşıyan engellilerin (akıl hastaları da genel itibarıyla engelli şartlarını taşımaktadır) vergiden muaf tutulması sağlanarak, ihtiyaçlarını

⁸⁸ Ulaş (n 68) 1036.

karşılama üzere araç alımları kolaylaştırılmaktadır. Kısıtlı adına alınan araçlarda malik kısıtlı olmakta; bununla birlikte özel durumları dolayısıyla aracın idaresi çoğunlukla vasinin elinde bulunmaktadır.

Motorlu aracın işletilmesi doğası gereği tehlike yaratabilme olasılığını içerir. Akıl hastası kısıtlı adına alınan aracın işletilmesi sebebiyle her an kazaya karışması mümkündür. Böyle bir durumda ise kısıtlının sorumluluğu tartışılır. Genel itibariyle kısıtlı aracın maliki olsa da kullanıcı çoğu zaman vasi olmaktadır. Kısıtlının aracı bir şekilde ele geçirerek kazaya karışması halinde TBK m. 65 uyarınca sorumluluğu söz konusudur. Bunun yanında motorlu aracın işletilmesi sebebiyle sorumluluk da söz konusu olur. Sorumlulukların yarışması halinde ise teklik ilkesi gereği özel kanun olan KTK bağlamında tehlike sorumluluğu öncelenir. Bu sebeple sorumluluklar yarışsa da kısıtlı özel düzenleme olması gereği KTK bağlamında sorumlu olur. Bununla birlikte kısıtlı üzerinde özen ve denetim yükümlülüğü bulunan vasinin de böyle bir durumda ev başkanının sorumluluğu çerçevesinde sorumlu olması mümkündür. Burada kısıtlı ile vasinin müteselsilen sorumluluğu bulunmaktadır. Zarar gören her ikisine de başvurarak zararının giderilmesini isteyebilir.

Kısıtlının hem mevzuat gereği hem de fiziksel elverişsizliği sebebiyle aracı kullanamayacağı açıktır. Çoğunlukla kısıtlının aracını vasisi idare etmektedir. Malik olmayan ve sadece aracı kullanan vasi ise aracın kazaya karışması durumunda kanaatimizce maddi ölçüye göre işleten sayılarak KTK bağlamında sorumlu olmalıdır.

Günümüzde araçların çoğalması ve her an kazaya sebebiyet verebilme tehlikesi içinde olması sebebiyle KTK m. 91 uyarınca trafik sigortası yapılması zorunludur. Bu şekilde zarar görenin zararı sigorta şirketince giderilerek mağduriyet azaltılmaktadır. Sorumluluk sigortası ile sigorta ettirenin mal varlığındaki azalma engellenirken zarar görenin de zararı giderilmektedir. Sigorta şirketleri giderdikleri zararı bazı durumlarda zarar verene rücu etmektedir. Rücu olgusu halefiyet ilkesine dayanır. Zararı gideren sigorta şirketi zarar görenin başvurabileceği kişilere karşı bu ilke uyarınca tazmin ettiği zararı rücu edebilir. Halefiyet ilkesi TTK m. 1481’de düzenlenmiştir.

Sorumluluk sigortalarında aslında sigorta ettirene başvurulması mümkün değilken KTK ile bu anlamda bir istisna getirilmiş ve sigortacının sigorta ettirenine rücu etmesi mümkün hale gelmiştir. Kanuni düzenlemelere bakıldığında hangi hallerde sigorta ettirene rücu edilebileceği düzenlenmemişken; ZMSS Genel Şartlar B.4 uyarınca 7 bent şeklinde birtakım düzenlemeler getirilmiştir. Bu bentte sayılanlar ise örnek mahiyetinde olup, başka durumların da rücu sebebi olması mümkündür.

Anılan bentlere bakıldığında kusur ve ağır kastın bulunması, ehliyetsiz araç kullanımı ve Genel Şartlar B.1’de belirlenen yükümlülüklerin sigortalı tarafından bildirilmemesi halinde sigortacının tazmin ettiği zararı sigortalısına

rücu etmesi çalışmamız bakımından önemlidir. Sigortalının veya sorumlu olduğu kişilerin kusuru ya da ağır kastının bulunması halinde zararı gideren sigortacının sigorta ettirene rücu etme imkanı bulunmaktadır. Vasinin kısıtlı adına olan aracın sigorta ettireni olması yanında sorumluluğu altında bulunan kısıtlıyı da gözetmesi gerekir. Vasinin denetim ve gözetim yükümlülüğünü yeterince yerine getirmemesi halinde, yani kusurunun bulunması durumunda kısıtlının aracının kazaya karışması halinde zararı gideren sigortacının sigorta ettiren vasiye bu zararı rücu etmesi mümkündür. Keza kısıtlının ehliyeti bulunmayacağından bir şekilde aracı sürerek kazaya karışması halinde de bent uyarınca rücu mümkündür. Kısıtlının akıl sağlığı yerinde bulunmadığından Genel Şartlar B.1’de sayılan yükümlülükleri belirlenen sürelerde sigortacıya karşı yerine getirmemesi doğal olarak mümkün değilken; kanaatimizce bu durumda kısıtlı adına vasinin bu yükümlülükleri yerine getirmesi kabul edilerek bildirmemesi halinde zararı gideren sigortacının sigorta ettiren vasiye rücu etmesinin mümkün olduğu kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

Acar Umut A, Vesayet Kurumu ve Vasinin Sorumluluğu (2. Baskı, Seçkin Yayınları 2021).

Akıntürk T ve Ateş D, Aile Hukuku C 2 (20. Baskı, Beta Yayınları 2017).

Akipek J, Akıntürk T ve Ateş D, Kişiler Hukuku C 1 (15. Baskı, Beta Yayınları 2019).

Altop A, Hakkaniyet Sorumluluğu İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2007) 6 (1) 7-16.

Antalya G, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C V/1, 2 (2. Baskı, Seçkin Yayınları 2019).

Aral F, Temyiz Kudretinden Mahrum Şahısların Hukuki Sorumluluğu, Batider (1980) 10 (3) 733-758.

Arseven H, Sigorta Hukuku (2. Baskı, Beta Yayınları 1991).

Arslan A. S, Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasından Doğan Rücu Davaları (2010) 88 TBB Dergisi 195-224.

Başoğlu B, Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler (2015) 6 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 29-56.

Bellican C, Küçüğün (Çocuğun) Kusur, Büyüğün (Ev Başkanının) Kusursuz Sorumluluğu (2010) 2 (5) Fasikül Hukuk Dergisi 34-39.

Can Mertol, Türk Özel Sigorta Hukuku C 1 (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2018).

Cicim Uluğ İ ve Korkmaz N, Sorumluluk Sigortalarında Zarar Görenin Sigortacı Aleyhine Açtığı Davanın Medeni Usul Hukukuna Ait Bazı Hükümler Bakımından İncelenmesi (2020) 10 (1) 53-93.

Çelik A. Ç, Trafik Kazalarında Tazminat ve Sigorta Hukuk ve Ceza Sorumluluğu (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021).

Dural M, Ögüz T ve Gümüş M. A, Aile Hukuku C 3 (15. Baskı, Filiz Kitabevi 2020).

Dural M, Ögüz T, Kişiler Hukuku C 2 (19. Baskı, Filiz Kitabevi 2018).

Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (16. Baskı, Yetkin Yayınları 2013).

Eren F, Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Unsurları (1987) 39 AÜHFD 159-212.

Erkan V ve Yücer İ, Ayırt Etme Gücü (2011) 60 (3) AÜHFD 485-522.

Gençcan Ö U, Vesayet Hukuku (3. Baskı, Yetkin Yayıncılık 2019).

Gökcan H T, Hukuki Sorumluluk, Tazminat, Sigorta ve Rücu Davaları (9. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2018).

Helvacı İ, Temyiz Kudretinden Yoksun Şahısların Hukuki Sorumluluğu Üzerine (1997) 55 İÜHFM 146-171.

Karasu R, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Sorumluluk Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi (2015) 6 (4) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 683-706.

Karasu R, Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası) (1. Baskı, Yetkin Yayıncılık 2016).

Kaya A, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Sorumluluk Sebeplerinin Yarışması (2016) 1 (2) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 207-218.

Kayıhan Ş ve Bağcı Ö, Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri (4. Baskı Umuttepe Yayınları 2019).

Kender R. Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku (17. Baskı, On İki Levha Yayınları 2021).

Kılıçoğlu M, Aile Hukuku (6. Baskı, Turhan Kitabevi 2022).

Kılıçoğlu M, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (25. Baskı, Turhan Kitabevi 2021).

Kılıçoğlu M, Medeni Hukuk, (3. Baskı, Turhan Kitabevi 2019).

Kılıçoğlu M, Trafik Kazaları Tazminat-Sigorta-Rücu ve Yargıtay Uygulaması (1. Baskı, Bilge Yayınevi 2014).

Kocağa K, Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması (2006) 10 (1,2) GÜHFD 33-54.

Koç N, Türk Medeni Kanunundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış (2005) 7 (0) 99-120.

Koçano Rodoslu E, Ev Başkanının Sorumluluğu, (2014) 63 AÜHFD 879-899.

Omağ M K, Türk Hukukunda Sigortacının Hukuki Halefiyeti (1. Baskı, Vedat Kitapçılık 2011).

Oğuzman M K ve ÖZ T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C 2 (16. Baskı, Vedat Kitapçılık 2021).

Oğuzman M K, Seliçi Ö ve Oktay-Özdemir S, Kişiler Hukuku (20. Baskı, Filiz Kitabevi 2021).

Özdamar M ve Doğan B, Sigorta Hukuku (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020).

Özel Ç, Türk Özel Hukukunda Sözleşme Dışı Sorumluluk Olgularına Genel Bir Bakış (2000) 18 (2) HÜİİBFD 415-432.

Öztan B, Aile Hukuku (6. Baskı, Turhan Kitabevi 2015).

Reisoğlu S, Türk Borçlar Hukuku (25. Bası, Beta Yayınları 2014).

Şenocak K, Hukuki Himaye Sigortası (1. Baskı, Dayınlarlı Hukuk Yayınları 1993).

Tandoğan H, Türk Mesuliyet Hukuku (Birinci Basıdan Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık 2010).

Ulaş I, Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku (8. Baskı, Turhan Kitabevi 2012).

Ünan S, Türk Ticaret Kanunu Şerhi 6. Kitap: Sigorta Hukuku C 2 (1. Baskı, On İki Levha Yayınları 2016).

Yazıcıoğlu E, Sorumluluk Sigortalarında Sigortacının Kanuni Halefiyeti, Sigorta Hukuku Sempozyumları (1. Baskı, On İki Levha Yayınları 2018), 483.



İFLÂS TASFİYESİNİN TATİLİ

Suspension of the Bankruptcy Liquidation

Ali Fuat ÇİÇEKLİ*

Özet

Uygulamada sıklıkla görülen iflâs tasfiyesinin tatili olgusu, müflisin haczi kabil hiçbir malının bulunmaması dolayısıyla tasfiyenin gerçekleşmemesini ifade etmektedir. Masada hiçbir mal bulunmaması durumu gerek iflâs dairesinin gerek iflâsın kapatılması kararının verilmesinde asliye ticaret mahkemesinin özenle incelemesi gereken bir konudur. Nitekim şartlar oluşmadan verilen tasfiyenin tatili kararı, talep üzerine şikâyet incelemesine tâbidir. Öte yandan gerekli şartlar oluşmamasına rağmen verilen iflâsın kapatılması kararı da kanun yolu aşamasında denetime tâbi tutulur. Esasında masada hiçbir mal bulunmuyorsa iflâsın kapatılmasına karar verilmesi gerekmektedir. Ancak müflisin, mallarını gizlediğini, iptale tâbi tasarruflarda bulunduğunu ya da rehinli malın satışından kalan paranın tasfiye masraflarına yeteceğini ya da diğer olgular dolayısıyla tasfiyenin devamının kendisinin yararına olduğunu düşünen alacaklıya, tasfiyenin devamı için bir imkân tanınmalıdır. İşte alacaklıya bu imkân, tasfiyenin tatili kurumu ile sağlanmaktadır. Nitekim bu hâlde alacaklıya, gerekli masrafı vermesi şartıyla tasfiyeye devam edilmesini isteme hakkı verilmektedir. Bu bağlamda tasfiyenin tatili, tasfiyeye tâbi hiçbir mal bulunmadığının ortaya çıkmasıyla iflâsın kapatılması arasındaki ara dönem için tasfiyenin durdurulmasını ifade etmektedir.

Anahtar kelimeler: İflâs, tasfiye, masada hiçbir mal bulunmaması, tasfiyenin durdurulması, İcra ve İflâs Kanunu m. 217.

Abstract

The fact of suspension of bankruptcy liquidation, which is frequently seen in practice, liquidation doesn't be because of bankrupt hasn't assets capable of attachment. The absence of any goods in the Bankrupt's estate is an issue that should be carefully examined by both the bankruptcy office and the commercial court of in the decision to close. Actually, the decision to suspend the liquidation given before the conditions are subject to complaint review upon request. Moreover, the decision to close the bankruptcy given despite the lack of conditions is also subject to audit at the appeal. Indeed, if there isn't property in the Bankrupt's estate, it's necessary to decide to close the bankruptcy. However, the creditor should be given an opportunity to continue the

➤ Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 12.01.2022

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 06.09.2022

* Arş. Gör., Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku ABD., alifuatcicekli53@icloud.com, <https://orcid.org/0000-0001-7631-9833>

liquidation if he thinks that the bankrupt hid his property, made savings subject to annulment or that the money remaining from the sale of the pledged property will be sufficient for the liquidation expenses otherwise in cases where the continuation of the liquidation is to the benefit of the creditor due to other facts. This opportunity is provided to the creditor by the institution of the suspension of liquidation. Indeed, in this case the creditor has the right to demand the continuation of the liquidation provided that he pays the necessary expenses. In this context, the suspension of the liquidation means the stopping the liquidation for the interim period between the discovery that there is no property subject to liquidation and the closing of the bankruptcy.

Keywords: Bankruptcy, liquidation, no property in the Bankrupt's estate, suspension of liquidation, Execution and Bankruptcy Code Art. 217.

GİRİŞ

Mahkemece iflâsın açılması kararının verilmesinden sonra borçlu, müflis sıfatını almaktadır. Dolayısıyla artık müflis, iflâs etmenin sonuçlarıyla karşı karşıyadır. İflâs etmenin en önemli sonucu, müflisin malvarlığının tasfiyesidir. Nitekim müflisin borçları, malvarlığı tasfiye edilerek ödenmektedir.

Tüm malvarlığını tüketmiş, eş söyleyişle hiçbir malı kalmamış¹ bir kimsenin müflis sıfatını alması olağandır. Ancak müflisin, paraya çevrilecek hiçbir malvarlığı bulunmaması hâlinde borçların ödenmesi de söz konusu olamaz. Dolayısıyla masanın teşkilinden sonra genel anlamda tasfiyeye konu olacak

¹ Hiçbir malın bulunmaması olgusu her ne kadar gerçek dışı görünse de İsviçre'de 1995 yılı içerisinde açılan 9974 iflâstan 3514'ü (yüzde 32.23) tasfiyenin tatili nedeniyle kapatılmıştır. Bu konu hakkında bkz. Adrian Staehelin, Thomas Bauer ve Daniel Staehelin, *Kommentar zum Bundesgesetz zur Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs unter Einbezug der Nebenerlasse SchKG III: Art. 221-352 Nebenerlasse* (Helbing Lichtenhahn 1998) Art. 230 N. 29. Öte yandan İsviçre Federal İstatistik Dairesi'nin raporlarına göre 2009-2018 yılları arasındaki iflâs işlemlerinin yüzde 57.97'si malvarlığı eksikliği nedeniyle durdurulmuştur. İstatistik için bkz. www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industriedienstleistungen/unternehmen-beschaefigte/unternehmensdemografie/konkurse.assetdetail.7966839.html. Federal İstatistik Dairesi'nin raporunun değerlendirmesi için bkz. www.konkurseinstellung-praxis.ch/art-230-schkg/#link-62, Erişim Tarihi: 6.12.2021. Yine Almanya'da 1999 yılında 34.038 iflâs başvurusundan 21.542'si (yüzde 63.28) malvarlığı yokluğu nedeniyle reddedilmiştir. Alman Federal İstatistik Dairesi'nin bu konu hakkındaki raporu için bkz. https://www.destatis.de/DE/Themen/Branchen-Unternehmen/Unternehmen/Gewerbemeldungen-Insolvenzen/Publikationen/Downloads-Insolvenzen/insolvenzen-2020410211094.pdf?__blob=publicationFile, Erişim Tarihi: 17.12.2021. Belirtmek gerekir ki Türkiye'de iflâs tasfiyesinin tatili sayısını içeren bir rapor bulunamamıştır. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğüne her yıl için düzenlenen Adli İstatistikler raporu genel olarak önemli bir kaynak olmasına rağmen iflâs özelinde raporda, dosya sayısı, dosyanın görülme süresi, dosyaların yıllara göre artış ve azalış oranları gibi oldukça sınırlı bir veri derlenmektedir. Yıllara göre Adli İstatistikler raporlarını içeren arşiv için bkz. <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/adli-istatistikler-yayin-arsivi> Erişim Tarihi: 17.12.2021. Bu noktada önerimiz, tıpkı İsviçre ve Almanya'da olduğu gibi malvarlığı eksikliği nedeniyle iflâs tasfiyesinin tatili kararı ve bu karar sonrası iflâsın kapatılması sayısına Adli İstatistikler raporunda yer verilmesidir.

hiçbir malvarlığı söz konusu değilse iflâs tasfiyesinin tatiline karar verilir. Tasfiyenin tatili, esasında, tasfiyenin talik edilmesidir². Zira tasfiyenin tatili, iflâsın kapanması demek değildir³. Nitekim tasfiye, malvarlığı bulunmaması dolayısıyla ertelenmiştir; yoksa daha sonradan haczi kabil malvarlığı ortaya çıkarsa veyahut alacaklıların tasfiyenin devamı konusunda bir talebi varsa tasfiyeye devam edilebilir.

İflâs tasfiyesinin tatiliyle birlikte çeşitli olguların görünümü de önem arz etmektedir. Nitekim borçlu müflis sıfatını almış, malvarlığı iflâsa konu olmuştur. Dolayısıyla iflâsa bağlanan neticeler, iflâsın açılmasıyla meydana gelmiştir. Ancak söz konusu neticelerin önemli bir kısmı, malvarlığının tasfiyesiyle borçların ödenmesi amacına özgülenmiştir. Bu kapsamda tasfiye söz konusu olmadığından, iflâsa bağlanan sonuçların akıbeti tartışmaya açıktır.

Uygulamada, müflisin hiçbir malvarlığının bulunmamasının bir sonucu olan tasfiyenin tatili kurumu, son zamanlarda yaşanan ekonomik krizlerin etkisiyle sıklıkla görülmektedir. Bu itibarla tasfiyenin tatilinin, iflâs tasfiyesindeki yerini incelemek gereği hâsıl olmuştur. Çalışma, iki ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde tasfiyenin tatilinin kaynağı, koşulları ve uygulanma usulü ele alınmıştır. İkinci bölümde ise oldukça spesifik bir durum olan tasfiyenin tatilinin, olağan iflâs usulünde meydana getirdiği kendine özgü sonuçlar incelenmiştir.

I. TASFİYENİN TATİLİNİN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ, ŞARTLARI VE USULÜ

A. Genel Olarak

Tasfiye süreci, iflâsın açılması kararının iflâs dairesine tebliğiyle başlamaktadır. 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu⁴ (İİK) m. 208 hükmü gereği iflâs dairesi, masa mallarının mevcudat defterini (İcra ve İflas Kanununun Tatbikatına Dair Nizamname⁵ m. 40 vd.) tutar ve malların korunması için gerekli tedbirleri alır. Deftere geçirilecek olanlar, müflisin aktifini oluştur⁶; yoksa defter, müflisin pasifini içermez⁷. Deftere, masaya ait haczi caiz olmayan

² Mustafa Reşit Belgesay, *İcra ve İflâs Hukuku Sentetik Bölüm İkinci Cilt*, (2. Baskı, Fakülteler Matbaası 1953) 115.

³ Christoph R. Stocker, *Entscheidungsgrundlagen für die Wahl des Verfahrens im Konkurs, insbesondere des Konkursverfahrens bis zur Einstellung mangels Aktiven mit seinen unmittelbaren Nachwirkungen*, (Schulthess Polygraphischer 1985) 169.

⁴ İcra ve İflâs Kanunu, Kanun Numarası: 2004, Kabul Tarihi: 09.06.1932, RG 19.06.1932/2128.
⁵ RG. 02.10.1932, S. 2215.

⁶ Saim Üstündağ, *İflâs Hukuku*, (8. Baskı, Yaylacık 2009) 131; Güray Erdönmez, *İflâsta Alacaklılar Toplanması ve Yetkileri*, (Legal 2005) 30-31.

⁷ Ancak geniş anlamda iflâs masası, müflisin aktif ve pasifini kapsamaktadır. Bu konu hakkında bkz. Hülya Taş Korkmaz, *İflâs Masası*, (Yetkin 2010) 24 vd.



ve masaya girmeyen mallar da dâhil olmak üzere müflisin tüm malvarlığı yazılır⁸. Mevcut malvarlığına göre iflâs dairesi, tasfiye usulüne karar verir⁹. Bu bağlamda kural olarak adi tasfiye usulü uygulanmak durumundadır. Ancak tasfiye masraflı bir iştir. Müflisin malvarlığı, tasfiye masraflarını karşılamıyorsa gereksiz yere adi tasfiye usulünü uygulamak gerek müflis gerek alacaklılar bakımından zararlıdır¹⁰. Dolayısıyla eğer adi tasfiye masrafları, defteri tutulan malların bedelini aşıyorsa basit tasfiye usulü uygulanır. Bu itibarla defteri tutulacak hiçbir malvarlığının bulunmaması hâlinde tasfiyeden değil tasfiyenin tatilinden söz edilir.

B. Kavramsal Çerçevesi

Türk hukukunda mehaz düzenleme olan İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu¹¹ (SchKG) m. 230 hükmüne paralel olarak İİK m. 217 hükmünde, masaya ait hiçbir mal bulunamazsa iflâs dairesinin, tasfiyenin tatiline karar vereceği ve bu kararın ilan edilmesinden sonra alacaklıların tasfiyenin devamını talep edebileceği belirtilmektedir. Dolayısıyla tasfiyenin tatil edilmesi, masada tasfiye masraflarını karşılayacak kadar dahi malvarlığı bulunmaması hâlinde tasfiyenin anlamı ortadan kalkacağı için sürecin durdurulmasıdır. Belirtmek gerekir ki tasfiyenin tatili kurumunun ihdas amacının, gerek İİK m. 217 gerekse SchKG m. 230 hükümlerinde ifade edildiği üzere iflâsın kapatılmasından önce tasfiyenin devamı için alacaklılara bir imkân vermek olduğu söylenebilir. Nitekim İİK m. 217 hükmünde tasfiyenin tatili kurumu düzenlenmeseydi, masada hiçbir mal bulunmaması dolayısıyla doğrudan iflâsın kapatılmasına karar verilmesi gerekecekti.

⁸ Necmettin Berkin, *İflâs Hukuku*, (3. Baskı, Yeni Hamle Matbaası 1970) 300-301; Üstündağ (n 6) 132; İlhan E. Postacıoğlu, *İflâs Hukuku İlkeleri Cilt: 1. İflâs*, (Sulhi Garan Matbaası 1978) 53; Taş Korkmaz (n 7) 64; Talih Uyar, Alper Uyar ve Cüneyt Uyar, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi El Kitabı, Cilt: 2*, (Bilge 2012) 2584; Ramazan Arslan ve diğerleri, *İcra ve İflâs Hukuku*, (4. Baskı, Yetkin 2018) 492; Hakan Pekcanitez ve diğerleri, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, (6. Baskı, On İki Levha 2019) 439; Ömer Ulukapı, *İcra ve İflâs Hukuku*, (Mimoza 2015) 445; M. Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım, *İcra ve İflâs Hukuku*, (7. Baskı, Beta 2016) 455. Bankaların tüm malvarlığının haczi caiz olması dolayısıyla, bu mal ve haklar tamamıyla deftere geçirilir. Bu konu hakkında bkz. Oğuz Atalay, 'Bankaların İflâsında İflâs Tasfiyesi' (1997) Şükrü Postacıoğlu'na Armağan 273

⁹ Erdönmez (n 6) 31; "...Mahkemece yapılan, tasfiye usulünün alacaklılar toplantısında karara bağlanacağına dair tesbit hatalı olduğu gibi, böyle bir talep ve yasal olanak bulunmamasına rağmen iflâsın iptali koşullarının oluşmadığından bahisle red kararı verilmesi doğru değildir. Ne var ki, iflâs müdürlüğünce yasada gösterilen işlemlerin yapılmasından sonra iflâsın tatiline karar verilmesi gerektiğinden...", Yargıtay 23 HD, E 2013/2401 K 2013/2850, 02.05.2013, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb>> Erişim Tarihi: 24.11.2021.

¹⁰ Berkin (n 8) 302.

¹¹ İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu 1889 (Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs) (SchKG).

İsviçre hukukunda tasfiyenin tatili kurumu, SchKG m. 230 hükmünde düzenlenmiştir. Hükmün amacı, sırf iflâs prosedürü gerçekleşsin diye maliyeti dahi karşılamayacak bir malvarlığı tasfiyesi sürecine girişmemeyi esas almaktadır¹². Hükmün başlığında tasfiyenin tatili, “*Aktif malvarlığının bulunmaması dolayısıyla iflâs tasfiyesinin askıya alınması*”¹³ olarak düzenlenmiştir. Hükmün birinci fıkrasında¹⁴ masa mallarının basit tasfiyeye dahi yetmeyeceği muhtemelse iflâs dairesinin talebi üzerine iflâs mahkemesinin, iflâs işlemlerinin durmasına karar vereceği belirtilmektedir. Hükmün ikinci fıkrasında¹⁵ ise söz konusu durma kararının ilan edileceği belirtilerek ilanda, alacaklıların on gün içerisinde tasfiyenin devamını isteyebileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla masa mallarının tasfiye masraflarına yetmemesi durumunda tasfiyenin durdurulması, ertelenmesi söz konusudur.

Alman hukukunda masada hiçbir malın bulunmamasının sonuçları Alman Aciz Kanunu¹⁶ (InsO) m. 26 ve m. 207 hükümlerinde düzenlenmektedir. Alman hukukunda masada hiçbir mal bulunmaması, “*masa malvarlığının yokluğu*”¹⁷ olarak ifade edilmektedir. Alman iflâs hukukunda borçlunun hiçbir malvarlığı bulunmaması durumunda, daha en başından iflâs davasının reddedilmesi söz konusudur¹⁸. Bir başka deyişle borçlunun malvarlığı, dava ve tasfiye masraflarını (InsO m. 54)¹⁹ dahi karşılamayacak düzeydeyse iflâs mahkemesi, iflâs başvurusunun reddine karar verir (InsO m. 26/I). Hükmün amacı, borçluyu değil alacaklıları ve kamu menfaatini korumaya yöneliktir²⁰.

¹² Stocker (n 3) 170.

¹³ Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven.

¹⁴ “*Reicht die Konkursmasse voraussichtlich nicht aus, um die Kosten für ein summarisches Verfahren zu decken, so verfügt das Konkursgericht auf Antrag des Konkursamtes die Einstellung des Konkursverfahrens.*”.

¹⁵ “*Das Konkursamt macht die Einstellung öffentlich bekannt. In der Publikation weist es darauf hin, dass das Verfahren geschlossen wird, wenn nicht innert zehn Tagen ein Gläubiger die Durchführung des Konkursverfahrens verlangt...*”

¹⁶ Alman Aciz Kanunu 1994 (Insolvenzordnung) (InsO).

¹⁷ “*Massearmut*” veya “*masselosigkeit*”. Kavram hakkında bilgi için bkz. Stefan Smid ve Susanne Riedemann, *Insolvenzverfahren bei Massearmut und Masseunzulänglichkeit Chancen der Betriebsfortführung. Optimierung der Verfahrensergebnisse. Haftungsrisiken*, (Springer 2019) 1 vd.

¹⁸ Esasında “*malvarlığı yoksa tasfiye de yoktur*” anlayışının bir tezahürü olan InsO m. 26 hükmünün arka planında “*iflâsın iflâsı*” olgusundan kaçınma amacı bulunmaktadır. Bu konu hakkında bkz. Jörg Nerlich ve Volker Römermann, *Insolvenzordnung (InsO) Kommentar*, (43. Ergänzungslieferung, C.H. Beck 2021) § 26 N. 6. Öte yandan bu politikanın, iflâs hukukunun önleyici ve düzenleyici işlevine hizmet ettiği hakkında bkz. Rolf Stürner, Horst Eidenmüller ve Heinrich Schoppmeyer, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung Band I §§ 1-79*, (4. Auflage, C.H. Beck 2019) § 26 N. 1.

¹⁹ Söz konusu masraflar; dava masrafları, geçici iflâs idaresi, iflâs idaresi ve ilk alacaklılar toplantısı üyelerinin ücretlerinden ibarettir.

²⁰ William Uhlenbruck, Heribert Hirte ve Heinz Vallender, *Insolvenzordnung Kommentar*



Dolayısıyla mahkemenin bu konu hakkında takdir yetkisi yoktur²¹. Öyleyse borçlunun hiçbir malvarlığının bulunmaması olgusu, iflâsın açılmasını engelleyen bir durumdur²². İflâs başvurusu malvarlığı yokluğu nedeniyle reddedilen borçlu, iflâs mahkemesi tarafından tutulan borçlu siciline kaydedilir (InsO m. 26/II). Öte yandan bu hâlde, mahkemece belirlenecek uygun bir süre içerisinde²³, iflâs idaresi haricindeki herhangi bir kimse tarafından²⁴ söz konusu muhtemel masrafların tümünü karşılayacak miktarda²⁵ para ödenir veya gerçek kişi borçlulara mahsus olmak üzere²⁶ masrafların ertelenmesine karar verilirse iflâs davası açılır (InsO m. 26/I).

İflâs mahkemesince geçici iflâs idaresinin, borçlunun malvarlığının dava ve tasfiye masraflarını karşılayacağını gösteren raporuna göre²⁷ (InsO m. 22/II) iflâsın açılmasına karar verilmesinden sonra da müflisin malvarlığının, tasfiye masraflarını karşılamaya yetmeyeceği anlaşılabilir. Söz gelimi, bir malın satışından elde edilen gelirin beklenenin altında kalması veyahut söz konusu malların değerinde yaşanan azalmalar, masa mallarının masrafları karşılayamayacak hâle gelmesine neden olabilir²⁸. Öte yandan iflâsın açılması

Band I-II, (15. Auflage, Franz Vahlen 2019) § 26 N. 1; Karsten Schmidt, *Insolvenzordnung InsO mit EuInsVO*, (19. Auflage, C.H. Beck 2016) § 26 N. 3.

²¹ Smid ve Riedemann (n 17) 34; Nerlich ve Römermann (n 18) § 26 N. 60. İflâs açıldıktan sonraki malvarlığı yokluğu durumu için de (InsO m. 207) mahkemenin takdir yetkisi olmadığı hakkında bkz. Nerlich ve Römermann (n 18) § 207 N. 19a; Stürner, Eidenmüller ve Schoppmeyer (n 18) § 207 N. 48.

²² InsO m. 26 hükmü, iflâs hukukunun merkezinde yer alan bir hükümdür. Nitekim bu hüküm, iflâsın açılma koşullarını düzenleyen hükümlerden biridir. Bu konu hakkında bkz. Nerlich ve Römermann (n 18) § 26 N. 1.

²³ İki haftalık bir süre verilmesinin yeterli olduğu hakkında bkz. Uhlenbruck, Hirte ve Vallender (n 20) § 26 N. 37.

²⁴ ibid § 26 N. 20, 27.

²⁵ ibid § 26 N. 21.

²⁶ Alman hukukunda InsO m. 11 hükmü gereği tacir olmayan gerçek kişilerin iflâsı mümkündür. Bu duruma “tüketici iflâsı” da denilmektedir. Tüketici iflâsında amaç, gerçek kişinin bakiye borçtan kurtulmasını sağlamaktır. Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Cenk Akil, ‘Alman Aciz Kanunu’nun Bakiye Borçtan Kurtulma Prosedürü ve Tüketici Aczine İlişkin Hükümleri’ (2012) 61 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1208 vd.; Varol Karaaslan, *Tacir Olmayan Gerçek Kişilerin Borç Tasfiye Usulü (Tüketici İflâsı)*, (Filiz 2021) 31 vd.

²⁷ Mahkemenin geçici iflâs idaresi haricinde bir bilirkişi atayarak masa mevcudunun saptanmasını sağlayabileceği ve InsO m. 22/I hükmünün bilirkişi atanmasına engel olmadığı hakkında bkz. Uhlenbruck, Hirte ve Vallender (n 20) § 26 N. 19; Nerlich ve Römermann (n 18) § 26 N. 17. Geçici iflâs idaresinin, “görevi gereği bilirkişi” niteliğinde olduğu hakkında bkz. Stürner, Eidenmüller ve Schoppmeyer (n 18) § 26 N. 23; Schmidt (n 20) § 26 N. 29. Aynı yönde bkz. BGH IX ZB 476/02, <<https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=22c8ba1d966a97007713216279d430f0&n-r=26466&pos=8&anz=10>> Erişim Tarihi: 19.12.2021.

²⁸ Nerlich ve Römermann (n 18) § 26 N. 6; Stürner, Eidenmüller ve Schoppmeyer (n 18) § 207 N. 14.

kararının dayandığı raporda, malvarlığı değerinin hatalı kıymetlendirilmesi veya tahmini de söz konusu olabilir²⁹. İşte bu hâlde iflâs idaresi, iflâs mahkemesine söz konusu durumu bildirerek iflâsın kapatılmasını istemekle yükümlüdür³⁰. Belirtmek gerekir ki böyle bir talep olmasa dahi mahkeme, re'sen tasfiyenin durdurulmasına karar vermelidir³¹. Alacaklının veya borçlunun gerekli tutarı ödemesi hâlinde tasfiyeye devam edilir (InsO m. 207/I). Aksi takdirde mahkemece, iflâs idaresi, alacaklılar toplantısı ve masa alacaklıları dinlenmek suretiyle (InsO m. 207/II) iflâsın kapatılmasına karar verilir. Bu itibarla InsO m. 207 hükmü, InsO m. 26 hükmünün devamı ya da iflâsın açılmasından sonraki özdeşi niteliğindedir³².

C. Şartları

1. Genel Olarak

Masaya ait malların mevcudat defterinin tutulması ve buna ilişkin kıymet takdirinden sonra müflisin hiçbir malvarlığı yoksa tasfiye edilecek mal bulunmadığından iflâs dairesince tasfiyenin tatiline karar verilir³³. İsviçre uygulamasında iflâs dairesi, maliyet hesaplamaları açısından çoğu zaman nakit, kıymetli evrak, banka kredileri veya üzerinde rehin bulunmayan mallar gibi güvenli varlıklara odaklanır³⁴. Bu itibarla iflâs dairesince verilen tasfiyenin tatili kararına karşı icra mahkemesinde şikâyet yoluna³⁵ başvurulabilir (İİK m. 16). Doktrindeki katıldığımız bir görüşe göre adi veya basit tasfiyeye

²⁹ Smid ve Riedemann (n 17) 33; Nerlich ve Römermann (n 18) § 26 N. 6; Schmidt (n 20) § 26 N. 9.

³⁰ Stürmer, Eidenmüller ve Schoppmeyer (n 18) § 207 N. 16, 40; Smid ve Riedemann (n 17) 40.

³¹ Nerlich ve Römermann (n 18) § 207 N. 17.

³² Uhlenbruck, Hirte ve Vallender (n 20) § 207 N. 2.

³³ İsviçre'de tasfiyenin tatili kararı, iflâs dairesinin başvurusu üzerine iflâs mahkemesince verilir (SchKG m. 230/I). İflâs dairesinin başvuruda bulunmasına itiraz edilemez. Bu konu hakkında bkz. BGE 141 III 590, E. 3.2, <https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F141-III-590%3Ade&lang=de&zoom=&type=show_document> Erişim Tarihi: 6.12.2021. Almanya'da müflisin hiçbir malının bulunmaması olgusu, tasfiye masrafları ölçüt alınarak belirlendiğinden iflâs mahkemesi, malvarlığının tasfiye masraflarına yetip yetmeyeceğini ve tasfiye masraflarının kapsamını re'sen saptamakla yükümlüdür. Bu konu hakkında bkz. Schmidt (n 20) § 26 N. 27. Aynı yönde bkz. BGH IX ZR 56/08, N. 14, <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=22c8ba1d966a97007713216279d430f0&n-r=47042&pos=3&anz=10>> Erişim Tarihi: 19.12.2021.

³⁴ Stocker (n 3) 171

³⁵ Defterin hatalı veya eksik tutulması nedeniyle şikâyet hakkında bkz. BGE 114 III 21, E. 5b; BGE 141 III 590, E. 3.5.1. Deftere geçirilen malların kıymet takdirine karşı şikâyet hakkında bkz. BGE 138 III 675, E. 3.2.2, <www.bger.ch> Erişim Tarihi: 6.12.2021. Alman hukukunda da masa mevcudu hakkındaki yanlış değerlendirme sonucu iflâs başvurusunun reddi kararına karşı InsO Art. 34/I hükmü uyarınca şikâyet yolu açıktır. Bu konu hakkında bkz. Nerlich ve Römermann (n 18) § 26 N. 58; Schmidt (n 20) § 26 N. 51.



başlandıktan sonra da tasfiyenin tatiline karar verilebileceği, keza söz konusu durumun sıra cetveli hazırlanması sırasında da ortaya çıkabileceği belirtilmektedir³⁶. Nitekim adi tasfiyeye başlandıktan sonra ikinci alacaklılar toplantısında istihkak iddialarının kabul edilerek malların üçüncü şahıslara verilmesiyle masada hiçbir malvarlığının kalmaması durumu gerçekleşebilir. Öyleyse iflâs idaresinin tasfiyenin tatiline karar vermesi gerekmektedir. Ancak doktrindeki diğer bir görüşe göre ise alacaklılar toplantısı veyahut basit tasfiyedeki iflâs dairesi, tasfiyenin tatiline karar verme yetkisini haiz değildir³⁷. O hâlde tasfiyenin tatiline, adi veya basit tasfiye başlamadan önce münhasıran malvarlığının defterini tutan iflâs dairesince karar verilebilir.

Hükümde her ne kadar masada hiçbir mal bulunmamasından bahsedilse de, esasen burada, haczi kabil (İİK m. 184) hiçbir malın bulunmaması söz konusudur³⁸. Nitekim haczi kabil olmayan mallar, her ne kadar deftere kaydedilse de bu deftere kaydetme, söz konusu malların iflâs tasfiyesine konu olacağını göstermez. Zira haczi kabil olmayan malların deftere yazılmasının amacı, iflâs masasının gerçek varlığını tespit etmektir³⁹. Bu bağlamda deftere yazılan malın haczedilemeyeceğini ileri süren müflis, bu olguyu öğrenmesinden itibaren yedi gün içinde icra mahkemesinde şikâyet yoluna başvurmalıdır⁴⁰. Öte yandan bu noktada belirtmek gerekir ki deftere yazılması gerektiği hâlde yazılmayan ya da yazılmaması gerektiği hâlde yazılan mallar için de yedi gün içerisinde ilgilisi tarafından (özellikle borçlu ve alacaklı) icra mahkemesine şikâyette bulunulabilir⁴¹.

³⁶ Staehelin, Bauer ve Staehelin (n 1) Art. 230 N. 6; Stocker (n 3) 169-170. Aynı yönde bkz. BGer 5A_472/2017, E. 3.1, <https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?lang=de&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=5a_472%2F2017&rank=1&azaclir=aza&highlight_docid=aza%3A%2F%2F30-10-2017-5A_472-2017&number_of_ranks=1> Erişim Tarihi: 7.12.2021. Nitekim Alman iflâs hukukunda da iflâsın açılıp belli bir aşamaya gelmesinden sonra dahi eğer malvarlığı yokluğu söz konusuysa iflâsın durdurulacağı düzenlenmektedir (InsO m. 207).

³⁷ Carl Jaeger ve diğerleri, *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Erläutert für den praktischen Gebrauch Band II*, (4. Auflage, Schulthess 1997/99) Art. 230 N. 7. Ancak yazarlar, eserlerinin önceki baskısında adi veya basit tasfiyeden sonra dahi tasfiyenin tatiline karar verilebileceğini belirtmekteydiler. Bu hususta bkz. Jaeger ve diğerleri (n 37) Art. 230 N. 4.

³⁸ Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku Cilt: 4*, (3. Baskı, Alfa 1997) 3130; Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, (2. Baskı, Adalet 2013) 1286; Sümer Altay, *Türk İflâs Hukuku*, (Vedat 2004) 1262; Mustafa Oskay ve diğerleri, *İcra ve İflâs Kanunu (İİK) Şerhi, Cilt: 4*, (Ankara, Turhan 2007) 5027; Arslan ve diğerleri (n 8) 494; Pekcanitez ve diğerleri (n 8) 440; Ulukapı (n 8) 448; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, (3. Baskı, Yetkin 2020) 580. Alman hukukunda da aynı yönde bkz. Nerlich ve Römermann (n 18) § 26 N. 28; Stürner, Eidenmüller ve Schoppmeyer (n 18) § 26 N. 20

³⁹ Kuru '1997' (n 38) 3121; Oskay ve diğerleri (n 38) 5020; Ulukapı (n 8) 446.

⁴⁰ Kuru '1997' (n 38) 3121; Üstündağ (n 6) 132.

⁴¹ Üstündağ (n 6) 132. Ayrıca bkz. dn. 35'teki İsviçre Federal Mahkemesi kararları.

Kanunda iflâs masasında hiçbir mal bulunmaması hâlinde tasfiyenin tatil edileceği belirtilse de (İİK m. 217), doktrinde, masaya ait malın bulunup bulunmadığına bakılmaksızın bunların değerinin basit tasfiyeyi dahi karşılamaması hâlinde, tasfiyenin tatiline karar verilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁴². Nitekim hükmün mehzazında da masa mallarının basit tasfiyeye yetmemesi hâlinde tasfiyenin tatil edileceği düzenlenmiştir. Öte yandan hükmün amacı da bunu gerektirir. Keza bu mallar üzerinden tasfiyeye girilmesi gerek müflis gerek alacaklılar bakımından yarardan çok zarar getirecektir.

2. Mallar Üzerinde İstihkak İddiasında Bulunulması

Doktrindeki bir görüşe göre, müflisin elindeki mallar üzerinde bir istihkak iddiasında bulunulmuş ve iflâs dairesi de bu iddiayı kabul etmişse masaya ait bir malın bulunmaması sebebiyle tasfiyenin tatiline karar verilir⁴³. Söz konusu görüşe göre iflâs dairesine istihkak iddialarını kabul etme yetkisi tanınmadığı takdirde tasfiye masrafları karşılanamayacağından iflâs tasfiyesi, sürüncemede kalır⁴⁴. Kanımızca iflâs dairesi, istihkak iddiaları hakkında kabul kararı verme yetkisine sahip değildir. Nitekim bu yetki sadece geçici olarak iflâs idaresine ve kesin olarak ikinci alacaklılar toplanmasına tanınmıştır (İİK m. 228, 237). Keza iflâs idaresi, istihkak iddiasını kabul etse de asıl karar organı olan ikinci alacaklılar toplanması, bu kararı değiştirebilir⁴⁵. Zira iflâs tasfiyesinde iflâs idaresi yürütme fonksiyonunu; ikinci alacaklılar toplanması ise karar alma

⁴² Jaeger ve diğerleri (n 37) Art. 230 N. 2; Staehelin, Bauer ve Staehelin (n 1) Art. 230 N. 1-2; Berkin (n 8) 307-308; Stocker (n 3) 169; Kuru '1997' (n 38) 3131; Kuru '2013' (n 38) 1286; Atalay (n 8) 276; Altay (n 38) 1262; Oskay ve diğerleri (n 38) 5027; Uyar, Uyar ve Uyar (n 8) 2584; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 38) 580.

⁴³ Kuru '1997' (n 38) 3130; Kuru '2013' (n 38) 1286. *Altay*, iflâs dairesinin, mallar üzerindeki istihkak iddialarını geçici olarak kabule yetkili görülmesi gerektiğini ve dolayısıyla dairesinin tasfiyenin tatiline karar verebilmesi lazım geldiğini belirtmektedir. Ancak kanımızca bir mal, kesin olarak üçüncü kişiye verilmedikçe masaya aittir. Dolayısıyla *Altay*, geçici kabule yetkiliyi belirtmişken kesin kabule yetkiliyi belirtmemekle aslında iflâs dairesinin istihkak iddiasını kabule yetkili olmadığını açığa çıkarmaktadır. Bu konu hakkında bkz. Altay (n 38) 1262.

⁴⁴ *Kuru*, iflâs dairesinin bu yetkisini, "muvakkaten haklı bulma" yetkisi olarak tanımlamaktadır. *Kuru* '1997' (n 38) 3130, dn. 3. Bu bağlamda geçici kabul yetkisi hakkındaki açıklamalarımız için bkz. dn. 43.

⁴⁵ Belgesay (n 2) 134. *Belgesay*, istihkak iddiasına bir alacaklımın bile itiraz etmesi hâlinde iflâs idaresinin iddiayı kabul kararı veremeyeceğini belirtmektedir. Aynı yönde bkz. *Kuru* '1997' (n 38) 3195. *Ansay*, iflâs idaresinin reddetmeye yetkili olduğu, kabule yetkili olmadığını belirterek iflâs idaresinin kabul kararının hükümsüz sayılması gerektiğini belirtmektedir. Bu konu hakkında bkz. Sabri Şakir Ansay, *Hukuk İcra ve İflâs Usulleri*, (5. Baskı, İstiklâl Matbaası 1960) 282-283; Postacioğlu (n 8) 187; Erdönmez (n 6) 31, 87-88. Aksi yönde bkz. Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 38) 594. *Atalı/Ermenek/Erdoğan*, iflâs idaresinin istihkak iddiaları hakkında karar verme yetkisine sahip olduğunu belirterek istihkak iddiasının kabulü kararıyla birlikte malın üçüncü kişiye verileceğini belirtmektedir. Aynı yönde bkz. Arslan ve diğerleri (n 8) 504; Pekcanitez ve diğerleri (n 8) 446.

fonksiyonunu icra etmektedir⁴⁶. Öte yandan basit tasfiyede iflâs dairesinin, tasfiye işlerini yürütürken tam bir bağımsızlık içinde olduğu söylenemez⁴⁷. Nitekim iflâs dairesi, basit tasfiyede masaya ait çekişmeli bir iddianın ileri sürülmesinden tek başına feragat edemez; alacaklıların kararını almak zorundadır⁴⁸. Bu itibarla iflâs dairesinin yetkisini, iflâs idaresinin yetkisiyle paralel düşünmek gerekir. Zira basit tasfiyede iflâs idaresinin görevlerini, iflâs dairesi yerine getirir⁴⁹.

İstihkak iddiaları, iflâs dairesi tarafından tutulan deftere şerh olarak yazılabileceği gibi (İİK m. 212) adi veya basit tasfiye ilanından itibaren de ileri sürülebilir. Bu kapsamda deftere şerh düşülerek kaydedilen malın, tasfiye masraflarını karşılayacağı, eş söyleyişle tasfiyenin tatilini gerektirmeyecek değerde bulunduğu kıymet takdiri sonucu anlaşılıyorsa iflâs dairesi, tasfiyenin tatiline karar vermemelidir. Bu hâlde iflâs dairesi, adi tasfiye veya basit tasfiye ilanıyla alacaklıları ve diğer iddia sahiplerini bildirimde bulunmaya davet etmelidir. Adi tasfiye söz konusu ise iflâs idaresi teşekkül edeceğinden bu usul devam eder. Basit tasfiye söz konusu ise iflâs dairesi, istihkak iddiası hakkında karar vermek üzere alacaklıları toplantıya çağırarak veya bir sirküler⁵⁰ gönderip kararlarını bildirmelerini isteyerek ortaya çıkan sonuca göre karar vermelidir⁵¹. Ret hâlinde iflâs idaresinin istihkak davası açması için üçüncü kişiye vereceği yedi günlük süreyi iflâs dairesi vererek bu kararı tebliğ eder (Karş. İİK m. 228/II).

Kanunda belirtilen bazı mallar iflâs masasına girdiği hâlde kanuni şartların oluşmasıyla iflâs masasından çıkarılabilmektedir (İİK m. 188, 189 ve 190)⁵². Söz konusu şartlar oluştuğu hâlde masadan çıkarma hakkına riayet edilmemesi hâlinde hak sahibi, iflâs masasına karşı istihkak davası açabilir⁵³. Dolayısıyla

⁴⁶ Erdönmez (n 6) 28; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 38) 607.

⁴⁷ Üstündağ (n 6) 219.

⁴⁸ Berkin (n 8) 405-406; ibid 220; Erdönmez (n 6) 202; Ulukapı (n 8) 489.

⁴⁹ Üstündağ (n 6) 219.

⁵⁰ Bu bildirim, Türkiye’de pek kullanılmayan ancak İsviçre’de SchKG m. 255a hükmündeki koşullar çerçevesinde sıklıkla kullanılan sirküler yoluyla gerçekleştirilebilir. İflâs hukukunda sirkülerle ilgili detaylı bilgi için bkz. Erdönmez (n 6) 215 vd.; Serdar Kale, ‘İcra ve İflâs Hukukunda Sirküler’ (2020) 7 (1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 242 vd.

⁵¹ *Belgesay*, basit tasfiyede istihkak iddialarının, alacaklıların oyuna göre çözümleneceğini belirtmektedir. Bu konu hakkında bkz. *Belgesay* (n 2) 135. *Kuru*, basit tasfiye usulünde, çekişmeli hakların devri için alacaklıların toplantıya çağırılması veya sirküler göndermek suretiyle kararlarının sorulması gerektiğini belirtmektedir. Bu konu hakkında bkz. *Kuru* ‘1997’ (n 38) 3316, 3389. Aynı yönde bkz. Erdönmez (n 6) 202.

⁵² Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Taş Korkmaz (n 7) 69 vd.; Mustafa Özbek, ‘İflâs Masasından Çıkarılabilecek Mal ve Haklar’ (2001) (3) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 997 vd.

⁵³ Özbek ‘2001’ n (52) 998.

İİK’da düzenlenen söz konusu hâllerde masada bulunan tek malın belirtilen mallardan oluşması durumunda, bu mallar iflâs masasından çıkarılacağı için, masada hiçbir mal bulunmaması olgusu gerçekleşmiş olur.

3. Mallar Üzerinde Rehin Bulunması

Masaya giren malların rehinli olması durumunda, rehinli malın yalnızca rehinli alacaklının alacağını karşılayacağı, geriye kalanın tasfiye masraflarını karşılamaya yetmeyeceği anlaşılırsa yine tasfiyenin tatiline karar verilmelidir⁵⁴. Nitekim rehinli mallar, iflâs masasına, rehin hakkı sahibinin rüçhan hakkıyla birlikte girmektedir. Dolayısıyla rehinli maldan, önce rehin hakkı sahibi alacaklı tatmin edilir (İİK m. 185). Bu bağlamda gerek adi gerek basit tasfiyede rehinli mal en kısa ve uygun sürede paraya çevrilip muhafaza ve satış giderleri çıkarıldıktan sonra kalan satış bedeli rehinli alacaklıya verilir (İİK m. 185/I, 248). Bu hâlde tasfiyenin tatiline karar verilmesi rehinli alacaklıları da etkilememektedir. Zira rehinli alacaklıların başlatmış oldukları takipler, iflâsın açılmasından etkilenmez. Bu takipler, rehinli alacaklının isteğine bağlı olarak ister iflâs masasına karşı devam ettirilir ister takip konusu malın masaya rüçhanlı olarak girmesi sonucu durdurulur (İİK m. 185, 193/IV, 194/I). Bu itibarla tasfiyenin tatili hâlinde iflâsın kapanmasından sonra rehinli alacaklılar, iflâstan önce başlamış oldukları rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takiplere devam edebilirler⁵⁵.

4. Masaya Ait Çekişmeli Hakların Bulunması

Doktrinde, masaya ait çekişmeli bir hakkın, özellikle tasarrufun iptali davası açma hakkının mevcut bulunması hâlinde, hiçbir mal veya hakkın bulunmaması koşulunun gerçekleşmeyeceği belirtilmektedir⁵⁶. Nitekim defterin tutulmasından sonra müflisin veya müflisin alacaklısının, mallarının cebri icraya konu olmasını engellemek adına veya alacaklılardan birini kayırarak diğer alacaklıların zararına tasarruflarının bulunduğu⁵⁷ anlaşılabilir. Bu hâlde iflâs dairesinin, iflâsın açılmasından sonra tuttuğu deftere göre masada bulunması gereken ancak müflisin veya müflisin alacaklısının iptale tâbi tasarrufu nedeniyle masada fiilen bulunmayan mallar söz konusudur. İflâsın açılmasından sonra müflisin malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlandığından (İİK m. 191), malvarlığına ilişkin iş ve işlemler masanın

⁵⁴ Jaeger ve diğerleri (n 37) Art. 230 N. 2; Staehelin, Bauer ve Staehelin (n 1) Art. 230 N. 4; Berkin (n 8) 308; Kuru ‘1997’ (n 38) 3131; Kuru ‘2013’ (n 38) 1286; Atalay (n 8) 276; Altay (n 38) 1262; Uyar, Uyar ve Uyar (n 8) 2584; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 38) 580.

⁵⁵ Jaeger ve diğerleri (n 37) Art. 230 N. 2; Stocker (n 3) 192; Berkin (n 8) 308; Kuru ‘1997’ (n 38) 3131; Kuru ‘2013’ (n 38) 1286; Altay (n 38) 1263-1264.

⁵⁶ Jaeger ve diğerleri (n 37) Art. 230 N. 6; Postacıoğlu (n 8) 188-189; Üstündağ (n 6) 135, dn. 114b; Oskay ve diğerleri (n 38) 5029. Karş. Stürner, Eidenmüller ve Schoppmeyer (n 18) § 26 N. 20 vd., § 207 N. 18, 21.

⁵⁷ Bilge Umar, *Türk İcra-İflâs Hukukunda İptal Davası*, (Fakülteler Matbaası 1963) 1-2.



kanuni temsilcisi olan iflâs idaresi tarafından yerine getirilir. Nitekim İİK m. 187 hükmü gereği iflâs açıldıktan sonra, aciz belgesi olan alacaklılar bulunsa bile⁵⁸ tasarrufun iptali davası açma veyahut bir alacaklı tarafından açılan davaya devam etme yetkisi⁵⁹ iflâs idaresine geçmektedir. Ancak kural olarak⁶⁰ ikinci alacaklılar toplanması, çekişmeli bir hakkın mevzubahis olması dolayısıyla münferiden bir veya birkaç alacaklıya tasarrufun iptali davası açma veya açılan davayı takip yetkisini devredebilir⁶¹ (İİK m. 245). Dolayısıyla iflâsın açılması olgusuyla birlikte iptal davasının davacısı sıfatı, iflâs idaresine veyahut iflâs idaresi tarafından verilen yetki dolayısıyla iflâs alacaklısına aittir⁶². Bu bağlamda tutulan deftere göre tasfiye türüne karar verilmeden önce mümkünse iptale tâbi malın değerine bakılmalı, eğer mal basit tasfiye masraflarını dahi karşılayamayacak değerde ise tasfiyenin tatiline karar verilmelidir⁶³. Ancak mal, basit tasfiye masraflarını karşılayacak değerde ise veya malın üçüncü kişide olması nedeniyle kıymetinin takdiri mümkün değilse bu hâlde, iflâs dairesinin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Nitekim iptal davası açma yetkisi münferiden iflâs idaresine veyahut yetkili alacaklıya aittir. Dolayısıyla iflâs dairesi, bir sirküler göndermek suretiyle iddianın takibini devralmak isteyen alacaklıya, çekişmeli hakkın takibi yetkisini devredebilir. Ancak çekişmeli hakkın takibini isteyen hiçbir alacaklı bulunmazsa iflâs dairesi, tasfiyenin tatiline karar verip bu kararı ilan etmek zorundadır.

5. Masada Haczedilmiş Malların Bulunması

Müflisin haczedilmiş ve daha paraya çevrilmemiş hacizli malları da iflâs masasına girdiği için (İİK m. 186/I), hacizli malın varlığı hâlinde masada hiçbir mal bulunmaması şartı sağlanmamaktadır. Ancak iflâsın açılmasından önce haczedilmiş ve paraya çevrilmiş malların satış bedeli, haciz koyduran alacaklılara dağıtıldıktan sonra (İİK m. 186/II) kalan bedel, tasfiye masraflarını karşılamıyorsa ve bundan başka da bir mal bulunmuyorsa tasfiyenin tatiline karar verilmelidir. Bu noktada belirtmek gerekir ki iflâsın açılmasından önceki haczin konusu doğrudan para ise, paraya çevirme aşamasından bahsedilemeyeceğinden, haczedilen paranın iflâs masasına girmeyeceği kabul edilmelidir⁶⁴. Dolayısıyla haczedilen para, alacaklılara paylaştırıldıktan sonra

⁵⁸ ibid 44, dn. 40.

⁵⁹ Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 38) 555; Yargıtay 15 HD, E 2000/5536 K 2001/358, 22.1.2001, <www.kazanci.com> Erişim Tarihi: 24.11.2021.

⁶⁰ İflâs alacaklısı, iptale tâbi alacağın sıra cetveline kaydedilmesi hâlinde sıra cetveline itiraz davası açmak suretiyle de iptal iddiasında bulunabilir. Bu konu hakkında bkz. Umar (n 57) 45.

⁶¹ Erdönmez (n 6) 83-84.

⁶² Umar (n 57) 44-45.

⁶³ Alman hukukunda bu konu hakkında tasarrufun iptali davası özelinde genel olarak çekişmeli haklarla ilgili karşı. Uhlenbruck, Hirte ve Vallender (n 20) § 26 N. 13; Nerlich ve Römermann (n 18) § 26 N. 38.

⁶⁴ Taş Korkmaz (n 7) 87.

artan kısım iflâs masasına gireceğinden⁶⁵, hiç para artmamışsa veya artan para, basit tasfiye masraflarını karşılamayacak miktardaysa yine tasfiyenin tatiline karar verilmelidir.

D. Usulü

Masada hiçbir mal bulunmadığını veya masraf bakımından tasfiye yapılmasının zararlı sonuç doğuracağını saptayan iflâs dairesi, tasfiyenin tatiline karar verip bunu ilan eder. Öte yandan iflâs dairesi, söz konusu tatil kararını gecikmeksizin ticaret sicil müdürlüğüne bildirir (Ticaret Sicili Tüzüğü⁶⁶ m. 50/I). Ticaret sicil memuru, yapılan bu bildirim üzerine kendiliğinden iflâsı gösteren kaydı siler ve tasfiyenin tatili durumunu sicile işler (Ticaret Sicili Tüzüğü m. 50/II).

Tasfiyenin tatili ilanında alacaklılar tarafından otuz gün içinde⁶⁷ masrafının “peşin” olarak verilmesi şartıyla tasfiyenin devamının sağlanabileceği, aksi takdirde iflâs tasfiyesinin kapatılacağı belirtilir. Dolayısıyla söz konusu masraf, bir borç taahhüdünde (borç ikrarını içeren adi veya resmî senet ya da kambiyo senetleri) bulunularak karşılanamaz⁶⁸. Ancak kanımızca olması gereken hukuk açısından bu masrafın, doğrudan nakde çevrilebilen banka teminat mektubuyla da verilebileceğini kabul etmek gerekmektedir⁶⁹. Zira kural olarak iflâs isteyen alacaklı, ilk alacaklılar toplantısına kadar yapılacak masrafları peşin olarak vermekle yükümlüdür (İİK m. 160).

Tasfiyenin tatiline karar verme yetkisi, SchKG m. 230/I hükmünden farklı olarak iflâs mahkemesine değil iflâs dairesine aittir. Bununla birlikte alacaklıların gerekli masrafı vermemesi dolayısıyla iflâsın hangi makam tarafından kapatılacağı belirtilmemiştir. Ancak İİK m. 254 hükmü gereği iflâsı kapatma yetkisi asliye ticaret mahkemesine ait olduğundan, tasfiyenin tatili

⁶⁵ Taş Korkmaz (n 7) 87.

⁶⁶ RG. 8.2.1957, S. 300.

⁶⁷ Tasfiyenin tatili kararı verme yetkisini haiz iflâs dairesi, alacaklıya, gerekli masrafı yatırmaması için ek süre verebilir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi bu yetkinin, tasfiyenin tatili kararını vermeye yetkili olan iflâs mahkemesine ait olduğunu belirtmektedir. Bu konu hakkında bkz. BGE 74 III 77, (Erwin Brügger, *SchKG Gerichtspraxis 1946-2005: Sammlung publizierter Entscheidungen des Bundesgerichts und von kantonalen Gerichten und Aufsichtsbehörden*, (Orell Füssli 2006) N. 5). Aynı yönde bkz. BGE 74 III 75, E. 1; BGer 5A_840/2015, E. 3.6, <https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?lang=de&type=highlight_simple_query&page=2&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=%22m.+230+Abs.+2+SchKG%22&rank=16&azac1ir=aza&highlight_docid=aza%3A%2F%2F22-02-2016-5A_840-2015&number_of_ranks=21> Erişim Tarihi: 7.12.2021. Aynı yönde bkz. Stocker (n 3) 183.

⁶⁸ SchKG m. 230 hükmünde masrafın ne şekilde ödeneceği belirtilmediğinden, ödeme şeklinin iflâs dairesi tarafından belirleneceği hakkında bkz. Stocker (n 3) 180.

⁶⁹ Aynı yönde bkz. Schmidt (n 20) § 26 N. 39.



sonrasında da iflâsın kapatılmasına asliye ticaret mahkemesi karar verir⁷⁰. Mahkeme, gerekirse iflâs dairesi aracılığıyla borçlunun beyanlarını da göz önünde tutarak⁷¹ tasfiyenin tatili şartlarının oluştuğuna kanaat getirirse iflâsın kapatılmasına karar verir⁷². Fakat mahkeme, şartların oluşmadığı kanısında tasfiyenin tatili kararını kaldırıp basit veya adi tasfiye usulünden birini saptayarak tasfiyenin devamına karar vermelidir⁷³. Doktrinde iflâsın kapatılması kararı ilanının da zorunlu olduğu (İİK m. 254/V) belirtilerek hem tasfiyenin tatili ilanı hem de kapatma ilanının gereksiz masraf teşkil ettiğine işaret edilmekte⁷⁴ ve bu bağlamda gereksiz masraf ve külfetten kaçınmak amacıyla İsviçre’de olduğu gibi⁷⁵ tasfiyenin tatili kararının da mahkemeye bırakılarak hükmün bu şekilde yorumlanması gerektiğini belirtmektedir. Yargıtay da bir kararında bu yönde hüküm vermiştir⁷⁶. Ancak kanımızca Kanunun açık hükmü gereği tasfiyenin tatiline karar verme yetkisi münhasıran iflâs dairesine tanınmıştır. Dolayısıyla kanuni bir düzenleme olmadıkça tasfiyenin tatiline asliye ticaret mahkemesinin karar vermesi mümkün değildir. Fakat adi tasfiye sırasında tasfiyenin tatili kararı verilmesi lazım gelirse, bu aşamada iflâs idaresinin, iflâs dairesinin görevini üsteleneceğini kabul etmek amaca daha uygun olur.

⁷⁰ BGer 5A_306/2014, E. 3.2, <https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?lang=de&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=5a_306%2F2014&rank=1&azaclir=aza&highlight_docid=aza%3A%2F%2F17-10-2014-5A_306-2014&number_of_ranks=3> Erişim Tarihi: 7.12.2021.

⁷¹ Jaeger ve diğerleri (n 37) Art. 230 N. 6.

⁷² İsviçre’de tasfiyenin tatili şartlarının mevcut olup olmadığı hakkında karar vermeye yetkili tek makamın iflâs mahkemesi olduğu hakkında bkz. BGE 97 III 37, E. 2, (*Brügger (n 67) N. 5*). Aynı yönde bkz. BGE 141 III 590, E. 3.3; BGer 5A_472/2017, E. 3.2.1, <www.bger.ch> Erişim Tarihi: 6.12.2021. Ancak Türkiye’de tasfiyenin tatili kararını iflâs dairesi verdiğinden, bu kararın yerinde olup olmadığı ya şikâyet yoluyla ya da otuz günlük süre sonunda iflâsın kapatılması için iflâs dairesinin mahkemeye başvurusu üzerine incelenebilir.

⁷³ Jaeger ve diğerleri (n 37) Art. 230 N. 7. Mevcut malın veya malların değerlerindeki artış tasfiyenin tatilini engelleyebilir. Bu konu hakkında bkz. BGE 102 III 84, (*Stahelin, Bauer ve Stahelin (n 1) Art. 230 N. 11*). Bu bağlamda mahkemenin “henüz ilan edilmeden” söz konusu tatil kararından dönebileceği hakkında bkz. BGE 102 III 78, (*Brügger (n 67) N. 9*). Dolayısıyla İİK hükümleri gereği tasfiyenin tatili kararı iflâs dairesince verildiğinden iflâs dairesi, bu karardan, henüz tatil kararı ilan edilmeden döner. Ancak kanımızca ilandan sonra bu yetki, asliye ticaret mahkemesine geçmektedir.

⁷⁴ Ansay (n 45) 270; Berkin (n 8) 309.

⁷⁵ İsviçre’de ayrıca iflâsın kapanması kararının verilmesinin ve yayımlanmasının gereksiz olduğu hakkında bkz. Jaeger ve diğerleri (n 37) Art. 230 N. 12. İflâsın kapanması kararı verilmesinin gerektiği ancak yayımlanmasının gerekmediği hakkında bkz. Stahelin, Bauer ve Stahelin (n 1) Art. 230 N. 24. Tasfiyenin tatili kararının kesinleşmesiyle kendiliğinden iflâsın kapanmış sayılacağı hakkında bkz. Stocker (n 3) 183.

⁷⁶ “...İİK.nun 217.ve 254. maddeleri gereğince tasfiyenin tatiline karar vermek ticaret mahkemesinin görevi olup, mahkemece görevsizlik kararı verilmesi yerine, işin esası incelenerek sonuca gidilmesi isabetsiz olduğundan hükmün bozulması gerekmiştir...”, Yargıtay 12 HD, E 2009/12023 K 2009/20839, 28.10.2009, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb>> Erişim Tarihi: 24.11.2021.

Tasfiyenin tatil edilmesi kararıyla birlikte alacaklılara, otuz gün içinde iflâs dairesince belirlenecek masrafı⁷⁷ peşin vermek şartıyla tasfiyeye devam edilmesini isteme hakkı tanınmıştır. Bu hak gerek Kanunun açık lafzı gerek hukukî yarar bağlamında yalnızca alacaklılara aittir⁷⁸. Dolayısıyla alacaklı olmayan kimsenin tasfiyenin devamını istemesi hâlinde iflâs dairesi bu talebi reddetmelidir. Öte yandan iflâs dairesinin talepte bulunan kimsenin alacaklı olup olmadığını inceleme yükümlülüğü bulunmamaktadır⁷⁹. Bu bağlamda tasfiyenin devamını isteyen kimsenin alacaklı olmadığını saptanması hâlinde tasfiyeye başlansa bile kişinin talebi reddedilerek tasfiye durdurulmalıdır⁸⁰.

Esasında tasfiyenin devamını isteme hakkı, müflisin, mallarını gizlediğini, iptale tâbi tasarruflarda bulunduğunu ya da rehinli malın satışından kalan paranın tasfiye masraflarına yeteceğini düşünen alacaklının kullanılmasında yarar gördüğü bir imkândır⁸¹. Otuz gün içinde verilmesi gereken masraf, tasfiyenin devamı için gerekli bedeldir. İflâs isteyen alacaklı, ilk alacaklılar toplantısına kadar olan masraflardan sorumludur (İİK m. 160/I). Dolayısıyla tasfiyeye devam masrafı, iflâsın açılmasından sonraki tasfiye sürecinin gerektireceği giderleri kapsamaktadır⁸². Söz konusu masrafları otuz gün içinde vermeyerek tasfiyeyi devam ettirmeyen alacaklıların tasfiyenin devamından feragat ettikleri kabul edilir⁸³. Doktrindeki bir görüşe göre söz konusu masraftan, alacaklının adli yardım talebi dolayısıyla feragat edilemez⁸⁴. Ancak kanımızca eğer şartları sağlanıyorsa alacaklı, tasfiyenin devamı için gerekli masraf hakkında icra mahkemesinde adli yardım talebinde bulunabilir (İİK m. 15/II). Nitekim 6100

⁷⁷ İsviçre’de gerekli masrafın, iflâs dairesinin başvurusu üzerine iflâs mahkemesi tarafından belirleneceği hakkında bkz. Jaeger ve diğerleri (n 37) Art. 230 N. 11. İflâs dairesinin belirleyeceği hakkında bkz. Staehelin, Bauer ve Staehelin (n 1) Art. 230 N. 9-10; Stocker (n 3) 180. Aynı yönde bkz. BGE 102 III 78, (*Brügger (n 67) N. 5*); BGE 117 III 67, (*Brügger (n 67) N. 16*). Kanımızca Türkiye’de gerekli masrafın tespiti, tasfiyenin tatiline karar veren iflâs dairesince yapılmalıdır. Söz konusu tespite karşı icra mahkemesinde şikâyet yoluna başvurulabilir (İİK m. 16).

⁷⁸ Alacaklı haricindeki kimsenin (söz gelimi borçlunun) tasfiyenin devamını istemesinde hukukî yararı bulunmadığı hakkında bkz. Stocker (n 3) 182.

⁷⁹ ibid 182.

⁸⁰ ibid 182.

⁸¹ Jaeger ve diğerleri (n 37) Art. 230 N. 10; Stocker (n 3) 175; Kuru ‘1997’ (n 38) 3135-3136; Üstündağ (n 6) 135; Altay (n 38) 1263; Uyar, Uyar ve Uyar (n 8) 2585. Aynı yönde bkz. BGE 141 III 590, E. 3.1, <https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F141-III-590%3Ade&lang=de&zoom=&type=show_document> Erişim Tarihi: 6.12.2021. Karş. Uhlenbruck, Hirte ve Vallender (n 20) § 26 N. 31.

⁸² Staehelin, Bauer ve Staehelin (n 1) Art. 230, N. 14. Aynı yönde bkz. BGE 117 III 67, (*Staehelin, Bauer ve Staehelin (n 1) Art. 230 N. 10*). Nitekim bu husus SchKG m. 169/I hükmünden dolayı olarak anlaşılmalıdır. Hükümde iflâs talebinde bulunan kimsenin, tasfiyenin tatili kararına kadar olan masraflardan sorumlu olduğu belirtilmektedir.

⁸³ Üstündağ (n 6) 135.

⁸⁴ Staehelin, Bauer ve Staehelin (n 1) Art. 230 N. 15. Alman hukukunda nispeten aynı yönde bir görüş için bkz. Nerlich ve Römermann (n 18) § 207 N. 22.



sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁸⁵ (HMK) m. 336/I hükmüne göre adli yardım, hukuk davalarının yanında icra ve iflâs takiplerinde de talep edilebilir. İflâs takibi ifadesinden bu takibin nihayete erdirilmesini sağlayan tüm iş ve işlemler anlaşılmalıdır (HMK m. 335/I). Bu bağlamda iflâs tasfiyesi sürecini de adli yardım kapsamında saymak gerekmektedir. Dolayısıyla eğer bir iflâs takibi söz konusuysa ve hiçbir mal bulunmaması dolayısıyla tasfiyenin tatili kararı verilmişse, alacaklı, tasfiyenin devamı talebindeki haklılığını yaklaşık olarak ispat etmesi koşuluyla⁸⁶ adli yardımdan yararlanabilir. Böylece alacaklı, tasfiyenin davamı için gerekli masrafı ödemekten kurtulacaktır. Doktrindeki katıldığımız bir görüşe göre adli yardıma konu olacak masraf, basit tasfiye masrafı olmalıdır⁸⁷. Gerçekten de alacaklının ulaşmak istediği sonuç bakımından adi tasfiye ile basit tasfiye arasında kayda değer bir farklılık bulunmamaktadır.

Tasfiyenin tatiline ilişkin ilanda; dosya numarası, müflisin adı, soyadı, ilandan itibaren alacaklılar tarafından otuz gün içinde iflâsa ilişkin işlemlerin yürütülmesinin devamının istenmediği ve gideri peşin verilmediği takdirde iflâsın kapatılacağı ihtarı yazılır (İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği⁸⁸ m. 56). Doktrinde haklı olarak ilanda, alacaklıların yatırmaları gereken masrafların basit ve adi tasfiye giderleri için ayrı ayrı gösterilmek suretiyle belirtilmesi gerektiğine işaret edilmiştir⁸⁹. İsviçre Federal Mahkemesi'nin de bu yönde kararları bulunmaktadır⁹⁰. Nitekim alacaklıların bu hususta haklı menfaatleri vardır. Keza tasfiyenin devamının kendilerine ne kadar mal olacağını öngörebilen alacaklılar, buna göre tasfiye masraflarını ödeyip ödememeye karar verebilirler⁹¹. Ancak uygulamada çoğu zaman, ilanının içeriğinde alacaklının ödeyeceği masraf belirtilmemektedir. Yargıtay eski tarihli bir kararında⁹² tasfiyenin tatili ilanında peşin verilmesi gereken gider, miktar olarak belirtilmemişse alacaklının, iflâs dairesinin belirteceği her türlü gideri ödemeye hazır olduğunu bildirmesinin yeterli olacağını belirtmiştir. Tasfiyenin devamını isteyen alacaklı, ihtiyaren adi veya basit tasfiye usulünün uygulanmasını talep edebileceğinden⁹³, kanımızca her ne kadar kanuni düzenlemelerde açıkça belirtilmese de adi ve basit tasfiyeye ilişkin gerekli giderin her bir tasfiye türü

⁸⁵ Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.1.2011, RG 4.2.2011/27836.

⁸⁶ HMK m. 334 gerekçesi.

⁸⁷ Franco Lorandi, 'Zwangsvollstreckungs und Konkursrecht/Exécution forcée et faillite' (1994) 94 (1) *Entscheidungen/Jurisprudence AJP/PJA* 107.

⁸⁸ RG. 11.04.2005, S. 25783.

⁸⁹ Kuru '1997' (n 38) 3132-3136; Kuru '2013' (n 38) 1287; Altay (n 38) 1263; Uyar, Uyar ve Uyar (n 8) 2585. Karş. Stocker (n 3) 179.

⁹⁰ BGE 48 III 195; 64 III 169, (*Stahelin, Bauer ve Stahelin (n 1) Art. 230 N. 9*).

⁹¹ Stahelin, Bauer ve Stahelin (n 1) Art. 230 N. 9; Kuru '1997' (n 38) 3132.

⁹² Yargıtay 12 HD, E 1987/478 K 1987/12846, 10.12.1987 (*Kuru '1997' (n 38) 3136*).

⁹³ *Stocker*, tasfiyenin tatili sonrasında tasfiye türünün kural olarak adi tasfiye olduğunu belirterek alacaklının talebiyle veyahut iflâs dairesinin takdiri neticesinde basit tasfiye usulünün uygulanabileceğine işaret etmektedir. Bu konu hakkında bkz. Stocker (n 3) 179.

için ayrı ayrı ilana yazılması zorunludur⁹⁴. Bu bağlamda alacaklı, giderin miktar olarak belirtilmediği ilana karşı yedi gün içinde icra mahkemesine şikâyetle bulunarak ilanı iptal ettirebilir.

Alacaklının tasfiyenin devamı için gerekli masrafı peşin olarak vermesi üzerine tasfiye neticelendirilmek üzere başlatılır. Bu bağlamda eğer tasfiyenin tatili ilanında ek masrafların istenebileceği belirtilmemişse⁹⁵ alacaklının verdiği avansın yeterli olmadığı anlaşılrsa dahi iflâs dairesi, iflâs işlemlerinin devamı için ek avans verilmesini şart koşamaz⁹⁶. Nitekim bu husus iflâs tasfiyesinin sürüncemede kalmasını engellemek anlamında önem arz etmektedir. Kanımızca bu durumda söz konusu ek masraftan, yanlış hesaplama yapan memur şahsen sorumlu olmalıdır (Karş. İİK m. 62/I).

Nihayetinde ilandan itibaren otuz günün geçmesi ve hiçbir alacaklının da tasfiyenin devamını istememesi üzerine iflâs dairesinin talebiyle asliye ticaret mahkemesi, iflâsın kapanmasına karar verir ve bu kapanma kararı ilan edilir (İİK m. 217, 254). Ancak dikkat etmek gerekir ki mahkemenin iflâsın kapanmasına karar verebilmesi için iflâs kararının kesinleşmesi gerekir⁹⁷.

⁹⁴ "...İlandaki gider iflâs tasfiyesinin bundan sonraki safhasına ilişkin gider olup, ilana kadar yapılan giderler İİK 160 maddesi uyarınca zaten yatırılmış durumdadır. İflâs dairesi tarafından yapılacak ilanda alacaklıların yatırması gereken peşin giderin ne kadar olduğunun gösterilmesi zorunludur...", Ankara 1. Asliye Ticaret Mahkemesi, E 2021/567 K 2021/621, 21.10.2021; "...iflâs müdürlüğü müflisin adresinde masaya ait hiç bir malı bulunmadığından İİK 217 maddesi uyarınca tasfiyenin tatiline karar verilerek iş bu ilan tarihinden itibaren 30 gün içinde alacaklılar tarafından gideri peşin verilerek (7.500 TL) iflâs ilişkin işlemlerin devamını istemediği takdirde iflâsın İİK 254 maddesine göre kapatılacağı hususuna ilişkin ilanın ... Gazetesinde 30.04.2015 tarihinde, ... Gazetesinde 05.05.2015 tarihinde ilan edildiğini...", İstanbul Anadolu 2. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2019/37, K. 2019/374, <https://emsal.uypap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb> Erişim Tarihi: 27.11.2021.

⁹⁵ *Stocker*; tasfiyenin tatili ilanında ek masrafların istenebileceği belirtilmişse bu masrafların alacaklıdan talep edilebileceğini belirtmektedir. Bu konu hakkında bkz. *Stocker* (n 3) 181.

⁹⁶ *Berkin* (n 8) 310. *Belgesay*, sonradan ortaya çıkan masrafların devletin üzerine kalacağını belirtmektedir. Bu konu hakkında bkz. *Belgesay* (n 2) 116. Aksi yönde bkz. *Jaeger* ve diğerleri (n 37) Art. 230 N. 11. İsviçre Federal Mahkemesi'nin, hükmün amacından yola çıkarak iflâs dairesinin yanlış hesaplamaları dolayısıyla alacaklıdan fazla masraf bedeli alınmasını hukuka aykırı bulduğu karar için bkz. *BGE 117 III 67, (Brügger (n 67) N. 16)*.

⁹⁷ "...Ticaret mahkemesi, iflâs tasfiyesinin kanun hükümlerine uygun şekilde yapıpıp bitirildiğini tespit ettiği takdirde, iflâsın kapatılmasına karar verir. Bu karar ile iflâs hâli sona erer, iflâs idaresinin görevi biter. Müflise karşı yeni takipler açılabilir. İflâs kararının temyizi, yahut henüz kesinleşmemiş olması, iflâsın ilanına ve masanın teşkiline engel değildir. Fakat, bu hâl sebebiyle, 164. maddede belirtildiği üzere, ikinci alacaklılar toplantısının yapılması mümkün olmadığı gibi, İİK'nin 237-239 ve 241-245. maddelerinin uygulanmasına, binnetice masa mallarının satışına da iflâs kararı kesinleşmedikçe olanak yoktur. O hâlde, ancak iflâs kararının kesinleşmesiyle, iflâs tasfiyesinin ikinci alacaklılar toplantısından sonraki safhasına geçilebilir. Yine, iflâs kararı bozulur ise, iflâs kararından önceki hâlin avdet edeceği, iflâsın açılmasının neticelerinin sona ereceği izahattan varestedir. İflâsın açılması kararı kesinleşmediği hâlde, kapatılmasının kesinleşmesi gibi, mantıken de telafisi mümkün olmayan bir hâl ortaya çıkacaktır. Müflisin malının tespit edilmeyişi

II. TASFİYENİN TATİLİNİN SONUÇLARI

A. Genel Olarak

Tasfiyenin tatili, esasında müflisin haczi kabil hiçbir mal varlığının bulunmaması sebebiyle iflâs sürecinin askıya alındığı bir ara dönemi ifade etmektedir. Nitekim mehaz Kanun bu durumu, “*Einstellung*” yani askıya alma, durdurma⁹⁸ olarak adlandırmaktadırlar. Dolayısıyla tasfiyenin tatilinde alacaklılara, tasfiyenin devamı için bir imkân tanınmakta ve bu imkânın kullanılmaması üzerine iflâs kapatılmaktadır.

Tasfiyenin tatili sebebiyle iflâsın kapatılması, iflâs kararı kesinleşmiş bulunan müflis hakkında gerek takip hukuku gerek kamu hukuku bakımından⁹⁹ normal kapanmayla aynı sonuçları (İİK m. 312 vd.) doğurur¹⁰⁰. Bu bağlamda borçlunun, müflis sıfatı devam etmektedir. Öte yandan iflâsın kapanmasının kesinleşmesiyle kural olarak borçlu, malvarlığı üzerindeki kısıtlanan tasarruf yetkisini geri kazanmaktadır¹⁰¹ (Karş. İİK m. 184/I). Ancak tasfiyenin tatili sonucu iflâsın kapatılması, iflâs hukuku bakımından normal bir kapatmanın sonuçlarını doğurmaz. Nitekim burada, bir tasfiye sürecine girişilememiş, iflâs alacakları incelenememiş, sıra cetveli, pay cetveli gibi listeler hazırlanamamıştır. Öte yandan tasfiye süreci başlamadığı için bir iflâs idaresi oluşmadığı gibi iflâs dairesi de iflâs idaresinin yerine bir fonksiyon gösterememiştir. Dolayısıyla tasfiyenin tatili sonucu kapanmanın normal kapanmadan birtakım farklılıkları bulunmaktadır.

B. İcra Takipleri Bakımından Sonuçları

Kural olarak iflâsın açılmasından önce başlatılmış¹⁰² icra ve iflâs takipleri, iflâsın açılmasıyla birlikte durmaktadır (İİK m. 193/I). Nitekim bu husus

hâlinin bir etkisi olamaz. Öyle ise, iflâs kararının kesinleşmesi beklenilmeden iflâsın kapatılmasına karar verilemez...”, Yargıtay 12 HD, E 1975/9061 K 1975/6356, 14.10.1975, <www.kazanci.com> Erişim Tarihi: 24.11.2021. Bu hususta doktrindeki tartışmalar için ayrıca bkz. II.B

⁹⁸ Vural Ülkü, *Kapsamlı Almanca Sözlük Kompaktwörterbuch-Deutsch*, (Bilge 2019) 194.

⁹⁹ Jaeger ve diğerleri (n 37) Art. 230 N. 18; Staehelin, Bauer ve Staehelin (n 1) Art. 230 N. 25; Berkin (n 8) 309.

¹⁰⁰ Stocker (n 3) 185-186; “...Masanın oluşmaması ancak tasfiye sırasında İcra ve İflâs Kanunu’nun 217’nci maddesinin uygulanmasına yol açar, yoksa bu hâl borçlunun iflâs edemeyeceğini göstermez. Kaldı ki, anılan yasal düzenleme çerçevesinde alacaklılar tasfiyenin tatil edilmesine ve iflâsın kapatılmasına engel olabilirler. Öte yandan iflâsın açılması ile gerçekleşecek statü değişikliği ve hukuki, cezai ve vergisel yasal sonuçların ortaya çıkmasının bu suretle önüne geçilmesi de hatalıdır...”, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 2017/23-849 K 2018/773, 11.4.2018, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb> Erişim Tarihi: 25.11.2021.

¹⁰¹ Kuru ‘1997’ (n 38) 3358, dn. 4; Stocker (n 3) 183; BGE 127 III 371, E. 4b; BGE 90 II 247, E. 2, [Franco Lorandi, ‘Wiedereröffnung des Konkurses’ (2018) (1) AJP/PJA 58, dn. 21].

¹⁰² Üstündağ (n 6) 90; Arslan ve diğerleri (n 8) 479.

İflâsın teklifi ve alacaklılar arasında eşitlik ilkesi gereği, borçluya karşı aynı anda tek takip ve tasfiyenin bir tezahürüdür¹⁰³. Keza İİK m. 193/III hükmünde iflâs tasfiyesi sürecinde müflise karşı icra ve iflâs takibi yapılamayacağı belirtilmektedir. Öte yandan İİK m. 193/II hükmünde iflâsın açılmasıyla duran takiplerin, iflâs kararının kesinleşmesiyle düşeceği belirtilmiştir. Dikkat etmek gerekir ki takiplerin durması ve düşmesi, alacaklıların veya iflâs dairesinin bilgisinin olup olmaması veyahut herhangi bir taleple gerçekleşmesinden bağımsızdır; takipler, iflâsın açılmasıyla kendiliğinden durur ve kesinleşmeyle kendiliğinden düşer¹⁰⁴. Öte yandan duran ve düşen takipler, müflisin tasarruf yetkisinin kısıtlanmasının (İİK m. 191) bir sonucu olarak sadece iflâs masasına ilişkin mallarla ilgili olmak durumundadır. Dolayısıyla iflâs alacağı niteliğinde olmayan alacaklar için yapılan takipler, iflâsın açılmasından etkilenmez. Söz gelimi duran ve düşen takiplerin, borçlunun şahsına yönelik veya kiralanan taşınmazın tahliyesine ilişkin olması söz konusu olamaz.

Borçluya karşı başlatmış olduğu icra veya iflâs takibi iflâsın açılmasıyla duran ve kesinleşmesiyle düşen alacaklının, alacağını masadan alması gerekmektedir. Nitekim alacaklıyı hem icra takibinden hem de iflâs tasfiyesinden mahrum bırakmak söz konusu olamaz. Bu bağlamda düşen takibin konusunu oluşturan alacak, iflâs masasına kaydedilerek tahsil edilebilir.

İflâs tasfiyesinin tatil edilmesi durumunda bir tasfiye süreci gerçekleşmeyeceğinden takipleri düşen alacaklıların tatmin edilememesi söz konusudur. İİK m. 217 hükmünde bu konuya ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Doktrindeki bir görüşe göre takiplerin düşmesi sonucu bir mağduriyet yaşamamaları için iflâsın kapanmasından itibaren alacaklıların, eski takiplerine devam edebilecekleri kabul edilmelidir¹⁰⁵. Nitekim söz konusu görüşe göre tasfiyenin tatili sonucu kapanma, tasfiye sonrası kapanmayla aynı sonuçları doğurmamalıdır. Bu bağlamda takiplerin durması ve düşmesinin amacının, alacaklıları eşit işleme tâbi tutmak olması dolayısıyla tasfiye sonucu kapanma, bu amaçtan saparak borçluyu koruyucu sonuç doğurmamalıdır¹⁰⁶. Doktrindeki katıldığımız diğer bir görüşe göre ise tasfiye sonucu kapanma, iflâsın açılması olgusunu ortadan kaldırmaz; dolayısıyla iflâsın açılması ve kesinleşmesiyle düşen takiplerin yeniden canlanarak devam ettirilmesi söz konusu değildir¹⁰⁷. Gerçekten de her ne kadar tasfiyenin tatiline karar verildiğinde takiplerin durma ve düşme amaçları anlamsız kalsa da kanun gereği

¹⁰³ Ansay (n 45) 228; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 38) 560; Yıldırım ve Deren Yıldırım (n 7) 432.

¹⁰⁴ Berkin (n 8) 250; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 38) 563.

¹⁰⁵ Kuru '1997' (n 38) 3135; Uyar, Uyar ve Uyar (n 8) 2586; Arslan ve diğerleri (n 8) 494-495; Pekcanitez ve diğerleri (n 8) 440; Ulukapı (n 8) 449.

¹⁰⁶ Kuru '1997' (n 38) 3134-3135.

¹⁰⁷ Stocker (n 3) 189; Berkin (n 8) 309; Üstündağ (n 6) 136; Altay (n 38) 1263.



düşen takiplerin yeniden canlanması için yine bir başka kanun hükmüne ihtiyaç vardır¹⁰⁸. Nitekim 1994 yılında SchKG m. 230 hükmüne eklenen dördüncü fıkra uyarınca, tasfiyenin tatilinin kesinleşmesiyle birlikte iflâsın açılmasından önce başlatılan takipler yeniden canlanmaktadır¹⁰⁹. Hükmün devamında iflâsın açılmasıyla tasfiyenin tatili kararının kesinleşmesi arasındaki sürenin, kanunun öngördüğü tüm süreler açısından hesaba katılmayacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda yapılan değişikliklerle takip başlatmakla masraf yapan ve maddi hukuk bakımından birtakım sonuçları doğuran (zamanaşımın, hak düşürücü sürenin kesilmesi vb.) alacaklının hakları gerçekleştirilmiştir¹¹⁰. Öte yandan söz konusu hükümlerle birlikte borç ödemedeki aczini öne sürerek iflâsını isteyen borçlunun, alacaklılarının takiplerinden kurtulmasının da önüne geçilmektedir¹¹¹. Nitekim başlatmış olduğu takip düşen alacaklı, yeniden masraf yapmak durumunda kaldığı gibi zamanaşımını ve hak düşürücü sürelerle ilgili sıkıntılarla da karşı karşıya kalacaktır¹¹². Dolayısıyla olması gereken hukuk açısından İİK m. 217 hükmüne eklenecek bu yönde bir fıkra ile iflâsın açılmasından önce başlamış takiplerin, tasfiyenin tatili sonucu kapanma kararından sonra canlanacağı öngörülebilir; aksi takdirde düşmüş icra takiplerinin devamı mümkün değildir.

C. Hukuk Davaları Bakımından Sonuçları

Müflisin tasarruf yetkisinin kısıtlanmasının bir sonucu da onun davacı veya davalı olduğu hukuk davalarının durmasıdır¹¹³. Nitekim iflâsın açılmasıyla masaya ilişkin çekişmeli hakların dava hakkı da masaya geçmektedir¹¹⁴. Müflisin taraf olduğu hukuk davaları, iflâs masasına ilişkin malvarlığıyla ilgili olabileceği gibi bu davalar, iflâs masasının aktif ve pasifini etkileyecek nitelikte de olabilir¹¹⁵. Bu bağlamda İİK m. 194 hükmünde masaya giren mallara ya da iflâs tasfiyesinde ödenmesi gereken borçlara ilişkin davaların,

¹⁰⁸ Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 38) 581.

¹⁰⁹ Jaeger ve diğerleri (n 37) Art. 230 N. 14. Yorum yoluyla Türk hukukunda da takiplerin canlanmasının kabul edilmesi gerektiği hakkında bkz. Kuru '2013' (n 38) 1287-1288; Pekcanitez ve diğerleri (n 8) 440. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Sema Taşpınar, İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanununda Yapılan Değişiklikler (2004), Baki Kuru Armağanı Türkiye Barolar Birliği Yayınları 463-464. Takiplerin düşmesinin istisnası niteliğindeki hükmün, yalnızca iflâsın açılması anındaki takiplere münhasır olduğunu, iflâsın açılmasına neden olan takibe devam edilemeyeceği hakkında bkz. BGE 124 III 123, (Brügger (n 67) N. 26).

¹¹⁰ Jaeger ve diğerleri (n 37) Art. 230 N. 15; Taşpınar (n 109) 644.

¹¹¹ Staehelin, Bauer ve Staehelin (n 1) Art. 230 N. 18; Taşpınar (n 109) 644; Altay (n 38) 1263, dn. 11.

¹¹² Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 38) 581.

¹¹³ Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku Cilt: 3*, (3. Baskı, Seçkin 1993) 2893; Üstündağ (n 6) 92; Arslan ve diğerleri (n 8) 480.

¹¹⁴ Postacıoğlu (n 8) 152.

¹¹⁵ Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 38) 564.

iflâsın açılmasıyla duracağı belirtilmektedir¹¹⁶.

Hukuk davaları, iflâsın açılmasıyla durmaktadır; takiplerin aksine kesinleşmeyle düşmesi söz konusu değildir. Duran hukuk davaları, ikinci alacaklılar toplantısının yapılmasından on gün sonrasında devam eder (İİK m. 194/I). Nitekim masaya ilişkin davaların devam ettirilip ettirilmeyeceği tasfiyenin karar organı olan ikinci alacaklılar toplanmasına bırakılmıştır¹¹⁷. Bu bağlamda ikinci alacaklılar toplantısında, hukuk davalarının devamına veyahut takipsiz bırakılmasına; şartları taşımak kaydıyla takipsiz bırakılan davanın takibinin, takibi devam ettirmek isteyen alacaklıya devrine karar verilir¹¹⁸.

Kanunda acele hâllerde hukuk davalarının durmayacağı belirtilmektedir (İİK m. 194). Dolayısıyla bu hâllerde hukuk davaları devam etmektedir. Doktrinde acele hâllerin, davanın taraflarının menfaati nazara alınarak somut duruma göre değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir¹¹⁹. Bu bağlamda geciktirilmesi, telafisi zor ve imkânsız bir zarara neden olacak davaların durmayacağı kabul edilmelidir¹²⁰. Öte yandan karine olarak basit yargılama usulüncü yürütülen¹²¹ ve adli tatilde¹²² görülen davaların da acele hâller kapsamında olduğu söylenebilir. Acele hâllerde iflâsın açılmasına rağmen davaya devam edilmektedir. Bu hâlde müflisin dava konusu hakkında tasarruf yetkisi kısıtlandığı için onun yerini hemen iflâs dairesi almak durumundadır¹²³. Ancak ilerleyen süreçte iflâs idaresi seçildikten sonra, masanın kanuni temsilcisi olarak davaya da iflâs idaresinin devam etmesi gerekmektedir.

Acele hâllerle birlikte Kanun, mahiyetleri gereği bazı davaların da durmasına müsaade etmemektedir. İİK m. 194 hükmüne göre şeref ve haysiyete tecavüz ile vücut bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarıyla birlikte evlenme, kişisel duruma veya nafaka işlerine ilişkin uyuşmazlıklarla ve rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerle ilgili olarak açılmış olan hukuk davaları iflâsın açılmasıyla durmaz.

¹¹⁶ Ansay (n 45) 229.

¹¹⁷ Erdönmez (n 6) 124; Arslan ve diğerleri (n 8) 480-481; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 38) 565.

¹¹⁸ Belgesay (n 2) 85; Postacıoğlu (n 8) 152-153; Erdönmez (n 6) 125.

¹¹⁹ Postacıoğlu (n 8) 154; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 38) 567.

¹²⁰ Belgesay (n 2) 87.

¹²¹ Üstündağ (n 6) 93. Her ne kadar HMK m. 103 hükmünde belirtilmediğinden basit yargılama usulüne tâbi davaların adli tatilde görülmeyeceği kabul edilse de kanımızca bu usule tâbi davalar niteliği gereği acele davalardan sayılmalıdır. Zira basit yargılama usulü, yargılamanın oldukça kısa ve hızlı şekilde nihayete erdirilmesini amaç edinir. Bu hususta bkz. HMK m. 316 gerekçesi. Dolayısıyla basit yargılama usulüncü yürütülen davalar, açık hüküm gereği (HMK m. 103) adli tatilde görülme de iflâsın açılmasıyla durmaması gereken acele davalardandır.

¹²² Postacıoğlu (n 8) 154; Kuru, '1993' (n 113) 2909; Arslan ve diğerleri (n 8) 481.

¹²³ Postacıoğlu (n 8) 154.



Basit tasfiye usulünün uygulanmasına karar verilmesi durumunda ikinci alacaklılar toplantısı oluşturulamaz. Dolayısıyla iflâs dairesinin bizzat davayı takip etmesi, dava konusu hakkında derin bir inceleme yapmasını gerektireceğinden¹²⁴ daire, isteyen alacaklıya şartları varsa davanın takibi yetkisini devredebilmelidir. Aksi takdirde müflisin taraf olduğu davaların durdurulması sona erdirilerek devam olunması, akabinde çekişmeli hakkın eğer mümkünse bu hâliyle satılarak tasfiye edilmesi gerekmektedir¹²⁵. Öte yandan doktrinde, basit tasfiye usulünde müflisin taraf olduğu davaların, iflâs dairesinin sıra cetveli düzenlediği tarihe kadar durmasının yerinde olacağı; nitekim sıra cetveli düzenlenmeden duran davaya devam edilmesi gerekip gerekmeyeceğinin anlaşılamayacağı belirtilmektedir¹²⁶.

İflâsın açılmasıyla duran davalardan biri de istihkak davasıdır¹²⁷. Nitekim istihkak davası da niteliği itibariyle masaya ilişkin hakları ilgilendiren bir davadır. Ancak belirtmek gerekir ki icra mahkemesinde açılan istihkak davaları, hem basit yargılama usulüne tâbi olduğundan hem de İİK m. 18 hükmü gereği acele görülmesi gereken davalardandır¹²⁸. Dolayısıyla bu kapsamdaki istihkak davaları, geçici olarak hemen iflâs dairesi tarafından temsil olunur. İflâsın açılmasıyla birlikte iflâs dairesinin tuttuğu deftere göre masada sadece istihkak davasına konu mal varsa ve kıymet takdirine göre malın değeri en az basit tasfiye masraflarını karşılayacak miktarda ise istihkak davası sonuçlanmadan tasfiyenin tatiline karar verilemez¹²⁹. Bu bağlamda söz konusu malın basit tasfiyeyi dahi karşılamayacağı anlaşılıyorsa tasfiyenin tatiline karar verilmelidir. Basit tasfiye masrafını karşılayacağı anlaşılan mal hakkındaki davanın takibi, iflâs dairesi tarafından isteyen alacaklılara devrolunmalıdır.

¹²⁴ Belgesay (n 2) 86.

¹²⁵ ibid 86.

¹²⁶ Kuru, '1993' (n 113) 2907; Oskay ve diğerleri (n 38) 5035.

¹²⁷ *Berkin*, müflisin, üçüncü kişinin tasarruf etmek üzere olduğu mallarına ilişkin mülkiyet hakkını tespit ettirmek için açtığı davaların, iflâsın açılmasıyla durmayacağını belirtmektedir. Bu konu hakkında bkz. *Berkin* (n 8) 256.

¹²⁸ Kuru, '1993' (n 113) 2896; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 2007/21-111 K. 2007/109, 7.3.2007, <www.kazanci.com> Erişim Tarihi: 25.11.2021.

¹²⁹ "...Daire'nin 21.03.2018 tarih 2015/18073 Esas-2018-9748 Karar sayılı geri çevirme ilamı üzerine dosyaya eklenen borçlu şirkete ait ticaret sicil kayıtlarına göre, 18.11.2015 tarihinde Karşıyaka 2. İcra Dairesi'nin 2015/1 iflâs sayılı dosyasından "Müflis borçlunun masaya ait hiç bir malı bulunmadığından tasfiyenin tatiline karar verilmiştir. Alacaklılar tarafından iflâsa ilişkin işlemlerin yürütülmesi istenmediği takdirde iflâsın kapatılacağı tebliğ olunur" şeklinde ilan yapıldığı anlaşılmıştır...Bu sebeple; Mahkemece verildiği anlaşılan iflâs kararının aşaması belirlenerek gelmiş olduğu durum dikkate alınmak suretiyle istihkak davası hakkında bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamış, bu nedenle hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir..."; Yargıtay 8 HD, E 2018/11914 K 2018/15403, 10.09.2018 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb>> Erişim Tarihi: 27.11.2021. Karş. Uhlenbruck, Hirte ve Vallender (n 20) § 26 N. 13; Schmidt (n 20) § 26 N. 10.

Hiçbir alacaklı takibi devam ettirmek istemiyor veyahut alacaklılar dava takip yetkisi devri için şartları taşıyorsa söz konusu mal, mümkünse çekişmeli olarak satışa çıkarılır ve alacaklılar bu suretle tatmin edilir. Eğer alacaklılardan biri davanın takibini üzerine almış veyahut adi tasfiye sonucunda iflâs idaresi davayı devam ettirmiş ve dava kaybedilmişse mal üçüncü kişiye verilir. Böylece istihkak davası sonucu masadan çıkarılan malla birlikte masada hiçbir mal bulunmaması dolayısıyla tasfiyenin tatiline karar verilir¹³⁰.

Müflisin malvarlığında bulunmayan ancak tasarrufun iptali davasına konu olmuş bir mal hakkındaki dava, iflâsın açılmasıyla durmaz. Nitekim tasarrufun iptali davaları adli tatilde görülmesi dahi hem basit yargılama usulüne tâbi olduğundan hem de niteliği gereği acele davalardan sayılmalıdır¹³¹. Zira tasarrufun iptali davası, İİK hükümlerinde düzenlenen, oldukça hızlı bir şekilde yürütülmesi amaçlandığından basit yargılama usulüne tâbi kılınan, dolayısıyla acele sonuçlandırılması gereken bir davadır; genel mahkemelerde görülmesi bu hususta bir farklılık yaratmaz. Ancak Yargıtay, güncel tarihli kararlarında tasarrufun iptali davalarında da acele olup olmama hâlinin somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmektedir¹³².

Müflisin açmış olduğu veya kendisine karşı açılan tasarrufun iptali davası, iflâsın açılmasıyla durmadığından ve müflisin tasarruf yetkisi de kısıtlandığından dava, iflâs idaresi oluşturuluncaya kadar iflâs dairesi tarafından yürütülmelidir. Masada bulunan veya masaya girmesi beklenen tek mal, iptal davasına konu malsa ve bu malın basit tasfiye masraflarını dahi karşılayamayacağı anlaşılıyorsa iflâs dairesi, tasfiyenin tatiline karar vermelidir. İflâs açıldıktan sonra müflise karşı açılan tasarrufun iptali davasına münferit alacaklı devam edemez; bu andan itibaren iptal davasını takip yetkisi iflâs masasına ait olur¹³³. Bu bağlamda masa, tasarrufun iptali davasını takip etme yetkisine sahipse ve söz konusu malın kıymeti de en az basit tasfiye masraflarını karşılayacak değerde ise hiçbir mal bulunmama şartı gerçekleşmemektedir¹³⁴. Nitekim

¹³⁰ Ansay (n 45) 270; Üstündağ (n 6) 135, dn. 114b; Oskay ve diğerleri (n 38) 5028; Stürner, Eidenmüller ve Schoppmeyer (n 18) § 26 N. 21.

¹³¹ Tasarrufun iptali davasının acele davalardan olduğu hakkında bkz. Yargıtay 15 HD, E 2006/7005 K. 2006/7169, 7.12.2006. Tasarrufun iptali davasının adli tatilde görülemeyeceği hakkında bkz. Yargıtay 17 HD, E 2014/20994 K 2016/6940, 7.6.2016; Yargıtay 17 HD, E 2014/19310 K 2015/2984, 19.2.2015, <www.kazanci.com> Erişim Tarihi: 26.11.2021.

¹³² "...Dava İİK'nun 277 ve devamı maddeleri gereğince açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkindir... Bu durumda, mahkemece, bir ara kararı ile davanın ikinci alacaklılar toplantısından on gün sonraki bir tarihe kadar durmasına karar verilmesinin gereklik gerekmediği...", Yargıtay 17 HD, E 2020/3268 K 2021/3026, 22.3.2021. Aynı yönde bkz. Yargıtay 17 HD, E 2019/6006 K. 2020/6484, 4.11.2020; Yargıtay 17 HD, E 2019/4330 K 2020/7034, 12.11.2020; Yargıtay 17 HD, E 2018/5039 K 2020/6154, 26.10.2020, <www.kazanci.com> Erişim Tarihi: 25.11.2020.

¹³³ Belgesay (n 2) 158; Umar (n 57) 44.

¹³⁴ Üstündağ (n 6) 135, dn. 114b.



Yargıtay, bir kararında, masaya ait mala ilişkin tasarrufun iptali davasının derdest olması hâlinde, bu davanın sonuçlanması beklenmeden tasfiyenin tatiline karar verilemeyeceğini belirtmektedir¹³⁵. Ancak davacı sıfatıyla açılan veyahut devam edilen iptal davalarının reddedilmesi hâlinde geride hiçbir mal bulunmuyorsa tasfiyenin tatiline karar vermek gerekmektedir¹³⁶.

Kural olarak iflâsın açılmasından önce dava açılan veya iddia olunan tasarrufun iptali konusu mal hakkında, iflâs idaresince davaya devam olunmamış veya yürütülmemiş, münferiden alacaklılara da dava hakkı devredilmemişse iflâs kapandıktan sonra artık iptal davası açılmaz¹³⁷. Ancak malvarlığının bulunmaması sebebiyle tasfiyenin tatiline karar verilmesi hâlinde, iflâstan önce iptal davası açan alacaklının aynı davayı kaldığı yerden devam ettirebilmesi gerekir¹³⁸. Nitekim sırf İİK m. 245 hükmü gereği kendisine dava hakkı devredilsin diye bu alacaklıya karşı, tasfiyenin tatiline engel olacak masrafları peşinen vermesi şartını ileri sürmek, hakkaniyete aykırı bir durum oluşturduğu gibi takip ekonomisine de aykırıdır¹³⁹.

Doktrinde tasfiyenin tatili hâlinde iflâsın açılmasıyla duran hukuk davalarının, iflâsın kapanmasına kadar durması gerektiği belirtilmektedir¹⁴⁰. Nitekim ilanda belirtilen süre içerisinde alacaklıların tasfiyenin devamını istemeleri hâlinde tasfiye, basit veya adi tasfiye usulünce yürütülür. Hiçbir alacaklı tasfiyenin devamını istemediği takdirde iflâsın kapatılmasıyla hukuk davalarına kaldıkları yerden devam edilir¹⁴¹. Durma süresi içinde zamanaşımı ve hak düşürücü süreler işlemez¹⁴² (Karş. İİK m. 194/II).

¹³⁵ "...Davacı ... müflis şirket hakkında İİK'nın 217. maddesine göre tasfiyenin tatiline karar verildiğini ... iflâsın İcra İflâs Kanunu'nun 254. maddesi uyarınca kapatılmasına karar verilmesini talep etmiştir... Mahkemece, ... iflâsın kapatılması şartlarının gerçekleştiği gerekçesiyle müflis şirketin iflâsının kapatılmasına karar verilmiştir. İflâs tasfiyesinin bitmiş sayılabilmesi ve iflâsın kapanmasının istenebilmesi için alacaklıların İİK'nın 245. maddesine göre takip ettikleri davaların da sonuçlanmış olması gerekir. Ancak bu davalar kazanılsa bile masaya bir şey girmeyeceği açıkça anlaşılmakta ise iflâs idaresi bunu son raporunda belirterek Ticaret Mahkemesinden iflâsın kapatılmasına karar verilmesini isteyebilir. Somut olayda alacaklı müdahil ... Bankasının açtığı tasarrufun iptali davası derdest olup bu davanın sonuçlanması hâlinde banka alacağını aldıktan sonra masaya kalacak parada bulunabilir. Bu husus araştırılarak ... Bankası alacağı ile tasarrufun iptali istenen taşınmazın değeri nazara alınarak yukarıdaki ilke çerçevesinde karar verilmesi gerekirken..." Yargıtay 23 HD, E 2016/8296 K 2019/4508, 04.11.2019 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb>> Erişim Tarihi: 25.11.2021.

¹³⁶ Berkin (n 8) 307.

¹³⁷ Ansay (n 45) 331.

¹³⁸ Umar (n 57) 47.

¹³⁹ ibid 47.

¹⁴⁰ Kuru, '1993' (n 113) 2907.

¹⁴¹ ibid 2907-2908; Kuru '2013' (n 38) 1288; Uyar, Uyar ve Uyar (n 8) 2586; Yargıtay 15 HD, E 1974/397 K 1974/501, 30.5.1974 (*Ulukapı (n 8) 449-450, dn. 638*).

¹⁴² Kuru, '1993' (n 113) 2907; Kuru '1997' (n 38) 3135.

D. Borç Ödemeden Aciz Belgesi Bakımından Sonuçları

İflâs tasfiyesinin son aşaması olan paraların dağıtılmasından sonra tıpkı cüzi icrada olduğu gibi (İİK m. 105, 143) alacaklarını kısmen veya tamamen alamayan iflâs alacaklılarına, borç ödemeden aciz belgesi verilir (İİK m. 251). İflâs tasfiyesinin sonunda borç ödemeden aciz belgesinin verilmesi için belli aşamalardan geçilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda öncelikle paraların “kesin” olarak dağıtılması şarttır¹⁴³. Dolayısıyla geçici dağıtımlarda (İİK m. 252) aciz belgesi verilmez¹⁴⁴. Söz konusu dağıtma işlemi, sıra cetvelinin kesinleşmesi üzerine yapılan pay cetveli uyarınca yapılmaktadır (İİK m. 247). Bu bağlamda masaya kaydedilmiş bulunan alacaklar için sıra cetveli ve pay cetveli düzenlenmeden borç ödemeden aciz belgesinin verilmesi de söz konusu değildir¹⁴⁵.

Tasfiyenin tatili, henüz defterin tutulmasından hemen sonra gerçekleşen, masada hiçbir mal bulunmaması sebebiyle ne ilk alacaklılar toplantısının ne de iflâs idaresinin oluşmadığı bir hâldir. Öte yandan masada hiçbir malın bulunmaması nedeniyle alacaklılara yönelik sıra ve pay cetvelinin düzenlenmesi de gereksizdir. Bu itibarla doktrinde, tasfiyenin tatil edilmesi hâlinde bir tasfiye söz konusu olmadığından alacaklılara borç ödemeden aciz belgesinin verilemeyeceği¹⁴⁶; bununla birlikte iflâs davası açmış ve borçluyu iflâs ettirmiş alacaklının alacağı, asliye ticaret mahkemesince tespit edilmiş olduğundan bu alacaklıya borç ödemeden aciz belgesinin verileceği belirtilmektedir¹⁴⁷. Ancak Yargıtay, eski tarihli bir kararında, masada hiçbir mal bulunmaması dolayısıyla müflisin aczinin açık olduğu, masaya

¹⁴³ Selçuk Öztekin, *İcra ve İflâs Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası*, (Alfa 1994) 108.

¹⁴⁴ ibid 108.

¹⁴⁵ ibid 108-111.

¹⁴⁶ Staehelin, Bauer ve Staehelin (n 1) Art. 230 N. 16; Üstündağ (n 6) 136; Kuru ‘1997’ (n 38) 3133; Öztekin (n 143) 108; Altay (n 38) 1264; Oskay ve diğerleri (n 38) 5028; Uyar, Uyar ve Uyar (n 8) 2586; Ulukapı (n 8) 449; Stocker (n 3) 183; Lorandi, ‘2018’ (n 101) 58.

¹⁴⁷ Kuru ‘1997’ (n 38) 3134; Oskay ve diğerleri (n 38) 5028; Ulukapı (n 8) 449. Aynı yönde bkz. Yargıtay 23 HD, E 2016/2554 K 2017/2226, 19.9.2017, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb>> Erişim Tarihi: 27.11.2021; İstanbul Anadolu 7. Asliye Ticaret Mahkemesi, E 2021/671 K 2021/791, 09.11.2021. Öztekin, iflâs davası açmış alacaklının alacağının, ancak borçlunun iflâs ödeme emrine itiraz ederek mahkemenin işin esasına girerek alacak hakkında tahkikat yapılmışsa söz konusu alacağın varlığı tespit edilmiş olduğundan iflâs davası açan alacaklıya aciz belgesinin verileceğini belirtmektedir. Bu konu hakkında bkz. Öztekin (n 143) 109. Öztekin ile aynı yönde bkz. “...İİK.m.217 hükmü gereğince tasfiyenin tatiline karar verildiği için ve tasfiyenin devamı için gerekli masrafların da ilana ve muhtıraya rağmen yatırılmadığı için iflâs dosyasında yapılacak başkaca tasfiye işlemi olmadığını, müflis şirket aciz sebebiyle kendi iflâsını mahkmeden doğrudan istemiş olduğundan inceleme konusu olayda alacak mahkeme kararı ile sabit olan alacaklı da bulunmadığı için iflâs dosyasında icra ve iflâs müdürlüğü tarafından aciz vesikası da düzenlenmediği...”, Bakırköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi, E 2021/175 K. 2021/571, <<https://emsal.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb>> Erişim Tarihi: 9.12.2021.



kaydedilmemiş alacaklar için dahi aciz belgesi verilmesinin icap ettiğini belirtilerek tasfiyenin tatili hâlinde borç ödemeden aciz belgesi düzenlenmesi gerektiğine işaret etmektedir¹⁴⁸. Yüksek mahkeme, yeni tarihli kararlarında da bu görüşünü sürdürmektedir¹⁴⁹. Belirtmek gerekir ki Yargıtay'ın bu görüşü iki noktada hatalıdır. Birincisi iflâsta borç ödemeden aciz belgesi, alacağını masaya yazdırmış olan alacaklılara verilmektedir. Mahiyeti gereği tasfiyenin tatilinden önce bir sıra cetveli düzenlenmesi söz konusu değildir. Öte yandan İİK m. 253 hükmü gereği masaya kaydedilmemiş alacaklılara, aciz belgesi verilen alacaklılar hakkındaki hükümler uygulanmaktadır. Dolayısıyla masaya kaydedilmemiş alacaklılara aciz belgesinin verilmeyeceği açıkça hüküm altına alınmıştır¹⁵⁰. Bu noktada ikinci husus, aciz belgesinin mahiyetiyle ilgilidir. Nitekim borç ödemeden aciz belgesi, borçlunun aciz hâlinin bir delili olmakla birlikte esas sonuçlarını alacaklı bakımından doğurmaktadır. Zira aciz belgesi, borçlunun alacaklısına karşı olan aciz hâlini tevsik etmektedir; yoksa herkesin, borçluya karşı alacağını ileri sürebileceği bir hakkı tespit belgesi niteliğinde değildir. Dolayısıyla aciz belgesi, belli kıstaslar altında alacağı tespit edilmiş alacaklıya verilen bir belgedir. Bu minvalde tasfiyenin tatili dolayısıyla alacağı saptanmamış kimselere borç ödemeden aciz belgesi verilmesi hukuka aykırıdır.

Tasfiyenin tatili sonrası iflâsın kapanmasında bir tasfiyenin söz konusu olmaması dolayısıyla alacaklılara bir aciz belgesi verilmeyeceğinden müflis,

¹⁴⁸ "... Müflisin masaya girebilecek hiçbir malı bulunmadığı için iflâs dairesi tasfiyeyi tatil etmiş ve müteakiben mahkemece iflâs kapatılmış ve binnetice alacaklılardan hiçbiri haklarını tahsil edememişlerdir. Bu durum müflisin borç ödemekte acizinin bir delilidir. Evvelce kaydedilmemiş alacaklar için dahi masaya kaydedilenler gibi aciz vesikası verilmesi İ.İ.K'nun 253 üncü maddesi hükmü iktizasıdır. İflâs memurunun bu durumu göz önünde tutmayarak 31.5.1967 tarihli kararla ve (evvelce müracaat edilmediğinden bahisle) aciz vesikası talebini red etmiş ve bu noktaya ilişkin şikayetin mercice kabul edilmemiş oluşu kanuna aykırıdır..."", Yargıtay İcra ve İflâs Dairesi, E 1967/9349 K 1967/10109, 14.11.1967, [G. Karayazgan ve B. Varol, *Tatbiki İcra ve İflâs Hukuku ve En Son İçtihatlar*, İstanbul, 1971, 326'dan naklen Kuru '1997' (n 38) 3133].

¹⁴⁹ "...İflâsın kapatılması talebinde bulunan, ... Asliye Ticaret Mahkemesince verilen iflâs kararının kesinleştiğini, masada paraya çevrilecek mal ve hak bulunmadığını, müflisin adresinde bulunmadığına ilişkin tutanak düzenlendiğini, müflisin mal varlığının bulunmaması nedeniyle İİK'nun 217. maddesi uyarınca tasfiyenin tatiline karar verilerek kararın ilan edilmesine rağmen süresi içinde tasfiyenin devamının istenmediğini, başvuran alacaklılara borç ödemeden aciz vesikası verildiğini ileri sürerek, iflâsın kapatılmasına karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemece, İİK.nun 254.maddesindeki yasal koşulların oluştuğu gerekçesiyle iflâsın kapatılmasına karar verilmiştir...temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA..."", Yargıtay 23 HD, E 2012/1200, K 2012/3283, 03.05.2012, <<https://emsal.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb>> Erişim Tarihi: 9.12.2021. Aynı yönde bkz. Yargıtay 23 HD, E 2016/8296, K 2019/4508, 4.11.2019; Yargıtay 23 HD, E 2016/3538 K 2017/1436, 15.5.2017, <www.kazanci.com> Erişim Tarihi: 25.11.2021.

¹⁵⁰ Öztekin (n 143) 109; Kuru '1997' (n 38) 3348, dn. 4.

kendisine yönelik yeni takiplere karşı yeni mal iktisap etmediği itirazında (İİK m. 251/II) bulunamaz¹⁵¹. Nitekim yeni mal iktisap edilmediği itirazı, borç ödemededen aciz belgesine sahip alacaklıya karşı müflisin bir savunma aracıdır¹⁵².

Nihayetinde bu noktada, tasfiyenin tatili sonucunda iflâsın kapatılmasından sonra müflisin yeni mal edinmesine değinmek gerekmektedir. İflâsın kapatılmasından sonra müflis, yeni mal (ve/veya hak) edinebilir. Olağan iflâsın kapatılmasından sonra müflis yeni mal iktisap ederse bu mal, masaya ait olmayacağından bu hâlde İİK m. 255 hükmü uygulanamayacaktır. Nitekim İİK m. 255 hükmünün uygulanması için iflâsın açılmasıyla kapanması arasındaki sürede masaya ait olan bir malın tasfiyeye dâhil edilmemesi söz konusu olmalıdır. Ancak her ne kadar İİK m. 255 hükmü uygulanmasa da alacaklılar bundan zarar görmemektedirler. Keza müflis yeni mal iktisap ederse alacaklı, bu yönde bir itirazı defederek takip yapabilir (İİK m. 251/II). Öte yandan herhangi bir alacaklının söz konusu takibi kesinleşmiş ve mal haczedilmişse diğer iflâs alacaklıları ellerindeki aciz belgesine dayanarak bu hacze iştirak edebilir¹⁵³. Tasfiyenin tatili sonucu iflâsın kapatılmasından sonra ise herhangi bir alacaklı, müflise karşı takip talebinde bulunabilir ve müflis, kapanmadan sonra yeni mal edinmişse bu mallarına haciz koydurabilir. Ancak bu hâlde diğer iflâs alacaklıları, ellerinde bir aciz belgesi bulunmadığından söz konusu hacze iştirak edemezler. Bu bağlamda belli bir masraf ve zaman harcamış iflâs başvurusunda bulunan alacaklıya borç ödemededen aciz belgesi verilerek tasfiyenin tatili olgusunun onun aleyhine sonuçlar doğurması engellenmektedir. Zira iflâs başvurusunda bulunmuş alacaklı, elinde aciz belgesi olduğundan diğer alacaklıların hacizlerine iştirak edebilir.

E. Tasfiyenin Tatili Kararından Sonra Masaya Ait Malların Bulunması

İflâsın açılması ve tasfiye sürecinden sonra iflâs idaresi veya iflâs dairesinin asliye ticaret mahkemesine son raporu vermesi ve mahkemenin tasfiyenin bittiğine kanaat getirmesi üzerine iflâsın kapanması kararı verilir (İİK m. 254). Ancak iflâsın kapanmasından sonra dahi esasen masaya dâhil olan (İİK m. 184) fakat müflisin, alacaklılardan kaçırma kastıyla¹⁵⁴ veyahut herhangi bir sebeple söz gelimi şartın gerçekleşmeyeceği kesin olarak anlaşılan alacaklar

¹⁵¹ Staehelin, Bauer ve Staehelin (n 1) Art. 230 N. 16; Stocker (n 3) 183-184; Belgesay (n 2) 146; Kuru '1997' (n 38) 3133, dn. 10, 3135; Kuru '2013' (n 38) 1288; Altay (n 38) 1264; Arslan ve diğerleri (n 8) 495; Lorandi, '2018' (n 101) 66.

¹⁵² Yeni mal iktisap etmediği itirazıyla, tasfiye sonrasında tüm malvarlığı dağıtılmış müflisin kendi ekonomik durumunu yeniden kurabilmesi amacıyla tasfiye sonrasındaki takiplere bir sınır getirilmekte ve böylece müflise âdeta bir süre verilmektedir. Bu konu hakkında bkz. Öztekin (n 143) 127-128; Belgesay (n 2) 145; Üstündağ (n 6) 205-206.

¹⁵³ Öztekin (n 143) 121; Kuru '1997' (n 38) 3346.

¹⁵⁴ Serdar Kale, 'İflâs Kapandıktan Sonra Borçluya Ait Yeni Mal Bulunması (İİK m. 255)' (2015) 2 (1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 134.



dolayısıyla¹⁵⁵ tasfiye dışında kalan mallar söz konusu olabilir. İşte bu hâlde İİK m. 255 hükmü uygulama alanı bulmaktadır. Nitekim hükme göre iflâsın kapanmasından sonra tasfiye dışı kalmış ancak masaya dâhil olan yeni keşfedilmiş¹⁵⁶ bir mal bulunduğu takdirde iflâs dairesi, bu mala el koyup satarak elde edilen bedeli alacaklılara, kesinleşmiş sıra cetveli¹⁵⁷ ve pay cetveline¹⁵⁸ göre dağıtır. İİK m. 255 hükmü, malların satışı ve alacaklılara dağıtım konusunda iflâs dairesini tam olarak yetkilendirmiştir. Nitekim hükümdeki “başkaca bir merasime hacet kalmaksızın” ifadesi gereği iflâs dairesi, hiçbir şekil veyahut izin gibi şartlar söz konusu olmadan satış ve dağıtım işlemini gerçekleştirebilir¹⁵⁹. Öte yandan bu hususta belli bir süre sınırı da yoktur¹⁶⁰. Eş söyleyişle masaya ait olma koşulu sağlandıktan sonra her zaman satış ve dağıtım işlemi gerçekleştirilebilir.

İcra ve İflâs Kanunu m. 255/III hükmüne göre iflâs kapandıktan sonra tasfiye sürecinde değerlendirilmeyen ancak masaya ait olan müflise ait şüpheli (çekişmeli) bir hakkın bulunması hâlinde iflâs dairesi, şüpheli hakkın varlığını alacaklılara ilan veya mektupla bildirir. Hükümün devamında söz konusu şüpheli haklar hakkında İİK m. 245 hükmünün uygulanacağı belirtilmektedir. Bu bağlamda şüpheli hakkın masaya dâhili için dava açmak veya takipte bulunmak isteyen alacaklılara, iflâs dairesince, söz konusu şüpheli hakkın takibi yetkisi verilmelidir¹⁶¹.

Tasfiyenin tatili sonucu kapanan iflâs tasfiyesinde bir tasfiye söz konusu olmadığından, sıra veya pay cetveli hazırlanmaz. Dolayısıyla alacaklar

¹⁵⁵ Berkin (n 8) 265, 271, 380; Postacıoğlu (n 8) 144-145.

¹⁵⁶ Üstündağ (n 6) 215; Kale, ‘2015’ (n 153) 136. Yeni keşfetme olgusuna, tasfiye sürecinde değersiz kabul edilerek tasfiyeye kabul edilmeyen ancak daha sonra önemli ölçüde değerli olduğu keşfedilen mallar da dâhildir. Bu konu hakkında bkz. Lorandi, ‘2018’ (n 101) 60; Kale, ‘2015’ (n 153) 138. Öte yandan “yeni” ifadesinden, söz konusu malın varlığının iflâs dairesince bilinmemesi veya bilinmesinin gerekmemesi olarak anlaşılması gerektiği hakkında bkz. Stocker (n 3) 186-187.

¹⁵⁷ Üstündağ (n 6) 217.

¹⁵⁸ Kale, ‘2015’ (n 154) 138.

¹⁵⁹ ibid 138.

¹⁶⁰ ibid 135-136; Lorandi, ‘2018’ (n 101) 61.

¹⁶¹ Söz gelimi yeni keşfedilen malın müflis tarafından satılması hâlinde açılacak tasarrufun iptali davaları hakkında bkz. Stocker (n 3) 188. Kale, alacaklılar, şüpheli hakkı takip etmek istediği takdirde iflâs dairesinin, alacaklıların talimatlarıyla hareket edeceğini yani takip veya davanın iflâs dairesince yürütüleceğini belirtmektedir. Bu konu hakkında bkz. Kale, ‘2015’ (n 154) 140. Ancak Erdönmez, söz konusu hâlde iflâs müdürünün, bu konuda bir karar alabilmek için alacaklıları toplantıya çağırması ve bu toplantıda da şüpheli hakkın takibini devralmak isteyen alacaklıların bulunup bulunmadığını saptaması gerektiğini belirtmektedir. Öte yandan yazar, alacaklıların toplantı masraflarını ödemeye yanaşmaması hâlinde sirküler yoluyla da bu hususta karar alınabileceğini ifade etmektedir. Bu hususta bkz. Erdönmez (n 6) 69.

hakkında detaylı bir inceleme de yapılamaz¹⁶². Bu bağlamda tasfiyenin tatili sonucu kapanmadan sonra masaya ait yeni bir malın bulunması hâlinde İİK m. 255 hükmü uygulama alanı bulamaz¹⁶³. Bu hâlde tasfiye tamamlanmamış olduğundan, yeni bulunan malın (mal rehinli ise rehin hakkının ihtiva ettiği bedelden geriye kalan miktarın) en azından basit tasfiye masraflarını karşılayacağı anlaşılırsa¹⁶⁴ iflâs dairesinin talebi üzerine asliye ticaret mahkemesi, iflâsın kapanması kararını kaldırmalıdır¹⁶⁵. Nitekim Yargıtay da bu yönde kararlar vermektedir¹⁶⁶. Keza iflâsın açılıp kapanmasına karar vermeye yetkili olan asliye ticaret mahkemesinin kararı olmadan, iflâs dairesinin kararıyla, kapatılmış iflâs tasfiyesine devam etmek mümkün değildir. Ancak henüz iflâsın kapanmasına karar verilmemişse iflâs dairesi, tasfiyenin tatili kararını kaldırıp tasfiyeye devam edebilir¹⁶⁷.

İflâsın kapanması kararının kaldırılması üzerine iflâs dairesi, söz konusu malın değerine göre adi veya basit tasfiye usulünü işletir¹⁶⁸. Bu bağlamda malın değeri, adi tasfiye masraflarını karşılamıyorsa iflâs dairesi, basit tasfiye usulünün uygulanmasına karar verir.

Son olarak değinmek gerekir ki tasfiyenin tatili sonucu iflâsın kapanmasından sonra alacaklıların müflisi takibi neticesinde, müflisin masaya ait olduğu

¹⁶² Staehelin, Bauer ve Staehelin (n 1) Art. 230 N. 12.

¹⁶³ Jaeger ve diğerleri (n 37) Art. 230 N. 4; Staehelin, Bauer ve Staehelin (n 1) Art. 230 N. 12; Stocker (n 3) 186; Ansay (n 45) 270; Kuru '1997' (n 38) 3134; Altay (n 38) 1264; Üstündağ (n 6) 136; Kale, '2015' (n 154) 135.

¹⁶⁴ Lorandi, '2018' (n 101) 61.

¹⁶⁵ Jaeger ve diğerleri (n 37) Art. 230 N. 4; Staehelin, Bauer ve Staehelin (n 1) Art. 230 N. 12; Stocker (n 3) 186; Üstündağ (n 6) 136; Kuru '2013' (n 38) 1287; Altay (n 38) 1264; Oskay ve diğerleri (n 38) 5028; Uyar, Uyar ve Uyar (n 8) 2585; Ulukapı (n 8) 450; Lorandi, '2018' (n 101) 59.

¹⁶⁶ "...Tasfiyenin tatili nedeniyle iflâsın kapatılması kararı verildikten sonra masaya ait malların bulunduğunu ve bunların satış bedelinin tasfiye masraflarını karşılayacağına ilişkin anlaşılması hâlinde iflâs dairesi Ticaret Mahkemesinden iflâsın kapanması hakkındaki kararın kaldırılmasını ister...", Yargıtay 19 HD, E 2005/8137, K 8137/10472, 20.10.2005, <www.legalbank.net> Erişim Tarihi: 27.11.2021; "Tasfiyenin tatili nedeniyle iflâsın kapanmasına karar verildikten sonra masaya ait mal veya alacağın bulunduğu anlaşılması hâlinde iflâs dairesi, iflâsın kapanmasına karar veren mahkemeden iflâsın kapanması hakkındaki kararın kaldırılmasını ve tasfiyenin devam edilmesini ister...Somut olayda iflâs dairesi, satış vaadi sözleşmesi nedeniyle masanın alacağı bulunduğunu belirterek iflâsın kapanması hakkındaki kararın kaldırılarak tasfiyenin devamını istemiştir. Talep yasal düzenlemeye uygun olup mahkemece yukarıda açıklanan nedenler gözetilerek yazılı şekilde karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır...", Yargıtay 9 HD, E 2004/12685 K 2004/2162, 3.3.2005, (Oskay ve diğerleri (n 42) 5029-5030).

¹⁶⁷ Stocker (n 3) 186; Kuru '1997' (n 38) 3134; Kuru '2013' (n 38) 1287; Uyar, Uyar ve Uyar (n 8) 2585.

¹⁶⁸ Ansay (n 45) 270. İsviçre'de hangi tasfiye usulünün uygulanacağına iflâsı yeniden açan mahkeme karar verir. Bu konu hakkında bkz. Lorandi, '2018' (n 101) 62.



keşfedilen mallarının haczedilmesi hâlinde diğer alacaklılar, haczedilen malın satışına kadar (Karş. İİK m. 186) kapatma kararının kaldırılmasını isteyerek iflâs tasfiyesine devam edebilirler¹⁶⁹. Bu hâlde haczedilen mallar, masaya dâhil edileceğinden söz konusu takipler de ortadan kalkacaktır (Karş. İİK m. 193)¹⁷⁰. Öte yandan yeni bulunan malın mülkiyetinin çekişmeli olması durumunda niteliği gereği İİK m. 255/III hükmü kıyasen uygulanabilir. Bu hâlde iflâsın kapanması kararı kaldırılarak İİK m. 245'teki prosedür işletilmeli; hakkın takibini isteyen alacaklıya dava takip yetkisi devredilmelidir¹⁷¹.

SONUÇ

Tasfiyenin tatili kurumu, masada alacaklıları tatmin edecek mal bulunmaması hâlinde dahi tasfiyenin devam etmesine hizmet eder. Nitekim tasfiyenin tatili kurumu olmasaydı, masada hiçbir mal bulunmaması sebebiyle doğrudan iflâsın kapatılması gerekecekti. Ancak iflâsın, borçlunun mallarının alacaklıların yönetimi altındaki tasfiyesi olduğu göz önüne alındığında, alacaklıların bu yöndeki iradeleri değerlendirilmeksizin iflâsın kapanması, iflâs hukukunun amacıyla bağdaşmaz. Bu bağlamda tasfiyenin tatiliyle bir ilan yapılarak belli bir süre içinde gerekli şartları sağlaması koşuluyla alacaklılara, tasfiyenin devamını sağlama imkânı tanınmalıdır. Dolayısıyla İİK'da tasfiyenin tatili hükmünün yer alması isabetlidir.

Tasfiyenin tatili, masada haczi kabil hiçbir mal bulunmaması durumunu içerdüğinden, iflâs kararının tebliği sonrasında defter tutulması aşamasından sonra vuku bulmaktadır. Dolayısıyla tasfiye usulünü belirlemekle görevli iflâs dairesi, bu aşamada tek yetkili organdır. İflâs hukukunda kural adi tasfiyedir.

¹⁶⁹ Altay (n 38) 1264.

¹⁷⁰ ibid 1264.

¹⁷¹ *Stocker*, yeni mal keşfedildiği talebi üzerine söz konusu talebin bir varsayıma dayanması dolayısıyla SchKG m. 230/II (İİK m. 217) gereği alacaklının tasfiye masraflarını ödemesi gerektiğini belirtmektedir. Bu konu hakkında bkz. *Stocker* (n 3) 187. Aynı yönde bkz. Altay (n 38) 1264-1265. *Lorandi* de tasfiyenin kaldırılmasını isteyen alacaklının masrafları ödemesi gerektiğini belirtmektedir. Ancak bununla birlikte yazar, alacaklının, söz konusu masraflardan kurtulabilmesi için gerekli delillerle birlikte iflâs mahkemesine değil iflâs dairesine başvurması gerektiğine işaret etmektedir. Böylece iflâs dairesi, yeni bir mal bulunduğunu gösteren güçlü delil ve emareler dolayısıyla iflâsın kaldırılmasını istemek zorunda olduğundan alacaklı, iflâsın kaldırılmasını isteyen taraf konumunda olmayacaktır. Bu konu hakkında bkz. *Lorandi*, '2018' (n 101) 59. Kanımızca çekişmeli de olsa masaya ait bir mal bulunması hâlinde gerek iflâs dairesi gerek asliye ticaret mahkemesi, iflâsın kapanması kararının kaldırılması için masraf ödenmesi gibi bir şart koşamaz. Zira burada İİK m. 217 hükmünde belirtilen, alacaklının, tasfiyenin devamı için bir masraf ödemesi durumuyla bağdaşan bir hâl bulunmamaktadır. Nitekim iflâs dairesi, çekişmeli hakkı içeren malın satış bedeli, tasfiye masraflarını karşılıyorsa kapatma kararının kaldırılmasını istemek zorundadır. Öte yandan istekli alacaklıya çekişmeli hakkın takibi devredildiğinden bu aşamada fiilen bir tasfiye de söz konusu değildir.

Zira tasfiye, iflâs idaresi ve alacaklılar toplantısı organları aracılığıyla gerçekleştirilir. Ancak adi tasfiye masraflarının masa mallarının değerini aşması durumunda söz konusu organları oluşturmanın anlamsızlığını törpülemek için kanun koyucu, sadece iflâs dairesinin yetkili olacağı basit tasfiye usulünü öngörmektedir. Nitekim alacaklıların toplanması ve iflâs idaresinin oluşturulması oldukça emek ve masraf gerektirmektedir. Mahiyeti gereği tasfiyenin tatilinde tıpkı basit tasfiyede olduğu gibi iflâs idaresi ve alacaklılar toplantısı bulunmamaktadır. Tasfiyenin tatili aşamasında tek yetkili organ iflâs dairesidir. Bu itibarla tasfiyenin tatili aşamasında masaya ait mal hakkındaki iş ve işlemlerde iflâs dairesinin yetkisi, basit tasfiyedeki iflâs dairesinin yetkisine kıyasen uygulanmak durumundadır. İİK m. 218’de düzenlenen basit tasfiye usulünde ise iflâs dairesinin görev ve yetkisi oldukça kısıtlı ve dar kapsamda ele alınmıştır. Bu bağlamda kanımızca, gerek tasfiyenin tatilinde gerek basit tasfiyede meydana gelmesi muhtemel sorunların engellenmesi için kanun koyucunun, basit tasfiye usulünde iflâs dairesinin görev ve yetkisini, tıpkı adi tasfiyede iflâs idaresi ve alacaklılar toplantısının görev ve yetkisini ele aldığı gibi ayrıntılı olarak düzenlemelidir. Bu suretle tasfiyenin tatili durumunda iflâs dairesinin görev ve yetkileri, basit tasfiyeye kıyasen uygulanabilecek ve olası sorunların önüne geçilebilecektir.

KAYNAKÇA

Akil C, ‘Alman Aciz Kanunu’nun Bakiye Borçtan Kurtulma Prosedürü ve Tüketici Aczine İlişkin Hükümleri’ (2012) 61 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1207-1221.

Altay S, *Türk İflâs Hukuku*, (Vedat 2004).

Ansay SŞ, *Hukuk İcra ve İflâs Usulleri*, (5. Baskı, İstiklâl Matbaası 1960).

Arslan R ve diğerleri, *İcra ve İflâs Hukuku*, (4. Baskı, Yetkin 2018).

Atalay O, ‘Bankaların İflâsında İflâs Tasfiyesi’ (1997), Şükrü Postacıoğlu’na Armağan 271-291.

Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, *İcra ve İflâs Hukuku*, (3. Baskı, Yetkin 2020).

Belgesay MR, *İcra ve İflâs Hukuku Sentetik Bölüm İkinci Cilt*, (2. Baskı, Fakülteler Matbaası 1953).

Berkin N, *İflâs Hukuku*, (3. Baskı, Yeni Hamle Matbaası 1970).

Brügger E, *SchKG Gerichtspraxis 1946-2005: Sammlung publizierter Entscheidungen des Bundesgerichts und von kantonalen Gerichten und Aufsichtsbehörden*, (Orell Füssli 2006).

Erdönmez G, *İflâsta Alacaklılar Toplanmasının Yetkileri*, (Legal 2005).



Jaeger C ve diğerleri, *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Erläutert für den praktischen Gebrauch, Band II*, (4. Auflage, Schulthess 1997/99).

Kale S, 'İcra ve İflâs Hukukunda Sirküler' (2020) 7 (1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 239-250.

Kale S, 'İflâs Kapandıktan Sonra Borçluya Ait Yeni Mal Bulunması (İİK m. 255)' (2015) 2 (1), İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 133-142.

Karaaslan V, *Tacir Olmayan Gerçek Kişilerin Borç Tasfiye Usulü (Tüketici İflâsı)*, (Filiz 2021).

Kuru B, *İcra ve İflâs Hukuku Cilt: 3*, (3. Baskı, Seçkin 1993), 1993.

Kuru B, *İcra ve İflâs Hukuku Cilt: 4*, (3. Baskı, Alfa 1997), 1997.

Kuru B, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, (2. Baskı, Adalet 2013), 2013.

Lorandi F, 'Wiedereröffnung des Konkurses' (2018) (1) AJP/PJA 56-67.

Lorandi F, 'Zwangsvollstreckungs und Konkursrecht/Exécution forcée et faillite' (1994) 94 (1), Entscheidungen/Jurisprudence AJP/PJA 104-108.

Nerlich J ve Römermann V, *Insolvenzordnung (InsO) Kommentar*, (43. Ergänzungslieferung, C.H. Beck 2021).

Oskay M ve diğerleri, *İcra ve İflâs Kanunu (İİK) Şerhi, Cilt: 4*, (Turhan 2007).

Özbek M, 'İflâs Masasından Çıkarılabilecek Mal ve Haklar' (2001) (3) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 997-1028.

Öztek S, *İcra ve İflâs Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası*, (Alfa 1994).

Pekcanitez H ve diğerleri, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, (6. Baskı, On İki Levha 2019).

Postacıoğlu İE, *İflâs Hukuku İlkeleri Cilt: I. İflâs*, (Sulhi Garan Matbaası 1978).

Schmidt K, *Insolvenzordnung InsO mit EuInsVO*, (19. Auflage, C.H. Beck 2016).

Smid S ve Riedemann S, *Insolvenzverfahren bei Massearmut und Masseunzulänglichkeit Chancen der Betriebsfortführung. Optimierung der Verfahrensergebnisse. Haftungsrisiken*, (Springer 2019).

Stahelin A, Bauer T ve Stahelin D, *Kommentar zum Bundesgesetz zur Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs unter Einbezug der Nebenerlasse, SchKG III: Art. 221-352, Nebenerlasse* (Helbing Lichtenhahn 1998).

Stocker CR, *Entscheidungsgrundlagen für die Wahl des Verfahrens im Konkurs, insbesondere des Konkursverfahrens bis zur Einstellung mangels Aktiven mit seinen unmittelbaren Nachwirkungen*, (Schulthess Polygraphischer 1985).

Stürner R, Eidenmüller H ve Schoppmeyer H, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung Band I-II*, (4. Auflage, C.H. Beck 2019).

Taş Korkmaz H, *İflâs Masası*, (Yetkin 2010).

Taşpınar S, 'İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanununda Yapılan Değişiklikler' (2004), Baki Kuru Armağanı Türkiye Barolar Birliği Yayınları 599-670.

Uhlenbruck W, Hirte H ve Vallender H, *Insolvenzordnung Kommentar Band I*, (15. Auflage, Franz Vahlen 2019).

Ülkü V, *Kapsamlı Almanca Sözlük Kompaktwörterbuch-Deutsch*, (Bilge 2019).

Ulukapı Ö, *İcra ve İflâs Hukuku*, (Mimoza 2015).

Umar B, *Türk İcra-İflâs Hukukunda İptal Davası*, (Fakülteler Matbaası 1963).

Üstündağ S, *İflâs Hukuku*, (8. Baskı, Yaylacık Matbaacılık 2009).

Uyar T, Uyar A ve Uyar C, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi El Kitabı, Cilt: 2*, (Bilge 2012).

Yıldırım MK ve Deren Yıldırım N, *İcra ve İflâs Hukuku*, (7. Baskı, Beta 2016).



ŞİRKETLER TOPLULUĞU HUKUKU “TARİHÇE VE TERMİNOLOJİ”

Law of Group Companies “History and Terminology”

Sinan MİSİLİ*

Özet

Ekonomik yoğunlaşma uygulamada en yaygın şekilde gruplaşma anlamında konzern/ şirketler topluluğu ve şirket birleşmeleri şekliyle kendini göstermektedir. Şirket birleşmelerinde birleşen ve tek bir şirket haline gelen şirketler hem hukuki ve hem de ekonomik bağımsızlıklarını yitirmektedir. Konzern şeklinde ekonomik yoğunlaşma modelinde ise, bağlı şirketler hukuki bağımsızlıklarını korurken, ekonomik bağımsızlıklarını yitirirler. Bu durum ise hukuken ve ekonomik bakımdan şirketlerin bağımsızlığı üzerine kurulu bir hukuk sistemi (geleneksel şirketler hukukunun) ile bağdaşmamaktadır. Bu uyumsuzluğu gören hukuk düzenleri harekete geçmiş ve şirketler hukukunu buna uygun düzenlemişlerdir. Başta Almanya olmak üzere, İsviçre ve Türk Hukuku’nda düzenlemeler yapılmıştır. Türk kanun koyucusu 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu md. 195 - 209 hükümleri arasında ilk defa bu yeni düzene uygun hükümler sevk etmiş, konuyu müstakil ve etraflıca ele almıştır. “Konzern” Alman hukukunda esas alınan kanuni terim iken, “şirketler topluluğu ve topluluk” Türk hukukunda “konzern” yerine kullanılan kanuni bir terim halini almıştır. Alman konzern hukuku POK § 18 paragrafı ekseninde tek elden yönetimi konzernin belirleyici unsuru olarak kabul ederken, Türk şirketler topluluğu hukuku, Alman konzern hukukundan farklı olarak eş düzey konzernleri ve tek elden yönetim sistemini kabul etmemiş ve düzenlememiştir. Türk şirketler topluluğu esaslı olarak kontrol prensibine göre açıklanmaktadır. Başlıca amacı başka işletmelere katılmaktan ibaret olan saf holdingler (ve karma holdingler de) TTK md. 195’de belirtilen şartları sağlıyor ise hâkimiyeti altında bulunduğu şirket veya şirketlerle birlikte şirketler topluluğu oluşturacaktır. TTK md. 195 vd. hükümleri ile anlatılan ve ortaya konulan bir üst kavram olarak ‘şirketler topluluğu hukuku’ dur.

Anahtar kelimeler: Şirketler topluluğu, konzern, yoğunlaşma, gruplaşma, holding, şirketler topluluğu hukuku.

➤ Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 02.02.2022

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 06.09.2022

* Dr. Öğr. Üyesi, Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, smisili@uludag.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-6759-2317>



Abstract

The most common way of economic concentration in practice, in the sense of grouping, is manifested in the form of konzern / group companies and corporate mergers. In mergers, companies that merge and become a single company lose both their legal and economic independence. In the konzern economic concentration model, while the affiliated companies maintain their legal independence, they lose their economic independence. This situation is incompatible with a legal system (traditional company law) based on the independence of companies in legal and economic terms. Seeing this incompatibility, the legal systems took action and regulated the company law accordingly. Regulations have been made in Swiss and Turkish Law, especially in Germany. The Turkish legislator put into effect the provisions in accordance with this new order for the first time between the Articles 195 - 209 of the TCC, addressed the issue decisively and thoroughly. While ‘konzern’ is the main legal term used in German law, instead of ‘konzern’, ‘group of companies and ‘group‘ has become a legal term used in Turkish law. While German konzern law considers single handed management as the determining element of konzern within the framework of paragraph AktG § 18, Turkish law of group companies, unlike German konzern law, has not accepted and regulated single handed management systems and as well peer-level konzerns. The Turkish group of companies is mainly explained according to the control principle. If it meets the conditions specified in TCC art. 195, pure holdings (as well as mixed holdings) whose main purpose is to participate in other businesses, will form a group of companies together with the company or companies under its control. ‘Law Of Group Companies’ is as a top concept explained and put forward by the TCC articles 195 et seq provisions.

Keywords: Group companies, konzern, concentration, grouping, holding, law of group companies.

GİRİŞ

6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu’nda (TTK) olduğu gibi birçok ülkenin şirketler hukuku düzenlemeleri şirketlerin ekonomik ve hukuki yönünden bağımsızlıklarını esas almaktadır¹. Esasen şirketler hukuku kuralları kendine ait çıkar ve amacı takip eden, böylece diğer şirketlerden ayrı ve bağımsız olan tek tek (münferit) şirketleri düzenlemeyi hedeflemektedir². Bununla birlikte şirketlerin toplum üzerinde hâkimiyeti şeklinde gelişen kapitalist ekonomik sistem, şirketlerin başka şirketler üzerinde doğrudan, dolaylı veya fiili ya da sözleşmeler üzerinden hâkimiyetini de beraberinde getirmiştir.

Günümüzde birçok şirket hukuken bağımsız bir varlık gibi görüne de, ekonomik bakımdan bir başka şirketin hâkimiyeti altındadır. Hatta hemen

¹ Reha Poroy, Ünal (Tekinalp) ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, (Güncelleştirilmiş 11. Bası, İstanbul 2009) 1051.

² Cafer Emينوğlu, *Konzern/Gesellschaftengruppe Österreich – Türkei – EU Ein Rechtsvergleich*, (1. Baskı, İstanbul, Eylül 2013) 1 (Konzern); Cumhuriyet Boyacıoğlu, *Konzern Kavramı*, (1. Basım, Ankara Temmuz 2006) 41.

bütün büyük şirketlerin ekonomik, hukuki veya organizasyonel anlamda bir başka bağımsız şirket ile birlik oluşturdukları ve geniş manasıyla birbirleriyle bağlandıkları göze çarpmaktadır³. Türk kanun koyucusu ekonomilerde ve şirketler hukukunda gelişen bu yeni anlayışa gözünü kapamamış ve 6102 sayılı TTK madde 195 vd. hükümlerinde Türk şirketler topluluğunu düzenleyerek, şirketler hukukunda adeta bir reform gerçekleştirmiştir.

TTK madde 195 hükmü Türk şirketler topluluğu hukuku hakkında genel ilke ve kavramları açıklamakta ve ortaya koymaktadır. Bu bakımdan 195. madde adeta Türk şirketler topluluğu hukukuna giriş niteliğindedir. Hüküm şirketler topluluğunu, fiili ve sözleşmeye dayanan şirketler topluluğu olarak ayırmaktadır. Hüküm ayrıca topluluğun hâkimini ve niteliğini de ortaya koymaktadır. Hükümden, topluluğun doğrudan veya dolaylı olarak kurulmasının mümkün olduğu anlaşılmaktadır.

Biz bu çalışmamızda TTK madde 195 hükmü ekseninde şirketler topluluğu hukukuna giriş olarak nitelendirdiğimiz kısmı, tarihçe ve terminoloji özelinde incelemeye çalıştık. Bu anlayışla çalışmamız hukuksal ve ekonomik bakımdan şirketler topluluğu anlayışının tarihsel gelişimi ve şirketler topluluğu hukuku terminolojisi üzerine olacaktır.

I. YOĞUNLAŞMA/MERKEZİLEŞME (KONSANTRASYON)

A. Genel Olarak

Şirketlerin belirli merkezlerde toplanması, daha uygun bir anlatımla yoğunlaş(tırıl)masına “ekonomik merkezi yoğunlaşma” denilirken, bu ifade uygulamada “konsantrasyon” kelimesi ile de anlatılmaktadır⁴. Bu durum sade bir şekilde, işletmelerin/teşebbüslerin veya şirketlerin merkezileşmesi olarak da ifade edilebilir⁵. Konsantrasyon⁶ günümüz ekonomilerinin karakteristik

³ Eminoğlu, Konzern (n 2) 1; Zühtü Aytaç, ‘Bağlı İşletmeler Hukuku ve Türk Hukukundaki Görünüm’, (1976) VIII (4) BATIDER 97, 97 (Bağlı İşletmeler).

⁴ Poroy, (Tekinalp) ve Çamoğlu, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku* (n 1) 1051; Reha Poroy, Ünal (Tekinalp) ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (Güncelleştirilmiş 13. Bası, İstanbul 2017) 679 (Ortaklıklar Hukuku II).

⁵ Bkz. Aytaç, Bağlı İşletmeler (n 3) 97.

⁶ Her ülkede gerçekleşen veya halen gerçekleşmekte olan ekonomik konsantrasyon farklı cereyan etmiştir. Örneğin Almanya’da bunun dört aşamada ve zamanla gerçekleştiği ifade edilir. Bu aşamalar; 1. Alman birliğinin kurulması sonrası 19. yüzyıl sonlarında hızlı teknolojik ilerlemeler ve artan ana sermaye sonucu şirketlerin ekonomik anlamda genişlemesine yol açmış, kapasite artırımı ve geniş coğrafyalara yayılım sonucu ilk konzernler ortaya çıkmıştır. 2. İkinci aşama ise birinci dünya savaşı sonrasında 1929 dünya ekonomik krizine kadar süren, milli gelirlerin ve piyasaların likiditesinin artması sonucu ortaya çıkan konsantrasyon dalgası. 3. Üçüncü aşama Nasyonel Sosyalist’lerin iktidarı ile ortaya çıkan yeni bir konsantrasyon hareketi. 4. Son aşama ise 1960’lar ile birlikte Alman ekonomisinin yükselişe geçmesiyle birlikte ortaya çıkan devasa şirketler topluluklarının meydana gelmesi. Alman kanun koyucusu 1965 tarihli AktG ile bu son safhayı dikkate

özelliklerinden biri olarak görülmektedir⁷. Günümüz ekonomilerinde şirketlerin ve işletmelerin merkezileşmesi/ konsantrasyonu dikkat çekici olduğu gibi artık ticari hayatın da birer ayrılmaz parçasıdır⁸. Bununla birlikte ekonomik merkezi yoğunlaşma sonucu ya işletme/teşebbüsler yok olmakta, ya da büyük şirketlere tabi/bağımlı hale gelmektedir⁹.

Ekonomide gelişen bu hareket hem özel ve hem de kamu da kendine yer bulmuştur¹⁰. İşletmeler hatırı sayılır gelir elde ettikçe, bu fazla geliri ya kendi öz işlerine yatıracaktır veya rizikoyu dağıtmak ya da yeni iş alanlarına girmek adına yeni bir işe yatıracaktır¹¹. Özellikle işletme elindeki fazla geliri bu son halde değerlendirmeye kalkarsa, işletmelerde ekonomik yoğunlaşma dediğimiz olgu gerçekleşmektedir.

Yoğunlaşmanın başlıca sebepleri olarak; teknik ve teknolojik gelişim, teknik ve teknolojik gelişim sonucu finansman ve sermaye ihtiyacı, daha güçlü ve garantili satışın sağlanması, optimal üretimin sağlanması, teşebbüslerin ekonomik büyümeleri / ekonomik entegrasyon, riziko paylaşılması, giderlerin azaltılarak karın artırılabilmesi, pazarlama avantajları, finansman kolaylıkları, ürünlerin tesliminin güvenli hale getirilmesi, kur değişikliklerinden daha az etkilenme/hiç etkilenmeme, birden fazla aşama gerektiren kompleks ürünlerin daha rahat üretilmesi, tüm üretim zincirine tek bir kimsenin sahip olmasıyla aşırı masraftan kurtulmak - örneğin şirket ne kadar büyükse bankalardan daha büyük ve rahat kredi bulabilmesi-, merkezileşme sayesinde kaynakların ihtiyaç duyulan yere zamanında ulaştırılabilmesi, farklı alanlarda faaliyet gösteren bir şirketin bu faaliyet alanlarını farklı şirketlere bölmesi, büyük şirketlerin küçüklere göre hisselerinin borsalarda daha rahat dolaşımında olabilmesi, ulusal ve uluslararası yayılma isteği, ticari ve coğrafi sınırları aşma olanağı, rekabet edebilme gücü, merkezi bir strateji sayesinde global gelişmelere hemen ve kolaylıkla tepki verilebilmesi olanağı¹² ve vergi hukuku (vergi avantajları/

arak yeni düzenlemeler yapmıştır. Bu konuda ve açıklamalar hakkında bkz. Selim Keki, *Deutsches und Türkisches Konzernrecht in der rechtsvergleichenden Betrachtung*, (Hartung – Gorre Verlag Konstanz, Erste Auflage, 2001) 6.

⁷ Zühtü Aytac, *Deutsches und Türkisches Konzernrecht im Vergleich*, (Freiburg 1975) 1 (*Konzernrecht*).

⁸ Aytac, Bağlı İşletmeler (n 3) 97; Halit Aker, ‘Hâkim İşletme İle Bağımlı Şirket Arasındaki Hukuki İlişki Ve Hâkim İşletmenin Sadakat Borcu’, (2003) XXII (2) BATIDER 153, 153; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, C. I, (Tamamen yenilenmiş ve genişletilmiş 3. Baskı Adalet Yayınevi Ankara 2018) 479.

⁹ Ergun Özsunay, *Kartel Hukuku*, (İstanbul 1985) 4.

¹⁰ Poroy, (Tekinalp) ve Çamoğlu, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku* (n 4) 1051; Pulaşlı (n 8) 481.

¹¹ Keki (n 6) 9.

¹² Yabancı ülkelerdeki şubeleri kontrol etmek zor ve masraflı olabileceğinden, şubeleşme yerine, yavru şirket kurulması veya mevcut bir şirketin hissesinin alınması daha uygun olabilmektedir. Bkz. Aytac, *Konzernrecht* (n 7) 4.

kolaylıkları), şirketler hukuku (konzerni veya topluluğu oluşturan şirketlerin mal varlıklarının ayrı olması, her şirketin borçlarından yalnız kendi malvarlığı ile sorumlu olabilmesi gibi imkanlar sayesinde risk bir çok şirket arasında paylaştırılarak azaltılmakta¹³ ve böylece riski az - etkisi fazla bir oluşum kurulmaktadır), konzerni veya topluluğu oluşturan şirketlerin ekonomik bağımsızlıklarını yitirmesi dolayısıyla rekabet sınırlamalarından kurtulması vb. gösterilmektedir¹⁴. Yoğunlaşma neticesinde ayrıca farklı iş birimleri ortak araştırma ve geliştirme gerçekleştirebilmekte ve bu da önemli derece maliyetten kurtulmaya yardımcı olmaktadır¹⁵.

Konsantrasyon çeşitli formlarda olabilmektedir. Örneğin birleşmeler de (*fusionen, mergers*) bu formlardan birini oluşturmaktadır¹⁶. Ekonomik yoğunlaşma denilince akla önce birleşme, hemen arkasından da gruplaşma/konzernleşme (*konzernierung*) gelmektedir¹⁷. Bu bakımdan ekonomik yoğunlaşmanın uygulamada en yaygın şekilde konzern/şirketler topluluğu¹⁸ ve şirket birleşmeleri şekliyle kendini gösterdiği ileri sürülebilir¹⁹. Gruplaşma/konzernleşme işletmelerin merkezi yoğunlaşması – konsantrasyonudur²⁰. Bu bakımdan konzern/şirketler topluluğu bir yoğunlaşma yöntemidir²¹. Gruplaşma/konzernleşme modelinin şirket birleşmelerine nazaran daha sıklıkla yaşanan ve en önemli ekonomik merkezi yoğunlaşma modeli olduğu belirtilmektedir^{22 23}. Günümüzde gelişmiş endüstri ülkelerinde bağımsız şirketlerin tek bir yönetim altında yoğunlaşması giderek artmaktadır²⁴. Örneğin İsviçre’de sermaye şirketlerin yaklaşık %50 – 70 kadarının bir konzernin hâkimiyetinde olduğu

¹³ Şirketler hukuku bakımından, her bir şirket hukuki bağımsızlığını koruduğu için sorumlulukları da baki kalmakta ve özel rizikolardan korunma mümkün hale gelebilmektedir. Bkz. Aytaç, *Konzernrecht* (n 7) 5.

¹⁴ Bkz. Poroy, (Tekinalp) ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 4) 682; Aytaç, *Konzernrecht* (n 7) 1 – 3; Boyacıoğlu (n 2) 30 - 40; Özsunay (n 9) 5; Keki (n 6) 9 – 10; Cafer Eminoğlu, ‘Kuram – Uygulama İkileminde Şirketler Topluluğu Hukuku ve (Normatif) Şirketler Topluluğu Meydana Getirmeyen Hâkimiyet İlişkileri – TTK’nın Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümleri ve TSY m. 105 Bağlamında Bir İnceleme’, (22.12.2017) XXXI, Ticaret ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler – Tartışmalar 11, 17 (İnceleme).

¹⁵ Keki (n 6) 10.

¹⁶ Aytaç, Bağlı İşletmeler (n 3) 97.

¹⁷ Aytaç, *Konzernrecht* (n 7) 3 - 4.

¹⁸ Hatta şirket yoğunlaşma şekillerinde konzern oluşumlarının açık ara önde olduğu belirtilmektedir. Bkz. Aytaç, *Konzernrecht* (n 7) 8.

¹⁹ Poroy, (Tekinalp) ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 4) 679; Aytaç, Bağlı İşletmeler (n 3) s. 97 - 98.

²⁰ Pulaşlı (n 8) 481.

²¹ Eminoğlu, İnceleme, (n 14) 12.

²² Pulaşlı (n 8) 481.

²³ Keki (n 6) 5.

²⁴ Aytaç, *Konzernrecht* (n 7) 8.

ifade edilmektedir²⁵. Hatta İsviçre’nin ticari ve ekonomik hayatına çok uluslu şirketlerin büyük etkisi olduğu da bilinmektedir²⁶. İsviçre dünyanın en büyük pek çok, çok uluslu ana şirketlerine ev sahipliği de yapmaktadır²⁷.

Ekonomik yoğunlaşma esas olarak şirket tipleri arasında, kendini anonim ortaklıklarda göstermektedir²⁸. Nitekim Alman *Aktiengesetz* (AktG²⁹) konzern düzenlemeleri anonim ortaklıkları esas almaktadır. Daha doğru bir anlatımla Alman konzern yasal düzenlemesi sermaye ortaklıklarına özgüdür³⁰. Belirtmeliyiz ki, konzern hukuku artık sadece anonim ortaklıklarda değil, limited ortaklıklarda da kendine yer bulabilmektedir³¹.

Bugüne kadar Alman kanuni düzenlemelerinde ayrıca limited şirketlere dair özel bir konzern düzenlemesi yapılmamıştır³². Ancak Alman hukukunda limited şirketlerde konzern hukuku Federal Mahkeme (BGH) içtihatları ile geliştirilmeye çalışılmaktadır³³. Yani Alman hukukunda limited şirketlere de içtihatlar aracılığıyla konzern hukuku tatbik edilmektedir³⁴. BGH’nin düzenli olarak aldığı kararlarla limited şirketler konzern hukukunu geliştirmeye devam ettiği belirtilmektedir³⁵. Oysa TTK uyarınca Türk şirketler topluluğu hukuku zaten yasa gereği limited şirketler dahil tüm ticaret şirketlerine uygulanabilmektedir.

²⁵ Hans Caspar von der Crone, *Aktienrecht*, (Stampfli Verlag, Bern, 2014) 793.

²⁶ 2004 yılı bakımından İsviçre toplam gayrisafi yurtiçi hasıla’nın %34’ünü çok uluslu uluslararası şirketler sağlamaktadır. Bunun %10’luk kısmı yabancı, %24’lük kısmı ise İsviçreli çok uluslu uluslararası şirketlere aittir. Bkz. Peter Nobel, ‘Der Konzern – Eine Bestandesaufnahme unter Schweizer Recht’, *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan*, (Birinci Cilt, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007) 333 (s. 329 – 366).

²⁷ Bkz. Nobel (n 24) 333 ve orada ayrıca bkz. şemaya. Türkiye bakımından düşündüğümüzde, çok uluslu uluslararası şirketlerin belki merkezleri Türkiye’de değil ancak, çok sayıda çok uluslu uluslararası şirketin yavru şirketlerinin Türkiye’de faaliyette olduğu bir gerçektir. Artık TTK md. 195/5 uyarınca çok uluslu uluslararası bir şirketin hâkim yurt dışında olsa bile, en az iki bağlı şirketle birlikte şirketler topluluğunu meydana getirecekler ve haklarında TTK md. 195 vd. kuralları tatbik edilebilecektir. Ayrıca İsviçre’nin de Türkiye gibi, ayrıca çok uluslu uluslararası şirkete (hâkim İsviçre dışında olsa da) bağlı çok sayıda yavru şirketin yer aldığı bir ekonomiye sahip olduğu hakkında bkz. Nobel (n 24) 333.

²⁸ Poroy, (Tekinalp) ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 4) 680.

²⁹ Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (POK). Bundan böyle POK olarak anılacaktır.

³⁰ Karsten Schmidt, ‘Evaluation of Turkish Corporate Group Law from a German Law Perspective’ in Gül Okutan Nilsson (ed), *Karşılaştırmalı Şirketler Topluluğu Hukuku*, 80. Yaş Gününde Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Saygı Konferansı, (1. Baskı, Oniki Levha, İstanbul 2018) 59 (s. 55 – 70).

³¹ Aytaç, Bağlı İşletmeler (n 3) 102.

³² Volker Emmerich und Mathias Habersack, *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, (C.H. Beck, München 2010) Einl. Rn. 20.

³³ Asuman Yılmaz, *Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Şirketler Topluluğuna Güvenden Doğan Sorumluluk*, (1. Baskı, İstanbul 2010) 138.

³⁴ Schmidt (n 28) 59.

³⁵ Emmerich und Habersack (n 30) Einl. Rn. 20.

Birer konsantrasyon veya yoğunlaşma olarak nitelenebilecek olan gruplaşma ve şirket birleşmeleri haricinde ayrıca konsorsiyum, kartel veya tröst oluşumları da bulunmaktadır. Rekabet sınırlamalarının da ekonomik merkezi yoğunlaşmadan kaynaklandığı ifade edilmektedir³⁶. Ekonomik yaşamda farklı farklı çeşitli şirketler arası ilişkiler ortaya çıkmakta olduğundan, diğer oluşumların konzernlerle farkları ortaya konulmalıdır³⁷.

B. Gruplaşma İle Diğer Yoğunlaşma Hallerinin Farkları

Şirket birleşmelerinde birleşen ve tek bir şirket haline gelen şirketler hem hukuki ve hem de ekonomik bağımsızlıklarını yitirmektedir³⁸. Zira birleşme modelinde, şirketler malvarlıkları bakımından hem ekonomik ve hem de hukuki manada yoğunlaşmaktadır³⁹. Oysa konzernlerde, konzerni oluşturan şirketler hukuki bağımsızlıklarına devam ettikleri için birleşmeler ile konzern arasındaki temel fark da burada ortaya çıkmaktadır⁴⁰. Birleşmeler masraflı olabileceği gibi, istendiği şekilde çoğunluğun elde edilmesini de sağlamayabilir⁴¹.

Konsorsiyum, büyük hacimli projeleri gerçekleştirmek amacıyla, geçici ve nesnel olarak sınırlı şekilde birden fazla şirketin birleşmesidir⁴². Bu hukuki oluşum kaynağını borçlar/medeni hukuktan almakta, hem ekonomik ve hem de hukuki anlamda işletmeler bağımsızlıklarını korumaktadır⁴³.

Karteller ve trustlar gibi diğer ekonomik yoğunlaşmalar da bulunmaktadır. Konzernler bunlardan da ayrılmaktadır. Kartel, aynı pazara iş gören, aynı malı üreten veya aynı düzeyde satışını yapan birden fazla işletmenin oluşturduğu birliktir⁴⁴. Kartel içinde yer alan şirketler öncelikle birlikteliklerini rekabeti düzenlemek amacıyla ve pazarda ortak bir tutum almak amacıyla yaparlar; keza kartele dahil şirketler hukuken ve ekonomik yönden bağımsızlıklarını korurlar⁴⁵. Amaç, kartele katılan işletmeler arasında rekabeti sınırlayarak, tüketiciler aleyhinde ücret avantajı yakalamaktır⁴⁶.

Tröstler ise tekel oluşturmak üzere piyasa üzerinde veya mallar üzerinde monopol yaratırken, şirketler hukuki ve ekonomik bağımsızlıklarını yitirip

³⁶ Özsunay (n 9) 4.

³⁷ Keki (n 6) 2.

³⁸ Nami Barlas, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, (2. Bası, İstanbul 2008) 209; Aytaç, *Konzernrecht* (n 7) 3.

³⁹ Keki (n 6) 5.

⁴⁰ Aytaç, *Bağlı İşletmeler* (n 3) 98.

⁴¹ Aytaç, *Konzernrecht* (n 7) 4.

⁴² Keki (n 6) 2.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Özsunay (n 9) 6; Aytaç, *Bağlı İşletmeler* (n 3) 98 – 99; Barlas (n 36) 209. Bununla birlikte ekonomik bağımsızlık kartel anlaşmasında belirlenen sınırlar içinde kalır. Bkz. Keki (n 6) 2.

⁴⁶ Keki (n 6) 2.

tröst altında tek bir işletme şekline girmektedirler⁴⁷.

Gruplaşma (*konzernierung*) şeklindeki yoğunlaşma ise ekonomilerde en sık ve yaygın rastlanılan ekonomik yoğunlaşma modelidir⁴⁸. Birer gruplaşma olan konzernler şirketler hukukuna dahil bir konu olup, konzern kavramında bağlı şirketler hukuki bağımsızlıklarını korurken, ekonomik bağımsızlıklarını yitirmektedirler⁴⁹. Konzernler hukuki bağımsızlığını koruyan şirketlerin meydana getirdikleri bir ekonomik bütünlüktür⁵⁰. Hukuki bağımsızlıkları bulunan konzern içindeki bu işletmelerin hem tüketici sadakati ve hem de müşteri çevresi korunabilmektedir⁵¹. Ancak konzernle bağlı şirketlerin bağımsız görünen malvarlıkları, kendi menfaatine uygun olarak kullanılmasından ziyade, konzernin menfaatine ve genel stratejisine uygun olarak kullanılmakta, hatta konzernde hâkim şirket bakımından konzernle tabii şirketlerin malvarlıkları adeta bir malvarlığı havuzu olarak değerlendirilmektedir⁵².

Hâkim şirketle bağlı şirketler üzerinde sadece temel konular üzerinde koordine edici şekilde yönetim kurulunu sınırlayabileceği gibi, tüm önemli konularda, ona neredeyse esaslı hiç bir konuda karar alamayacağı şekilde, bağlı şirketin hareket alanını da sınırlayabilmektedir⁵³. Her iki durumda da bağlı şirketin bazı kararları alabilmesi artık kendi şirket organlarının elinde değil de, hâkim şirketin elindedir⁵⁴. Bu yönüyle konzern şeklinde yoğunlaşmada birleşmeden farklı olarak şirketler görünürde hukuki bağımsızlıklarını koruyabilmekte, ancak ekonomik bağımsızlıklarını yitirmektedirler.

Konzernin en dikkat çekici özelliği hâkim şirket altında tek elden yönetimdir⁵⁵. Gruplaşma şeklindeki oluşumlarda, yani konzernlerde, tek ve ortak bir yönetim altında yoğunlaşan, ancak hukuken bağımsız kalan işletmeler bulunmaktadır⁵⁶. Gruplaşma ile ortaya çıkan bağlı işletmeler kavramı, aslında birbirine çeşitli hukuksal enstrümanlarla bağlı, ancak hukuken bağımsız işletmeleri anlatmaktadır⁵⁷. Birleşmelere nazaran daha az masraflı olabilmesi ve çoğunluğun daha az orana rağmen elde edilebilmesi, gruplaşmayı, birleşmelere göre avantajlı kılabilmektedir⁵⁸.

⁴⁷ Aytaç, Bağlı İşletmeler (n 3) 99; Barlas (n 36) 209.

⁴⁸ Aytaç, *Konzernrecht* (n 7) 4 ve 8.

⁴⁹ Boyacıoğlu (n 2) 1; Aytaç, Bağlı İşletmeler (n 3) 99; Özsunay (n 9) 7; Barlas (n 36) 208 – 209; Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku Dersleri, (6. Basım, Şubat 2018) 100.

⁵⁰ Eminoğlu, İnceleme, (n 14) 12.

⁵¹ Aytaç, *Konzernrecht* (n 7) 4.

⁵² Boyacıoğlu (n 2) 57 - 58.

⁵³ Aytaç, *Konzernrecht* (n 7) 8 – 9.

⁵⁴ Ibid 9.

⁵⁵ Aytaç, *Konzernrecht* (n 7) 8.

⁵⁶ Ibid 4.

⁵⁷ Emmerich und Habersack (n 30) Einl. Rn. 1.

⁵⁸ Aytaç, *Konzernrecht* (n 7) 4.

C. Şirketler Topluluğu-Konzern İle İlgili Ulusal Düzenlemelerin Hukuki Gereçekleri

Dünya ekonomisinin dominant unsurları olarak çok uluslu şirketler ile toplulukların ortaya çıkışına hukukun cevabı dünya hukuk sistemlerindeki en büyük gelişmelerden biri olmuştur⁵⁹. Prensipde her şirketin kendine ait bağımsız tüzel kişiliği bulunmaktadır⁶⁰. Esasen tüzel kişilerin özelliklerinden birisi de hukuki bağımsızlığı sahip olmalarıdır⁶¹. Şirketler hukukunda geleneksel bir anlayış olarak öteden beri “bağımsız ticaret şirketi teorisi⁶²” bulunmaktadır. Ekonomik olarak şirketlerin, geniş anlamda işletmelerin merkezi yoğunlaşması, şirketleri hem ekonomik ve hem de hukuken bağımsız birer varlık gören hukuk sistemlerinde gerçek ile mevzuat arasında uyumsuzluk ve sorunlar yaratmıştır⁶³. Genel olarak tüzel kişilerin hukuki bağımsızlığı hem tüzel kişiliği meydana getiren kişilere ve hem de diğer gerçek ve tüzel kişilere karşı geçerlidir⁶⁴.

Günümüzün, özellikle de batı ve gelişmiş ülkelerin iş yaşamına tek tek şirketlerin değil de şirketler topluluğunun hâkim olduğu belirtilmektedir⁶⁵. Günümüzde şirketler topluluğu –konzernler artık yadsınamaz olarak varlıklarını ortaya koymuştur⁶⁶. Modern ekonomilerde büyük veya orta derece işler tek bir şirket tarafından değil, hâkim şirketin kontrolünde şirketler toplulukları/ bağlı şirketler tarafından gerçekleştirilmektedir⁶⁷. Bu tür topluluklarda hâkim şirket ve ona bağlı yüzlerce şirket bulunabilmekte, topluluk hep birlikte tek elden kontrol altında tek ve birbirine entegre olmuş bir teşebbüs halini almaktadırlar⁶⁸. Bu durum ise gerçekte hukuken ve ekonomik bakımından şirketlerin bağımsızlığı üzerine kurulu bir hukuk sistemi (geleneksel şirketler hukuku) ile bağdaşmamaktadır⁶⁹.

Kural olarak şirketi yönetenler sadece şirkete ve hissedarlara karşı sorumludur. Bir şirket başka bir şirkete hâkim olmuş ve bağlı şirket daha büyük bir oluşumun hedeflerine bağlı tutulmuş ise, bu geleneksel şirket anlayışını

⁵⁹ Phillip I Blumberg, ‘The Transformation of Modern Corporation Law: The Law of Corporate Groups’, (Spring 2005) 37 (3) Connecticut Law Review 605, 605.

⁶⁰ Andreas Cahn and David C. Donald, *Comparative Company Law, Text and Cases on the laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA*, (Cambridge University Press, Cambridge 2010) 678.

⁶¹ Güray Özsu, *Ekonomik Bir Bütünlük Olarak Şirketler Topluluğunda Hukuki Sorumluluk, Şirketler Hukuku ve Rekabet Hukuku Yönünden*, (1. Basım, Adalet Yayınevi Ankara 2021) 26.

⁶² Bkz. Eminoğlu, *İnceleme*, (n 14) 17.

⁶³ Poroy, (Tekinalp) ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 4) 679; Aker (n 8) 153; Boyacıoğlu (n 2) 63; Yılmaz (n 31) 134.

⁶⁴ Özsu (n 61) 26.

⁶⁵ Blumberg (n 57) 606.

⁶⁶ Eminoğlu, *İnceleme*, (n 14) 17.

⁶⁷ Blumberg (n 57) 606.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Boyacıoğlu (n 2) 1; Eminoğlu, *İnceleme*, (n 14) 18.



bozmaktadır⁷⁰. Fiilen veya sözleşme yoluyla her bağımsız şirket birbirine bağlandığında tek elden kontrol edilen entegre edilmiş bir teşebbüs çeşitli sorunlar ortaya çıkarmaktadır⁷¹.

Bu uyumsuzluk öğretide çeşitli örneklerle⁷² gösterilmiştir. Örneğin mevzuat şirket yönetimini bağımsız karar alıcı olarak görmekte ve buna göre şirketin sorumluluğunu düzenlemekte iken, konsantrasyon gereği başka bir şirketin hâkimiyetinde olan şirket veya işletmenin gerçekte bağımsız bir karar alabilmesi ya mümkün değil veya bazı hallerle sınırlı olarak mümkündür. Hatta bağlı şirkette kararları, hâkim şirket yönetimi talimatlarına göre verilmekte ve bu durum da mevcut hukuk sisteminde yer alan şirket organları ve şirket iç işleyişine ilişkin şirketler hukuku kuralları kağıt üstünde kalmaktadır⁷³.

Klasik şirketler hukuku ticaret şirketlerinin kendi organları eli ile dışarıdan emir ve talimat almadan, şirketin menfaatlerine göre en uygun olan kararları serbest iradeleri ile vermek suretiyle faaliyet yürüten ve faaliyetleri neticelerinde zarara kendilerinin katlandığı anlayışına dayanmaktadır⁷⁴. Her şirketin ayrı tüzel kişiliği ve birbirinden bağımsız olduğu şirketler hukuku halen bir çok konuyu çözebilir de, birbirine entegre olmuş tek elden hâkimiyetin kurulduğu bir teşebbüse doğrudan uygulanabilir görülmemektedir⁷⁵. Şirketlerin hukuki bağımsızlığı anlayışı günümüzde halen geçerli bir anlayış olmakla birlikte, çağdaş ekonomilerde bazı şirketlerin diğer şirketler üzerinde hakimiyet kurmak ve kontrol etmek suretiyle o şirketleri yönlendirebildikleri, bu yolla hem bağlı şirketin kendisini ve dolaylı olarak bağlı şirketin diğer ortakları ile alacaklılarını zarara uğratabildikleri hesaba katılırsa, şirketlerin hukuken bağımsız oldukları ve bu yüzden bu hallerde de zarara kendilerinin katlanmaları gerektiğini savunmak hakları korumaya yetmeyeceği gibi hakkaniyet ilkesine de aykırı olabilecektir⁷⁶.

Burada şirket yöneticileri kendi şirketlerinin iyiliği için çalışırken, nasıl tüm grubun yararına faaliyet göstereceklerdir şeklinde bir soru akla gelmektedir⁷⁷. Ekonomik olarak seçtiği faaliyet konusunu en iyi şekilde yerine getirip, en çok kârı elde etmek amacıyla olan ya da olması gereken işletme veya şirket bunun yerine hâkim şirketin oluşturduğu grubun menfaatini ön plana alıyorsa, mesela sadece hâkim şirketin temettü politikası esas alınıyorsa, mevzuat ile gerçek yine uyumlu değildir. Özellikle hâkim şirketin bağlı şirket veya şirketlerin

⁷⁰ Aytaç, *Konzernrecht* (n 7) 9.

⁷¹ Cahn and Donald (n 58) 678.

⁷² Bkz. Poroy, (Tekinalp) ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 4) 679; Aker (n 8) 158.

⁷³ Boyacıoğlu (n 2) 1.

⁷⁴ Bu konuda bkz. Eminoğlu, *İnceleme*, (n 14) 18.

⁷⁵ Blumberg (n 57) 606.

⁷⁶ Özsu (n 61) 27.

⁷⁷ Cahn and Donald (n 58) 678.

üretimini durdurabilmeye muktedir olması veya onların zararına olarak talimatlar verebilmesi gerçeği mevzuatın dikkate alması gereken konulardan olmaya başlamıştır⁷⁸. Mevzuat bağlı şirketlerin dışarıdan bir üçüncü kişi tarafından yönlendirilebildiği veya yönetilebildiği gerçeğine gözlerini kapamamalıdır⁷⁹. Böyle bir durumda şirketin pay sahipleri şirketin sahibi olarak gözüke de, aslında kararları pay sahipleri dışında birilerinin alıyor veya alabiliyor olması da, gerçek durumu göz ardı eden veya etmiş mevcut hukuk sistemine uymamaktadır⁸⁰. Zira bu hallerde bağlı şirket yöneticilerinin gerçekten bağımsız olabileceklerini düşünmek çok olası değildir⁸¹. Yöneticiler bağımsız karar almalyken, nasıl olur da hâkim teşebbüsten direktif almaya zorlanacaklardır⁸²? İşte bu sorunlara geleneksel şirketler hukuku tam cevap verememektedir. Bunu aşabilmek için yeni bir anlayışa ihtiyaç duyulmuştur.

Amerikan Yüksek Mahkemesi’ne⁸³ göre “gerçekte hâkim ve bağlı şirketler her zaman ‘amaç birliğine’ veya ‘ortak bir tasavvura’ sahiptir. Hâkim ve onun tamamına sahip olduğu bağlı şirketin tek bir çıkarı vardır, amaçları birdir, aynıdır; grubun genel hedefleri iki ayrı idraka sahip şirket tarafından değil tek bir oluşum tarafından yürütülür ve belirlenir”. Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin vurguladığı gibi bir yoğunlaşma modeli olan gruplaşma neticesinde meydana gelen konzern/şirketler topluluğu bakımından topluluğun çıkarı ortaktır; birdir. Buna literatürde grup çıkarı/topluluk menfaati denilmektedir.

Avrupa şirketler hukukunda özellikle Fransız Yargıtayı önüne gelen Rozenblum davası bu konuda bir milat olmuştur. Rozenblum öğretisi olarak literatüre yerleşen bu davada ilk defa “grup çıkarı” kavramı tanınmıştır⁸⁴. Bu karara göre bağlı şirketin yöneticilerinin (ve hâkim şirket ve grubun diğer üyelerinin yöneticileri de) grup çıkarına uygun hareket etmeleri yasaldır⁸⁵. Ancak bunun belirli koşulları vardır. Bunlar⁸⁶: 1-) Sıkı bir grup yapısı (aynı gruba tabi olmak), 2-) Uyumlu bir grup politikası, 3-) Yarar ve zararların

⁷⁸ Tamer Bozkurt, Şirketler Hukuku, (14. Baskı Tıpkı Basım, Yetkin Yayınları, Ankara 2022) 643.

⁷⁹ Bu anlamda bkz. Eminoğlu, İnceleme, (n 14) 18.

⁸⁰ Boyacıoğlu (n 2) 2.

⁸¹ Bozkurt (n 78) 643 - 644.

⁸² Cahn and Donald (n 58) 678.

⁸³ Copperweld Corp. v. Indep. Tube Corp., 467 U.S. 752; 104 S.Ct. 2731; 81 L.Ed.2d 628, Supreme Court of the United States, Argued Dec. 5, 1983, Decided June 19, 1984. Karar için bkz. <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/467/752> (erişim tarihi: 25.06.2021).

⁸⁴ Türk hukuku da TTK md. 195 vd. hükümleri ile rozenblum doktrinine uygun olarak grup çıkarı kavramını kabul etmiştir. Bkz. Eminoğlu, İnceleme, (n 14) s. 25.

⁸⁵ Nobel (n 24) 332.

⁸⁶ Ibid. Ayrıca bkz. ‘Towards Recognition Of The Group Interest In The European Union?’ Report From The Club Des Juristes Committee on Europe, June 2015, s. 10. Rapor için bkz. https://orbu.uni.lu/bitstream/10993/28103/1/CDJ_Rapports_Group-interest_UK_June-2015_web.pdf (erişim tarihi 13.07.2021).



dengeli dağıtılması (alınan karardan zarar görebilen bağlı şirketin zararının karşılanması).

Şirketler, hukuk dünyasında ortaya çıktıkları andan itibaren ki bu eskiden krallıklar zamanında ferman sistemi, sonra ulusal devletler de izin ve normatif sistemler kullanılarak, ama en başından itibaren kendini meydana getiren kimselerden ayrı bir hukuki kişilik ve ayrı haklara - borçlara sahip bir hukuk süjesi olarak varlığını sürdürmüştür⁸⁷. Hissedarlarından ayrı bir hukuki kişilik anlamında şirket; şirket tüzel kişiliği öğretisi bağlamında anlaşılmakta – kabul edilmekte ve bu anlayış yüzyıllardır geçerliliğini de korumaktayken⁸⁸, günümüzün kapitalist gelişmiş ve gelişmekte olan ekonomilerinde bu anlayışın halen geçerli olduğu ise şüpheli bir hal almaktadır. Bağlı şirket yöneticilerinin – organlarının dışarıdan gelen talimatlara uymak zorunda kaldığı gerçeğini göz ardı etmek hakikate ve hakkaniyete aykırıdır⁸⁹.

Gerçek şu ki, geleneksel bir işletmeye bir başka işletme hâkim olur ve bu işletme daha büyük olan hâkim işletmenin hedeflerine bağlanırsa, işletmenin geleneksel mekanizması bozulacaktır⁹⁰. Bağlı şirket ve onun azınlık pay sahipleri bakımından hâkim şirketin kendilerine zararlı olabilecek hukuki ve fiili tasarrufları olabilir⁹¹. Bir şirket başka bir şirketin hâkimiyetinde ise, bağlı şirketin şirket yönetiminde olmayan hissedarları ve şirket alacaklıları bakımından bu kimselerin şirketin bağımsız karar alabileceğine dair olan inançları sarsılmış olur ve bu durum tehlike yaratabilir⁹². Zira bu kimselerin şirketin bağımsız kararlar alabileceğine olan inançları tehlikeye girmektedir⁹³. Şu bir gerçek ki, ülkemiz dahil çağdaş ekonomilerde ekonomik yaşamın gerekliliği olarak şirketler, özellikle de anonim şirketler, çok geniş ölçüde ve çeşitli şekillerde birbirine bağlanmakta, bu yolla şirketler arasında hakimiyet, kontrol, etki ve bağlılık ilişkileri ortaya çıkmaktadır⁹⁴. Artık hukuken bağımsız ancak ekonomik yönden hâkim şirkete bağımlı olan bağlı şirketler kavramı ortaya çıkmıştır⁹⁵. Bu fiili durum bağlı şirketin kendi kararlarını serbestçe almasını engellemektedir⁹⁶. Bağlı şirket esasen pratikte hâkim şirketin talimatları doğrultusunda yönetilmektedir⁹⁷. Aslında hukuken bağımsız olan bağlı şirketler topluluk içinde tek elden yönetilmekte, bağlı şirket yöneticileri

⁸⁷ Blumberg (n 57) 606.

⁸⁸ Ibid 606 – 607.

⁸⁹ Eminoğlu, İnceleme, (n 14) 18.

⁹⁰ Aytaç, *Konzernrecht* (n 7) 9; Özsu (n 61) 27.

⁹¹ Aker (n 8) 153.

⁹² Aytaç, *Konzernrecht* (n 7) 9.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Pulaşlı (n 8) 479; Özsu (n 61) 29.

⁹⁵ Özsu (n 61) 29.

⁹⁶ Pulaşlı (n 8) 479.

⁹⁷ Özsu (n 61) 29.

de tek elden belirlenen politikaları uygulamaktadır⁹⁸.

Tek elden konzernin yönetimi ile her bir şirketin ekonomik çıkarları da aynı doğrultuda olmayabilir⁹⁹. Özellikle bir başka şirketin çoğunluk payını alarak iştirak ile ortaya çıkan bağlı işletmelerde, iştirak eden işletmenin iştirak edilen işletmeyi yönetme yetkisini kullanırken, onun kendi çıkarı ile bağlı şirket haline gelen şirketin çıkarının paralel ilerleyememe tehlikesi ortaya çıkabilir¹⁰⁰. Bu şekilde konsantrasyon gereği kendi menfaatini dahi en iyi şekilde veya bazen hiç yerine getiremeyen bir şirket veya işletme kendi azınlık pay sahibinin haklarını nasıl verecektir?

Pozitif hukukta bunların birer yaptırımı olmalıdır¹⁰¹. Daha doğru bir anlatımla, topluluk hâkiminin kendi menfaatine ancak bağlı şirketleri aleyhine talimatları neticesinde bağlı şirketlerin zarara uğramaları halinde, bu zararlardan topluluk hâkiminin sorumluluğuna gidilebilmesine ve hâkim ile bağlı şirketler arasındaki ilişkileri düzenleyecek pozitif hukukta kurallara ihtiyaç bulunduğu açıktır¹⁰². Anlatılan bu uyumsuzlukları gören hukuk düzenleri harekete geçmiş ve şirketler hukukunu buna uygun düzenlemişlerdir¹⁰³. Yukarıda açıklandığı üzere tüzel kişilerin hukuki bağımsızlığı ilkesinin yetersizliği nedeniyle Türk mevzuatında da diğer çağdaş hukuk sistemlerinde olduğu gibi yeni düzenlemeler yapılmıştır¹⁰⁴. Geleneksel şirketler hukuku her bir şirketi ayrı ayrı olarak konusu saymakta ve temel hukuki birim olarak ele almaktadır. Bu anlayışın artık çağdaş hukuk ilminin tüm ihtiyaçlarına yeterli gelmediği belirtilmektedir¹⁰⁵. Gerçekten de yukarıda sayılan mahsurlar dikkate alınınca, şirketler hukukunun bu ekonomik realiteye gözünü kapamaması, özellikle azınlık hisse sahipleri, şirket yönetiminde olmayan hisse sahipleri ve şirket alacaklıları gibi menfaat sahiplerinin menfaatleri ile şirket yönetim gücü ve sorumluluğunu uyumlaştırması ve hukuken bağımsız bir şirketin diğer bir şirkete bağlı olmasının yarattığı diğer sorunları çözmesi beklenmektedir¹⁰⁶. Bu gelişmeler ışığında aşağıda değineceğimiz gibi bağlı şirket, bağlı şirketin diğer pay sahipleri ve alacaklılarının hakim şirket karşısında menfaatlerinin korunması ihtiyacına karşılık modern hukuk sistemleri çeşitli koruyucu tedbirler getirmiştir¹⁰⁷.

⁹⁸ Bozkurt (n 78) 644.

⁹⁹ Aytaç, *Konzernrecht* (n 7) 9.

¹⁰⁰ Emmerich und Habersack (n 30) Einl. Rn. 1.

¹⁰¹ Aker (n 8) 153.

¹⁰² Bozkurt (n 78) 644.

¹⁰³ Yılmaz (n 31) 136.

¹⁰⁴ Özsu (n 61) 28.

¹⁰⁵ Blumberg (n 57) 605.

¹⁰⁶ Aytaç, *Konzernrecht* (n 7) 9.

¹⁰⁷ Özsu (n 61) 33.

D. Gruplaşma Gerçeği Karşısında Ulusal Şirketler Hukuku Düzenlemeleri

Yukarıda dile getirilen mahsurlar karşısında çözüm yaratan öncü ülke Almanya’dır¹⁰⁸. Almanya’da ilk düzenleme 1937 tarihli Paylı Ortaklıklar Kanunu’nda (*Aktiengesetz*) tek bir madde (§ 15) ile yapılmıştır¹⁰⁹. Ancak bu düzenleme yeterli değildi¹¹⁰. Almanya’da geniş anlamda ve kapsamlı ilk müstakil şirketler topluluğu kuralları 1965 tarihli Paylı Ortaklıklar Kanunu (POK)’nda 56 madde ile (§ 15 – 22, § 291 – 338) düzenlenmiştir¹¹¹. Almanya dünyada şirketler topluluğu hukuku alanında ilk kanunlaştırma hareketini yapan ülkedir¹¹².

POK § 15 bağlı işletmeler kavramını tarif etmektedir¹¹³. Konzern, § 15’de bağlı işletmeler kavramı içinde sayılmıştır. Diğer bir anlatımla Alman hukukunda konzern kavramı ve yapısal özellikleri “bağlı işletmeler” başlığı altında düzenleme konusu yapılmıştır¹¹⁴. Bağlı işletmeler konzern bakımından üst kavram olarak düzenlenmiştir¹¹⁵. Bununla birlikte Alman öğretisinde “bağlı işletmeler hukuku” ifadesinden ziyade “konzern hukuku” ifadesinin sıklıkla kullanıldığı belirtilmektedir¹¹⁶. POK, konzerni ayrı bir hükümlerle § 18’de düzenlemiştir. Bu hükümde konzern tarif edilmiş ve konzernin nasıl meydana geldiği düzenlenmiştir. POK § 15 – 22 maddeleri arasında konzern - şirketler topluluğu bakımından genel hükümleri düzenlemektedir¹¹⁷.

POK’nun 3. kitabı (§ 291 – 338) ise konzern - şirketler topluluğu hakkında özel hükümleri düzenlemektedir¹¹⁸. POK § 291 – 338 hükümleri bağlı şirket alacaklıları ve hissedarlarını korumak üzere düzenlenmiştir¹¹⁹. Belirtmek gerekir ki bu hükümlerle yapılan düzenlemeler neticesinde, çeşitli konzern türleri düzenlenmiş ve bu bakımdan ekonomik ve hukuki bağımsızlık

¹⁰⁸ Poroy, (Tekinalp) ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 4) 680; Aytaç, Bağlı İşletmeler (n 3) 101; Bozkurt (n 78) 644.

¹⁰⁹ Aytaç, Bağlı İşletmeler (n 3) 101; Yılmaz (n 31) 121. 1937 tarihli Paylı Ortaklıklar Kanunu’da konzern hakkında ayrıntılı düzenlemeden kaçınıldığı hakkında bkz. Boyacıoğlu (n 2) 79.

¹¹⁰ Aytaç, *Konzernrecht* (n 7) 9.

¹¹¹ Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, (4. Auflage, Schulthess, Zürich –Basel -Genf 2009) 1179; Aytaç, Bağlı İşletmeler (n 3) 101; Yılmaz (n 31) 136; Boyacıoğlu (n 2) 81; Aytaç, *Konzernrecht* (n 7) 9.

¹¹² Aytaç, *Konzernrecht* (n 7) 9 ve 12.

¹¹³ Emmerich und Habersack (n 30) § 15 Rn. 1.

¹¹⁴ Eminoğlu, *İnceleme*, (n 14) 12; Bozkurt (n 78) 644 - 645.

¹¹⁵ Pulaşlı (n 8) 482.

¹¹⁶ Emmerich und Habersack (n 30) § 15 Rn. 1.

¹¹⁷ Emmerich und Habersack (n 30) Einl. Rn. 2 ve § 15 Rn. 1.

¹¹⁸ *Ibid* Einl. Rn. 1 ve § 15 Rn. 1.

¹¹⁹ *Ibid* Einl. Rn. 1. Teorik olarak Alman hukukunda esas olarak Konzern hukukunun, şirket alacaklıları ve dışarıda kalmış hissedarların korunması anlamında sunulduğu hakkında eleştirel bir bakış için bkz. Nobel (n 24) 330.

unsurunun egemen olduğu (bağlı olmama anlayışı üzerine kurulu) (sermaye) şirketler(i) hukuku değişikliğe uğramıştır¹²⁰.

İfade etmek gerekir ki, Alman konzern düzenlemesi hakkında da eleştiriler bulunmaktadır. Örneğin Aytaç¹²¹, 1965 POK kanunlaştırma hareketi ve gelen düzenlemenin, özellikle Alman konzern hukukunun korunmuş olmasına rağmen, genel olarak oldukça komplike ve belirsiz hukuki kavramlara sahip olduğu, bazen açık olmayan ve karışık bir yolun esas alındığının görüldüğü eleştirisini yapmıştır.

Almanya’yı bazı Avrupa ülkeleri kısmen, bazıları ise tamamen örnek olarak yasal düzenlemeler yapmışlardır¹²². Yine Avrupa Birliği (AB) 7. Yönergesi’nde¹²³ bu durum dikkate alınarak hükümler sevk edilmiştir. Ayrıca AB’nin şirketler topluluğuna ilişkin geri çekilmiş bulunan 9. Yönergesi’nin¹²⁴ ele alınıp yeni bir anlayışla düzenlenmesini sağlamak amacıyla “Avrupa İçin Şirketler Topluluğu Hukuku” projesi üzerinde çalışmak üzere bir Avrupa Forumu (*Forum Europaeum*) oluşturulmuştur. Bu forum bir rapor yayınlamıştır. Yayımlanan rapor, şirketler topluluğu hukukunun çeşitli sorunlarına ilişkin olarak topluluk kavramı, şeffaflık, özel denetim, azlığın paylarını satın alma zorunluğu, pay sahibinin şirketten çıkarılması ve şirketten çıkma hakkı, hâkim şirketin krizdeki sorumlulukları ve güvenden doğan sorumluluk sorunları hakkındadır¹²⁵. Özellikle büyük konzernler bakımından “uluslararası nitelik” bir özellik olarak ortaya çıkmakta olduğundan, konzern hukukunun aynı zamanda uluslararası hukuk altında da incelenmesi söz konusudur¹²⁶. AB yönergeleri bunu doğrulamaktadır.

İsviçre hukukunun konzern hukuku hakkında tercihinin İngiliz hukukunda olduğu gibi Alman modeli olmadığı belirtilmektedir¹²⁷. İsviçre hukuku Alman hukukundan farklı olarak konzern türleri ve hükümlerini etraflıca ele almamış¹²⁸, sadece bazı mali durumlara ilişkin - bilanço hukukuna göre ve

¹²⁰ Emmerich und Habersack (n 30) Einl. Rn. 1.

¹²¹ Aytaç, *Konzernrecht* (n 7) 10.

¹²² Poroy, (Tekinalp) ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 4) 680. Bkz. TTK Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, (I-324), Dönem; 23, Yasama Yılı:2, S. Sayısı: 96, s. 134, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf>. (e.t. 06.01.2022).

¹²³ *Seventh Council Directive 83/349/EEC of 13 June 1983 based on the Article 54 (3) (g) of the Treaty on consolidated accounts* (Konsolide Hesaplar Antlaşması 54.3.g. maddesine dayanan Avrupa Ekonomik Topluluğu 7. Konsül Yönergesi).

¹²⁴ Bu yönergenin geri çekilmesiyle AB seviyesinde konzern hukuku yaratma çabalarının durgunluğa girdiği ifade edilmektedir. Bkz. Nobel (n 24) 332.

¹²⁵ TTK Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, (n 122) Genel Gereğe para. 96 35 - 36.

¹²⁶ Nobel (n 24) 331.

¹²⁷ Ibid 332.

¹²⁸ İsviçre konzern hukuku alanında yapılan çalışma neticesinde konzern hukuku alanında ayrıntılı bir çalışmaya gerek bulunmadığı, münferit konular hakkında kurallar getirilmesinin yeterli olduğuna karar verilmiş, özellikle çok ayrıntılı konzern çalışmasının çok uluslu

kamunun aydınlatılması hakkında hükümler (İsviçre Borçlar Kanunu md. 663e – 663g) ile karşılıklı katımlara dâhil bir hüküm (md. 659b) sevk etmişti¹²⁹. Bu bakımdan İsviçre hukukunda Alman hukukunda olduğu gibi müstakil konzern kuralları bulunmamaktadır¹³⁰. Haliyle İsviçre’de yeknesak ve resmi anlamda pozitif bir “konzern hukuku” ve “konzern tanımı” olmadığını da söyleyebiliriz¹³¹.

Belirtmemiz gerekir ki İsviçre Borçlar Kanunu (*Obligationenrecht* (OR)) 663 e¹³² vd. maddeleri 1991 tarihli Sermaye Hukuku revizyonu sırasında İsviçre Hukuku’na ilk defa konsolide hesapların¹³³ OR’ye dahil olması ile ortaya çıkmıştır¹³⁴. Haliyle denilebilir ki, İsviçre Hukuku’nda konzern, konsolide hesapları hazırlama ödevini yerine getirmek dolayısıyla ortaya konulmuştur¹³⁵. Zira OR 663e hükmü konzern konsolide finansal raporlaması hakkında kural koymaktaydı¹³⁶. OR madde 663e – 663g, 1 Ocak 2013 itibarıyla yürürlüğe giren Finansal Raporlama Hukuku¹³⁷ revizyonu ile yürürlükten kaldırılmıştır¹³⁸. Bu revizyon ile OR’de yeni olarak madde 957 vd.¹³⁹ hükümleri düzenlenmiştir. Konzern konsolide finansal raporlamaya ilişkin yeni hükümler 963 – 963b

İsviçre konzernlerine sorun yaratabileceği endişesi ve eğer daha kapsamlı ve ayrıntılı düzenleme olursa bunun diğer ülkeler seviyesinin de ötesine taşıyacağı görüşü bu anlayışta etkili olmuştur. Bu konu hakkında bkz. Boyacıoğlu (n 2) 86.

¹²⁹ Barlas (n 36) 211; Boyacıoğlu (n 2) 85.

¹³⁰ Böckli (n 111) 1179; Pulaşlı (n 8) 482.

¹³¹ von der Crone (n 23) 793; Nobel (n 24) 331; Pulaşlı (n 8) 485.

¹³² Bu hüküm 3 fıkradan oluşmaktaydı. İlk fıkra hâkim şirketin konsolide yıllık hesaplama yapmasını şart koşarken, ikinci fıkra küçük şirketleri bundan istisna tutmakta, son fıkra da ise ikinci fıkradaki ortaya konulan istisnayı belirli hallerde sınırlamaktaydı. Kar dağıtımını ise konsolide hesaplara göre değil, her bir şirketin kendi bilançosuna göre olurdu. Fiktif bir hukuki birlik varsayımına dayalı konsolide hesaplama ve raporlama olsa bile, kural olarak finansal sorumluluk her bir şirket içi ayrı ayrı olur. Belirli şartlar altında istisnası olabilir (Bkz. BGE 120 II 331 – Swiss Air kararı). Bkz. ayrıca Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Rolf Watter (Hrsg), *Basler Kommentar, Obligationenrecht II (Art 530 – 964 OR)*, (4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2012) Art. 663e N 1, 1a ve 1b (BSK OR II-Bearbeiter/in).

¹³³ Konsolide hesaplar: Topluluğu oluşturan her bir şirketin kendine ait finansal raporların düzeltilmiş özet yıllık topluluk mali tablolarıdır. Bu mali tablolar esasen konzernin yönetiminin ihtiyaç duyduğu bilginin sağlanmasına hizmet eder. Bkz. Heinrich Honsell (Hrsg), *OR (Kurzkomentar)*, (Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014) Art. 957 N 2 (KUKO OR- Bearbeiter/in).

¹³⁴ von der Crone (n 23) 793.

¹³⁵ Nobel (n 24) 329.

¹³⁶ BSK OR II-Bearbeiter/in (n 132) Art. 663e N 1.

¹³⁷ Ziff. I 1 des BG vom 23. Dez. 2011 (*Rechnungslegungsrecht*) (AS 2012 6679; BBl 2008 1589).

¹³⁸ von der Crone (n 23) 794.

¹³⁹ Ziff. I 2 des BG vom 23. Dez. 2011 (*Rechnungslegungsrecht*), (AS 2012 6679; BBl 2008 1589) 01 Ocak 2013’ten itibaren yürürlüktedir.

hükümleri arasında yer almakta olup, bu hükümler de 1.1.2016 itibarıyla yürürlüğe girmiştir¹⁴⁰. İsviçre hukukunda kamuyu aydınlatma ve birleşme devralma hukuku bakımından konzern bir grup birimi olarak ele alınmaktadır¹⁴¹.

Konsolide raporlar konzernler bakımından önem arz etmektedir. Konsolide rapor ile faaliyetleri başka bağımsız bir şirket dış kaynağı kullanılarak gerçekleştirilmiş olsa bile bir şirketin mal varlığı ve gelirleri hakkında güvenilir bir kavrayış elde edilebilmesi amaçlanmaktadır¹⁴². İsviçre hukukunda her ne kadar doğrudan Türk ve Alman hukuklarında olduğu gibi konzern/şirketler topluluğu bütünsel anlamda hukuki olarak düzenlenmemişse de, konzernin ne olduğu ve ne anlama geldiği önemlidir. Zira konsolide raporlama ve konsolide rapor hazırlama görevi bir konzernin varlığına bağlıdır¹⁴³.

Tüm bu gelişmeleri göz önüne alan Türk kanun koyucusu da 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu¹⁴⁴ (TTK) madde (md.) 195 - 209 hükümleri arasında ilk defa bu yeni düzene uygun hükümler sevk etmiş, konuyu müstakil ve etraflıca ele almıştır¹⁴⁵. Madde 195 ile hâkim ve bağlı şirket başlığı altında şirketler topluluğunun kuruluşu, çeşitleri, hâkim ve bağlı şirketler, doğrudan ve dolaylı hâkimiyet, kontrol ve hâkimiyet unsurları anlatılmış, md. 196 pay ve oy oranlarının hesaplanması, md. 197 karşılıklı iştirak hali tarif edilmiş, md. 198 ile hangi hallerde bildirim ve tescilin gerektiği, md. 199 ile bağlı ve hâkim şirket raporlamaları, md. 200 ile bağlı şirket hakkında bilgi alma hakkı, md. 201 ile hakların hangi halde donduğu, md. 202 ile hâkim şirketin hâkimiyetini hukuka aykırı kullanması halinde sorumluluğu, md. 203 ile tam hâkimiyetin hangi halde olduğu ve sonuçları, md. 204 ile tam hâkimiyet halinde istisna halini, md. 205 ile bağlı şirket organlarının md. 203 ve 204 uyarınca hâkim şirketin talimatına uymaları halinde sorumsuzluğunu, md. 206 şirket alacaklılarının haklarını, md. 207 şirketler topluluğunda öz denetimi, md. 208 hâkim şirketin azınlığın hissesini kanun gereği hangi hallerde satın alma hakkı olduğunu ve son olarak hukukumuzda yeni bir anlayış olarak md. 209 ile de İsviçre Federal Mahkemesinin Wibrü/Swissair kararı (BGE 120 II 331) ile kabul edilen şirketler topluluğunun (konzern'in) toplumda veya tüketicide yarattığı güvenden doğan sorumluluğu düzenlemektedir.

Yeni düzenleme ile ana ve yavru ortaklıklar arasındaki ilişkiler, şeffaflık, hesap verilebilirlik ve menfaat dengesi temelinde kurallara bağlanmış,

¹⁴⁰ KUKO OR II-Bearbeiter/in (n 133) Art. 957 N 1.

¹⁴¹ Nobel (n 24) 329.

¹⁴² BSK OR II-Bearbeiter/in (n 132) Art. 663e N 2.

¹⁴³ Ibid Art. 663e N 4.

¹⁴⁴ RG. 14.02.2011, S. 27846.

¹⁴⁵ Türk kanun koyucusunun kanuni düzenleme yapmadan, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, fiili organ, güven sorumluluğu ve dürüstlük kuralı gibi genel hukuk ile de çözüme gidebileceği hakkında bkz. Eminoğlu, Konzern (n 2) 14.

kanunumuzda kısmen Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu’ndan esinlenen, *Forum European*’ın bu konudaki görüşlerinden de yararlanan bu hükümlerle, yeni pay sahipliği, özellikle dava hakları getirilmiş ve yeni sorumluluk halleri öngörülmüştür¹⁴⁶. Şirketlerin hukuki ve ekonomik bağımsızlığı unsuru temelinde düzenlemelere sahip Türk şirketler hukuku da Alman şirketler hukukunda olduğu gibi, bağımlı/bağlı olma unsuru üzerine kurulu şirketler topluluğu hükümleri ile değişikliğe uğramıştır.

II. KONZERN

Konsantrasyon formları içerisinde en önemli ve yaygın olanının “konzern” olduğu ifade edilmektedir¹⁴⁷. Konzernlerin organizasyonel anlamda yabancı ülkelerdeki durumlara en iyi uyum sağlayan oluşumlar olduğu, bazen de vergisel açıdan şubeleşme bakımından tercih edilmekte oldukları belirtilmektedir¹⁴⁸. Özellikle yoğunlaşma hareketlerinde şirketlerin en azından hukuken bağımsız kalmaları isteniyorsa, konzern arzu edilen bir alternatif olarak ortaya çıkmıştır¹⁴⁹. Günümüzde konzernler küresel anlamda o kadar yaygındır ki, dünya ekonomisinin önemli bir bölümünün onların (özellikle sımıraşan konzernlerin) elinde olduğu ifade edilmektedir¹⁵⁰.

Alman hukukunda “şirketler topluluğu” kavramının karşılığı olarak¹⁵¹ “konzern” kavramı kullanılmakta olup, konzern (*concern*) birbirinden ayrı şeyleri birbirine (katıp) karıştırmak anlamına gelen latince “*concernere*” kelimesinden ileri gelmektedir¹⁵².

Konzernlerin yararları aşağıdaki şekilde maddeler halinde sayılmaktadır¹⁵³.

1-) Hızlı büyüme sağlar.

2-) Konzern içindeki şirketler ayrı birer tüzel kişilik olduklarından, bir şirketin ekonomik acz içinde olması grubu doğrudan etkilemez. Oysa şirket konzern meydana getirilmeden, bir işi ayrı bir şirket ile değil de, içinde bir departman olarak yürütmek isterse, işin bozulması halinde ekonomik risk doğrudan şirkete ait olup, şirketi acz içinde bırakabilir.

¹⁴⁶ TTK Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, (n 122) Genel Gerekeçe, para. 115 41.

¹⁴⁷ Aytaç, Bağlı İşletmeler (n 3) 98; Eminoğlu, Konzern (n 2) 1. Terminoloji bakımından Alman ve İsviçre hukuku’nda hem öğreti, hem yasal metinler ve hem de mahkeme içtihatlarında bir birlik olmadığı hakkında bkz. Boyacıoğlu (n 2) 7 – 16. Biz çalışmamızda “Konzern” ifadesini Türk hukukunda yer bulan “Şirketler Topluluğu” ifadesine karşılık olarak ve karşılaştırma yapmak maksadıyla kullanmayı uygun gördük.

¹⁴⁸ Nobel (n 24) 331.

¹⁴⁹ Aytaç, Bağlı İşletmeler (n 3) 98.

¹⁵⁰ Böckli (n 111) 1180.

¹⁵¹ Bkz. Eminoğlu, İnceleme, (n 14) 12 ve dpn. 1.

¹⁵² Cahn and Donald (n 58) 678.

¹⁵³ Ibid 679 – 680.

3-) Konzern sayesinde hâkim şirket nispeten az bir sermaye ile diğer şirketleri kontrol edebilmektedir. Örneğin büyük bir şirketin %50,1’ine hâkim olan şirket etkili olarak bu şirketi kontrol edebilmektedir. Böylece hâkim şirket ilgili şirketin yarattığı işe ulaşmak için gereken toplam sermayenin daha azı ile tüm işi kontrol edebilecek hale gelmektedir.

4-) Hiyerarşiyi ortadan kaldırmak suretiyle hızlı kararlar alınabilmekte, hâkim şirketin uzun dönem hedeflere yoğunlaşmasına imkân sağlanmakta, günlük işleri yerine getirmekten ziyade toplam operasyonların denetlenmesine yoğunlaşmaktadır.

5-) Yöneticiler büyük bir şirketin orta seviyede yöneticileri olmak yerine grubun içindeki bir şirketin üst düzey yöneticisi olabilmekte ve bu da yönetsel açıdan teşvik olmaktadır.

6-) Bağlı şirketlerin gruba entegrasyonu ile, özellikle bağlı şirketin adı şirkette kalmakta ve böylece yabancı pazara giriş kolaylaşmaktadır (oysa hâkim şirket grubu oluşturmasaydı, ilgili pazarda yerli bir şirket adıyla değil de, kendi ismi ile ama yabancı şirketin bir şubesi olarak pazara girecek, bu da müşteri ve tüketicilerde yerel şirket yerine yabancı şirket algısını oluşturacaktır).

Konzern, kısaca bir veya daha fazla şirketin oy çoğunluğunu elde ederek veya başka bir şekilde tek elden bir şirketin kontrolüne girmesidir¹⁵⁴. Konzern ana şirket ve onun çoğunluğuna sahip yavru şirket ile birlikte oluşan müteşebbis bir birlik (*unternehmerische Einheit*) olarak görülmektedir¹⁵⁵. Konzern, müteşebbis bir ekonomik birlik yaratmak amacı ile birkaç bağımsız hukuki varlığa sahip şirketin (bağımlı - yavru şirketler) etkili bir şekilde hâkim şirkete (ana şirket) bağlanması olarak tarif edilmektedir¹⁵⁶. Diğer bir tanıma göre de konzern, en az iki bağımsız işletmenin ekonomik olarak tek bir yönetim altında ekonomik bir birlik oluşturmasıdır¹⁵⁷. Örneğin İsviçre Banka Denetim Hukuku bakımından banka grupları (konzernleri) (*Bankkonzerns*) ekonomik bir birlik olarak ele alınmakta ve kabul edilmektedir¹⁵⁸.

Konzernde bir işletmenin bir başka işletmenin iç karar alma mekanizmasına etki edecek şekilde yönetiminde etkinliğe sahip olması söz konusudur¹⁵⁹. Konzern, işletmelerin rekabet halinde olduğu pazar ile işletmenin, işletmesel bir yönetim altında oluşturduğu bir ekonomik birlik şeklinde bir birleşme/füzyon olarak görülmektedir¹⁶⁰.

¹⁵⁴ BSK OR II-Bearbeiter/in (n 132) Art. 663e N 4.

¹⁵⁵ Nobel (n 24) 330.

¹⁵⁶ Böckli (n 111) 1180; Pulaşlı (n 8) 481; Bilgili ve Demirkapı (n 47) 100.

¹⁵⁷ Keki (n 6) 1.

¹⁵⁸ Nobel (n 24) 330.

¹⁵⁹ Özsunay (n 9) 7.

¹⁶⁰ Keki (n 6) 1.



Konzern kavramında hiyerarşik bir bağımlılık prensibi, sermaye ve iş gücünü kullanarak pazarlanabilir hizmetler sunmak gibi işletmesel amaçlı olarak bir birlik oluşturmak, belirgin faktörler olarak görülmektedir¹⁶¹. POK § 18’de konzern ve konzern işletmesi tanımlanmıştır¹⁶². Hükme göre bir hâkim ve bir veya birden çok bağlı işletme, tek elden yönetim altında konzern ve konzern işletmesini oluşturur.

Konzern kısaca, birkaç hukuken bağımsız işletmenin ortak/tek elden yönetim altında toplanmasıdır¹⁶³. Konzernin unsurları olarak birden fazla işletme, işletmelerin hukuki bağımsızlıklarını devam ettirmesi, ekonomik birlik, tek elden (birlikte) sevk ve idare sayılmaktadır¹⁶⁴.

İsviçre hukukunda yukarıda değindiğimiz gibi Alman hukukunda olduğu gibi yeknesak konzern kuralları ve tanımı bulunmamaktadır. Bununla birlikte İsviçre öğretisinin farklı konzern oluşumları olabileceğine bakmadan konzerni bir kurum olarak ifade etmeye çalışmakta olduğu dile getirilmektedir¹⁶⁵. Yürürlükten kalan İsviçre Borçlar Kanunu (OR) madde 663e baz alınarak öğretilerdeki ortak tanıma göre konzern; tek elden yönetim altında hukuki olarak bağımsız birkaç tüzel kişiliğin bir araya gelmesi olarak tarif edilmektedir¹⁶⁶.

Almanya, Avusturya, Hollanda ve İsviçre’de “konzern” ifadesi hâkimken¹⁶⁷, İngiltere, Fransa, İspanya ve İtalya’da konzern yerine “grup/topluluk”; Amerika Birleşik Devletleri’nde ise “bağlı şirketler/bağlı topluluk (*affiliated company/affiliated group*)” sözcükleri kullanılmaktadır¹⁶⁸.

Von der Crone¹⁶⁹ konzernlerin literatürde grubun belirli karakteristik özelliklerine göre çeşitli ayrımlara tabi tutulduğunu ifade etmektedir. İlk ayırım hâkimiyet ilişkisine göre yapılmaktadır. Bu ayrıma göre sözleşmeye dayalı ve iştirake dayalı konzernler bulunur. Sözleşmeye dayalı konzernlerde hâkimiyet ve kontrol unsurları sözleşmeyle oluşturulur. Sözleşmenin tarafları hukuki bağımsızlıklarını, yani tüzel kişiliklerini korumakla birlikte ekonomik açıdan

¹⁶¹ Böckli (n 111) 1180.

¹⁶² Uwe Hüffer und Jens Koch, *Hüffer Aktiengesetz*, (Beck’sche Kurz Kommentare Band 53, 11. Auflage, C.H. Beck, München, 2014) § 18, Rn. 1.

¹⁶³ Ibid.

¹⁶⁴ Aytaç, Bağlı İşletmeler (n 3) 98; Barlas (n 36) 208; Yılmaz (n 31) 127; Bilgili ve Demirkapı (n 47)s. 100.

¹⁶⁵ von der Crone (n 23) 793.

¹⁶⁶ von der Crone (n 23) 793; BSK OR II-Bearbeiter/in (n 132) Art. 663e N 4.

¹⁶⁷ Ünal Tekinalp, ‘Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Şirketler Topluluğu’na İlişkin Düzenlenmesinde Kontrol İlkesi’, (Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C. II, İstanbul 2009) 1543, 1543. Bkz. ayrıca Eminoğlu, İnceleme, (n 14) 12 ve dpn. 1.

¹⁶⁸ TTK Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, (n 122) 134.

¹⁶⁹ Bu paragraftaki açıklamalar için bkz. von der Crone (n 23) 797 – 798. Ayrıca konzernin özelliklerine göre diğer konzern ayrımları için bkz. von der Crone (n 23) 798.

bir birlik haline gelmektedir¹⁷⁰. İştirake dayalı konzernlerde hâkimiyet genel kuruldaki oyların çoğunluğunu elde ederek sağlanır. Bu son durum İsviçre’de en yaygın olan yöntemdir. Dahası konzernler hiyerarşik yapılanmaya göre de ayrıma tabi tutulabilirler. Bu ayrıma göre konzernler ise bağlı konzern şeklinde veya eş düzey konzern şeklinde meydana gelirler. Bağlı konzern tipinde ana şirket ve bir veya daha fazla yavru şirketi hâkimiyeti altında tutmaktadır. Buna karşılık eş düzey konzernde konzerni oluşturan şirketler örneğin kooperatiflerde olduğu gibi ortak menfaati gerçekleştirmek üzere bir araya gelir ve ortak olarak tek elden yönetim altına girerler.

Konzern oluşturan şirketler arasında özellikle bağımlı olan şirketin ortakları, alacaklıları ve çalışanları bakımından, hâkim şirketin kötüye kullanım ihtimali hesaba katılınca, bir konzern anayasası ve koruma mekanizması yaratılması ihtiyacı doğmaktadır¹⁷¹. Konzern hukuku da bu anda devreye girmektedir. Konzern hukuku, hâkim şirket bağımlı şirket ilişkisine has oluşabilen risk ve çıkar çatışmalarına dayanan koruyucu bazı hükümler, örneğin hâkim şirketin yönetim gücünün sınırlanması ve özellikle hâkim şirketin bağımlı şirkete olan sorumluluğu ve zararının karşılanmasına dair hükümler sevk etmiştir¹⁷².

Alman hukukunda POK § 18’de bağlı (bağlılık/tabilik ilişkisine dayanan) ve eşit (aynı düzen/eş düzey) olmak üzere iki tür konzern düzenlenmiştir¹⁷³. Bağlılık ilişkisine dayanan konzern Türk hukukunda ‘şirketler topluluğu’ kavramı altında düzenlenmiştir. Aynı düzen konzernleri ise Türk hukukunda düzenlenmemiştir. Bu iki tür konzern arasında ayırım yapılmalıdır¹⁷⁴.

Bağlılık ilişkisine dayanan konzernde bir veya birden çok işletme biri diğerine hâkim olmak üzere, yani hâkim ve bağlı işletmeler, tek/merkezi sevk ve yönetim altında toplanmıştır¹⁷⁵. Bu konzern türünün uygulamada esas olan olduğu ifade edilmektedir¹⁷⁶. Aynı düzen / eş düzey konzernde ise birden çok işletme bir diğerine hâkim olmaksızın, yani bağımlılık unsuru bulunmaksızın, tek elden yönetim altındadır¹⁷⁷.

¹⁷⁰ Mehmet Çelebi Can, *Hakimiyet Sözleşmesi*, Anonim Şirketlerden Oluşan Şirketler Topluluğu Bakımından, (1. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara 2020) 21.

¹⁷¹ Eminoğlu, *Konzern* (n 2) 1 - 2.

¹⁷² *Ibid* 2.

¹⁷³ Poroy, (Tekinalp) ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 4) 688; Aytaç, *Bağlı İşletmeler* (n 3) 108; Barlas (n 36) 211; Pulaşlı (n 8) 483; Yılmaz (n 31) 145.

¹⁷⁴ Hüffer und Koch (n 162) § 18, Rn. 2.

¹⁷⁵ Poroy, (Tekinalp) ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 4) 688; Hüffer und Koch (n 162) § 18, Rn. 2; Yılmaz (n 31) 145.

¹⁷⁶ Hüffer und Koch (n 162) § 18, Rn. 2.

¹⁷⁷ Poroy, (Tekinalp) ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 4) 688; Hüffer und Koch (n 162) § 18, Rn. 2; Barlas (n 36) 215; Yılmaz (n 31) 145 - 146.



Eş düzey konzernler de sözleşmeye dayanarak veya fiili olarak meydana gelebilirlerse de, bu kavramlar bağlı konzernlerdekinden farklı anlamlara gelir¹⁷⁸. Aynı düzen / eş düzey konzern hukuki niteliği itibarı ile bağlı (bağlılık/tabilik ilişkisine dayanan) konzernden farklı olarak, bir adi ortaklıktır¹⁷⁹.

Bağlı (bağlılık/tabilik ilişkisine dayanan) konzernler kaynağına göre¹⁸⁰ hâkimiyet sözleşmesine¹⁸¹ dayanan sözleşme konzernleri (POK § 291 - 310)¹⁸² ve fiili konzernler (POK § 311 – 318) olmak üzere iki türdür¹⁸³. Hâkimiyet sözleşmesine dayanan sözleşme konzernleri de fiili konzernler gibi bağlılık ilişkisine dayanır. Bağlı şirket, hâkimiyet sözleşmesinin belirlediği ve yarattığı bağlılık ilişkisi nedeniyle karar verme serbestliğini kaybetmektedir¹⁸⁴. Alman POK § 319’da ise ayrı bir tür olarak bütünleşme yoluyla ortaya çıkan konzern (bütünleşme konzerni) (*Eingliederungskonzern*) düzenlenmiştir¹⁸⁵. O halde Alman Hukuku’nda Türk Hukuku’ndan farklı olarak bağlı konzernler üç tür olabilir. Bunlar sözleşme konzernleri, bütünleşme konzernleri ve fiili konzernlerdir¹⁸⁶. Bütünleşme konzerninde hukuki olarak kabul edilen yönetim gücü ana şirkettir¹⁸⁷. Bütünleşme tüm hisselerin toplandığı ana şirket veya çoğunluk görüşü ile alınan kararlarla sağlanmaktadır¹⁸⁸.

Şirketlerin karşılıklı entegrasyonunun derecesi ve yapısı grubun oluşumunun altında yatan motivasyona bağlı olup, bu motivasyon organizasyonel bir model olarak konzern oluşumlarının hukuki tanımını farklı hale getirecektir¹⁸⁹.

Konzernlerin ekonomik hayatta sıkı veya gevşek formlarına rastlanabilmektedir¹⁹⁰. Her iki form da ekonomik hayatta çeşitli şekillerde olabilir ve yarattıkları hukuki sonuçlar da farklı olur. Sıkı formlarda hâkim şirket, bağlı şirketlerin yönetimini en önemli finansal ve yönetsel güçlerini de ele alarak, tam olarak kontrol eder. Bu tip konzernlerde bağlı şirketlerde üçüncü bir hissedar ya bulunmaz veya hâkim şirketle uyumlu hareket eder.

¹⁷⁸ Hüffer und Koch (n 162) § 18, Rn. 3.

¹⁷⁹ Barlas (n 36) 216

¹⁸⁰ Bkz. Kürşat Göktürk, Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları (Anonim Şirketlerden Oluşan Topluluklar Bakımından), (Ankara 2015) 28; Pulaşlı (n 8) 483.

¹⁸¹ Türk literatüründe ayrıntılı bir inceleme için bkz. Can (n 170).

¹⁸² Çalışmamızda şirketlerin belirli merkezlerde toplanması, daha uygun bir anlatımla yoğunlaş(tırıl)masına “ekonomik merkezi yoğunlaşma” denildiğini ifade etmiştik. Hâkimiyet sözleşmesinin uygulamada şirketlerin ekonomik yoğunlaşmasını sağlayan bir enstrüman olarak değerlendirildiği hakkında bkz. Can (n 170) 31.

¹⁸³ Barlas (n 36) 211; Yılmaz (n 31) 146; Pulaşlı (n 8) 483.

¹⁸⁴ Can (n 170) 22.

¹⁸⁵ Yılmaz (n 31) 137; Göktürk (n 180) 33 – 34.

¹⁸⁶ Hüffer und Koch (n 162) § 18, Rn. 3.

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ Ibid.

¹⁸⁹ von der Crone (n 23) 793.

¹⁹⁰ Bu paragraftaki açıklamalar için bkz. Böckli (n 111) 1180 ve 1181.

Gevşek formlarda ise üçüncü hissedar sanki çoğunluktaymış gibi etkilidir; hâkim şirket bağlı şirket yönetimi ile müzakere etmektedir. Bağlı şirket yönetimi ise yasal olarak tüm hissedarlara eşit davranmak zorundadır. Bu bakımdan hâkim şirket bağlı şirketleri sıkı formlarda olduğu gibi kontrol edememektedir.

Alman POK § 18 ve eski OR madde 663e uyarınca Alman ve İsviçre konzern hukuklarında hâkimiyet “tek elden yönetim” prensibi ile şekillenmiştir. Daha doğru bir ifadeyle Alman ve eski İsviçre konzern hukukunda (Eski OR madde 663e yürürlükten kalkmadan önce İsviçre’de tek elden yönetim altında fiilen kontrolün uygulanması esas alınmaktaydı¹⁹¹) “tek elden/birlikte yönetim” ilkesi geçerli¹⁹² olup, konzernin varlığı için belirleyici bir şart olarak görülmüştür¹⁹³. Ancak finansal raporlama hukuku revizyonu ile 1 Ocak 2013’ten itibaren tek elden yönetim anlayışı İsviçre hukukunda terk edilmiştir¹⁹⁴. İsviçre hukukunda revizyon ile gelen anlayışa göre Avrupa ve uluslararası hukukla uyumlu olarak, artık tek elden yönetime bakılmadan, özellikle iştirak yoluyla fiili kontrol ilişkileri esas alınmaktadır¹⁹⁵. Bu bakımdan yeni İsviçre hukukunda kabul edilen anlayış Türk hukuku ile uyumludur.

Alman hukukunda birer ekonomik bütünlük olarak kabul edilen konzern tüm kaynakların bir planlama ve eşgüdüm dâhilinde tek elden yönetimini esas almaktadır¹⁹⁶. Bu aynı zamanda bir sistemin de adıdır: “tek elden/birlikte yönetim sistemi”. Alman POK uyarınca konzern, işletmelerin hukuken bağımsızlıklarını koruyarak, eşit şekilde veya hâkimiyet ilişkisi içerisinde tek elden yönetim altında oluşan ekonomik birlik olarak tanımlanabilir¹⁹⁷.

¹⁹¹ von der Crone (n 23) 793. Crone, eski OR 663e yürürlükteyken dahi verilen İsviçre Federal Mahkemesi’nin bir kararında zimnen de olsa “tek elden yönetim unsurundan”, ziyade “kontrol unsurunu” uyguladığını savunmaktadır. Bkz. von der Crone (n 23) 796. Crone’nın atf yaptığı bu karar, katma değer vergisi hukuku hakkında olup, ilgili kısmı şöyledir; “...Tek elden yönetim unsuru eğer bir şirketin şirket politikaları diğer bir şirket tarafından belirleniyorsa, bir şirketin yönetim organı en azından diğer bir şirketin nosyon, plan ve önerilerini takip ediyorsa, bir şirket kendi kaynakları ile kendi finansal kararlarını bağımsız olarak alamıyorsa gerçekleşir.... (BGE 125 II 326, S. 332 (Karar için bkz. http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F125-II-326%3Ade&lang=de&type=show_document e.t. 19.08.2020)”. Bir başka İsviçreli yazar ise konzerni tek elden yönetim (eski OR md 663e’de olduğu gibi) veya Banka Finans Hukuku’nda ise oy veya sermaye çoğunluğu veya başka bir yolla gerçekleşen kontrol prensibine göre açıklamaktadır. Bkz. Nobel (n 24) 129.

¹⁹² Poroy, (Tekinalp) ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 4) 689; Yılmaz (n 31) 123 ve 125; Göktürk (n 180) 9. Ancak İsviçre hukukunda eski 663e vd. maddeleri yürürlükten kalkmış ve artık tek elden yönetim anlayışı terk edilerek özellikle de iştirak yoluyla, fiili kontrol ilişkileri kabul edilmiştir. Bkz. von der Crone (n 23) 794.

¹⁹³ Tekinalp (n 167) 1545.

¹⁹⁴ von der Crone (n 23) 793 - 794.

¹⁹⁵ Ibid 794.

¹⁹⁶ Poroy, (Tekinalp) ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 4) 689; Göktürk (n 180) 9.

¹⁹⁷ Barlas (n 36) 206 – 207.



Bu sistemde, hâkim şirketin kendisi ile bir veya daha çok şirketin birlikte, ancak hâkim şirketin sevk ve yönetim altında toplanması söz konusudur¹⁹⁸. Tek elden yönetimde personel, finans, satış, tedarik gibi tüm yönetim alanları merkezi düzeyde tek elden planlanır ve bu faaliyetler merkezi eşgüdüm altında tek elden yönetilir¹⁹⁹. Bu geniş anlamda konzerni ifade etmektedir. Dar anlamda konzern ise finans planlamasının merkezi olarak tek elden yönetim altında gerçekleştiriliyor olmasıdır²⁰⁰. Tek elden yönetimin fiilen uygulanıyor olması da gerekmektedir²⁰¹.

III. ŞİRKETLER TOPLULUĞU

Almanya, Avusturya, Hollanda ve İsviçre hukuklarının tercihi olan konzern ve Amerika Birleşik Devletleri’nde kullanılan “bağlı şirketler/bağlı topluluk/ ana ve bağlı şirketler („*affiliated corporations*”, “*affiliated group*” veya “*parents and subsidiaries*”)” sözcükleri yerine, İngiltere ve Fransa, İspanya ve İtalya’da tercih edilen “grup/topluluk (group, groupe veya “gruppo)” kavramı gibi, TTK’de “şirketler topluluğu” terimi tercih edilmiş, çeşitli hükümlerinde ise aynı kavramı ifade etmek üzere sadece “topluluk” sözcüğü de kullanılmıştır²⁰². Forum Europaeum (FE) de “konzern” sözcüğünün Almanya’nın çok güçlü olan “konzern hukuku” düzenlemesinin hâkimiyeti altında bulunduğu gerekçesiyle “konzern” yerine “*group*” kelimesini önermiştir²⁰³.

Konzern Alman hukukunda topluluk için kullanılan kanuni terimken²⁰⁴, “şirketler topluluğu ve topluluk” Türk hukukunda “konzern” yerine²⁰⁵ kullanılan kanuni bir terim halini almıştır²⁰⁶. Hâlbuki mülga ticaret kanunu döneminde konzerni ifade etmek üzere öğretide terim birliği bulunmamaktaydı²⁰⁷. Kanunda “şirketler topluluğu” teriminin kabul görmesinin sebebi olarak, bu terimin hem hukukî olması, hem kavramı tanıtmaya gücünün bulunması, hem de toplumda

¹⁹⁸ Tekinalp (n 167) 1544.

¹⁹⁹ Poroy, (Tekinalp) ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 4) 689.

²⁰⁰ Ibid.

²⁰¹ Yılmaz (n 31) 123.

²⁰² Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht für Europa, ZGR/4, 1998, (s. 672 – 772) 691 (FE); TTK Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, (n 122) 134.

²⁰³ FE (n 202) 691.

²⁰⁴ Poroy, (Tekinalp) ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 4) 688.

²⁰⁵ Şirketler topluluğu kavramı esasen konzern kavramı yerine Türk hukukunda kullanılıyor olsa da, konzern kavramının Türk hukukunda anlaşılan şirketler topluluğu kavramına göre daha geniş bir anlama sahip olduğu hakkında bkz. Kağan Susuz, ‘Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı Bakımından Hakim Teşebbüs Kavramı’, (2012) 18 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı Sempozyum “6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken” 10-11-12 Mayıs 2012, 269, 272.

²⁰⁶ Bkz. Eminoğlu, *İnceleme*, (n 14) 12 ve dpn. 1.

²⁰⁷ Bkz. Eminoğlu, *Konzern* (n 2) 175 ve dpn. 670 - 682.

yaygınlık kazanmış olması belirtilmektedir²⁰⁸.

Şirketler topluluğu mülga ticaret kanununda bulunmayan yeni bir kavramdır. Buradan mülga ticaret kanunumuz sırasında grup, şirketler grubu, bağlı ortaklık, şirketler topluluğu veya topluluk ifadelerinin hiç kullanılmadığı anlamı çıkmamalıdır. Aksine bu ifadeler mülga ticaret kanunu dışında pozitif hukukumuzda örneğin sermaye piyasası mevzuatında veya yargı kararlarında kullanılmaktaydı²⁰⁹.

Türk şirketler topluluğu, hâkimiyet ve kontrol unsurları esas alınarak belirlenen, “istisnai²¹⁰” olarak hâkimin teşebbüs²¹¹ olabildiği, esas olarak en az biri hâkim ticaret şirketi ve diğeri bağlı ticaret şirketinden oluşan, “tüzel kişiliği olmayan ekonomik bütünlük²¹²” olarak ifade edilebilir. Diğer bir anlatımla şirketler topluluğu hukuken bağımsız birden fazla ticaret şirketinin ekonomik bir bütün halinde merkezi bir yönetim ve yönlendirme altına girmesidir²¹³. Benzer bir tanıma göre de şirketler topluluğu hukuken birbirinden bağımsız ayrı birer tüzel kişi olan ticaret şirketlerinin aynı ekonomik amaçlar etrafında bir araya gelmesidir²¹⁴. Bir başka tanıma göre ise şirketler topluluğu, hâkim ticaret şirketi veya teşebbüs ile bunlara, kontrol ya da hâkimiyet ilişkisi dahilinde bağlı bulunan ticaret şirketi veya şirketlerinin oluşturduğu bütündür²¹⁵. TTK, şirketler topluluğunu md.195/4 fıkrasında, “hâkim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler, onunla birlikte şirketler topluluğunu oluşturur” şeklinde tarif etmiştir²¹⁶.

Türk şirketler topluluğu hukuku bakımından Alman hukukunda ileri sürülen topluluğun hukuki bütün olarak bir teşebbüs olduğu ve adi ortaklık olduğu görüşleri haklı olarak reddedilmiştir²¹⁷. Türk hukuku düzenlemesinde topluluğun hukuki niteliği konusunda bir bütün olarak adeta hukuk önünde tek bir organ veya hukuki kişilik olarak anılması mümkün değildir. Türk şirketler

²⁰⁸ TTK Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, (n 122) 134.

²⁰⁹ Bkz. Eminoglu, Konzern (n 2) 174 ve dpn. 668 ve 669.

²¹⁰ Poroy, (Tekinalp) ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 4) 690.

²¹¹ Şirketler topluluğunun hâkiminin bir gerçek kişi olabileceği, ister özel hukuk isterse kamu hukukuna göre kurulmuş olsun bir tüzel kişi olabileceği ve hatta hatta tüzel kişiliğe sahip olmayan adi şirket dahi olabileceği ve hakim teşebbüs kavramı hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. Susuz (n 205) 272 vd.. Keza hâkim teşebbüsün şirket yanında, işletme, vakıf, dernek, kamu tüzel kişisi veya gerçek kişi olabileceği hakkında ayrıca bkz. Bozkurt (n 78) 646.

²¹² Poroy, (Tekinalp) ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 4) 688.

²¹³ Yılmaz (n 31) 127.

²¹⁴ Susuz (n 205) 269.

²¹⁵ Göktürk (n 180) 11.

²¹⁶ Halit Aker, ‘Türk Ticaret Kanunu Madde 14 Hakkında Bazı Düşünceler ve Yeni Bir Tacir Türü: “Hâkim Teşebbüs”, (Haziran 2009) XXV (2) BATIDER 229, 283 (Hâkim Teşebbüs).

²¹⁷ Poroy, (Tekinalp) ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 4) 688 - 689.



topluluğunun hukuki kişiliği yoktur ve tüzel kişi değildir²¹⁸. Keza Türk şirketler topluluğunun “şirketler topluluğu” altında bir hukuki bütünlük olarak hangi ad altında olursa olsun dava da taraf olma ehliyeti yoktur. Haliyle Türk şirketler topluluğu ne bir teşebbüs ne de bir adi ortaklıktır.

Alman konzern hukuku POK § 18 paragrafı ekseninde tek elden yönetimi konzernin belirleyici unsuru olarak kabul ederken²¹⁹; Türk şirketler topluluğu hukuku, Alman konzern hukukundan farklı olarak (eş düzey konzernleri ve) tek elden yönetim sistemini kabul etmemiş ve düzenlememiştir. Türk şirketler topluluğu ise esaslı olarak kontrol prensibine göre açıklanmaktadır. Keza Alman konzern hukuku işletme (teşebbüs) kavramına dayanırken²²⁰, Türk şirketler topluluğu hukuku ticaret şirketi kavramına dayanmaktadır.

IV. HOLDİNG

A. Genel Olarak

TTK'nin 519. maddesinin 4. fıkrasında başlıca amacı başka işletmelere katılmaktan ibaret olan holding şirketlerinden bahsedilmektedir. Bu tür holdinglere saf holding adı verilmektedir²²¹. Holdingler Türk ekonomi hayatında adından söz ettiren ticari oluşumlardır. Özellikle başka şirketlere iştirak etmek faaliyetinde olmaları onların şirketler topluluğunu oluşturup oluşturmadığı konusunda değerlendirilmelerini çalışmamız bakımından gerekli kılmaktadır.

Holding, asıl faaliyet amacı bir veya birden fazla bağımsız şirkete uzun dönemli yatırım yapıp tutan şirket olarak ifade edilmektedir²²². Holding şirketler başka şirketlere iştirak ederken bazen ayrıca kendileri de üretim yapan birer şirket olabilirler. Başka faaliyetler de yürüten holdinglere karma holding adı verilmektedir²²³. Holding iki şekilde anlaşılabilir²²⁴. İlk olarak fonksiyonel anlamda. Bu anlama göre holding kendisine ait faaliyeti olmayan, diğer şirketlerdeki yatırımı tutan olarak, kontrol ve yönetim birimi olarak anlaşılır. Hiyerarşik anlamda ise, holding şirketler grubundaki tepe şirket olarak anlaşılır.

²¹⁸ Eminoğlu, İnceleme, (n 14) 13.

²¹⁹ Tekinalp (n 167) 1545.

²²⁰ Tekinalp (n 167) 1543, dpn. 3; Eminoğlu, İnceleme, (n 14) 12.

²²¹ Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, (Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara 2015) 171; Gül Okutan Nilsson, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku*, (1. Baskı, İstanbul 2009) 69 – 70; Pulaşlı (n 8) 487.

²²² Keki (n 6) 3.

²²³ Okutan Nilsson (n 221) 70; Şener (n 221) 171; Pulaşlı (n 8) 487.

²²⁴ Keki (n 6) 3.

Başlıca amacı başka şirketlere katılmaktan ibaret olan saf holdingler (ve karma holdingler de) TTK madde 195’de belirtilen şartları sağlıyor ise hâkimiyeti altında bulundurduğu şirket veya şirketlerle birlikte şirketler topluluğu oluşturacaktır²²⁵. TTK madde 195/1 uyarınca hâkimiyet ilişkisi için iki ticaret şirketi yeterli olduğundan hâkim ortaklığın mutlaka bir holding olması zorunlu olmayacaktır²²⁶. Bununla birlikte günümüzde holdingler birer şirketler topluluğu/konzern olarak ortaya çıkmakta ve bu haliyle bu iki kavram özellikle de ekonomik bakımdan, geniş ölçüde birbirine çok yaklaşmakta, birbirini karşılayabilmektedir²²⁷. Ancak belirtelim ki, holding ve şirketler topluluğu birbirinin yerine kullanılabilen kavramlar değildir²²⁸.

Zira holding tek bir şirketten de oluşabilir, şirketler topluluğu içinse en başından beri birden çok şirketin varlığı aranmaktadır²²⁹. Holding anonim şirketler için söz konusuysen, şirketler topluluğu tüm ticaret şirketleri için söz konusu olabilir²³⁰. Şirketler topluluğu bir şirket türü de değildir²³¹. Bununla birlikte ifade edilmektedir ki, eski TTK zamanında bir başka ifadeyle pozitif hukukta henüz ‘şirketler topluluğu hükümleri’ bulunmazken, holding kavramı konzern/şirketler topluluğu kavramını kapsayacak şekilde kullanılabilmekteydi²³². Gerçekten de o dönemde konzerni anlatmak üzere holding kavramı da kullanılmaktaydı²³³. Tekrar edelim ve vurgulayalım ki, her ne kadar holding ilişkisi ile şirketler topluluğu çeşitli durumlarda çakışabilirse de, bu iki kavramın birbirinden farklı olduğu akılda tutulmalıdır²³⁴. Özellikle holding yapılanmasında ağırlık noktası açıkça hisselerin yönetimiysen, konzern ise minimum bir yeknesak yönetimin olduğu her tür grup şirketinde kullanılabilen jenerik bir kavramdır²³⁵.

²²⁵ Okutan Nilsson (n 221) 70; Şener (n 221) 171; Aker (n 8) 154. Holding olarak nitelendirilmek, peşinen bağlı şirketler üzerinde tek elden yönetimin olduğunu/uyulandığını varsaymaya yetmeyeceğine dair bkz. von der Crone (n 23) 795. Aynı şekilde “Holding” olarak nitelendirilmek peşinen ortada bir Türk şirketler topluluğu olduğunu varsaymaya yetmeyecektir. Zira holdingin varlığı kontrol – hâkimiyet unsurunun varlığını kendiliğinden kanıtlamaz. Ancak belirtmek gerekir ki uygulamada holdingin yavru şirketlerdeki yüksek pay oranı nedeniyle alınacak kararlarda ve o şirketlerde etkili olması kaçınılmaz görülmektedir.

²²⁶ Okutan Nilsson (n 221) 69 ve 70; Şener (n 221) 171.

²²⁷ Aytaç, Bağlı İşletmeler (n 3) 117; Keki (n 6) 3.

²²⁸ Barlas (n 36) 208.

²²⁹ Pulaşlı (n 8) 486; Bilgili ve Demirkapı (n 47) 99; Bozkurt (n 78) 644.

²³⁰ Selma Çetiner ve Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, *Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku*, (5.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021) 280.

²³¹ Pulaşlı (n 8) 486; Bilgili ve Demirkapı (n 47) 99.

²³² Eminioğlu, Konzern (n 2) 174.

²³³ Boyacıoğlu (n 2) 18.

²³⁴ Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, (Güncellenmiş 13. Bası, Beta Yayınevi 2019) 77.

²³⁵ Keki (n 6) 3.

B. Finansal Holding Şirketleri

5411 sayılı Bankacılık Kanunu²³⁶ madde 3 uyarınca finansal holding şirketi, içlerinden en az bir tanesi bir kredi kuruluşu olmak şartıyla bağlı ortaklıklarının tümü veya çoğunluğu kredi kuruluşu veya finansal kuruluş olan şirketi ifade etmektedir. Finansal holding şirketi bir anonim ortaklıktır²³⁷. Diğer yandan bu şirket bir topluluk türü olarak finansal bir şirketler grubudur²³⁸. Finansal holding şirketi hâkim ortaklığın özel bir türü olarak, en az birinin kredi kuruluşu, çoğunluğunun ise kredi ve finans kuruluşları olarak en az iki bağlı ortaklığı bulunan, bağlı ortaklıkları ile birlikte şirketler topluluğunu meydana getiren bir yapılanmadır²³⁹. Böyle bir topluluğa özel hükümler olarak öncelikle Bankacılık Kanunu hükümleri (özellikle md. 3 ve 78), sonra genel hükümler olarak TTK madde 195 – 209 hükümleri uygulanacaktır²⁴⁰.

C. Yatırım Ortaklıkları (*Kapitalanlagegesellschaft*)

Yatırım ortaklıkları²⁴¹ yönettikleri fonları çok çeşitli yatırımlara dağıtan şirketlerdir²⁴². Bu tür şirketler holding oluşumlarının aksine, yatırım yaptığı şirketleri yönetim bazında etkilemezler; daha ziyade portföy yönetimleri bulunmaktadır²⁴³. Bu yönleri ile somut olaya göre bu tarz şirketlerin yatırım yaptığı şirketlerle birlikte konzerni oluşturup, oluşturmayacakları ayrıca belirlenmelidir. Özellikle bu tür şirketler topladığı fonlarla başka şirketlere yatırım yapıp hisse alıyorsa, iştirak dolayısıyla TTK madde 195 ve devamındaki şartları da sağlarırsa şirketler topluluğunu meydana getirecekleri kabul edilebilecektir.

V. ŞİRKETLER TOPLULUĞU HUKUKU

POK § 18’de her ne kadar konzernler bağlı işletme türlerinin bir çeşidi olarak gösterilse de Alman hukukunda “konzern hukuku (*konzernrecht*)” kavramı çeşitli bağlı işletmelerin hukukunu anlatmak üzere ve hepsi için bir

²³⁶ R.G., T. 19.10.2005, Mükerrer S. 25983.

²³⁷ Bkz. Finansal Holding Şirketleri Hakkında Yönetmelik (RG. T. 01.11.2006, S. 26333) md. 4.

²³⁸ Sıtkı Anlam Altay, *Hukuki Açıdan Banka Anonim Ortaklığı*, (Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019) 148.

²³⁹ Altay (n 238) 161 ve 164.

²⁴⁰ Ibid 164.

²⁴¹ “Yatırım ortaklıkları, sermaye piyasası araçları, gayrimenkul, girişim sermayesi yatırımları ile Kurulca belirlenecek diğer varlık ve haklardan oluşan portföyleri işletmek amacıyla, paylarını ihraç etmek üzere kurulan sabit veya değişken sermayeli anonim ortaklıklardır (Sermaye Piyasası Kanunu (R.G., T. 06.12.2012, S. 28513) madde 48/1)”.

²⁴² Keki (n 6) 3.

²⁴³ Ibid.

üst kavram, bir topluluk adı şeklinde yaygın olarak kullanılmaktadır²⁴⁴. Bu bağlamda da Alman öğretisinde “bağlı işletmeler hukuku” ifadesinden ziyade “konzern hukuku” ifadesinin sıklıkla kullanıldığı belirtilmektedir²⁴⁵.

Alman konzern hukuku geniş manada her türlü formda bağlı işletmeler hukuku olarak değerlendirilse de, dar manada sadece sermaye şirketleri konzern hukukudur²⁴⁶. Gerçekten de Alman konzern hukuku sermaye şirketleri arasındaki hukuki sorunlarla ilgilenmeyi amaç edinmektedir²⁴⁷. Bu anlayışla konzern hukuku bir şirketler hukuku konusudur²⁴⁸. Bu husus Türk hukuku bakımından kesin olup, TTK’de açıklanmıştır²⁴⁹. Gerçi Alman konzern hukuku şirket yerine işletme üzerine inşa edilmiştir²⁵⁰ ve Alman kanuni düzenlemesi de bağlı unsurları, bağlı işletmeler olarak nitelemiştir²⁵¹. Buna rağmen Alman konzernlerinin %99’unun şirketlerden meydana geldiği ve konzernlerle ilgili davaların tamamının şirketleri ilgilendirdiği belirtilmektedir²⁵².

Alman konzern hukukunda esaslı tüm ilgili mevzuat POK içinde yer almaktadır²⁵³. Ancak son zamanlarda konzern hukukunun sadece sermaye şirketlerini alakadar etmediği kabul edilmiştir²⁵⁴. Alman hukukunda limited şirketlerde konzern hukuku Federal mahkeme (BGH) içtihatları ile geliştirilmeye çalışılmaktadır²⁵⁵. BGH’nin düzenli olarak aldığı kararlarla limited şirketler konzern hukukunu geliştirmeye devam ettiği belirtilmektedir²⁵⁶.

Şirketler hukukunda geleneksel bir anlayış olarak öteden beri “bağımsız ticaret şirketi teorisi²⁵⁷” bulunmaktadır. Geleneksel şirketler hukukunun şirketi ayrı temel hukuki birim olarak ve ayrı ayrı ele almasının mahsurlarını ortadan kaldırmak üzere bir ticari teşebbüsün (*business enterprise*) ayrı ayrı parçaları yerine tamamına odaklanan “teşebbüs hukuku (*doctrine of*

²⁴⁴ Emmerich und Habersack (n 30) Einl. Rn. 1. POK § 15 ‘Bağlı İşletme’, § 16 ‘Hâkim İştirak’, § 17 ‘Bağımlılık’, § 18 ‘Konzern’ ve § 19 ‘Karşılıklı İştirak’ hallerini düzenlemektedir. POK § 15’ e göre bağlı işletmeler: çoğunluğuna sahip veya çoğunluğuna iştirak edilen işletme, bağımlı ve hâkim işletmeleri, konzern işletmesi, karşılıklı katılma işletmesi veya işletme sözleşmesine dayanan işletmelerdir. POK § 15 bağlı işletmelerin özet bir tarifini (bkz. Emmerich und Habersack (n 30) § 15 Rn. 4) ve türlerini içermektedir.

²⁴⁵ Emmerich und Habersack (n 30) § 15 Rn. 1.

²⁴⁶ Aytaç, *Konzernrecht* (n 7) 7.

²⁴⁷ Schmidt (n 28) 56.

²⁴⁸ Ibid 58.

²⁴⁹ Ibid.

²⁵⁰ Ibid.

²⁵¹ Ibid.

²⁵² Ibid.

²⁵³ Aytaç, *Konzernrecht* (n 7) 7.

²⁵⁴ Ibid 7 – 8.

²⁵⁵ Yılmaz (n 31) 138.

²⁵⁶ Emmerich und Habersack (n 30) Einl. Rn. 20.

²⁵⁷ Bkz. Eminoglu, *İnceleme*, (n 14) 17.



enterprise law) öğretisinin” şirketler hukukunu tamamlamak üzere geliştiği ifade edilmektedir²⁵⁸. Bağımsız ticaret şirketi teorisi anlayışı hukuken bağımsız olan ve tüzel kişilikleri bulunan ticaret şirketlerinin her birinin kendilerini temsile yetkili organlara haiz olduğu ve organlarının özgür iradeleri ile hareket ettikleri varsayımına dayanmaktadır²⁵⁹. Oysa teşebbüs hukuku kavramı şirketlerin hukuki bağımsızlıklarını korumalarına rağmen, ekonomik bağımsızlıklarını kaybedebileceklerini göz önüne almakta ve bu yönüyle de fikrimizce bağımsız ticaret şirketi teorisine dayanan geleneksel – klasik şirketler hukukunu tamamlamaktadır. Teşebbüs hukuku öğretisi Alman hukukunda konzern hukuku, Türk hukukunda ise “şirketler topluluğu hukuku” olarak nitelenmektedir.

Bu açıklamalar ışığında Türk Ticaret Kanunu’nun 195 ve devamı madde hükümleri ile anlatılan ve ortaya konulan bir üst kavram olarak “şirketler topluluğu hukuku” bulunmaktadır. Nasıl “Alman konzern hukuku” olarak niteleme yapıyorsak, biz de “Türk şirketler topluluğu hukuku” nitelemesini doğru buluyoruz. Türk şirketler topluluğu hukuku “şirketler hukuku” üst başlığı altında onun bir alt dalı olarak ortaya çıkmaktadır.

SONUÇ

Ekonomik yoğunlaşma denilince akla önce birleşmeler, hemen arkasından da gruplaşma gelmektedir. Gruplaşma şeklindeki yoğunlaşma ise ekonomilerde en sık ve yaygın rastlanılan ekonomik yoğunlaşmadır. Ekonomik yoğunlaşmanın uygulamada en yaygın şekilde gruplaşma anlamında konzern/şirketler topluluğu ve şirket birleşmeleri şekliyle kendini gösterdiği ileri sürülebilir.

Ekonomik yoğunlaşma esas olarak şirket tipleri arasında, kendini anonim ortaklıklarda göstermektedir. Alman POK konzern düzenlemeleri anonim ortaklıkları esas almaktadır. Bugüne kadar ayrıca Alman kanuni düzenlemelerinde limited şirketlere dair özel bir konzern düzenlemesi yapılmamıştır. Ancak Alman hukukunda limited şirketlerde konzern hukuku BGH içtihatları ile geliştirilmeye çalışılmaktadır. Oysa Türk şirketler topluluğu hukuku limited şirketler dâhil tüm ticaret şirketlerine uygulanabilmektedir.

Şirket birleşmelerinde birleşen ve tek bir şirket haline gelen şirketler hem hukuki ve hem de ekonomik bağımsızlıklarını yitirmektedir. Zira birleşme modelinde, şirketler malvarlıkları bakımından hem ekonomik ve hem de hukuki manada yoğunlaşmaktadır. Oysa konzernlerde, konzerni oluşturan şirketler hukuki bağımsızlıklarına devam ettikleri için birleşmeler ile konzern arasındaki temel fark da burada ortaya çıkmaktadır. Konzernler şirketler hukukuna dâhil bir konu olup, konzernde bağlı şirketler hukuki bağımsızlıklarını korurken, ekonomik bağımsızlıklarını yitirirler.

²⁵⁸ Blumberg (n 57) 605.

²⁵⁹ Eminoğlu, İnceleme, (n 14) 17.

Günümüzün, özellikle de batı ve gelişmiş ülkelerin iş yaşamına tek tek şirketlerin değil de şirketler topluluğunun hâkim olduğu belirtilmektedir. Bu tür topluluklarda hâkim şirket ve ona bağlı yüzlerce şirket bulunmakta, bunlar tek elden kontrol altında birbiriyle bütünleşen bir teşebbüs halini almaktadırlar. Bu durum ise gerçekte hukuken ve ekonomik bakımından şirketlerin bağımsızlığı üzerine kurulu bir hukuk sistemi (geleneksel şirketler hukukunun) ile bağdaşmamaktadır. Burada bir uyumsuzluk ortaya çıkmaktadır.

Bu uyumsuzluğu gören hukuk düzenleri harekete geçmiş ve şirketler hukukunu buna uygun düzenlemişlerdir. Bu alanda çözüm yaratan öncü ülke Almanya’dır. Almanya’da ilk düzenleme 1937 tarihli POK § 15 paragrafında tek bir madde ile yapılmıştır. Ancak bu düzenleme yeterli olmamıştır. Almanya’da geniş anlamda ve kapsamlı ilk müstakil şirketler topluluğu kuralları 1965 tarihli POK’da 56 madde ile (§ 15 – 22, § 291 – 338) düzenlenmiştir. Almanya dünyada şirketler topluluğu hukuku alanında ilk kanunlaştırma hareketini yapan ülkedir.

Almanya’yı bazı Avrupa ülkeleri kısmen bazıları ise tamamen örnek alarak yasal düzenlemeler yapmışlardır. Yine AB 7. Yönergesi’nde bu durumu dikkate alarak hükümler sevk etmiştir. Ayrıca AB’nin şirketler topluluğuna ilişkin geri çekilmiş bulunan 9. Yönergesi’nin ele alınıp yeni bir anlayışla düzenlenmesini sağlamak amacıyla “Avrupa İçin Şirketler Topluluğu Hukuku” projesi üzerinde çalışmak üzere bir Avrupa Forumu (*Forum Europaeum*) oluşturulmuştur.

İsviçre hukuku Alman hukukundan farklı olarak konzern türleri ve hükümlerini etraflıca ele almamış, sadece bazı mali durumlar/bilanço hukukuna ve kamunun aydınlatılması hakkında hükümler (İsviçre OR madde. 663e – 663g) ile karşılıklı katılmalara dâhil bir hüküm (OR madde 659b) sevk etmişti. Ancak OR madde 663e – 663g, 1 Ocak 2013 itibarıyla yürürlüğe giren Finansal Raporlama Hukuku revizyonu ile yürürlükten kalkmıştır. Bu revizyon ile OR’de yeni olarak madde 957 vd. hükümleri düzenlenmiştir. Konzern konsolide finansal raporlamaya ilişkin yeni hükümler 963 – 963b hükümleri arasında yer almakta olup, bu hükümler de 1.1.2016 itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Türk kanun koyucusu da 6102 TTK madde 195 - 209 hükümleri arasında ilk defa bu yeni düzene uygun hükümler sevk etmiş, konuyu müstakil ve etraflıca ele almıştır.

Konzern, kısaca bir veya daha fazla şirketin oy çoğunluğunu elde ederek veya başka bir şekilde tek elden bir şirketin kontrolüne girmesidir. Konzern ana şirket ve onun çoğunluğuna sahip yavru şirket ile birlikte oluşan müteşebbis bir birlik olarak görülmektedir. Konzern, müteşebbis bir ekonomik birlik yaratmak amacı ile birkaç bağımsız hukuki varlığa sahip şirketin (bağımlı - yavru şirketler) etkili bir şekilde hâkim şirkete (ana şirket) bağlanması olarak tarif edilmektedir.



Konzernlerin literatürde grubun belirli karakteristik özelliklerine göre çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır. İlk ayırım hâkimiyet ilişkisine göre yapılmaktadır. Bu ayrıma göre sözleşmeye dayalı ve iştirake dayalı konzerneer bulunur. Dahası konzerneer hiyerarşik yapılanmaya göre de ayrıma tabi tutulabilirler. Bu ayrıma göre konzerneer ise bağılı konzerneer şeklinde veya eş düzey konzerneer şeklinde meydana gelirler.

Alman POK § 18 ve eski İsviçre OR madde 663 uyarınca Alman ve İsviçre konzerneer hukuklarında hâkimiyet ‘tek elden yönetim’ prensibi ile şekillenmiştir. Daha doğru bir ifadeyle Alman ve eski İsviçre konzerneer hukukunda ‘tek elden/ birlikte yönetim’ ilkesi geçerli olup, konzerneerin varlığı için belirleyici bir şart olarak görülmüştür. Oysa finansal raporlama hukuku revizyonu ile 1 Ocak 2013’ten itibaren tek elden yönetim anlayışı İsviçre hukukunda terk edilmiş olup, İsviçre hukukunda revizyon ile gelen yeni anlayışa göre Avrupa ve uluslararası hukukla uyumlu olarak, artık tek elden yönetime bakılmadan, özellikle iştirak yoluyla fiili kontrol ilişkileri esas alınmaktadır.

Konzern Alman hukukunda topluluk için kullanılan kanuni terimken, “şirketler topluluğu ve topluluk” Türk hukukunda ‘konzern’ yerine kullanılan kanuni bir terim halini almıştır. Türk şirketler topluluğu, hâkimiyet ve kontrol unsurları esas alınarak belirlenen, ‘istisnai’ olarak hâkimin teşebbüs olabildiği, esas olarak en az bir hâkim ticaret şirketi ve bağılı ticaret şirketinden oluşan, ‘tüzel kişiliği olmayan ekonomik bütünlük’ olarak ifade edilebilir.

Türk şirketler topluluğunun hukuki kişiliği yoktur, tüzel kişi değildir, şirketler topluluğu altında bir hukuki bütünlük olarak hangi ad altında olursa olsun davada taraf olma ehliyeti yoktur. Haliyle ne bir teşebbüs ne de bir adi ortaklıktır. Oysa Alman konzerneer hukukunun teşebbüs kavramına dayandığı ifade edilmektedir.

Alman konzerneer hukuku POK § 18 paragrafı ekseninde tek elden yönetimi konzerneerin belirleyici unsuru olarak kabul ederken, Türk şirketler topluluğu hukuku, Alman konzerneer hukukundan farklı olarak (eş düzey konzerneeri ve) tek elden yönetim sistemini kabul etmemiş ve düzenlememiştir. Türk şirketler topluluğu ise esaslı olarak kontrol prensibine göre açıklanmaktadır.

Başlıca amacı başka işletmelere katılmaktan ibaret olan saf holdingler (ve karma holdingler de) TTK madde 195’de belirtilen şartları sağlıyor ise hâkimiyeti altında bulunduğu şirket veya şirketlerle birlikte şirketler topluluğu oluşturacaktır. TTK madde 195/1 uyarınca hâkimiyet ilişkisi için iki ticaret şirketi yeterli olduğundan hâkim ortaklığın mutlaka bir holding olması zorunlu olmayacaktır. Zira holding tek bir şirketten de oluşabilir, şirketler topluluğu içinse en başından beri birden çok şirketin varlığı aranır. Holding anonim şirketler için söz konusuysa ve anonim şirket şeklinde olabilirken, şirketler topluluğu bir şirket türü değildir.

Finansal holding şirketi hâkim ortaklığın özel bir türü olarak, en az birinin kredi kuruluşu, çoğunluğunun ise kredi ve finans kuruluşları olarak en az iki bağlı ortaklığı bulunan, bağlı ortaklıkları ile birlikte şirketler topluluğunu meydana getiren bir yapılanmadır.

Yatırım ortaklıkları topladığı fonlarla başka şirketlere yatırım yapıp hisse alıyorsa, iştirak dolayısıyla TTK madde 195 ve devamı şartları da sağlanırsa şirketler topluluğunu meydana getirecekleri kabul edilir.

TTK madde 195 ve devamı hükümleri ile anlatılan ve ortaya konulan bir üst kavram olarak “şirketler topluluğu hukuku” bulunmaktadır. Türk şirketler topluluğu hukuku “şirketler hukuku” üst başlığı altında onun bir alt dalı olarak ortaya çıkmıştır.

KAYNAKÇA

Aker H, ‘Hâkim İşletme İle Bağımlı Şirket Arasındaki Hukuki İlişki Ve Hâkim İşletmenin Sadakat Borcu,’ (2003) XXII (2) BATIDER 153- 204.

Aker H, ‘Türk Ticaret Kanunu Madde 14 Hakkında Bazı Düşünceler ve Yeni Bir Tacir Türü: “Hâkim Teşebbüs”, (Haziran 2009) XXV (2) BATIDER 229 – 295 (Hâkim Teşebbüs).

Altay S A, *Hukuki Açıdan Banka Anonim Ortaklığı*, (Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019).

Aytaç Z, ‘Bağlı İşletmeler Hukuku ve Türk Hukukundaki Görünüm’, (1976) VIII (4) BATIDER 97 – 125 (Bağlı işletmeler).

Aytaç Z, *Deutsches und Türkisches Konzernrecht im Vergleich*, Freiburg 1975, (*Konzernrecht*).

Bahtiyar M, *Ortaklıklar Hukuku*, (Güncellenmiş 13. Bası, Beta Yayınevi 2019).

Barlas N, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, (2. Bası, İstanbul 2008).

Bilgili F ve Demirkapı E, *Şirketler Hukuku Dersleri*, (6. Basım, Şubat 2018).

Blumberg P I, ‘The Transformation of Modern Corporation Law: The Law of Corporate Groups’, (Spring 2005) 37 (3) Connecticut Law Review 605 – 617.

Boyacıoğlu C, *Konzern Kavramı*, (1. Basım, Ankara Temmuz 2006).

Bozkurt T, *Şirketler Hukuku*, (14. Baskı Tıpkı Basım, Yetkin Yayınları, Ankara 2022).

Böckli P, *Schweizer Aktienrecht*, (4. Auflage, Schulthess, Zürich –Basel - Genf 2009).

CAHN A and DONALD D C, *Comparative Company Law, Text and Cases on the laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA*, (Cambridge University Press, Cambridge 2010).

CAN M Ç, *Hakimiyet Sözleşmesi, Anonim Şirketlerden Oluşan Şirketler Topluluğu Bakımından*, (1. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara 2020).

ÇETİNER S ve BOZKURT YÜKSEL A E, *Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku*, (5.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021).

EMMERICH V und HABERSACK M, *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, (C.H. Beck, München 2010) Einl. Rn. 20.

EMİNOĞLU C, *Konzern/Gesellschaftengruppe Österreich – Türkei –EU Ein Rechtsvergleich*, (1. Baskı, İstanbul, Eylül 2013) (Konzern).

EMİNOĞLU C, ‘Kuram – Uygulama İkileminde Şirketler Topluluğu Hukuku ve (Normatif) Şirketler Topluluğu Meydana Getirmeyen Hâkimiyet İlişkileri – TTK’nın Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümleri ve TSY m. 105 Bağlamında Bir İnceleme’, (22.12.2017) XXXI, Ticaret ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler – Tartışmalar 11 – 53 (İnceleme).

FORUM EUROPAEUM KONZERNRECHT, *Konzernrecht für Europa*, ZGR/4, 1998, 672 – 772 (FE).

GÖKTÜRK K, *Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları (Anonim Şirketlerden Oluşan Topluluklar Bakımından)*, (Ankara 2015).

HONSELL H, VOGT N P und WATTER R (Hrsg), *Basler Kommentar, Obligationrecht II (Art 530 – 964 OR)*, (4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2012) (BSK OR II-Bearbeiter/in).

HONSELL H (Hrsg), *OR (Kurzkomentar)*, (Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014) (KUKO OR- Bearbeiter/in).

HÜFFER U und KOCH J, *Hüffer Aktiengesetz*, (Beck’sche Kurz Kommentare Band 53, 11. Auflage, C.H. Beck, München 2014).

KEKİ S, *Deutsches und Türkisches Konzernrecht in der rechtsvergleichenden Betrachtung*, (Hartung – Gorre Verlag Konstanz, Erste Auflage, 2001).

NOBEL P, ‘Der Konzern – Eine Bestandesaufnahme unter Schweizer Recht’, *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan*, (Birinci Cilt, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007) 329 – 366.

OKUTAN NILSSON G, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku*, (1. Baskı, İstanbul 2009).

Özsu G, *Ekonomik Bir Bütünlük Olarak Şirketler Topluluğunda Hukuki Sorumluluk, Şirketler Hukuku ve Rekabet Hukuku Yönünden*, (1. Basım, Adalet Yayınevi Ankara 2021).

Özsunay E, *Kartel Hukuku*, (İstanbul 1985).

Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, (Güncelleştirilmiş 11. Bası, İstanbul 2009) (Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku).

Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku II*, (Güncelleştirilmiş 13. Bası, İstanbul 2017) (Ortaklıklar Hukuku II).

Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi, C. I*, (Tamamen yenilenmiş ve genişletilmiş 3. Baskı Adalet Yayınevi Ankara 2018).

Schmidt K, ‘Evaluation of Turkish Corporate Group Law from a German Law Perspective’ in Gül Okutan Nilsson (ed), *Karşılaştırmalı Şirketler Topluluğu Hukuku*, 80. Yaş Gününde Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Saygı Konferansı, (1. Baskı, Oniki Levha, İstanbul 2018) 55 – 70.

Susuz K, ‘Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı Bakımından Hakim Teşebbüs Kavramı’, (2012) 18 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı Sempozyum “6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken” 10-11-12 Mayıs 2012, 269 – 280.

Şener O H, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, (Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara 2015).

Tekinalp Ü, ‘Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Şirketler Topluluğu’na İlişkin Düzenlenmesinde Kontrol İlkesi’, (Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C. II, İstanbul 2009) 1543 – 1556.

‘Towards Recognition Of The Group Interest In The European Union?’ Report From The Club Des Juristes Committee on Europe, June 2015, s. 10. https://orbi.lu/bitstream/10993/28103/1/CDJ_Rapports_Group-interest_UK_June-2015_web.pdf (erişim tarihi 13.07.2021).

TTK Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, (I -324), Dönem; 23, Yasama Yılı:2, S. Sayısı: 96, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf>. (erişim tarihi 06.01.2022).

von der Crone H.C, *Aktienrecht*, (Stampfli Verlag, Bern, 2014).

Yılmaz A, *Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Şirketler Topluluğuna Gündem Doğan Sorumluluk*, (1. Baskı, İstanbul 2010).



ÇALIŞMaktan KAÇINMA HAKKI

The Right to Refuse Work

Gürcan ÖNOL*

Özet

İş sağlığı ve güvenliği günümüzde temel insan haklarından biri olarak sayılmaktadır. Nitekim *İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde*, herkesin adil ve elverişli koşullarda çalışma hakkı olduğu kabul edilmiştir. Bu anlayış Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 49'uncu maddesine de dâhil edilmiş ve devlete, çalışanları korumak için gerekli tedbirleri alma zorunluluğu getirilmiştir. Uluslararası antlaşmalar ve Anayasa ile güvence alınan sağlıklı ve güvenli koşullarda çalışma olanağının bulunmadığı işyerlerinde, çalışanlar da doğal olarak çalışmaktan kaçınmak isteyecektir.

Uluslararası antlaşmalardan esinlenilerek, Türk iş hukuku mevzuatına dâhil edilen çalışmaktan kaçınma hakkı, 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 13'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre çalışanlar, ciddi ve yakın bir tehlike ile karşı karşıya kalmaları durumunda, çalışmaktan kaçınma haklarını kullanabilecektir. Ancak mevcut düzenlemelere göre, çalışanların çalışmaktan kaçınma haklarını kullanmaları neredeyse olanaksızdır.

Bu çalışmada öncelikle çalışmaktan kaçınma hakkının ne olduğu üzerinde durulmuş ve ardından bu hakkın tanımı, kapsamı ve yasal dayanağı anlatılmıştır. Daha sonra, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması için gerekli olan koşullar açıklanmıştır. Son olarak ise, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasının önünde yer alan zorluklar ele alınmış ve bir değerlendirme yapılarak, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasının önünde yer alan zorlukların üstesinden nasıl gelinebileceğine ilişkin öneriler getirilmiştir.

Anahtar kelimeler: İş sağlığı ve güvenliği, çalışmaktan kaçınma hakkı, ciddi ve yakın tehlike.

➤ Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 24.02.2022

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 06.09.2022

* Avukat, İstanbul Barosu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, gurcan.onol@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-4015-5723>



Abstract

Occupational health and safety is considered a fundamental human right. In this regard, the Universal Declaration of Human Rights recognizes that everyone has the right to work in just and favorable conditions. Likewise, the 49th article of the Turkish Constitution includes a provision, indicating that the State is obliged to take the necessary measures in order to protect the employees. Therefore, if the right to work in healthy and safe conditions cannot be ensured in workplaces, then, the employees will naturally exercise their rights to refuse work.

The right to refuse work can be found in Article 13 of the Turkish Occupational Health and Safety Law No. 6331. According to this provision, employees are able to exercise their right to refuse work if they are faced with a serious and imminent danger. Nevertheless, according to the legislation in force, it is almost impossible for the employees to exercise their right to refuse work.

In this study, first of all, the concept, definition, scope and legal basis of the right to refuse work are explained. Then, the conditions necessary for exercising the right to refuse work are indicated. Finally, the difficulties to exercise the right to refuse work are examined, an evaluation is made and suggestions are brought on how to overcome the difficulties regarding the exercise to refuse work.

Keywords: Occupational health and safety, refuse to work, serious and imminent danger.

GİRİŞ

Yeni Koronavirüs Hastalığı (“Covid-19”) ilk olarak Çin’in Vuhan Eyaleti’nde, 2019 yılının Aralık ayının sonlarında, ateş, öksürük ve nefes darlığı gibi belirtiler gösteren bir grup hastada yapılan araştırmalar sonucunda, 13 Ocak 2020 tarihinde tanımlanmış, virüse bağlı bir hastalıktır.¹ 11 Mart 2020’de Dünya Sağlık Örgütü tarafından Covid-19 nedeniyle bir küresel salgın ilan edilmiştir. 5 Şubat 2022 tarihi itibarıyla ise dünyada 392.771.601 Covid-19 vakası onaylanmış ve bu hastalık nedeniyle 5.748.232 hasta hayatını kaybetmiştir.² Fakat Covid-19 salgını sadece insanların sağlıklarını değil, iş yaşamlarını da derinden etkilemiştir. Uluslararası Çalışma Örgütü (“ILO”) tahminlerine göre, 2021 yılında, 125 milyon saat tam zamanlı iş kaybına eşdeğer kayıp gerçekleşmiştir.³

Türkiye’deki ilk Covid-19 vakası 11.03.2020 tarihinde bildirmiştir.⁴ Yapılan bu bildirimden 10 gün sonra, 21.03.2020 tarihinde, İçişleri Bakanlığı tarafından bir genelge yayımlanmış ve 65 yaş ve üzeri ile bağışıklık sistemi

¹ T.C. Sağlık Bakanlığı, COVID-19 Bilgilendirme Platformu, Erişim Tarihi: 01.02.2022, <https://covid19.saglik.gov.tr/TR-66300/covid-19-nedir-.html>.

² Vikipedi Özgür Ansiklopedi, Covid-19 Pandemisi, Erişim Tarihi: 01.02.2022, https://tr.wikipedia.org/wiki/COVID-19_pandemisi.

³ ILO, ILO Monitor: COVID-19 and the world of work, Eighth edition, Updated estimates and analysis, 27.10.2021, s.2.

⁴ Anadolu Ajansı, Erişim Tarihi: 01.02.2022, <https://www.aa.com.tr/tr/koronavirus/saglik-bakani-koca-turkiyede-ilk-koronavirus-vakasini-goruldugunu-acikladi/1761466>.

düşük ve kronik akciğer hastalığı, astım, KOAH, kalp/damar hastalığı, böbrek, hipertansiyon ve karaciğer hastalığı olanlar ile bağışıklık sistemini bozan ilaçları kullananların, 21 Mart saat 24.00'den sonra ikametlerinden dışarı çıkmaları, açık alanlarda, parklarda dolaşmaları ve toplu ulaşım araçları ile seyahat etmeleri sınırlandırılarak sokağa çıkmaları yasaklanmıştır.⁵ 03.04.2020 tarihinde yayımlanan başka bir genelgeyle ek bazı tedbirler alınmış ve büyükşehir statüsündeki 30 il ile Zonguldak il sınırlarından kara, hava ve deniz yolu ile yapılacak tüm giriş ve çıkışlar 15 günlük bir süre için geçici olarak durdurulmuş ve tüm il ve ilçelerde, 01.01.2000 tarihinden sonra doğmuş olanların sokağa çıkmaları geçici olarak yasaklanmıştır.⁶ 26.04.2021 tarihinde yayımlanan bir başka bir genelgeyle⁷ ise, 29 Nisan 2021 tarihinde başlayıp, 17 Mayıs 2021 tarihinde sona erecek ve ülke genelinde uygulanacak olan bir tam kapanma dönemine girilmiştir.

Alınan tedbirler nedeniyle işverenler işyerlerini zorunlu veya gönüllü olarak kapatmak zorunda kalmış, bu nedenle birçok çalışan ya işini kaybetmiş, ya ücretli/ücretsiz izne gönderilmiş veya iş görme borcunu uzaktan çalışma yoluyla yerine getirmeye başlamıştır. İşe gidemeyen, ücretli veya ücretsiz izne ayrılan veya iş görme borcunu uzaktan çalışma yoluyla yerine getiren çalışanlar, tedbirlerin hafifletilmesinden sonra ise işe dönmekte tereddüt etmiş ve çalıştıkları işyerlerinde, işverenin gerekli iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini almasını beklemiştir. Bunun üzerine Çalışma Bakanlığı bir genelge yayımlayarak, işverenlerin, işyerinde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik risklerine yönelik koruyucu ve önleyici tedbirler hakkında tüm işçilerini bilgilendirmekle yükümlü olduğunu bildirmiş ve henüz Covid-19 aşısı tamamlanmamış işçilerini yazılı olarak bilgilendirmesini talep etmiştir.⁸ Bilgilendirme sonrasında ayrıca, aşı olmayan işçilere, kesin Covid-19 tanısı konması durumunda, bunun iş ve sosyal güvenlik mevzuatı açısından olası sonuçlarının işveren tarafından işçilere bildirilmesi gerektiği, buna rağmen Covid-19 aşısı olmayan işçilerden, 6 Eylül 2021 tarihi itibarıyla, zorunlu olarak haftada bir kez PCR testi yaptırmaları istenebileceği ve test sonuçlarının, gerekli işlemler yapılmak üzere işyerinde kayıt altında tutulacağı da bildirilmiştir.⁹

Bu genelgenin yayımlanmasıyla birlikte, gerekli iş sağlığı ve güvenliği ("**İSG**") tedbirlerini almayan işverenlerin işyerlerinde çalışan işçilerin, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun¹⁰ ("**İSGK**") 13'üncü maddesinde

⁵ 65 Yaş ve Üstü ile Kronik Rahatsızlığı Olanlara Sokağa Çıkma Yasağı Genelgesi, Tarih: 21.03.2020, Sayı: 5762.

⁶ Şehir Giriş/Çıkış Tedbirleri ve Yaş Sınırlaması Genelgesi, Tarih: 03.04.2020, Sayı: 6235.

⁷ Tam Kapanma Tedbirleri Genelgesi, Tarih: 27.04.2021, Sayı: 7576.

⁸ 02.09.2021 tarihli, İşyerlerinde Covid-19 Tedbirleri Genelgesi, 2'nci paragraf.

⁹ İşyerlerinde Covid-19 Tedbirleri Genelgesi, 3 ve 4'ünü paragraf.

¹⁰ İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, Kanun Numarası: 6331, Kabul Tarihi: 20.06.2012, RG: Tarih: 10.06.2012/28339.



düzenlenen çalışmaktan kaçınma haklarını kullanıp kullanamayacağına ilişkin tartışmalar yoğunlaşmaya başlamıştır. Nitekim çalışanlar, birçok işyerinde, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 13'üncü maddesindeki süreci işleterek, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanma yoluna gitmeyi denemiş, işverenlerse, her türlü tedbiri aldığı ileri sürerek, işçilerinin çalışmaktan kaçınmalarını önlemeye çalışmıştır.¹¹ Bu nedenle çalışmaktan kaçınma hakkının ne olduğu ve nasıl kullanılabilceği konusunun yeniden incelenmesi gereği ortaya çıkmıştır.

A. ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKI

1. Kavramı

İş Hukukunun doğuş ve gelişmesinin temel nedeni, iş ilişkilerinde daha güçsüz durumda olan işçinin korunması kaygısıdır, çünkü iş hukuku tarihi, başlangıçta bu hukuk dalının çok güç çalışma koşulları altında bulunan işçileri korumak amacıyla doğduğuna ve gelişme sürecine girdiğine tanıklık etmektedir.¹²

İş ilişkisinde işçinin korunması gereği salt yasa koyucunun siyasi veya ideolojik bir tercihi olarak nitelendirilemez. Her şeyden önce, geçimini sağlayabilmek için genellikle ücretinden başka bir olanağa sahip olmayan işçi, sermayeyi elinde bulunduran işverenin ekonomik bağımlılığı altındadır ve bu bağımlılık ilişkisi, işverenin ekonomik gücüne karşı bir denge oluşturulabilmesi amacıyla işçinin korunmasını zorunlu kılmaktadır.¹³ Bu korunma zorunluluğu doğal olarak işçinin salt maddi ve ekonomik çıkarlarını değil, aynı zamanda onun temel hak ve özgürlüklerinden birini oluşturan sağlık ve güvenliğine ilişkin çıkarlarını da kapsamaktadır. Diğer bir ifadeyle, işçinin işveren karşısında ücret ve benzeri hakları bakımından korunması zorunlu olduğu kadar, çalışma nedeniyle maruz kalabileceği mesleki risklere karşı da korunması gerekir.¹⁴ İşçinin iş sözleşmesiyle işverenin emir ve talimatı altına girmesi, işçinin, kişilik haklarını ihlal eden eylemlere (cinsel taciz, tahkir, darp vs.) maruz kalması riskini de doğurduğu için, işçinin sadece bedensel değil, aynı zamanda ruhsal varlığına ve şeref ve haysiyetine yönelik tehlikelere karşı da korunması gerekir.¹⁵ İşçinin korunması ayrıca, emeğin ticari bir meta olmadığı evrensel ilkesinin bir gereği olarak da iş hukukunun temel bir özelliğini oluşturmaktadır.¹⁶

¹¹ Ufuk Aydın, "Covid-19 Pandemisi; İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Alanında Yarattığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri", İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6, sayı 2, 2020, s.193.

¹² Sarper Süzek, İş Hukuku, Beta Yayınları, Yenilenmiş 21. Baskı, İstanbul, 2021, s.19.

¹³ Süzek, s.19.

¹⁴ Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı, Ulaş Baysal, İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Lykeion Yayınları, Ankara, 2017, s.5.

¹⁵ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.5.

¹⁶ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.6.

Yukarıdaki açıklamalara paralel olarak, Türk iş hukukunda da işverene, işçileri koruma yükümlülüğü getiren düzenlemeler hazırlanmıştır. Bu kapsamda, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 4'üncü maddesi, işverenin, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olduğunu açıkça ifade etmektedir. İşverenin bu yükümlülüğü, Türk Borçlar Kanununun¹⁷ ("TBK") 417'nci maddesinde genel olarak düzenlenen işverenin işçisini koruma borcuna dayanmakta ve TBK'da yer alan bu hükmü somutlaştırılmaktadır.¹⁸ İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda yer alan hükümlerin emredici nitelikte olduğu ve TBK'dan farklı olarak, kamu düzenine ilişkin olduğunun da burada belirtilmesi gerekir.¹⁹

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, işverene, bir iş kazası olduktan sonra, bu kazanın nedenini araştırarak, benzer kazaların bir daha olmaması için önlem alınmasını değil, o işyerinde bir iş kazasının ya da meslek hastalığının meydana gelmemesi için gerekli sistemin kurulması yükümlülüğünü getirmektedir.²⁰ Doğal olarak, işverenlerin, gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almamaları durumunda, işçilerin, kendi yaşamlarını ve bedensel/ruhsal bütünlüklerini, gerçekleşmesi muhtemel iş kazaları ve meslek hastalıklarına karşı koruyabilmesi ve önlem alabilmesi gerekir. Bu önlemlerden biri de işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesidir. Özellikle iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin yeterince alınmadığı işyerlerinde bu hak çok daha büyük bir önem kazanmaktadır.

Çalışmaktan kaçınma hakkı, hukuki mahiyeti bakımından, zorlayıcı nedenden kaynaklanan bir ifa imkânsızlığı, ifa edilemezlik def'i, mütemerrit alacaklı karşısında borçlunun sahip olduğu bir hak, temel bir güvenlik hakkı veya zaruret hali bağlamında bir hak gibi çeşitli hukuki değerlendirmelere tabi tutulmaktadır.²¹ Esasen, işçinin, iş sözleşmesinden kaynaklanan borcunu yerine getirmemesi, iş sözleşmesinin bir ihlali anlamını taşır. Ancak iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin önlemler de hukuken, işçinin iş görme borcunu ifa için işverenin ifaya katılma fiillerinden, diğer bir ifadeyle, hazırlayıcı nitelikteki fiil ve işlemlerden sayılır.²² Bu nedenle, işverenin, işyerinde gerekli iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini alması şarttır. Gerekli iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin alınmadığı bir işyerinde işçilerin çalışması da beklenemez. Bu itibarla, iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmek suretiyle, işçilerin iş

¹⁷ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG: Tarih: 04.02.2011/27836.

¹⁸ Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat,ERCÜMENT ÖZKARACA, İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, Yenilenmiş 34. Bası, s.412.

¹⁹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.413.

²⁰ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.415-416.

²¹ Leyla Kılıç, İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Yükümlülüğü ve Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, 2006, s.132.

²² Kılıç, s.127.



görme borçlarının ifası önünde engel oluşturan işveren temerrüde düşmüş olur.²³ Bilindiği üzere, TBK madde 408'e²⁴ göre, temerrüde düşen işveren, işçinin ücretini yine de ödemek zorundadır. Ancak işçi dilerse, İş Kanununun²⁵ 24/I(a) bendi gereğince, iş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması, işin niteliğinden doğan bir sebeple sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli hale geldiği için, iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilir de.

Çalışmaktan kaçınma hakkı ayrıca, taraflar arasında akdedilen iş sözleşmesini ayakta tutmakta, diğer bir ifadeyle, gerekli iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri alınmadığı gerekçesiyle, işçinin iş sözleşmesini feshetmesine gerek kalmaksızın, iş ilişkisinin devam etmesine olanak sağlamaktadır.

Son olarak, çalışmaktan kaçınma hakkı işçi lehine getirilmiş bir hüküm gibi gözüke de bu hüküm kanımızca, ileride belki de çok daha maliyetli olabilecek olan tazminatların ödenmesine engel olabileceği için, işveren lehine de getirilmiş bir hüküm olarak değerlendirilmelidir.

2. Tanımı

6331 sayılı Kanun, çalışmaktan kaçınma hakkının tanımını yapmamıştır. Öğretide ise çalışmaktan kaçınma hakkı, işçinin temel edimi olan iş görme borcunu, kanunda mevcut koşulların gerçekleşmesi halinde, kendi iradesi ile yerine getirmeme hakkı olarak tanımlanmaktadır.²⁶ Bu kapsamdan bakıldığında, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasıyla birlikte işçi, TBK madde 395'te düzenlenen iş görme borcunu²⁷, yine kanunun verdiği başka bir hakka dayanarak yerine getirmekten kurtulmaktadır.

3. Kapsamı

Çalışmaktan kaçınma hakkı, işçinin sadece çalıştığı işyerinde, yerine getirmesi gereken iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınması borcunu kapsar. Bu nedenle, iş sözleşmesinde, İş Kanununda ve TBK kapsamında yer alan ve işçiye yüklenen diğer borçlar, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığı dönemde varlığını yine de sürdürür. Aslında işçi çalışmaktan kaçınma hakkını kullanırken kusursuz bir geçici ifa imkânsızlığı durumu ortaya çıkar. Bu imkânsızlık, işverenin gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almasına

²³ Kılıç, s.127

²⁴ TBK m.408: “İşveren, işgörmeye ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. Ancak, işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir.”

²⁵ İş Kanunu, Kanun Numarası: 4857, Kabul Tarihi: 22.05.2003, RG: Tarih: 10.06.2003/25134.

²⁶ Hande Albayrak Gül, “İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı”, Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2019, s.7.

²⁷ TBK m.395: “Sözleşmeden veya durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça, işçi yüklenildiği işi bizzat yapmakla yükümlüdür.”

kadar süren bir geçici ifa imkânsızlığıdır.²⁸ Gerekli tedbirler alındıktan sonra, işveren ile çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçi arasındaki iş ilişkisi, sanki hiçbir şey olmamış gibi kaldığı yerden devam eder.

4. Hukuki Dayanakları

4.1. Uluslararası Hukuki Dayanaklar

Sınâî kapitalizmle birlikte, işçilerin çalışma ve yaşama koşullarından kaynaklanan problemler, uluslararası rekabet nedeniyle, giderek salt ulusal mevzuatla çözümlenemeyecek ve dolayısıyla, uluslararası işbirliğini gerektirecek hale gelmiştir.²⁹ Bu nedenle, işçilerin çalışma ve yaşama koşullarını düzenleyen birçok uluslararası sözleşme veya antlaşma kabul edilmeye başlanmıştır. *Örneğin*, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarihli ve 217 A (III) sayılı kararıyla kabul edilip ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin³⁰ 23'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına göre herkesin çalışma, işini özgürce seçme, adil ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır. Görüldüğü üzere, *"elverişli koşullarda çalışma hakkı"*, *İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde*, evrensel bir insan hakkı olarak tanımlanmıştır. Yine, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarih ve 2200 A (XXI) sayılı Kararıyla kabul edilen ve Türkiye tarafından da 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalanıp, 06.06.2003 tarihli ve 4867 sayılı Kanunla³¹ onaylanması uygun bulunan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 7'inci maddesinin (b) bendine göre herkesin güvenli ve sağlıklı çalışma koşullarına sahip olması güvence altına alınmıştır.³² Görüldüğü üzere burada da *"güvenli ve sağlıklı çalışma koşullarına sahip olmak"* temel bir insan hakkı hak olarak düzenlenmiştir.

Türkiye'nin de üyesi olduğu Avrupa Konseyi tarafından 18 Ekim 1961 tarihinde İtalya'nın Torino kentinde imzalanan ve 26 Şubat 1965 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Sosyal Şartı da çalışanların iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili düzenlemeler getirmektedir.³³ Bu Sözleşmenin I. Bölümü altında yer alan

²⁸ Gül, s.316.

²⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.30.

³⁰ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Erişim Tarihi: 01.02.2022, https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/trk.pdf.

³¹ Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslar arası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 4867, Kabul Tarihi: 04.06.2003, RG: 18.06.2003/25142.

³² Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, Erişim Tarihi: 01.02.2022 <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c016/tbmm22016089ss0148.pdf>.

³³ Türkiye, Avrupa Sosyal Şartı'nı 18 Ekim 1961 tarihinde imzalamış ve 16 Haziran 1989 tarih ve 3581 sayılı Onayı Uygun Bulma Kanunu, 4 Temmuz 1989 tarih ve 20215 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Şartın onaylanmasını kararlaştıran 7 Ağustos 1989 tarih ve 89/14434 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Şart'ın resmi Türkçe çevirisi, 14 Ekim 1989 tarih ve 20312 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Onay belgeleri 24 Kasım 1989 tarihinde



3. Paragrafta, tüm çalışanların güvenli ve sağlıklı çalışma koşullarına sahip olmaları gerektiği ifade edilmektedir. Aynı Sözleşmenin II. Bölümü altında yer alan 2. Maddesinin 4. Paragrafında ise, tehlikeli ve sağlığa zararlı işlerdeki risklerin azaltılması veya ortadan kaldırılması gerektiği, bu risklerin yeterince azaltılmadığı veya kaldırılmadığı durumlarda ise, bu işlerde çalışan işçilere ücretli ek izin verilmesi veya bunların çalışma saatlerinin azaltılması gerektiği belirtilmektedir. Burada, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin, birinci kuşak haklar olarak bilinen temel hakları (yaşam hakkı, işkence yasağı, kölelik ve zorla çalıştırma yasağı, hürriyet ve güvenlik hakkı, adil yargılanma hakkı gibi) güvence altına alırken, ikinci kuşak haklar olarak kabul edilen sosyal ve ekonomik hakların (çalışma hakkı, örgütlenme hakkı, sosyal güvenlik hakkı, adil ücret hakkı gibi) ise Avrupa Sosyal Şartı ile koruma altına alındığını hatırlatmak gerekir.³⁴ Bu nedenle, çalışanların çalışma koşullarına ilişkin hakları günümüzde artık insan hakları kapsamı içinde değerlendirilmektedir.

İşçilere, özel olarak çalışmaktan kaçınma hakkının tanınması ancak, uluslararası iş hukukunun oluşumu ve gelişiminde belirleyici rol oynayan Uluslararası Çalışma Örgütünün kurulmasıyla mümkün olabilmektedir.³⁵ Bu kapsamda, 07.01.2004 tarih ve 5038 sayılı Kanunla³⁶ kabul edilen ve 22 Nisan 2005 tarihinde Türkiye’de de yürürlüğe giren, 3 Haziran 1981 tarihli “155 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin” ILO Sözleşmesi³⁷, sağlığı ve hayatı için ciddi ve yakında vaki olmasından korktukları bir tehlike meydana gelmesi nedeniyle, çalışanların makul bir gerekçeyle işinden uzaklaşması durumunda, doğabilecek olan olumsuz sonuçlara karşı onları koruyacak mevzuatın hazırlanması ve buna ilişkin uygulamaların geliştirilmesi gerektiğini açıkça belirtmektedir.³⁸ Çalışmaktan kaçınma hakkına yer veren bu

Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği’ne tevdi edilmiş ve Şart, Türkiye bakımından 24 Aralık 1989 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Avrupa Sosyal Şartı gözden geçirildikten sonra, yeni bir metin olarak 1996 tarihinde imzaya açılmış ve 1 Temmuz 1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nı 6 Ekim 2004 tarihinde imzalamıştır. 27 Eylül 2006 tarih ve 5547 sayılı Onaya Uygun Bulma Kanunu, 3 Ekim 2006 tarih ve 26308 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Şartın onaylanmasını kararlaştıran 22 Mart 2007 tarih ve 2007/11907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Şart’ın resmi Türkçe çevirisi, 9 Nisan 2007 tarih ve 26488 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Onay belgeleri 27 Haziran 2007 tarihinde tevdi edilmiş ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, Türkiye bakımından 1 Ağustos 2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

³⁴ Fazıl Aydın, Avrupa Sosyal Şartı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Yayınları, 2014, 25.

³⁵ Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s.30.

³⁶ İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin 155 Sayılı Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5038, Kabul Tarihi: 07.01.2004, RG: 13.01.2004/25345.

³⁷ Occupational Safety and Health Convention, Erişim Tarihi: 01.02.2022, [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C155\(T.03.06.1981,S.155\)](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C155(T.03.06.1981,S.155))

³⁸ 155 Sayılı ILO Sözleşmesi m.13.

hüküm, Türkiye de dâhil, birçok ülkenin iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına, değişik şekillerde de olsa yansımıştır.³⁹ Örneğin Kanada’da iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında, işçilere, güvenli olmadığını düşündükleri işi reddetme olanağı tanınmıştır.⁴⁰ İsveç İş Sağlığı ve Güvenliği Yasasına göre de işyerinde, işçinin hayatı ve sağlığı için ani ve ciddi bir tehlikenin ortaya çıkması durumunda, işçiler çalışmaktan kaçınabilecektir.⁴¹ Benzer bir hüküm Fransız İş Kodunda da yer almaktadır.⁴²

ILO Sözleşmesi yukarıda belirtilen yükümlülüğü sadece üye devletlere getirmekle yetinmemiş ve işletmelerin de bu konuda kendi iç düzenlemelerini hazırlamaları gerektiğini belirtmiştir. Bu iç düzenlemelerde ise, çalışanların, sağlık ve hayatları için ciddi ve yakında vaki olmasından korktukları bir tehlike meydana gelmesi durumunda, bunu işverenlerine nasıl bildireceklerine ve işverenlerin, tehlike giderilinceye kadar, çalışanlarının, sağlık ve hayatları için ciddi tehlike oluşturmaya devam eden çalışma alanlarına dönmelerini talep edemeyeceğine ilişkin haklara yer verilmesi istenmiştir.⁴³

155 Sayılı ILO Sözleşmesi hükümlerine benzer bir düzenleme de 20.11.2014 tarih ve 6571 sayılı Kanunla⁴⁴ kabul edilen ve 23.03.2015 tarihinde Türkiye’de de yürürlüğe giren, ILO’nun 20.06.1988 tarihli ve 167 Sayılı “İnşaat İşlerinde Güvenlik ve Sağlık Sözleşmesinde”⁴⁵ de yer almaktadır. Sözü edilen Sözleşmenin 12’nci maddesinde, durumu önceden işverene veya işveren vekiline bildirmek şartıyla, inşaat işyerlerinde oluşabilecek ve işçilerin güvenliğini ve sağlığını yakın ve ciddi olarak tehlikeye sokabilecek risklerin mevcut olması halinde, işçilerin çalışmaktan kaçınma haklarını kullanabilecekleri belirtilmiştir.⁴⁶

Uluslararası Çalışma Örgütü’nün kabul ettiği sözleşme ve tavsiye kararları ile bir yandan uluslararası iş hukuku mevzuatı oluşturulurken, diğer yandan, Türkiye de dâhil olmak üzere, örgüte üye ülkelerin sosyal politikalarına yön verilmesi amaçlanmaktadır.⁴⁷ Bu nedenle birçoğu Türkiye tarafından da

³⁹ Murat Demircioğlu, Hasan Ali Kaplan, Sorularla İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s.179.

⁴⁰ Kılıç, s.129.

⁴¹ Kılıç, 129.

⁴² Kılıç, 129.

⁴³ 155 Sayılı ILO Sözleşmesi m.19/7.

⁴⁴ 167 Sayılı İnşaat İşlerinde Güvenlik ve Sağlık Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 6571, Kabul Tarihi: 20.11.2014, RG: 29.11.2014/29190.

⁴⁵ Safety and Health in Construction Convention, Erişim Tarihi: 01.02.2022, [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C167\(T.20.06.1988,S.167\)](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C167(T.20.06.1988,S.167))

⁴⁶ İbrahim Aydın, İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s.55.

⁴⁷ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.44.

onaylanan ILO sözleşmelerinin, Türk çalışma hayatındaki önemi giderek artmaktadır.⁴⁸ Nitekim 6331 sayılı Kanunun genel gerekçesinde yer alan şu ifadeler de, 6331 sayılı Kanun hükümlerinin, ILO sözleşme hükümleri ile uyumlu olarak düzenlendiğini açıkça ortaya koymaktadır:⁴⁹

“Ülkemiz; uluslararası Çalışma Örgütünün (ILO) “İş sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin 155 sayılı Sözleşmesini 5038 sayılı Kanunla ve “İş Sağlığına İlişkin 161 sayılı Sözleşmesini de 5039 sayılı Kanunla onaylamıştır. Onaylanan bu sözleşmelerde, çalışma hayatına ilişkin milli mevzuatımızda yer alan hükümlerden daha kapsamlı olarak; sözleşmelerin kamu hizmetleri de dâhil bütün ekonomik faaliyet kollarına uygulanacağı, çalışanlar teriminin istihdam edilen bütün kişileri kapsamaması işyerlerinde sağlığa zararlı risklerin tanımlanması ve değerlendirilmesi zorunluluğu gibi birçok husus mevcut mevzuatımızın güncellenmesini gerektirmiştir.”

Son olarak, ILO sözleşme ve tavsiye kararlarının üye ülkelere uygulanmaması, bu ülkelerle Uluslararası Çalışma Örgütünün ilişkilerini olumsuz etkileyebileceği gibi, ILO Anayasasının⁵⁰ 31’inci maddesi gereği, uyuşmazlık, şikâyet yoluyla Uluslararası Adalet Divanının önüne de getirilebilecektir.⁵¹ Yine diğer uluslararası antlaşmalardan farklı olarak, ILO sözleşmelerinin bazı hükümlerine üye ülkelere çekince getirme olanağı bulunmadığı da dikkate alınmalıdır.⁵²

Uluslararası çalışma hukukuyla ilgili diğer önemli kaynaklar, Avrupa Birliği (“AB”) tarafından hazırlanan düzenlemelerdir. Bu kapsamda AB, 12 Haziran 1989 tarihinde, 89/391/EEC sayılı “İşyerlerinde Çalışan İşçilerin Sağlık ve Güvenliklerinin İyileştirilmesinin Teşvik Edilmesi İle İlgili Önlemlerin Alınmasına İlişkin Konsey Direktifini”⁵³ yürürlüğe sokarak, 155 sayılı ILO Sözleşmesinde yer alan hükümlerin AB üyesi ülkeler arasında uygulanmasının yolunu açmıştır. 89/391/EEC sayılı Konsey Direktifinin 8’inci maddesinin 4’üncü fıkrası da, ciddi, yakın ve kaçınılmaz bir tehlike meydana gelmesi durumunda, işyerlerini veya tehlikeli bölgeyi terk eden çalışanların, bunu yapmalarından dolayı haklarının kısıtlanamayacağını düzenlemiş ve AB üyesi

⁴⁸ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.34.

⁴⁹ Haluk Sadi Sümer, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Seçkin Hukuk Yayınları, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, 2019, s. s.21.

⁵⁰ Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Anayasası, Erişim Tarihi: 01.02.2022, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-ankara/documents/publication/wcms_412382.pdf.

⁵¹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.45.

⁵² Süzek, s.95.

⁵³ Council Directive 89/391/EEC of 12 June 1989 on the Introduction of Measures to Encourage Improvements in the Safety and Health of Workers at Work, Erişim Tarihi: 01.02.2022, <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/ALL/?uri=celex%3A31989L0391>.

ülkelerin, hazırlayacakları ulusal mevzuat ve geliştirecekleri uygulamalarla, doğabilecek olan olumsuz ve haksız sonuçlara karşı çalışanların korunması gerektiğini açıkça belirtilmiştir.

4.2. Ulusal Hukuki Dayanaklar

Yukarıda bahsedilen uluslararası antlaşmalarla teminat altına alınan elverişli, güvenli ve sağlıklı koşullarda çalışma hakkı, Türk mevzuatında da yerini almıştır. Öncelikle, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının⁵⁴ 49’uncu maddesine göre devlet, çalışanları korumak için gerekli tedbirleri almak zorundadır. Görüldüğü üzere Anayasa’da, çalışanların korunması, anayasal bir hak olarak ele alınmıştır. Yine Anayasanın 48’inci maddesinin 2’nci fıkrasına göre devlet, özel teşebbüslerin, milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini ve güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri almak zorundadır. Bu hükme göre de çalışanların, güvenlik içinde çalışmalarını anayasal bir hak olarak düzenlenmiştir.

Türk Borçlar Kanunu da, işverenin, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almakla yükümlü olduğunu belirtmektedir. (TBK m.417/2) Aynı zamanda “İşçiyi Gözetme Borcu” olarak da adlandırılan bu yükümlülük, işverenin, çalışanlarına karşı üstlendiği en önemli yükümlülüklerden biridir.

Anayasa ve Türk Borçlar Kanunda yer alan genel nitelikteki bu hükümlerin yanı sıra, Türkiye, 155 Sayılı ILO Sözleşmesi ve 89/391/EEC sayılı Konsey Direktifinde yer alan düzenlemeleri de iç mevzuatına aktarmıştır. Sözü edilen düzenlemeler başlangıçta, 4857 sayılı İş Kanununun, İş Sağlığı ve Güvenliği başlıklı Beşinci Bölümü altında, 77 ila 89’uncu maddeleri arasında düzenlenmişti. Ancak İş Kanununda düzenlendiği için, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin haklar sadece İş Kanununa tabi olarak çalışan işçilere uygulanabilmiş ve diğer çalışanlar kapsam dışında kalmıştı. Fakat Türk mevzuatının AB mevzuatına uyumu kapsamında hazırlanan 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun yürürlüğe girmesiyle birlikte, İş Kanunda yer alan İSG ile ilgili hükümler yürürlükten kaldırılmış⁵⁵ ve İSGK kapsamında düzenlenmeye başlanmıştır. Böylece, sadece İş Kanununa tabi olarak çalışanlar değil, diğer kanun hükümlerine tabi olarak çalışanlar da güvence kapsamına alınmıştır. 155 Sayılı ILO Sözleşmesi ve 89/391/EEC sayılı Konsey Direktifinde yer alan çalışmaktan kaçınma hakkı ile ilgili düzenlemeler ise günümüzde, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun “Tahliye” başlıklı 12 ve “Çalışmaktan Kaçınma Hakkı” başlıklı 13’üncü maddelerinde yer almaktadır.

⁵⁴ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG: 09.11.1982/17863 mükerrer.

⁵⁵ İSGK m.37.

4.3. Koşulları

4.3.1. Tehlike Olması

Çalışanların çalışmaktan kaçınma haklarını kullanabilmeleri için öncelikle o işyerinde, işçi sağlığı ve güvenliğini tehdit eden bir tehlikenin ortaya çıkması gerekmektedir. Tehlike, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda, “*bir işyerinde var olan veya henüz var olmasa bile, dışarıdan gelebilecek olan ve çalışanlara veya işyerine zarar veya hasar verme olasılığı taşıyan riskler*” olarak tanımlanmaktadır. (İSGK m.3/1(p)) Bu riskler, “*işyerinde veya çalışanlarda kayıp, yaralanma veya başka türlü zararlı sonuçları meydana getirme olasılığını*” taşımaktadır. (İSGK m.3/1(o))

Yukarıdaki tanımlar dikkate alındığında, zarar verme olasılığı taşıyan riskler birer tehlike olarak görülebilir. Bu tehlikeler çalışma ortamından kaynaklanabileceği gibi, kullanılan ekipmanlardan veya işin bizzat kendisinden de kaynaklanabilir. Örneğin, bir işçinin, sağlığa zararlı olabilecek biçimde sıcak, soğuk veya gürültülü bir ortamda çalışmasının istenmesi veya işçiye verilen ekipmanların eski veya bozuk olması ya da işçinin insan hayatı ve sağlığı için tehdit olabilecek bir bölgeye gönderilmek istenmesi, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi için tehlikeler olarak sayılabilir. Nitekim ABD’de bir işçi, elektrik kablosu suyun içinden geçerek çalışma alanına ulaştığı için, elektrikli baskı cihazını kullanmak istemediği, Fransa’da bir kamyon şoförü, frenleri arızalı olduğu için, bir kamyonu kullanmak istemediği ve İngiltere’de bir muhabir, savaş bölgesine giderek muhabirlik yapmak istemediği için çalışmaktan kaçınma haklarını kullanmışlardır.⁵⁶

Tehlikenin sadece fiziksel değil, psikolojik zarar verme olasılığı taşıması da mümkündür. Nitekim Yargıtay verdiği bir kararda, işyerinde kendini asarak intihar eden işçinin eylemini bir iş kazası olarak değerlendirmişti.⁵⁷ Yargıtay, verdiği başka bir kararda ise, işyerinde bir işçiyle tartışıp, bu tartışmanın etkisiyle kalp krizi geçiren çalışanın geçirdiği kalp krizinin de bir iş kazası olarak sayılması gerektiğine hükmetmiştir.⁵⁸ Dolayısıyla bir işçinin ruhsal bütünlüğüne zarar vererek, onun intihar etmesine, akıl ve ruh sağlığını kaybetmesine veya fiziksel zarar görmesine yol açabilecek olan tehlikeler de çalışmaktan kaçınmaya yol açabilecektir.

⁵⁶ Gül, s.206.

⁵⁷ Yargıtay 10. HD, T.07.07.2004, E.2004/4465, K.2004/6425, Türk Hukuk Sitesi, Erişim Tarihi: 01.02.2022, <http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=14413>.

⁵⁸ Yargıtay 10. HD, T.19.01.2021, E.2020/6981, K.2021/413, Yargıtay Başkanlığı, Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 01.02.2022, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb>.

4.3.2. Tehlikenin Ciddi ve Yakın Olması

Çalışanların çalışmaktan kaçınma haklarını kullanabilmeleri için o işyerinde bir tehlikenin ortaya çıkması yeterli değildir. O tehlikenin aynı zamanda ciddi ve yakın bir tehlike olması da gerekir. (İSGK m.13/1)

Madde metninde yer alan “ciddi ve yakın” deyimini Kanunun “Tanımlar” başlıklı 3’üncü maddesinde tanımlanmamıştır. Öğretiye göre, “yakın” olma ile kastedilen, tehlikenin henüz gerçekleşmemiş, ancak çok kısa bir süre içinde gerçekleşebilir olmasıdır.⁵⁹ “Ciddi” olma ile kastedilirse, tehlikenin, işçinin sağlığına ve güvenliğine önemli ölçüde zarar verebilecek nitelikte olmasıdır.⁶⁰ Doğal olarak, elimizde bunlara ilişkin objektif bir ölçüt bulunmadığı için, yakın ve ciddi tehlikenin varlığı her somut olay için ayrı olarak değerlendirilmelidir.⁶¹ Öğretide, hararet kazanının ısı derecesinin normalin üzerine çıkması,⁶² bir maden ocağında gaz seviyesinin yükselmesi veya bir inşaat asansörünün halatlarının zayıflamış olması⁶³ tehlikenin yakın ve ciddi olmasına örnek olarak gösterilmektedir. Buna karşılık bir işyerinin elektrik tesisatının eskimesi sonucunda yangın tehlikesi oluşabileceği için bu tehlike ciddi ancak yakın değildir.⁶⁴

Her yaşamsal tehlike aynı zamanda ciddi bir tehlikedir, ancak bir tehlikenin ciddi olabilmesi için mutlaka yaşamsal olması gerekmez; çalışanların sağlığını ve güvenliğini tehdit edebilecek tehlikeler de ciddi olarak nitelendirilebilir.⁶⁵

İş sağlığı ve Güvenliği Kanunu, madde metninde “ve” sözcüğünü kullandığı için, tehlikenin ciddi veya yakın olması tek başına yeterli değildir. Her iki koşulun da bir arada bulunması gerekir. Ancak öğretilerde “ve” bağlacı kullanılmış olmasına rağmen, tehlikenin “ciddi” veya “yakın” olabileceğini ve her iki koşulun bir arada aranması gerektiği de ileri sürülmektedir.⁶⁶ Özellikle meslek hastalıklarından bazılarının yakın zamanda değil, uzun vadede ortaya çıkabilme olasılıkları dikkate alındığında, bu görüşlerde haklılık payı da vardır. Nitekim Baycık, kanunun bu haliyle, yaşamsal olan ancak acil olmayan birçok tehlikeye karşı çalışanların başvuru hakkının engellenmiş olduğunu ve bu nedenle, “ciddi ve yakın” tehlike deyimini yerine, “yaşamsal veya acil” deyiminin kullanılması gerektiğini önermektedir.⁶⁷ Süzek de “ciddi ve yakın” ifadesi yerine, “ciddi ve

⁵⁹ Kılıç, s.133.

⁶⁰ Demircioğlu/Kaplan, s.180.

⁶¹ Demircioğlu/Kaplan, s.180.

⁶² Aydın, s.238.

⁶³ Sümer, s.196.

⁶⁴ Sümer, s.196.

⁶⁵ Sümer, s.196.

⁶⁶ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.432, Gül, s.210.

⁶⁷ Gaye Baycık, “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 3, 2013, s.116.



yakın veya hayati” ifadesine yer verilmesinin daha uygun olacağını, çünkü ciddi, ancak uzun vadede tehlike yaratacak bir tehlike altında çalışanların bu hakkı kullanamayacağını ifade etmekte ve bu kapsamda, pnömokonyoz⁶⁸ veya silikozis⁶⁹ gibi tozlarla ortaya çıkan veya kurşuna maruziyetten kaynaklanan riskleri, uzun vadede hayati ancak “yakın” olmayan tehlikelere örnek olarak göstermektedir.⁷⁰ Bununla birlikte, kanun koyucu isteseydi “ve” bağlacı yerine “veya” bağlacını da kullanabilirdi. Bu nedenle kanun koyucunun, uzun vadede ortaya çıkabilecek olan meslek hastalıklarını, bilinçli olarak çalışmaktan kaçınma hakkı kapsamı dışında tutmak istediği de ileri sürülebilir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, “*Ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan*” çalışanlardan bahsettiği için, kanunun lafzına göre, sanki herkes için geçerli ve objektif bir “ciddi ve yakın” tehlikenin ortaya çıkması gerektiği izlenimi doğmaktadır. 89/391/EEC Sayılı Konsey Direktifi de “*Workers who, in the event of serious, imminent and unavoidable danger*” (Ciddi, yakın ve önlenemez bir tehlikeyle karşı karşıya kalan işçiler) ifadesini kullanarak aynı yaklaşımı benimsemiştir. Hâlbuki 155 Sayılı ILO Sözleşmesinin 13 ve 19’uncu maddeleri, “*which he has reasonable justification to believe presents an imminent and serious danger*” (makul bir gerekçeyle ciddi ve yakında vaki olmasından korkan işçiler) ifadesini kullanarak, çalışanın, makul bir gerekçeye dayanarak, ciddi ve yakın bir tehlike içinde olduğuna “*inanması*” durumunda çalışmadan kaçınabileceğini ifade etmektedir. Diğer bir ifadeyle 155 Sayılı ILO Sözleşmesi, herkes için geçerli, objektif bir tehlikeyi değil, makul gerekçelerle hareket eden bir işçinin sübjektif düşüncelerini dikkate almaktadır. Nitekim Fransa, Amerika Birleşik Devletleri, Kanada ve İngiltere gibi ülkeler de kendisini tehlike altında hisseden işçilerin, tehlike hakkında ne düşündüklerini esas almaktadır.⁷¹

4.3.3. İşyerinde veya İşyeri Dışında Meydana Gelmesi

Yukarıda ifade edildiği üzere, çalışmaktan kaçınma hakkı ilk olarak 4857 sayılı İş Kanununda düzenlenmişti. İş Kanunun mülga 83’üncü maddesinin

⁶⁸ İşyerlerindeki çeşitli tozların veya kimyasal maddelerin uzun süre solunmasıyla ortaya çıkan akciğer hastalıklarının ortak adıdır. Meslek hastalıklarının en önemlilerindedir. SSK uygulamasında “C Grubu: Pnömokonyozlar ve diğer Mesleki Solunum Sistemi hastalıkları” grubunda yer alır. (Erişim Tarihi:01.02.2022, <https://tr.wikipedia.org/wiki/Pn%C3%B6mokonyoz>)

⁶⁹ Silika (SiO₂) adı verilen maddenin uzun süre solunması sonucu gelişen kronik bir pneumoconiosis (pnömokonyoz) tablosudur. Önemli bir meslek hastalığıdır; zımpara işleri, mermer ve granit işleri, seramik, porselen ve kaolin işleri, metal döküm işleri, kumaş aşındırma (taşlama) emekçilerinde görülür. (Erişim Tarihi:01.02.2022, <https://tr.wikipedia.org/wiki/Silikozis>)

⁷⁰ Süzek, s.945.

⁷¹ Gül, s.200-202.

1'inci fıkrasına göre, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği açısından işçinin sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati bir tehlike ile karşı karşıya kalan bir işçi, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebiliyordu. Görüldüğü üzere düzenlemenin ilk halinde tehlikenin mutlaka “işyerinde” meydana gelmesi gerekiyordu.

İş Kanununda tanımlandığı üzere işyeri, işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birimden oluşmaktadır. (İş K, m.2/1) İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve meslekî eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. (İş K, m.2/1) Eski düzenlemeye göre tehlike, yukarıda tanımlanan işyeri ve eklentilerinde meydana gelmiyorsa, işçi tehlikeden kaçınma hakkını kullanamıyordu.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu tehlikenin işyerinde meydana gelme zorunluluğunu kaldırmıştır. Özellikle cinsel ve psikolojik taciz vakaları göz önünde bulundurulduğunda, tehlikenin mutlaka işyerinde meydana gelme zorunluluğunun kaldırılmış olması kanımızca isabetli olmuştur, çünkü bir işçinin, işyeri dışında bile olsa, başka bir işçi tarafından taciz edilmesi durumunda, o işçi çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmelidir.

Diğer tartışılması gereken bir konu da işyerinin niteliğidir. Örneğin hastanede çalışan bir sağlık personelinin, hastaneye virüslü bir hasta geldiği gerekçesiyle çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmak istemesi sorgulanacaktır. Nitekim Fransa'da HIV virüsü veya Hepatit B virüsü taşıyan hastaların hastaneye kabul edilmesi, sağlık çalışanları için tek başına çalışmaktan kaçınmak hakkı doğurabilecek bir tehlike olarak kabul edilmemiştir.⁷² Yine sıradan çalışanlar için bir çalışmaktan kaçınma hakkı doğurabilecek olsa bile, bir askerın savaş alanına, bir polisın çatışma bölgesine veya bir itfaiyecinin yangın yerine gitmekten kaçınması kabul edilebilir olmayacaktır. Nitekim İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, Türk Silahlı Kuvvetlerinin, genel kolluk kuvvetlerinin, Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığının ve afet ve acil durum birimlerinin müdahale faaliyetlerinin Kanun kapsamı dışında yer aldığını belirtmektedir. (İSGK m.2/2 (a)) Bununla birlikte, kanımızca, belirli faaliyet alanlarının tümünden İSGK kapsamı dışında bırakılması yine de isabetli olmamıştır, çünkü örneğin, gerekli koruyucu giysi ve ekipmanlar sağlanmadan bir askerın savaş alanına, polisın çatışma bölgesine veya itfaiyecinin yangın yerine gönderilmek istenmesi durumunda bu kişiler çalışmaktan kaçınamayacaktır.

⁷² Gül, s.227.



4.3.4. İş Sağlığı ve Güvenliği Kuruluna Başvurulması

6331 sayılı Kanuna göre, ciddi ve yakın bir tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 22'inci maddesi gereğince o işyeri bünyesinde oluşturulan iş sağlığı ve güvenliği kuruluna⁷³ başvurarak, durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir. Bu tür bir talep gelmesi halinde kurul acilen toplanarak karar verir. (İSGK m.13/1)

“Acilen” deyiminin ne kadar uzunlukta bir süreyi belirttiği tam olarak anlaşılmasa da, bunu mümkün olan en kısa süre olarak anlaşılması gerektiği kanısındayız. Diğer bir ifadeyle, kurul talebe en kısa sürede ve mümkünse aynı gün içinde yanıt vermelidir.

155 Sayılı ILO Sözleşmesinin 19/7 maddesine göre, işverenlerin, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili kendi iç düzenlemelerini hazırlamaları ve bu iç düzenlemelerde, çalışanların, sağlık ve hayatları için ciddi ve yakında vaki olmasından korktukları bir tehlike meydana gelmesi durumunda, bunu üstlerine nasıl bildirebileceklerine yer vermeleri gerektiğini yukarıda ifade etmiştik. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda yer alan “iş sağlığı ve güvenliği kurulu”, aslında 155 Sayılı ILO Sözleşmesinin yerine getirilmesini talep ettiği bu bildirim mekanizmasını işletmektedir.

Madde metninde “*talep edilebilir*” ifadesi kullanıldığı için, çalışanların kurula başvurma zorunluluğu bulunmadığı izlenimi doğmaktadır. Ancak aynı maddenin 3'üncü fıkrası, “*Çalışanlar ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda birinci fıkradaki usule uymak zorunda olmaksızın işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gider.*” dediği için, bu kez de 1'inci fıkra gereğince kurula başvurmak sanki zorunluymuş gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Öğretide ise, tehlikenin ciddi ve yakın olduğu, ancak önlenemez olmadığı durumlarda, başvuruda bulunmanın, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımı açısından kurucu ve zorunlu bir unsur olduğu belirtilmektedir.⁷⁴ Nitekim Akın, başvuru usulünün, işçinin aceleyle vereceği yanlış bazı kararlarla üretimde kesintiye sebep olmasını engellemeye yönelik olduğunu ifade etmekte ve işçinin panik içinde alacağı yanlış bir kararın işverene olan maliyetinin, fesih sorunlarını gündeme taşıyacağını ve taraflar arasındaki çalışma barışına zarar vereceğini belirtmekte ve bu sebeple, işçinin duyduğu ciddi ve yakın tehlike kaygısı dikkate alınsa bile, bunun yine de yetkin bir kurul ya da işveren tarafından incelenmesini gerekli görmektedir.⁷⁵

⁷³ İSGK m.22: “*Elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde işveren, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalarda bulunmak üzere kurul oluşturur. İşveren, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun kurul kararlarını uygular.*”

⁷⁴ Nihal Aksoy, “6331 Sayılı Kanun’un 13. Maddesi Kapsamında Çalışmaktan Kaçınma Hakkı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt 1, Sayı 42, 2020, s.511.

⁷⁵ Levent Akın, Covid-19’un İş İlişkilerine Etkisi, Çimento İşveren Dergisi, Cilt:34, Sayı:3, 2020, s.34.

Madde metninde kurula başvurulabileceği belirtilmekle birlikte, bunun nasıl yapılması gerektiği de düzenlenmemiştir. Bu durumda başvuru sözlü olarak da yapılabilir.⁷⁶ Bununla birlikte, yazılı başvuru yapmaksızın çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan bir çalışanın, ispat şartı olarak başvuru yaptığını kanıtlamasında bir sorun ortaya çıkabilir. Nitekim doktrinde de ispat açısından başvurunun yazılı yapılması, kayıttan geçirilmesi, hatta başvurunun onaylı bir suretinin geri alınmasının isabetli olacağı belirtilmiştir.⁷⁷ Ancak kurul kararını verirken durumu bir tutanakla tespit etmek ve alınan kararı çalışana ve çalışan temsilcisine⁷⁸ yazılı olarak bildirmek zorundadır. (İSGK m.13/1) Bu nedenle çalışan başvurusunu yazılı olarak yapmasa bile, kurul tutanağını ve yazılı bildirimini kullanarak başvuru yaptığını ve başvurusunun dikkate alınmadığını ispatlayabilir.

Başvuru yapan işçinin talebinin kabul edilmesi ve gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması durumunda, bunun diğer işçiler açısından da bir hak doğurup doğurmayacağı konusu madde metninde ele alınmamıştır. Kanımızca, tedbir alınması gereken tehlike sadece talepte bulunan işçi için değil, o işyerinde çalışan diğer işçiler için de bir risk oluşturuyorsa, kurula başvurma sürecini tamamlamaya gerek kalmaksızın, diğer işçilerin de çalışmaktan kaçınma haklarını kullanabilmeleri gerekir. Nitekim bu husus, madde metninde yer alan “*talep edebilir*” ifadesiyle de uyumlu olacaktır, çünkü böyle bir durumda işçiler talepte bulunmasa dahi çalışmaktan kaçınma haklarını kullanabilecektir. Doktrindeki görüşler de bu yöndedir.⁷⁹ Zaten aksi düşüncenin kabulü, gereksiz bir bürokrasi yaratacak ve kurulun iş yükünü de gereksiz yere artıracaktır.⁸⁰

İşyerindeki ciddi ve yakın tehlikenin birden çok işçiyi ilgilendirmesi halinde, işçilerin bir kısmının veya tamamının kurula başvurup başvuramayacağına ilişkin bir hüküm de madde metninde yer almamaktadır. Süzek, işyerindeki ciddi ve yakın tehlikenin birden çok işçiyi ilgilendirmesi halinde, işçilerin kurula topluca başvurabileceğini söylemektedir.⁸¹ Bu durumda, kurulun aldığı karar da talep eden işçilerin tamamı veya işçilerin tümü için geçerli olacaktır. İşçilerin topluca iş görmekten kaçınmaları durumunda, bu eylem, yasa dışı grev olarak da nitelendirilemeyecektir.⁸²

⁷⁶ Aydın, s.237.

⁷⁷ Demircioğlu/Kaplan, s.180.

⁷⁸ “İş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalara katılma, çalışmaları izleme, tedbir alınmasını isteme, tekliflerde bulunma ve benzeri konularda çalışanları temsil etmeye yetkili çalışan.” (İSGK m.3/1(c))

⁷⁹ Kılıç, s.130.

⁸⁰ Demircioğlu/Kaplan, s.183.

⁸¹ Süzek, s.945.

⁸² Şahin Çil, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Turhan Kitapevi, Ankara, 2004, s.1395.



Bir işçinin hem kendi hem de diğer işçiler adına başvuru yapıp yapamayacağı konusu da belirsizdir. Yasada yer alan hüküm lâfzi olarak yorumlandığında, yalnızca daha önce önlem alınması için kurula veya işverene başvuruda bulunanların bu hakkı kullanabileceği izlenimi doğmaktadır.⁸³ Kanımızca tehlike sadece belirli bir işçi için değil, işyerinin belirli bölümünde çalışan işçiler veya işyerindeki tüm işçiler için bir tehdit oluşturuyorsa, bir işçinin işyerindeki belirli bir bölümde çalışan veya işyerindeki tüm işçiler adına da talepte bulunabilmesi mümkündür olmalıdır. Nitekim bu durum da, madde metninde yer alan “*talep edebilir*” ifadesiyle uyumlu olacaktır.

Doktrinde, bu tür konularla ilgili olarak bir belirsizlik olduğunu ve kanun koyucunun bir düzenleme yaparak belirsizliği sona erdirmesi gerektiği savunulmaktadır.⁸⁴ Hatta Aydın, tüm bu belirsizlikler nedeniyle olsa gerek, başvuru sürecinin uzun ve çoğu zaman olayın aciliyetine cevap vermekten uzak olduğunu ve çalışanın talebine rağmen kurulun karar vermemesi durumunda gidilecek yolun belli olmadığını da ifade etmektedir.⁸⁵ Ancak her ne kadar çalışmaktan kaçınmayı mümkün kılan koşulların oluşup oluşmadığının değerlendirilmesini çalışanın takdirine bırakmayıp kurulun bu yöndeki kararına bağlı tutan İSGK madde 13 hükmünün bu hukuki olanağa başvurmayı güçleştirdiği ileri sürülebilse de, konunun teknik özellikler taşıması nedeniyle, çalışanların bu hususta isabetli karar vermelerinde yine de bir güçlük doğabilir.⁸⁶ Bu durum ise işçilerin iş sözleşmelerinin haklı nedenle sona erdirilmesine yol açabilir.

Çalışanın iş görmekten kaçınma hakkını kullanabilmesi için kurulun ciddi ve yakın tehlikenin varlığını saptaması yeterlidir ve işverence bu konuda gerekli önlemlerin alınıp alınmadığının da ayrıca beklenmesine gerek yoktur.⁸⁷

Buraya kadar anlatılanların tamamı, elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerleri için geçerlidir. Eğer bir işyerinde elliden az çalışan varsa veya işyeri, altı aydan az süren işlerin yapıldığı bir işyeri ise, o işyerinde bir iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturulması gerekmediği için, başvurunun kurul yerine doğrudan işverene yapılması gerekir. Bu tür bir talep gelmesi durumunda, kurula yapılan talepten farklı olarak, işveren talebe acilen değil, derhal yanıt vermek zorundadır. (İSGK m.13/1) İşveren adına hareket eden, işin ve işyerinin yönetiminde görev alan işveren vekilleri, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun uygulanması bakımından işveren sayıldıkları için, (İSGK m.3/2) kurulun veya işverenin bulunmadığı durumlarda başvuru işveren vekiline de yapılabilir.

⁸³ Demircioğlu/Kaplan, s.183.

⁸⁴ Gül, s.293.

⁸⁵ Aydın, s.207.

⁸⁶ Süzek, s.946.

⁸⁷ Süzek, s.946.

İşveren veya işveren vekili, herhangi bir kurul veya kişiye danışmadan, buna ilişkin kararı tek başına verebilecektir. Bu husus doktrinde eleştirilmiş ve yasada, işverenin karar vermeden önce, en azından iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi veya çalışan temsilcisine danışma yükümlülüğünün getirilmesinin yerinde olacağı ifade edilmiştir.⁸⁸

İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik⁸⁹ hükümlerine göre, işveren, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun kurul kararlarını uygulamak zorundadır. (Yön. m.4/4) Kurul kararlarına uyulmaması durumunda işverene idari para cezası verilir. (İSGK m.26/1) Kurul başvuruyu olumlu değerlendirdiğinde işveren, işçiye karşı akdi sorumluluğu gereği gerekli tedbirleri almakla ve alınmayan tedbirler nedeniyle meydana gelebilecek olan iş kazalarından da ihmali veya kusuru oranında tazminat ödemekle sorumlu olacaktır.⁹⁰

İşyerindeki ciddi ve yakın tehlike aynı zamanda önlenemez ise, çalışanlar, birinci fıkradaki usule uymak zorunda olmaksızın, diğer bir ifadeyle, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna/işverene başvurmak zorunda olmaksızın, işyerlerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek güvenli bir yere gidebilir. (İSGK m.13/3) Bunu yapmaları nedeniyle çalışanların hakları kısıtlanamaz. (İSGK m.13/3)

Madde hükmünde belirtilen “güvenli yerin”, aynı yasanın 12’nci maddesinde, “Tahliye” başlığı altında belirtilen “yer” olduğu anlaşılmalıdır, çünkü bu madde hükmüne göre işverenin, ciddi, yakın ve önlenemeyen tehlikenin devam etmesi halinde, çalışanların işi bırakarak, derhal çalışma yerinden ayrılıp güvenli bir yere gidebilmeleri için gerekli düzenlemeleri yapması ve çalışanlarına gerekli talimatları vermesi gerekir.⁹¹

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, ciddi ve yakın tehlikenin hangi durumlarda önlenemez hale gelebileceğini açıklamamıştır. Öğretide “önlenemezlik”, işçinin içinde bulunduğu somut koşullarda, tehlikenin alınabilecek bir önlemle engellenemeyeceği biçiminde tanımlanmıştır.⁹² Kanunun madde gerekçesi ise, ciddi ve yakın bir tehlikenin (çalışanın bilgi ve tecrübesi dâhilinde) önlenemez olduğu kanaatinin oluşması gerektiğini ifade etmektedir.⁹³ Diğer bir ifadeyle kanun gerekçesi, herkes için geçerli objektif bir kural getirmek yerine, ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olup olmadığı konusunda, işçinin sübjektif görüşlerinin dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Süzek de ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olup olmadığının takdirinde, çalışanın sübjektif

⁸⁸ Demircioğlu/Kaplan, s.181.

⁸⁹ İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik, RG: 18.01.2013/28532.

⁹⁰ Aydın, s.238.

⁹¹ Demircioğlu/Kaplan, s.181.

⁹² Sümer, s.198.

⁹³ İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Gerekçesi, <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0605.pdf>, Madde 10/2, s.29.



durumunun, diğer bir deyişle tecrübesinin, mesleğinin, yaşının, kıdeminin, sağlığının veya diğer kişisel özelliklerinin göz önünde tutulması gerektiğini belirtmektedir.⁹⁴ Buna göre, yargıç tarafından daha sonra, tehlikenin ciddi ve yakın nitelik taşımadığı veya önlenebilir olduğu saptanmış olsa bile, çalışma ortamının çalışanda böyle bir tehlikeyle karşı karşıya kaldığı düşüncesini uyandırmasının makul sayılabileceği hallerde, çalışmaktan kaçınmanın yasaya uygun olduğu kabul edilmelidir.⁹⁵ Bu nedenle tehlikenin önlenemezliği her somut olayda ayrıca değerlendirilmeli ve herhangi bir önlemlerle önlenemeyecek durumlar olarak ele alınmalıdır.⁹⁶

Doktrinde “ciddi ve yakın” tehlikenin aynı zamanda “önlenemez” olduğu durumlar için şu örnekler gösterilmektedir: Yapı iskelesinde düşmeye karşı gerekli önlemlerin alınmamış olması, iskelenin korkuluk sisteminin olmaması, çalışanlara kişisel koruyucu donanım olarak emniyet kemeri verilmemesi; oksijen-gaz kaynağında sızıntı olması; ıslak ve nemli bir çalışma ortamında elektrik kablolarının gerilim bulunan kısımlarının açığa çıkması⁹⁷ veya bir maden ocağında zehirli gaz seviyesinin kabul edilebilir sınırların üzerine çıkması.⁹⁸ Buna karşılık, yeni silinen yerlerin kaygan hale gelmesi ve bu durumun çalışanlar için bir kayma tehlikesi yaratması önlenemez bir tehlike olarak nitelendirilemeyecektir.⁹⁹

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun “Tahliye” başlıklı 12’inci maddesinin 1’inci fıkrasının a) bendine göre işyerinde ciddi, yakın ve önlenemez bir tehlike meydana gelmesi durumunda, işverenin, çalışanların işlerini bırakmasını ve derhal çalışma yerlerinden ayrılıp güvenli bir yere gitmelerini sağlaması gerekmektedir. Ciddi, yakın ve önlenemez tehlike sürdüğü sürece ve zorunluluk olmadıkça, gerekli donanıma sahip ve özel olarak görevlendirilenler dışındaki çalışanların işlerine devam etmeleri de bu tür durumlarda istenemez. (İSGK m.12/1(a)) Doğal olarak, çalışanların, işyerinden tahliye edildikleri durumlarda, çalışanlar, çalışmaktan kaçınma haklarını da kullanılamayacaktır.

6331 sayılı Yasada, geçici işçilerin veya alt işverenin işçilerinin çalışmaktan kaçınma hakkından faydalanıp faydalanamayacağına ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları hakkında Yönetmeliğin¹⁰⁰ 4’üncü maddesinin 2’inci fıkrasının ç) bendi, altı aydan fazla süren asıl işveren-alt işveren ilişkilerinin bulunduğu hallerde; asıl işveren ve alt işverenin çalışan sayılarının ayrı ayrı ellinin altında, fakat toplamda elliden

⁹⁴ Süzek, s.947.

⁹⁵ Süzek, s.947.

⁹⁶ Demircioğlu/Kaplan, s.181.

⁹⁷ Aksoy, s.514.

⁹⁸ Sümer, s.198.

⁹⁹ Sümer, s.198.

¹⁰⁰ İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik, RG: Tarih: 18.01.2013/28532.

fazla olması durumlarda, koordinasyonun asıl işverence yapılması kaydıyla, asıl işveren ve alt işveren tarafından birlikte bir kurul oluşturulacağını ve kurulun oluşumunda üyelerin, her iki işverenin ortak kararı ile atanacağını belirtmektedir. Belki bu hükümden yola çıkarak, alt işverenin işçilerinin, kurulan ortak iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvurarak, çalışmaktan kaçınma haklarını kullanabileceği ileri sürülebilir. Ancak hemen hatırlatmakta fayda var ki, asıl işveren - alt işveren ilişkisinde çalışan sayıları ayrı ayrı elli ve daha fazla ise, asıl işveren ve alt işveren ayrı ayrı kurullar kurarlar. (Yön. m.4/2(a)) Bu durumda alt işverenin işçilerinin, asıl işverenin değil, alt işverenin kuruluna başvurması gerekir. Yine sadece asıl işverenin çalışan sayısı elli ve daha fazla ise kurul asıl işverence kurulur ve alt işveren, kurul tarafından alınan kararların uygulanması ile ilgili olarak koordinasyonu sağlamak üzere sadece vekâleten yetkili bir temsilci atar. (Yön. m.4/2(b)) Bu tür bir durumda, alt işverenin işçilerinin, asıl işverenin kuruluna başvurup başvuramayacağı konusu belirsizdir. Benzer bir biçimde, alt işverenin çalışan sayısı elli ve daha fazla, asıl işverenin çalışan sayısı ellinin altında ise işyerinde kurul alt işverence oluşturulur. (Yön. m.4/2(b)) Bu durumda da alt işverenin işçilerinin kendi kurullarına başvurması gerekir ki bu kurulun asıl işverenin işyerindeki tehlikelere karşı, asıl işverene danışmadan bir karar alması da kolay olmayacaktır. Bu nedenle salt Yönetmeliğin 4/2(ç) maddesi hükmünden yola çıkarak, alt işverenin işçilerinin de asıl işverenin kurduğu iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvurabileceğine ve çalışmaktan kaçınma haklarını kullanabileceğine ilişkin bir genelleme yapmak doğru olmayacaktır. Kaldı ki tüm bunlar sadece alt işverenin işçileri için söz konusudur. Geçici iş ilişkisi kapsamında çalışan işçilerin durumu ile ilgili hiçbir hüküm bulunmamaktadır.

Şüphesiz, bir işyerinde, işçilerin sağlık ve güvenliğini tehdit eden bir tehlike, aynı işyerinde çalışan alt işverenin işçilerini veya geçici işçileri de tehdit edecektir. Bu nedenle öğretilde, alt işverenin işçilerinin veya geçici işçilerin de iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvuruda bulunabilmesi ve dolayısıyla, çalışmaktan kaçınma haklarını kullanabilmesi gerektiği ifade edilmekte ve bunun hakkaniyete uygun düşeceği belirtilmektedir.¹⁰¹ Aydınli bu konuyla ilgili olarak, 6331 sayılı Kanunun 13'üncü maddesinde bir değişiklik yapılarak, "işverenin işçisi" tabiri yerine, "işverenin işyerinde çalışan" tabirinin kullanılmasını ve bu yolla, işverenin kendi işçilerinin yanı sıra, alt işverenin işçileri ile geçici iş ilişkisi kapsamında çalışan işçilerin de güvence altına alınmasını önermektedir.¹⁰² Sümer ise, mevcut düzenlemeler kapsamında, hem geçici işçilerin hem de alt işverenin işçilerinin çalışmaktan kaçınma haklarını zaten kullanabileceklerini ifade etmektedir.¹⁰³

¹⁰¹ Demircioğlu/Kaplan, s.184.

¹⁰² Aydınli, s.247.

¹⁰³ Sümer, s.199-200.

4.3.5. Tedbir Alınmamış Olması

Kurul veya işveren, çalışanlar tarafından talep edilen tedbirlerin alınmasına karar verirse, çalışanlar, gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir. (İSGK m.13/2) Diğer bir ifadeyle, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi için, kurulun veya işverenin, çalışanın talebi yönünde karar vermesi gerekir.¹⁰⁴ Ortada böyle bir karar yokken çalışmaktan kaçınanlar, bu madde kapsamında sözü edilen güvenceden yararlanamayacaktır.¹⁰⁵ Yine, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi için, tehlikeli durumu ortadan kaldıracak iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin henüz alınmamış ve tehlikenin halen devam ediyor olması da gerekir.¹⁰⁶ Tehlikeli durum sona ermişse, artık çalışmaktan kaçınılamaz.

Çalışanların, çalışmaktan kaçındığı dönemdeki ücreti ile kanunlardan ve iş sözleşmesinden doğan diğer hakları korunur. (İSGK m.13/2) İşçinin çalışmaktan kaçınmasına, gerekli önlemleri almamak suretiyle işveren yol açtığından, çalışmaktan kaçınılan süre çalışma süresinden sayılacak ve bu sürede iş sözleşmesi askıda sayılacaktır.¹⁰⁷ Diğer bir deyişle, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan çalışanların bu süreye ilişkin ücretleri ve ücret ekleri işverence ödenecek ve sosyal güvenlik primleri de yatırılacaktır.¹⁰⁸ İşçinin çalışmaktan kaçındığı süre, yıllık ücretli izin, bildirim süresi, ihbar tazminatı veya kıdem tazminatı gibi kıdeme bağlı haklarda da dikkate alınacaktır.¹⁰⁹

4.3.6. Süresi

Ciddi ve yakın bir tehlikeyle karşı karşıya kalan çalışanlar, kurula/işverene başvurmuş ve kurul/işveren de talep doğrultusunda gerekli tedbirlerin alınmasına karar vermişse, çalışanlar sadece söz konusu tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınma haklarını kullanabilirler. Diğer bir ifadeyle, çalışmaktan kaçınma hakkı, gerekli tedbirler alınıncaya kadar, herhangi bir süreye bağlı olmaksızın kullanılabilir.¹¹⁰ Ancak çalışanların, gerekli tedbirler alındıktan ve tehlike ortadan kalktıktan sonra işyerine dönmeleri gerekir.¹¹¹ Aksi durum, yani çalışmaya başlanılmaması, çalışmaktan kaçınma hakkının kötüye kullanılması olarak nitelendirilebilir.¹¹²

İşçinin işyerine dönmemesi durumunda ne olacağı konusu yasada düzenlenmemiştir. Öğretide, bu tür davranışların, bir hakkın açıkça kötüye

¹⁰⁴ Demircioğlu/Kaplan, s.180.

¹⁰⁵ Demircioğlu/Kaplan, s.180.

¹⁰⁶ Kılıç, s.135.

¹⁰⁷ Kılıç, s.136.

¹⁰⁸ Demircioğlu/Kaplan, s.182.

¹⁰⁹ Sümer, s.199.

¹¹⁰ Süzek, s.946.

¹¹¹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.433.

¹¹² Demircioğlu/Kaplan, s.182.

kullanımı olarak değerlendirilebileceği ifade edilmektedir.¹¹³ Bu nedenle, bu tür durumlarda, genel hükümlere dayanarak, işçinin iş sözleşmesi, İş Kanununun 25'inci maddesinin 1'inci fıkrasının II (g) bendi¹¹⁴ gereğince feshedilebilecektir.

Gerekli tedbirlerin alınıp alınmadığı kanımızca, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi koşullara göre belirlenecektir. Diğer bir ifadeyle nasıl ki çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi için “ciddi ve yakın” bir tehlikenin meydana gelmesi gerekiyorsa, alınan tedbirler sonucunda “ciddi ve yakın” tehlike sona ermişse, işçinin de geri dönmesi gerekir. Yukarıda, madde metninde “ve” sözcüğü kullanıldığından, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanılabilmesi için her iki şartın bir arada bulunması gerektiğini ifade ettiğimiz için, işçinin işyerine dönebilmesi için de bunlardan sadece birinin giderilmiş olması yeterli olacaktır. Diğer bir ifadeyle, alınan tedbirlerden sonra artık o iş yerinde yakın fakat ciddi olmayan ya da ciddi fakat uzak bir zamanda meydana gelebilecek bir tehlike kalmışsa, işçi işyerine yine de dönmek zorunda kalacaktır.

Üzerinde durulması gereken diğer bir konu ise, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan çalışanın, bu hakkını kullandığı süre içinde, işveren tarafından başka bir işte çalıştırılıp çalıştırılmayacağıdır. Bu konu da öğretilerde tartışılmaktadır. İSGK Madde 25/6'da yer alan hüküm gereğince, “İşveren, işin durdurulması sebebiyle işsiz kalan çalışanlara ücretlerini ödemekle veya ücretlerinde bir düşüklük olmamak üzere meslek veya durumlarına göre başka bir iş vermekle yükümlüdür.” Bir görüşe göre, bu hüküm, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçilere kıyasen uygulanabilir ve bu nedenle işçiler başka bir işte çalıştırılabilir.¹¹⁵ Ancak söz konusu madde hükmü çalışmaktan kaçınma hakkını değil, işin durdurulmasını düzenlemektedir. Bu nedenle işin durdurulması ile ilgili bir hükmün kıyasen çalışmaktan kaçınma hakkına uygulanması kanımızca doğru olmayacaktır.

Bir başka görüşe göre, işveren, ücret ve çalışma koşullarında aleyhe bir değişiklik olmamak kaydıyla, çalışmaktan kaçınan çalışana, iş sağlığı ve güvenliği açısından tehlikeli olmayan bir işte çalışmasını önerebilir.¹¹⁶ Bu görüşe göre, işçinin böyle bir öneriyi kabul etmemesi, dürüstlük borcuna aykırılık teşkil edecek ve bu nedenle işveren bu işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir.¹¹⁷

¹¹³ Gül, s.246.

¹¹⁴ “İşçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü, yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi.”

¹¹⁵ Aksoy, 516, Süzek, s.946.

¹¹⁶ Süzek, s.946.

¹¹⁷ Süzek, s.946.



Kanımızca, çalışmaktan kaçınma hakkını kullananlar ancak, İş Kanunu Madde 22’de yer alan usul izlenerek başka bir işte çalıştırılabilir. Diğer bir ifadeyle, çalışanın çalıştırılmak istendiği diğer iş çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği içeriyorsa, işveren durumu işçiye yazılı olarak bildirmeli ve çalışan da bu bildirim altı işgünü içinde yazılı olarak kabul etmelidir. Aksi takdirde çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçi bu süre içinde başka bir işte çalıştırılmaz. Bununla birlikte çalışanın çalışmaktan kaçınma hakkı süresince çalışması istenen diğer iş, çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik içermiyorsa, çalışanın bunu kabul etmesi gerekir.

İşçi, çalışmaktan kaçınma hakkını çoğunlukla çalıştığı işyerinde meydana gelen tehlikeler nedeniyle kullanmak isteyeceği için, bu tehlikeler sona erene kadar, işçinin iş görme borcunu, İş Kanununun 14’üncü maddesinde düzenlenen uzaktan çalışma yoluyla yerine getirmesinin istenip istenmeyeceği konusunda da kanunda bir düzenlenme yer almamaktadır.

İş Kanununun 14’üncü maddesinin 4’üncü fıkrasına göre, uzaktan çalışma, *“işçinin, işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini evinde ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi esasına dayalı ve yazılı olarak kurulan iş ilişkisidir.”* Görüldüğü üzere, uzaktan çalışma yapılabilmesi için kanunda “yazılılık” şartı getirilmiştir. Aynı maddenin son fıkrası ise, uzaktan çalışmanın usul ve esasları, işin niteliği de dikkate alınarak, hangi işlerde uzaktan çalışmanın yapılamayacağı, verilerin korunması ve paylaşılmasına ilişkin işletme kurallarının uygulanması ile diğer hususların, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikle belirleneceğini ifade etmektedir. Bu hüküm gereğince hazırlanan Uzaktan Çalışma Yönetmeliğine¹¹⁸ göre, uzaktan çalışmaya ilişkin iş sözleşmeleri yazılı şekilde yapılır. (Yön. m.5/1) Hâlihazırda bir işyerinde çalışan işçinin iş sözleşmesi de, işçinin ve işverenin anlaşması halinde, uzaktan çalışma sözleşmesine dönüştürülebilir. (Yön. m.14/1) Doğal olarak bunun da yazılı yapılması gerekir. Yönetmelik, uzaktan çalışmanın mevzuatta belirtilen zorlayıcı nedenlerle işyerinin tamamında veya bir bölümünde uygulanacak olması halinde ise uzaktan çalışmaya geçiş için işçinin onayı aranmayacağını da belirtmektedir. (Yön. m.14/6)

Görüldüğü üzere, zorlayıcı bir neden olmadığı sürece, işçinin iş görme borcunu uzaktan yerine getirebilmesinin istenebilmesi için işçinin yazılı onayının alınması zorunludur. Bu durumda çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçi, uzaktan iş görmenin mümkün olabileceği bir durumda buna onay vermezse, iş görme borcunu yerine getirmekten tümünden kurtulmuş olacaktır. Fakat iş görme borcunu uzaktan iş görme yoluyla yerine getirebilecek olan bir işçinin buna yazılı onay vermemesi durumunda, kanımızca işçinin bu davranışı,

¹¹⁸ Uzaktan Çalışma Yönetmeliği, RG: 10.03.2021/31419.

TMK Madde 3 kapsamında iyi niyetli bir davranış olarak sayılmayacaktır. Diğer bir ifadeyle işveren, İş Kanununun 22’nci maddesi gereğince, gerekli tedbirler alınmaya kadar iş görme borcunun uzaktan yerine getirilmesine ilişkin yazılı bir bildirimde bulunur ve işçi bunu süresi içinde kabul etmezse, kanımızca, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını belirterek, o işçinin iş sözleşmesini feshedebilecektir.

Uzaktan Çalışma Yönetmeliğinde yer alan, “uzaktan çalışmanın mevzuatta belirtilen zorlayıcı nedenlerle işyerinin tamamında veya bir bölümünde uygulanacak olması halinde, uzaktan çalışmaya geçiş için işçinin onayı aranmaz” hükmünün bir benzerinin, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan çalışanlar açısından da düzenlenmesinin yerinde olacağını düşünüyoruz. Ancak, Uzaktan Çalışma Yönetmeliğinde, İş Kanununda yer almayan bir hükme yer verilmiştir. Kanunlar hiyerarşisi bakımından, kanunlarda yer almayan bir hükmün yönetmelikle düzenlenmesi mümkün olmadığından, Uzaktan Çalışma Yönetmeliği yerine, 4857 sayılı İş Kanununun, uzaktan çalışmayı düzenleyen 14’üncü maddesine, zorlayıcı nedenlerin yanı sıra, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması durumunda, çalışanın onayı alınmadan, uzaktan çalışmaya gönderilebileceğine ilişkin bir hüküm eklenmesi daha isabetli olacaktır. Benzer bir hüküm doğal olarak 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 13’üncü maddesine de eklenebilir.

4.3.7. İstisnası

İşyerindeki bina ve eklentilerinde, çalışma yöntem ve şekillerinde veya iş ekipmanlarında çalışanlar için hayati tehlike oluşturan bir husus tespit edilirse, bu tehlike giderilinceye kadar, hayati tehlikenin niteliği ve bu tehlikeden doğabilecek riskin etkileyebileceği alan ile çalışanlar dikkate alınarak, işyerinin bu bölümünde veya tamamında iş durdurulabilir. (İSGK m.25/1) Ayrıca çok tehlikeli sınıfta yer alan maden, metal ve yapı işleri ile tehlikeli kimyasallarla çalışılan işlerin yapıldığı veya büyük endüstriyel kazaların olabileceği işyerlerinde, risk değerlendirmesi yapılmamış olması durumunda da iş durdurulabilir. (İSGK m.25/1)

İşveren, işin durdurulması sebebiyle işsiz kalan çalışanlara ücretlerini ödemekle veya ücretlerinde bir düşüklük olmamak üzere meslek veya durumlarına göre başka bir iş vermekle yükümlüdür. (İSGK m.25/6) Bununla birlikte, işyerinde, işin bu şekilde durdurulmuş olması durumunda, çalışanlar çalışmadıkları için, çalışmaktan kaçınma haklarını kullanamayacakları gibi, iş sözleşmelerini de feshedemezler. (İSGK m.13/5)

4.4. İş Sözleşmesinin Feshi

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 13’üncü maddesinin 4’üncü fıkrası, işverenin, talep edilmesine rağmen gerekli tedbirleri almaması durumunda, çalışanların, iş sözleşmelerini feshedebileceğini belirtmektedir. Ancak kanun



hükmü kısa olmasına rağmen, çalışmaktan kaçınma hakkının düzenlendiği İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 13'üncü maddesinin bütünü dikkate alındığında, işçinin iş sözleşmesini feshedebilmesi için, öncelikle işyerinde ciddi ve yakın bir tehlikenin meydana gelmiş olması, ardından işçinin usulüne uygun olarak işverene, işveren vekiline veya iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvurması, sonra başvurusuna olumlu bir yanıt alamamış olması ve son olarak, söz konusu tehlikenin, objektif koşullar dikkate alındığında halen devam ediyor olması gerekmektedir. Bu koşullar gerçekleşmeden yapılacak olan bir fesih ise, haklı fesih hükmü taşımayacaktır.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, gerekli tedbirlerin alınmaması durumunda işçinin iş sözleşmesini feshedebileceğini belirtmesine rağmen, bunun nasıl yapabileceğini belirtmemiştir. Kanımızca işçi, böyle bir durumda, iş sözleşmesini İş Kanununun 24/1-I (a)¹¹⁹ veya (b)¹²⁰ bendinde belirtilen hallere dayanarak, haklı nedenle derhal feshedebilecektir. Yargıtay, verdiği bir kararda, işçinin, İş Kanununun 24'üncü maddesinin II (f) bendinin son cümlesinde yer alan “yahut çalışma şartları uygulanmazsa” hükmüne dayanarak iş sözleşmesinin feshedebileceğini de ifade etmiştir. Yüksek mahkeme önüne gelen somut uyuşmazlıkta davacı işçi, fiziki olarak yetersiz olan işyerinde yoğun şekilde çalıştığını, bu nedenle sağlık sorunları yaşadığını ve sağlık sebebiyle ayrılma kararı olarak istifa dilekçesi verdiğini belirtmiştir. Davacı tanıkları da işyerinde ısıtma sisteminin olmadığını, kendi imkânları ile ısınmaya çalıştıklarını, işyerinin soğuk olduğunu, üşüdüklerini, davacının bu sebeple sürekli olarak hastalandığını beyan etmiştir. İşyerinin çalışma koşullarının ağır olduğu ve yeterli olarak ısınmadığı mahkemece de tespit edilmiştir. Bu nedenle yüksek mahkeme, çalışma şartlarının iş sağlığı ve güvenliği kurallarına uygun olmadığını ve işyerinde sağlıklı çalışma koşullarının sağlanmadığını dikkate alarak, davacının iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğini ve bu nedenle işçiye kıdem tazminatı verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.¹²¹

Süzek de Yargıtay kararına uygun olarak, madde metninde geçen işçilerin, “tabi oldukları kanun hükmü” tabiriyle, İş Kanununa tabi olarak çalışanların, bu yasanın 24/II(f) bendine göre iş sözleşmelerini sona erdirebileceğini söylemektedir.¹²² Bu durumda işçi aslında iş sözleşmesini İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 13'üncü maddesinin 4'üncü fıkrası gereğince feshetmek

¹¹⁹ “İş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olursa.”

¹²⁰ “İşçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut başka bir işçi bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulursa.”

¹²¹ Yargıtay 22. HD, T.19.02.2019, E.2017/20315, K.2019/3657, Yargıtay Başkanlığı, Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 01.02.2022, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb>.

¹²² Süzek, s.948.

istememesine rağmen, fesih gerekçesi olarak İş Kanununun 24'üncü maddesinin ilgili bentlerini gösterdiğinde, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 13'üncü maddesinde belirtilen prosedürleri izlemek zorunda kalmayacak ve sadece İş Kanununun 24'üncü maddesinin ilgili bentlerinin gerçekleşip gerçekleşmediğini ispat edecektir.

Son olarak, gerekli tedbirlerin alınmaması durumunda çalışanlara sağlanan fesih hakkı sadece iş/hizmet sözleşmesiyle çalışan işçilere getirilmiştir. Toplu sözleşme veya toplu iş sözleşmesi ile çalışan kamu personeli, gerekli tedbirler alınmadığı gerekçesiyle sözleşmelerini feshedemeyecektir. Onlar, çalışmaktan kaçınma haklarını kullandıkları dönemde fiilen çalışmış sayılacaklardır. (İSGK m.13/4)

DEĞERLENDİRME

Kanımızca, çalışmaktan kaçınma hakkı ile ilgili mevcut düzenlemeler, çalışanlar açısından bu hakkın kullanımını gereksiz yere sınırlamaktadır. Öncelikle, yukarıda açıklandığı üzere, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 13'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına göre, ciddi ve yakın bir tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar, çalışmaktan kaçınma haklarını doğrudan kullanamayacaklardır. Bu haklarını kullanabilmeleri için, öncelikle bir iş sağlığı ve güvenliği kuruluna veya işverene başvuracak ve durumun tespit edilmesine ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edecektir. Çalışanlar ancak, kurulun/işverenin bu talebi haklı görmesi ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar vermesi durumunda ve sadece tedbirler alınmaya kadar çalışmaktan kaçınma haklarını kullanabilecektir.

Kanımızca, kurulun/işverenin, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin ciddi ve yakın bir tehlike bulunduğunu kabul etmesi durumunda, çalışanların çalışması zaten beklenmemelidir. Diğer bir ifadeyle, kurulun/işverenin, işyerinde ciddi ve yakın bir tehlike bulunduğunu kabul etmesi durumunda, işverenin, tehlike giderilinceye kadar çalışanlarını zaten o işyerinden veya tehlikeli bölgeden uzaklaştırması gerekir. Bu nedenle, çalışmalarının zaten beklenmediği bir durumda, çalışanlar, doğal olarak çalışmaktan kaçınma haklarını kullanmamış olacaktır.

Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımının sınırlandırıldığı diğer bir durum ise ciddi ve yakın bir tehlike ile karşı karşıya kaldığını düşünen çalışanların, kurula/işverene başvurduktan sonra, durumun tespit edilmesi ve gerekli tedbirlerin alınması talebine olumsuz yanıt almaları durumunda ortaya çıkmaktadır. Gerçek anlamda çalışmaktan kaçınma hakkı aslında bu tür durumlarda kullanılabilirken, kanun, talep etmelerine rağmen gerekli tedbirlerin alınmaması durumunda çalışanlara sadece iş sözleşmelerini feshetme olanağı tanımaktadır. Çalışanların iş sözleşmelerini feshetmeleri ise onlara verilmiş özel bir hak olarak değerlendirilemez, çünkü iş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması, işin niteliğinden doğan bir sebeple sağlıkları veya



yaşayışları için tehlikeli bir hale gelmişse, çalışanlar iş sözleşmelerini zaten İş Kanunu Madde 24/1-I (a) veya 24/ II (f) bendi gereğince haklı nedenle feshedebilmektedir.

Yukarıda açıklandığı üzere, kendisini ciddi ve yakın bir tehlike altında gören, bu nedenle kurula/işverene başvuran, fakat buna ilişkin talebi reddedilen işçi ya tehlikeli gördüğü şartlar altında çalışmayı sürdürecektir veya iş sözleşmesini feshetme yoluna gidecektir. İşçinin çalışmayı seçmesi ve ardından, bir iş kazası geçirmesi durumunda işveren doğal olarak bundan sorumlu olacaktır. Ancak iş kazası geçiren işçi için bu durum bir teselli olmaktan öteye gitmeyecektir. İşçinin iş sözleşmesini feshetmeyi seçmesi durumunda ise işçi belki iş kazası geçirme riskinden kurtulacak, fakat bu kez de işini kaybedecektir. Bu nedenle her iki seçenek de işçi lehine sonuç doğurmayacaktır.

Doğal olarak bu durum doktrinde tartışmalara yol açmıştır. Bir görüşe göre, işçinin çalışmaktan kaçınma talebinin reddedilmesi durumunda işveren, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma borcunu yerine getirmediği için, işçinin TBK md. 408¹²³ uyarınca çalışmaktan kaçınabileceği kabul edilmektedir.¹²⁴ Diğer bir ifadeyle, işveren, gerekli iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini almadığı ve bu nedenle işçinin iş görme edimini yerine getirmesini kendi kusuruyla engellediği için temerrüde düşmektedir. Kendi yükümlülüğünü yerine getirmekte temerrüde düşen işveren, işçisinin iş görme yükümlülüğünü yerine getirmesini bekleyemeyeceği için, işçisinin ücretini yine de ödemekle yükümlü olacaktır. Üstelik işveren, bu borcun daha sonra yerine getirilmesini de talep edemeyecektir. Bu görüşün uygulanması durumunda, dolaylı yoldan da olsa, işçinin çalışmaktan kaçınabilmesi mümkün olmaktadır. Bununla birlikte, çalışmaktan kaçınma hakkının açıkça düzenlendiği bir kanun hükmü varken, TBK hükümleri aracılığıyla çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması yoluna gidilmesi kanımızca konuyla ilgili tartışmaları büyütmekten başka bir işe yaramayacaktır. Nitekim Süzek de, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun yürürlüğe girmesiyle birlikte, TBK madde 408 hükmünün uygulama olanağının artık ortadan kalktığı görüşündedir.¹²⁵

Başka bir görüşe göre, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun veya işverenin ya da işveren vekilinin işçinin talebine hiç cevap vermemesi veya talebi yönünde karar vermemesi durumunda, işçi, yetkili mercilere başvuru yapabilecek ve iş müfettişlerince, o işyerinde işçinin talebi yönünde hususlar

¹²³ “İşveren, işgörme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. Ancak, işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir.”

¹²⁴ Bkz. Kılıç, s.131, Baycık, s.118.

¹²⁵ Süzek, s.947.

tespit edilmesi durumunda işçi, gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilecektir.¹²⁶ İş müfettişleri bunu, İş Kanununun 91'inci maddesi¹²⁷ gereğince yerine getirecektir. Bu yol işçilere gerçekten de, dolaylı yoldan da olsa, çalışmaktan kaçınma hakkı elde edebilmelerine olanak sağlayacaktır. Ancak, İş Kanununun 18'inci maddesinin, 3'üncü fıkrasının c) bendinde her ne kadar mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip veya yükümlülüklerini yerine getirmek için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmanın fesih için geçerli bir sebep olarak görülemeyeceği ifade edilmiş olsa da, uygulamada bu yola başvuran işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi yine de olasılık dâhilinde olacaktır. Bu nedenle, İş Kanununun 93'üncü maddesi gereğince iş müfettişleri, kendilerine başvuran veya ihbarda bulunan işçilerin isimlerini ve kimliklerini açıklamamakla yükümlü olmasına rağmen, birçok işçi bu yola başvurmaktan yine de kaçınacaktır. Kaldı ki öğretide, madde metni iş sağlığı ve güvenliği kuruluna yapılacak olan başvuruyu net bir şekilde belirlediği için, but tür bir yola gidilmesinin pozitif düzenlemeye aykırı olacağını ifade eden görüşler de vardır.¹²⁸

Gerçek anlamda çalışmaktan kaçınma hakkı çalışanlara sadece, tehlikenin ciddi, yakın ve önlenemez olması durumunda tanınmıştır. Ancak İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 12'inci maddesi, ciddi, yakın ve önlenemez bir tehlikenin meydana gelmesi durumunda, çalışanların işi bırakarak derhal tahliye edilmeleri gerektiğini ve işverenin, durumun devamı süresince, çalışanların işlerine devam etmelerini isteyemeyeceğini belirttiği için, çalışanlar, çalışmaktan kaçınma haklarını bu durumda fiilen kullanamayacaktır. Nitekim İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmeliğin¹²⁹ 10/1(b) maddesi de, iş güvenliği uzmanının işyerinde belirlediği hayati tehlikenin ciddi ve önlenemez olması ve bu hususun acil müdahaleyi gerektirmesi halinde işin durdurulması için işverene başvurmak zorunda olduğunu belirtmektedir.¹³⁰ Kaldı ki ciddi, yakın ve önlenemez bir tehlike meydana gelmesi durumunda, bir tehlikenin ne zaman “ciddi ve yakın” olduğu konusunda yapılan tartışmalar, tehlikenin ne zaman “önlenemez” olduğu konusunda da yapılabilecektir.

“Önlenemez”, sözcük anlamı itibarıyla “önüne geçilemez” anlamını taşıdığı için, tehlike içeren riskin mutlaka gerçekleşmesi gerekir. Diğer bir

¹²⁶ Kılıç, s.130.

¹²⁷ “Devlet, çalışma hayatı ile ilgili mevzuatın uygulanmasını izler; denetler ve teftiş eder. Bu ödev Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bağlı ihtiyaca yetecek sayı ve özellikle teftiş ve denetlemeye yetkili iş müfettişlerince yapılır.”

¹²⁸ Aydın, s.238.

¹²⁹ İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk Ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik, RG: 29.12.2012/28512.

¹³⁰ Saim Ocak, İş Güvenliği Uzmanı, Adalet Yayınları, Ankara, 2013, s.125.



ifadeyle işçi, içinde bulunduğu koşullar gereği, önlenemez bir tehlike içinde olduğunu düşünerek işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk etmiş ancak bu risk hiç gerçekleşmemiş veya gerçekleşmesi önlenmişse, işyerindeki bu tehlike aslında önlenemez olmayacaktır, çünkü önlenemez olsaydı risk mutlaka gerçekleşirdi. Bu durumda çalışmaktan kaçınan işçinin bu davranışı kusurlu bir davranış olarak sayılacak ve belki de işçi aleyhine sonuçlar ortaya çıkabilecektir. “Önlenemez” terimini sözcük anlamı itibarıyla değil de yukarıda ifade edildiği üzere, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun madde gerekçesinde yazılı olduğu üzere, “... ciddi ve yakın bir tehlikenin (çalışanın bilgi ve tecrübesi dahilinde) önlenemez olduğu kanaati oluştuğunda...”¹³¹ biçiminde anlamak da mümkündür. Ancak bu durumda da çalışanın “kanaati” tartışılacaktır. Örneğin işyerindeki ciddi ve yakın tehlike işçiye göre önlenemez, fakat işverene göre önlenebilir ise ne olacaktır? Bu durum özellikle, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmasına rağmen riskin hiç gerçekleşmemesi veya gerçekleşmesine rağmen önlenmesi durumunda ortaya çıkacaktır.

Diğer bir sorun da çalışanın, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanırken iyi niyetle davranıp davranmadığının araştırılmasıdır. Türk Medeni Kanununda (“TMK”) belirtildiği üzere, her hakkın kullanımında olduğu gibi, çalışmadan kaçınma hakkını kullanan işçinin de iyi niyetli olması¹³² ve dürüstlük kuralına uyması¹³³ gerekir. Bunun tespit edilmesi de kolay olmayacaktır.

Mevcut düzenlemelere göre çalışanların, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmaları durumunda, konu belki de mahkemeye taşınacak ve var olan belirsizlikler nedeniyle mahkemede, çalışanlar aleyhine sonuçlar ortaya çıkabilecektir. Nitekim 15 Temmuz darbe girişiminin yaşandığı gece, eşi ve çocukları Yunanistan’da yaşayan ve aslen Yunanistan vatandaşı olan bir pilot, eşinin kendisini telefonla araması üzerine Türkiye’de bir darbe girişimi olduğunu öğrenmiş ve eşinin anlatımına göre, ülkenin karıştığı, insanların birbirini vurduğu ve can güvenliğinin kalmadığı gerekçesiyle Yunanistan’a dönmelerini istemiştir. Eşinin psikolojik durumundan ve anlattıklarından etkilenen pilot, ertesi gün gerçekleşmesi planlanan uçuşa katılmayarak Yunanistan’a dönmüştür. Bunun üzerine havayolu şirketi, pilotun hizmet sözleşmesini, İş Kanununun 25/II-h maddesi uyarınca feshetmiştir. İlk derece mahkemesi davalı havayolu şirketinin feshini haklı bulmuştur. Bölge adliye mahkemesi ise, davacı işçinin, kendi durumunu değerlendirerek ciddi ve yakın bir tehlike içinde olduğunu düşündüğünü ve bu nedenle madde hükmünde belirtilen usule uymaksızın işyerini ve tehlikeli bölgeyi terk ettiğini ifade ederek, bu davranışı nedeniyle davacının iş akdinin geçerli veya haklı bir

¹³¹ İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Gerekçesi, Madde 10/2, s.29.

¹³² “Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” (TMK m.3/2)

¹³³ “Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz.” (TMK m.2/2)

nedenle sona erdirilemeyeceğine karar vermiştir. Yargıtay ise, davacı işçinin işverene olan bağlılığı gereği amirlerine haber verip, izin almak suretiyle görev yerini terk etmesi gerekirken, olağan üstü şartlar dahi olsa, görev yerini habersiz şekilde terk etmesinin 4857 sayılı İş Kanununun 25/ 2- e maddesi uyarınca haklı fesih nedeni doğurduğu sonucuna ulaşmıştır. Karar oy çokluğu ile alınmış ve aksi yönde karar veren hâkim karşı oy yazısında, “...can güvenliği korkusu yaşayan davacının, korunma içgüdüsi ile işveren davalıya haber vermeden ülkeyi terk etmesi olağan olup, ciddi ve yakın tehlike içinde bulunduğunu düşünen davacının yasal usule uymaksızın işyerini terk etmesi geçerli ve haklı fesih nedeni sayılmaz” diyerek, usullere uymadan çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan pilotun yine de korunması gerektiğini belirtmiştir.¹³⁴

Görüldüğü üzere Yargıtay, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi için öncelikle gerekli usullerin yerine getirilmesini ve izin alınmasını beklemektedir. Bu da çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımını zorlaştırmaktadır. Hâlbuki Akın’ın da söylediği üzere, iş sağlığı ve güvenliğinin önleyici karakterini yansıtan en temel haklarından biri durumundaki çalışmaktan kaçınma hakkı, kaza ve hastalıkların önüne geçerek daha büyük zararların oluşmasının engelleyebilmesi sebebiyle tam tersine özendirilmeli ve kullanımı kolaylaştırılmalıdır.¹³⁵

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu 155 ve 161 sayılı ILO sözleşmeleri ile 89/391 AB Direktifi dikkate alınarak hazırlanmıştır.¹³⁶ Ancak Kanunun 13’üncü maddesinde düzenlenen çalışmaktan kaçınma hakkının ILO Sözleşmesi değil, daha çok 89/391/EEC sayılı Konsey Direktifi hükümleri dikkate alınarak kaleme alındığı görülmektedir. Kanımızca, çalışmaktan kaçınma hakkı ile ilgili yukarıda açıklamaya çalıştığımız tüm sorun ve belirsizlikler de, 13’üncü madde hükümlerinin 155 Sayılı ILO Sözleşmesi yerine, 89/391/EEC sayılı Konsey Direktifi hükümlerine dayanılarak hazırlanmış olması nedeniyle ortaya çıkmaktadır.

07.01.2004 tarih ve 5038 sayılı Kanunla kabul edilen ve 22 Nisan 2005 tarihinde Türkiye’de de yürürlüğe giren, 3 Haziran 1981 tarihli “155 Numaralı İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin” ILO Sözleşmesi, sağlığı ve hayatı için ciddi ve yakında vaki olmasından korktukları bir tehlike meydana gelmesi nedeniyle, çalışanların makul bir gerekçeyle işinden uzaklaşması durumunda, doğabilecek olan olumsuz sonuçlara karşı onları koruyacak

¹³⁴ Yargıtay 9. HD, T.12.11.2018, E.2018/5470, K.2018/20239, Yargıtay Başkanlığı, Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 01.02.2022, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb>.

¹³⁵ Akın, s.34.

¹³⁶ Lütfi İnciroğlu, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Çalışanın Çalışmaktan Kaçınma Hakkı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:20, Sayı:1, 2014, S.810.



mevzuatın hazırlanması ve buna ilişkin uygulamaların geliştirilmesi gerektiğini belirtmektedir.¹³⁷ ILO Sözleşmesi bu yükümlülüğü sadece üye devletlere getirmekle yetinmemiş ve işletmelerin de bu konuda kendi iç düzenlemelerini hazırlamaları gerektiğini ifade etmiştir. Bu iç düzenlemelerde çalışanların, sağlık ve hayatları için ciddi ve yakında vaki olmasından korktukları bir tehlike meydana gelmesi durumunda, bunu üstlerine nasıl bildireceklerine ve işverenlerin, tehlike giderilinceye kadar, çalışanlarının, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmaya devam eden çalışma alanlarına dönmelerini talep edemeyeceğine ilişkin haklara da yer verilmesi istenmiştir.¹³⁸

Dikkat edilirse, ILO Sözleşmesinde, “objektif” bir tehlikeden bahsedilmemektedir. Çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmak isteyen çalışanın, kendisini, “*makul bir gerekçeyle*”, ciddi ve yakında vaki olmasından “*korktuğu*” bir tehlike içinde olduğunu “*düşünmesi*” yeterlidir. Diğer bir ifadeyle objektif değil, sübjektif bir tehlikeden bahsedilmektedir. Dikkat edilmesi gereken ikinci konu ise, ILO Sözleşmesinin, İSGK hükümlerinden farklı olarak, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmak isteyen çalışanlara, önceden herhangi bir kurula başvurma zorunluluğu getirmemesidir. 155 Sayılı ILO Sözleşmesi, çalışmaktan kaçınma hakkı ile ilgili hükümleri Sözleşmenin 13’üncü maddesinde düzenlerken, işletmelerin kendi iç düzenlemeleri yerine getirme zorunluluğunu ise Sözleşmenin 19’uncu maddesinde düzenlemektedir. Sözleşmenin 19/7 maddesi hükmü incelendiğinde, ILO Sözleşmesinin, çalışanların çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmadan önce, bir iş sağlığı ve güvenliği kuruluna veya işverene başvuru yapma zorunluluğu değil, sadece ilk amirine bir “*bildirim yapma*” yükümlülüğü getirdiği görülebilir. (...*a worker reports forthwith to his immediate supervisor...*) ILO Sözleşmesi ayrıca, işverenin, bildirimde bulunan çalışanların, tehlike giderilinceye kadar, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmaya devam eden çalışma alanlarına dönmelerini talep edemeyeceğini de düzenlemiştir. Hâlbuki yukarıda açıklandığı üzere, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu hükümlerine göre, kurul veya işverenin, çalışanın talebine olumsuz yanıt vermesi durumunda işçi, sağlık veya hayatı için tehlike oluşturduğunu düşündüğü işyerinde çalışmak zorundadır. İSGK hükümlerine göre ancak işyerinin tahliye edildiği durumlarda işveren çalışanların işlerine

¹³⁷ “A worker who has removed himself from a work situation which he has reasonable justification to believe presents an imminent and serious danger to his life or health shall be protected from undue consequences in accordance with national conditions and practice.” (155 Sayılı ILO Sözleşmesi m.13)

¹³⁸ “There shall be arrangements at the level of the undertaking under which a worker reports forthwith to his immediate supervisor any situation which he has reasonable justification to believe presents an imminent and serious danger to his life or health; until the employer has taken remedial action, if necessary, the employer cannot require workers to return to a work situation where there is continuing imminent and serious danger to life or health.” (155 Sayılı ILO Sözleşmesi m.19/7)

devam etmesini isteyemez. Ancak bu durumda bile bu hak, “zorunlu olmadıkça” koşuluna bağlanmıştır.

Avrupa Birliği (“AB”), 12 Haziran 1989 tarihinde, 89/391/EEC sayılı “İşyerlerinde Çalışan İşçilerin Sağlık ve Güvenliklerinin İyileştirilmesinin Teşvik Edilmesi İle İlgili Önlemlerin Alınmasına İlişkin” Konsey Direktifini yürürlüğe sokarak, 155 sayılı ILO Sözleşmesinde yer alan hükümlerin, AB üyesi ülkeler arasında da uygulanmasının yolunu açmıştır. Ancak burada gözden kaçırılmaması gereken konu, AB üyesi ülkelerin çoğunun, tıpkı Türkiye gibi, 155 sayılı ILO Sözleşmesini de imzalayıp yürürlüğe koymuş olmalarıdır.

89/391/EEC sayılı Konsey Direktifinin 8’inci maddesinin 4’üncü fıkrası, ciddi, yakın ve önlenemez bir tehlike meydana gelmesi durumunda, işyerlerini veya tehlikeli bölgeyi terk eden çalışanların, bunu yapmalarından dolayı haklarının kısıtlanamayacağını düzenlemiş ve AB üyesi ülkelerin, hazırlayacakları ulusal mevzuat ve geliştirecekleri uygulamalarla, doğabilecek olan olumsuz ve haksız sonuçlara karşı çalışanların korunması gerektiğini belirtmiştir.¹³⁹ Dikkat edilirse 89/391 Sayılı Konsey Direktifi, 155 Sayılı ILO Sözleşmesinin 13’üncü maddesini uyumlaştırmış, ancak işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi için, işçinin sağlığı ve hayatı için ciddi ve yakın değil, aynı zamanda kaçınılmaz bir tehlikenin meydana gelmiş olması gerektiğini ifade etmiştir. (*serious, imminent and unavoidable danger*) Yine 89/391/EEC sayılı Konsey Direktifi incelendiğinde, 155 Sayılı ILO Sözleşmesinden farklı olarak, madde metninde çalışanın tehlike ile ilgili “kanaati” veya “makul gerekçeli düşüncesinden” bahsedilmediği görülmektedir. Ancak AB direktiflerinin, tıpkı diğer uluslararası sözleşmelerde olduğu üzere, üye ülkelere hitap ettiği ve uyulması gereken asgari koşulları düzenlediği de unutulmamalıdır. Diğer bir ifadeyle AB üyesi ülkeler, 89/391/EEC Sayılı Konsey Direktifi hükümleri yerine, çalışanları daha çok koruyan kendi iç düzenlemelerini yürürlüğe koyabilecekleri gibi, imzalamış olmaları durumunda, 155 Sayılı ILO Sözleşmesi hükümlerini de kendi iç mevzuatlarına aktarabilir.

Görüldüğü üzere, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunda yer alan çalışmaktan kaçınma hakkı ile ilgili düzenlemeler, 155 Sayılı ILO Sözleşmesi hükümlerine göre değil, 89/391/EEC sayılı Konsey Direktifine uygun olarak hazırlanmıştır. Bu durum oldukça ironiktir, çünkü Türkiye, üyesi olmadığı ve belki de hiçbir zaman üyesi olamayacağı uluslararası bir örgütün, gerçekte uyumlaştırmak zorunda olmadığı bir mevzuatın hükümlerini iç hukukuna aktarmış, buna

¹³⁹ “Workers who, in the event of serious, imminent and unavoidable danger, leave their workstation and/or a dangerous area may not be placed at any disadvantage because of their action and must be protected against any harmful and unjustified consequences, in accordance with national laws and/or practices.”



karşılık üyesi olduğu uluslararası bir örgütün hazırladığı ve bir onaylama kanunu çıkarmak yoluyla kabul ettiği mevzuatın hükümlerini ise iç mevzuatına aktarmamıştır.

Kanımızca, 155 sayılı ILO Sözleşmesi hükümlerinin uygulanması, hem çalışmaktan kaçınma hakkı ile ilgili belirsizlik ve sorunları ortadan kaldıracak, hem de çalışanlar için çok daha elverişli bir güvence getirmiş olacaktır. Yine ironiktir ki bunun için Türkiye'nin yeni bir uyumlaştırma çalışması yapması veya yeni bir hukuki düzenlemeyi yürürlüğe koyması da gerekmez.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 90'ncı maddesinin 5'inci fıkrası, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.*” demektedir. Ancak 07.05.2004 tarihinde, 5170 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanunun¹⁴⁰ 7'nci maddesi ile Anayasanın 90'ncü maddesinin 5'inci fıkrasının sonuna yeni bir cümle eklenmiştir. Buna göre, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*”

Anayasa hükmü gereği, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan uluslararası antlaşmaların yasalar karşısındaki durumu tartışmalı olmakla birlikte, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere aykırı yasa kuralları yerine, uluslararası sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiği konusunda bir tartışma yoktur.¹⁴¹ Süzek tarafından da ifade edildiği üzere, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan ILO sözleşmeleri ile iş hukukuna ilişkin yasalar eş değerdedir ve bu itibarla, ILO sözleşme hükümleri ile iş yasaları hükümleri arasında bir çatışma olması durumunda, çatışmanın, “*Lex posterior derogat legi priori*” (Sonraki Kanun Önceki Kanunları İlgâ Eder) ve “*Lex specialis derogat legi generali*” (Özel Kanun Genel Kanunları İlgâ Eder) kurallarına göre çözümlenmesi gerekir.¹⁴² Ancak Anayasa hükmü gereği, ILO sözleşmesi hükümlerinin temel hak ve özgürlüklerle ilgili olması durumunda, yürürlükteki iş yasası hükümlerinin ILO sözleşmesi hükümlerine aykırı olduğu veya çelişen hükümler barındırdığı durumlarda, iş yasası hükümleri yerine, ILO Sözleşmesi hükümlerinin doğrudan uygulanması gerekir. Burada doğal olarak, hangi uluslararası sözleşmelerin ve sözleşme hükümlerinin temel hak ve özgürlük niteliği taşıdığına da tespit edilmesi gerekir.

¹⁴⁰ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5170, Kabul Tarihi: 07.05.2004, RG: 22.05.2004/25469.

¹⁴¹ Süzek, s.97.

¹⁴² Süzek, s.97.

Uluslararası alanda, iş sağlığı ve güvenliğini korumayı amaçlayan ILO sözleşmelerinin, temel hak ve özgürlüklerle ilgili olduğu öğretide açıkça ifade edilmektedir.¹⁴³ Yine öğretideki bir görüşe göre çalışmaktan kaçınma hakkı tabii bir haktır.¹⁴⁴ Bilindiği üzere tabii haklar, insanların doğuştan sahip oldukları, mahiyetleri itibarıyla geri alınamaz ve insan mahiyet ve tabiatının ayrılmaz bir parçası olan haklardır.¹⁴⁵ Bu hak insanlara başkası tarafından verilmez ve doğrudan doğruya tabiatından gelir.¹⁴⁶ Nitekim insanlar, doğuştan gelen güdülerle, sağlıklarını ve güvenliklerini tehlikeye düşürecek olan davranışlardan kaçınırlar ve bu tür tehlikelere maruz kalabilecekleri ortamlardan da uzaklaşmak isterler. Bu durum, “Herkes maddi ve manevi kişiliğine ilişkin bütünlüğünü koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.” düzenlemesi ile anayasal bir hak olarak da belirlenmiştir.¹⁴⁷

Son olarak, ILO sözleşmesi hükümlerinin, ulusal bir yasama, yürütme veya yargı organı kararına gerek kalmaksızın, mahkemelerce doğrudan uygulanabilir olup olmadığının da tespit edilmesi gerekir. Süzek’e göre, ILO normunun, tek başına, sözleşmenin onay yasası ile birlikte iç hukukta doğrudan uygulanabilmesi için, bu normun, açık, kesin, somut, başka iç hukuk düzenlemeleri ile tamamlanmaya ihtiyaç göstermeyen, kendi kendine yeterli bir hüküm getirmiş olması gerekir.¹⁴⁸ Kanımızca, 155 Sayılı ILO Sözleşmesinin çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin hükümleri, yine Süzek’in belirttiği üzere, genel, soyut, değişik ülkelerin ekonomik ve sosyal koşullarına uyum sağlayabilmeleri için esnek, istisnaların belirlenmesini iç hukuk düzenine bırakan, üye ülkelere seçenek sunan, alınacak bazı hukuki önlemlerin üye devletlerce belirlenmesine olanak tanıyan kurallardan¹⁴⁹ değildir. Zira bu tür sözleşme hükümlerinin, iç hukukta yargı organları tarafından doğrudan uygulanabilmeleri nitelikleri gereği ve teknik olarak mümkün değildir ve bu tür hükümlerin iç hukukta uygulanabilmeleri için, yürürlükteki iş hukuku kurallarıyla uyumlu hale getirilmesi, diğer deyişle, bu hükümlere ilişkin uyum yasalarının çıkarılması gerekir.¹⁵⁰

Öğretiye göre, “insan hakları” ve “temel hak ve özgürlükler” genel olarak aynı kavramları ifade etmektedir.¹⁵¹ Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, kanımızca, çalışmaktan kaçınma hakkı, kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde,

¹⁴³ Süzek, s.100.

¹⁴⁴ Aydınli, s.234.

¹⁴⁵ Orhan Münir Çağıl, “İnsan Hakları ve Tabii Hukuk”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: L, Sayı: 1-4, 69-115, 1984, s.93.

¹⁴⁶ Çağıl, s.99.

¹⁴⁷ Aydınli, s.235.

¹⁴⁸ Süzek, s.98.

¹⁴⁹ Süzek, s.98.

¹⁵⁰ Süzek, s.98-99.

¹⁵¹ Süzek, s.99.



insanın temel hak ve özgürlükleri kapsamında yer alan bir insan hakkıdır. Bu nedenle, çalışanların güvenli ve sağlıklı olmayan çalışma ortamlarında çalışmalarını talep etmek, kanımızca, onların insan haklarını ihlal etmek anlamına gelir. Dolayısıyla, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda, aynı konuda, yani çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımında, farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek olan uyuşmazlıklarda, 155 Sayılı ILO Sözleşmesi hükümleri doğrudan uygulanmalıdır. Başka bir deyişle, çalışmaktan kaçınma hakkını ILO Sözleşmesi hükümlerine uygun olarak kullandığı gerekçesiyle işten çıkarılan veya hakları kısıtlanan çalışanlar, mahkemelerden İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu hükümlerinin değil, 155 Sayılı ILO Sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasını talep edebilir. Bu durumda mahkemeler, Anayasanın 90'ıncı maddesi uyarınca, bu talebi dikkate almak zorundadır, çünkü 155 Sayılı ILO Sözleşmesi, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan çalışanların sadece mevzuatla değil, aynı zamanda uygulamayla da korunması gerektiğini açıkça belirtmektedir.¹⁵² Uygulamadan kasıt ise açıktır ki mahkemelerdeki uygulamalardır.

Tüm bu açıklamalar bir arada dikkate alındığında; çalışmaktan kaçınma hakkını 155 Sayılı ILO Sözleşmesi hükümlerine uygun olarak kullanan bir işçinin bu davranışının işveren tarafından kabul edilmemesi ve olayın mahkeme intikal etmesi durumunda, mahkeme, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 13'üncü maddesi hükümlerini kanımızca, 155 Sayılı ILO Sözleşmesi hükümlerine uygun olarak, doğrudan ve aşağıdaki biçimde yorumlamalıdır:

“Bilgi ve tecrübesi dâhilinde, haklı bir gerekçeyle, sağlığı ve hayatı için ciddi ve yakın bir tehlike ile karşı karşıya kaldığı kanısına ulaşan çalışanlar, durumu derhal iş sağlığı ve güvenliği kuruluna, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene veya birinci amirine bildirerek çalışmaktan kaçınabilir.

İşveren, sağlık ve güvenlikleri için alınması gereken her tür önlemi alıncaya kadar, çalışanların, tehlike oluşturmaya devam eden çalışma alanlarına dönmelerini talep edemez.

Çalışanların, kanunlardan ve iş sözleşmesinden doğan hakları, çalışmaktan kaçındıkları gerekçesiyle kısıtlanamaz.”

Nitekim Yargıtay, ulusal iş hukuku mevzuatı ile çatışan uluslararası sözleşme hükümlerini, verdiği kararlarda daha önceden de doğrudan uygulamıştı. Örneğin Yargıtay önüne gelen somut uyuşmazlıkta,¹⁵³ 100 civarında işçi, Mersin Limanındaki A, B, C, D ve E giriş kapılarını iş makineleri ve konteynır ile

¹⁵² “Workers ... must be protected against any harmful and unjustified consequences, in accordance with national laws and/or practices”

¹⁵³ Yargıtay 7. HD, T.03.02.2013, E.2014/7358, 2014/13055, Yargıtay Başkanlığı, Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 01.02.2022, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb>.

kapatarak işyerine girişi engellemiş, eylemin sürdüğü saat 09:00-14:00 arasında, işyerinde iş durmuştur. Bunun üzerine davalı işveren, eyleme katılan bir işçinin iş sözleşmesini, 4857 sayılı Kanunun 25/II-b ve 6356 sayılı Kanunun 70'inci maddeleri uyarınca haklı nedene dayanarak feshetmiştir. İşveren ayrıca, 6356 sayılı Kanunun 60'uncü maddesi uyarınca alınmış bir grev kararı bulunmadığını, davacı tarafın kendileri yerine başka işçiler alınacağına yönelik bir duyum üzerine bu tür bir eyleme giriştiklerini, ancak bunu ispatlayamadıklarını, kaldı ki bu durumun işyerinde işi yavaşlatmayı gerektirmediğini, iş yavaşlatma direnişine katılmanın ihraç cezasını gerektirdiğini, 4857 sayılı Kanunun 25/2 maddesi uyarınca davacının iş güvenliğini tehlikeye düşürdüğünü, çalışmayı engellediğini, ayrıca 6356 Sayılı Kanunun 70'inci maddesine göre kanunsuz grevin işverene iş sözleşmesini haklı nedenle fesih imkânı tanıdığını ileri sürmüştür.

Yargıtay ise yaptığı değerlendirmede, uluslararası normlar uyarınca, işçilerin ekonomik ve sosyal durumlarını etkileyen veya işyerindeki uygulamalara yönelik olarak kısa süreli, demokratik bir hakkın kullanımı niteliğindeki protesto eylemlerinin toplu eylem hakkına dâhil olduğunu ve bu eylemler salt politik nitelikte olmadıkları sürece, yasaklanamayacaklarını ifade etmiştir. Yargıtay'a göre, uluslararası normlar uyarınca demokratik bir hakkın kullanımı şeklinde yapılan protesto eylemleri, barışçıl nitelik taşıdığı takdirde ve ölçülülük ilkesine uygun olmak şartıyla yasadışı eylem olarak değerlendirilemez. Yargıtay bu nedenlerle, somut olayda, uluslararası normlar uyarınca demokratik bir hakkın kullanımının söz konusu olduğunu veya söz konusu eylemlerin, demokratik bir hakkın kullanımı niteliğinde sayılmasının uygun olacağını söyleyerek, feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar vermiştir.

Öğretiye göre, 2013 yılında Yargıtay, o tarihte benzerlerine çok seyrek rastlanabilen doğru bir yaklaşım ve gerekçeyle, protesto ile grev arasındaki ayrımı, ilgili uluslararası sözleşmelere atıf yapmak suretiyle ortaya koymuş ve devrim niteliğinde bir karar vermiştir.¹⁵⁴ Gerçekten de karar incelendiğinde, Yargıtay 7. HD'nin, kendisini adeta uluslararası denetim organları ve hatta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yerine koyarak karar verdiği, kararında uluslararası denetim organları kararlarına göndermelerde bulunduğu ve Anayasa'nın 90. maddesinin gereğini eksiksiz olarak yerine getirdiği görülebilir. Yüksek mahkeme verdiği bu kararda, Türk iç hukuku ile Türkiye'nin taraf olduğu insan hakları sözleşmeleri arasında bir çatışma olduğunu saptamış, ardından, yalnızca sözleşmelerin pozitif metinlerine bakmakla yetinmemiş, dava konusu eylemin durumuna uyan kararları da araştırmış, üstelik yabancı literatürden

¹⁵⁴ Mesut Gülmez, "Toplu Eylem Hakkına Dâhil Protesto Grevleri, Yasa Dışı grev Değildir: Yargıtay 7. Hukuk Dairesi Kararı Karar Eleştirisi", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2014/4, 238.



bir makaleye göndermede bile bulunmuştur. Sonunda, sözleşmelerin pozitif metinleri ile ILO denetim organlarının yerleşik kararlarından oluşan ulusal üstü sendikal haklar ortak hukukunu 6356 sayılı Kanuna üstün tutarak önündeki uyuşmazlığa doğrudan uygulamıştır.¹⁵⁵ Bu arada, sadece Yargıtay'ın değil, Anayasa Mahkemesi (“**AYM**”)¹⁵⁶ ve Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun¹⁵⁷ (“**DİDDK**”) da çalışma hukukunu ilgilendiren ve ulusal mevzuat ile çelişen uluslararası sözleşme hükümlerinin doğrudan uygulandığı kararlarının mevcut olduğu ayrıca göz önünde bulundurulmalıdır.

SONUÇ

Yukarıda ayrıntısıyla açıklandığı üzere, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 13'üncü maddesinde düzenlenen çalışmaktan kaçınma hakkı belirsizliklerle dolu olduğu kadar işlevsellikten de uzaktır. Bu konudaki düzenlemeler belirsizdir, çünkü çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmak isteyen olan çalışanların, sağlık ve güvenliklerinin tehlike altında olduklarını düşünmeleri yeterli değildir. Düzenleme yapılırken, tehlike anında çalışanların neler düşündükleri veya hissettikleri dikkate alınmamıştır. Bu durumda işveren söz konusu tehlikeyi çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımı için geçerli bir sebep olarak görmezse, çalışan, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanamayacaktır. Daha da kötüsü, çalışan büyük bir korku içinde bu hakkını zaten kullanmışsa, var olan düzenlemeleri ihlal etmiş sayılacak ve belki de işini kaybedecektir. Kısaca çalışanlar, çalışmaktan kaçınma haklarını, gerçekte objektif kıstaslara göre değil, tümüyle işverenin subjektif düşüncelerine bağlı olarak kullanılabilecektir.

Çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin mevcut düzenlemeler sadece belirsiz değil, aynı zamanda işlevsizdir. Çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmak isteyen çalışan önce ciddi ve yakın bir tehlike ile karşı karşıya kalacak, ardından iş sağlığı ve güvenliği kurulu veya işverene başvuracak ve gerekli tedbirlerin alınmasını talep edecek, işveren de işçinin başvurusunu haklı görerek, gerekli tedbirlerin alınmasına karar verecektir. Çalışanlar ancak bu şartların tamamının bir arada olması durumunda çalışmaktan kaçınma haklarını kullanabilecektir. Kurula/işverene başvuru yapmaksızın çalışmaktan kaçınma hakkını kullanılması durumunda ise çalışana bir güvence sağlanmamaktadır.¹⁵⁸

¹⁵⁵ Gülmez, 239.

¹⁵⁶ AYM, T.22.05.2019, Başvuru No: 2017/29263, Yargıtay Başkanlığı, Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 01.02.2022, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb>.

¹⁵⁷ DİDDK, E.2009/1063, K.2013/1998, Bartın Üniversitesi, Erişim Tarihi: 01.02.2022, https://otomasyon.bartın.edu.tr/dosyalar/form/personel/kararlar-modulu/ZNMZVFZK_esas-no-2009.1063.pdf

¹⁵⁸ Aydın, s.207.

Bu durumda çalışanların, çalışmaktan kaçınma haklarını kullanmaları neredeyse olanaksızdır. Nitekim uygulamaya bakıldığında, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 13'üncü maddesine atıf yapılarak verilmiş olan bir Yargıtay kararına rastlamak neredeyse olanaksızdır. Bu durum bile tek başına, var olan düzenlemelerin işlevsiz olduğunu açıkça göstermektedir.

Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımı ile ilgili olarak, Türkiye'nin imzaladığı ve uygun bulma kanunu ile iç mevzuatına aktardığı 155 sayılı ILO Sözleşmesi hükümlerinin uygulanması, bu alanda var olan belirsizlikleri azaltacak ve bu hakkın kullanımındaki işlevselliğini de artıracaktır. Ancak bunun için, başta avukatlar ve hâkimler olmak üzere, hukuk uygulayıcılarının, çalışmaktan kaçınma hakkının evrensel bir insan hakkı olduğu konusunda hemfikir olmaları gerekir. Hukuk uygulayıcılarının çalışmaktan kaçınma hakkını bir insan hakkı olarak mahkemelerde gündeme getirmeleri ve mahkemelerin de 155 sayılı ILO Sözleşmesi hükümlerine uygun olarak, çalışanların çalışmaktan kaçınma haklarını kullanabilmelerine ilişkin güvence vermeleri durumunda, bu kurum, diğer çağdaş ülkelerde olduğu üzere, Türkiye'de de hak ettiği değeri görecektir.

KAYNAKÇA

Yargı Kararları

AYM, T.22.05.2019, Başvuru No: 2017/29263.

DİDDK, E.2009/1063, K.2013/1998.

Yargıtay 7. HD: T.03.02.2013, E.2014/7358, 2014/13055.

Yargıtay 9. HD: T.12.11.2018, E.2018/5470, K.2018/20239.

Yargıtay 10. HD: T.07.07.2004, E.2004/4465, K.2004/6425.

Yargıtay 10. HD: T.19.01.2021, E.2020/6981, K.2021/413.

Yargıtay 22. HD: T.19.02.2019, E.2017/20315, K.2019/3657.

Kitaplar, Makaleler ve Tezler

Akın L, "Covid-19'un İş İlişkilerine Etkisi", Çimento İşveren Dergisi, Cilt:34, Sayı:3, (2020).

Aksoy N, "6331 Sayılı Kanun'un 13. Maddesi Kapsamında Çalışmaktan Kaçınma Hakkı", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt 1, Sayı 42, (2020).

Alpagut G (editör), "Pandemi Sürecinde İş Hukuku", On İki Levha Yayıncılık, 2020.



Aydın U, “Covid-19 Pandemisi; İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Alanında Yarattığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, sayı 2, (2020).

Aydın F, Avrupa Sosyal Şartı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Yayınları, 2014.

Aydın İ, İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Seçkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2015.

Baycık G, “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 3, (2013).

Çağır O.M, “İnsan Hakları ve Tabii Hukuk”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: L, Sayı: 1-4, 69-115, 1984.

Çelik N, Caniklioğlu N, Canbolat T, Özkaraca E, İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, Yenilenmiş 34. Bası, İstanbul, 2021.

Çil Ş, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Turhan Kitapevi, Ankara, 2004.

Demircioğlu M, Kaplan H.A, Sorularla İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.

Gül H.A, “İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı”, Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, (2019).

Gülmez M, “Toplu Eylem Hakkına Dâhil Protesto Grevleri, Yasa Dışı grev Değildir: Yargıtay 7. Hukuk Dairesi Kararı Karar Eleştirisi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2014/4.

İnciroğlu L, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Çalışanın Çalışmaktan Kaçınma Hakkı”, *Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt:20, Sayı:1, (2014).

ILO, “COVID-19 and the world of work, Eighth edition, Updated estimates and analysis”, *ILO Monitor*, (2021).

Kılıç L, İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Hükümlülüğü ve Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, 2006.

Mollamahmutoglu H, Astarlı M, Baysal U, İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Lykeion Yayınları, Ankara, 2017.

Ocak S, İş Güvenliği Uzmanı, Adalet Yayınları, Ankara, 2013.

Sümer H.S, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Seçkin Hukuk Yayınları, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, 2019.

Süzek S, İş Hukuku, Beta Yayınları, Yenilenmiş 21. Baskı, İstanbul, 2021.

İnternet Sitesi Kaynakları

Anadolu Ajansı, Erişim Tarihi: 01.02.2022, <https://www.aa.com.tr/tr/koronavirus/saglik-bakani-koca-turkiyede-ilk-koronavirus-vakasinin-gorulduğunu-acıkladı/1761466>.

T.C. Sağlık Bakanlığı, “COVID-19 Bilgilendirme Platformu”, Erişim Tarihi: 01.02.2022, <https://covid19.saglik.gov.tr/TR-66300/covid-19-nedir-.html>.

Türk Hukuk Sitesi, Erişim Tarihi: 01.02.2022, <http://www.turkhukuksitesi.com>.

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Anayasası, Erişim Tarihi: 01.02.2022, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-ankara/documents/publication/wcms_412382.pdf.

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Occupational Safety and Health Convention, (T.03.06.1981, S.155) (Erişim Tarihi: 01.02.2022), https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C155.

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Safety and Health in Construction Convention, (T.20.06.1988, S.167) (Erişim Tarihi: 01.02.2022) https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C167.

Vikipedi Özgür Ansiklopedi, “Covid-19 Pandemisi”, Erişim Tarihi: 01.02.2022, https://tr.wikipedia.org/wiki/COVID-19_pandemisi.

Yargıtay Başkanlığı, Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 01.02.2022, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb>.



TÜRK İŞ HUKUKUNDA ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE MÜTESELSİL SORUMLULUK

The Joint Liability in Contractor and Subcontractor Relationship in Turkish Labor Law

Seda ÖZGÜL EKİZ*

Özet

3008 sayılı Yasa ile 1936 yılından itibaren hukukumuzda konu olan asıl işveren-alt işveren ilişkisine, çalışma hayatındaki kötü niyetli kullanımlar nedeniyle, 4857 sayılı Kanunla birlikte önemli düzenlemeler getirilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2'nci maddesinde düzenlenen asıl işveren- alt işveren ilişkisinin unsurları; asıl işveren ve alt işveren olmak üzere iki ayrı işverenin olması, alt işverene verilen işin mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı iş ya da asıl işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir bölümü olması, alt işverenin işçilerinin asıl işverene ait iş yerinde çalıştırılması ile alt işverenin işçilerinin sadece asıl işverenden alınan işe özgülenerek çalıştırılması şeklinde sayılmaktadır.

İş Kanunu'nda alt işverenlik hususunda özel bir muvazaa düzenlenmiştir. Buna göre, asıl işverenin işçileri alt işveren tarafından işe alınarak hakları kısıtlanmış bir biçimde çalıştırılıyorsa, ya da asıl işveren kendi eski çalışanı ile alt işveren ilişkisi kurduysa, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edileceği Kanun hükmünde belirtilmiştir.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi, asıl işverenin sorumluluğu açısından geniş bir bakış açısı getirmiştir. İşçi alacaklarından asıl işveren, alt işveren ile birlikte sorumlu tutularak işçilere istediği işverene ya da her ikisine birden başvurma hakkı sağlanmıştır.

Bu çalışmada; ilk olarak asıl işveren, alt işveren kavramları ile asıl işveren-alt işveren ilişkisinin unsurlarına yer verilmiştir. Ardından asıl işveren-alt işveren ilişkisinde muvazaa halleri incelenmiştir. Son olarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinde müteselsil sorumluluk durumları ele alınmıştır.

Anahtar kelimeler: İşçi, işveren, alt işveren, asıl işveren, müteselsil sorumluluk.

➤ Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 29.03.2022

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 06.09.2022

* Sosyal Güvenlik Denetmeni, Sosyal Güvenlik Kurumu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, ekizseda@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-3571-0139>



Abstract

The relationship between the contractor and the subcontractor, the subject of our law since 1936 by the Law No. 3008, has been subject to significant regulations by the Law No. 4857 due to malicious law enforcement in working life.

The founding elements of the contractor-subcontractor relationship regulated in Article 2 of the Labor Law No. 4857 are categorized in titles; the existence of two separate employers as the contractor and the subcontractor, the work given to the subcontractor is a job related to the production of goods and services, the work given to the subcontractor being an auxiliary job related to the production of goods and services or a part of the main job that requires expertise due to the necessity of the business and the technological reasons, the subcontractor's workers being employed in the workplace belonging to the main employer, and employing the employees of the subcontractor only by being assigned to the job received from the contractor.

A kind of collusion has been regulated in the Labor Law regarding the contractor-subcontractor relationship. Accordingly, if an employees of the contractor are recruited by the subcontractor and their rights are restricted, or if the contractor has established a contractor-subcontractor relationship with his former employee, it is stated in the law that the contractor-subcontractor relationship will be considered to be based on collusion.

The contractor-subcontractor relationship has brought a broad perspective in terms of the responsibility of the contractor. The contractor-subcontractor were held responsible for the receivables of the employees, and the employees were given the right to apply to contractor of their choice or to both.

In this study; first of all, the concepts of contractor and subcontractor and the elements of the contractor-subcontractor relationship are included. Then, the collusion in the contractor-subcontractor relationship was examined. Eventually, joint liability situations in the contractor-subcontractor relationship are discussed.

Keywords: Employee, employer, subcontractor, contractor, joint liability.

GİRİŞ

Çalışma hayatında değişen ekonomik ve sosyal koşullar ile birlikte, işverenler daha fazla kazanç elde edebilmek, daha hızlı ve daha ekonomik üretim yapabilmek için çeşitli arayışlara girmiştir. Bu arayışların sonucu olarak esnek, atipik istihdam biçimleri de çalışma hayatında yerini almıştır.

İşverenlerin iş yerindeki tüm işleri kendi işçileri aracılığıyla yerine getirmesi, bazı işler bakımından hem maliyet açısından hem de zaman açısından dezavantaj oluşturmaktadır. Bunun yanı sıra birtakım uzmanlık gerektiren işlerin de tek bir işverene bağlı işçiler tarafından yerine getirilmesi, aksaklıklara sebep olabilmektedir.

İşverenlere sağlanan asıl işveren-alt işveren ilişkisi ile birlikte, asıl işverene ürettiği mal ve hizmetlerin bir bölümünde alt işverenin işçilerini çalıştırabilme hakkı getirilmektedir.

1475 sayılı İş Yasası'nda¹ alt işveren kavramına yer verilerek, Kanunun 1'inci maddesinin 5'inci fıkrasında aynen şu şekilde ifade edilmektedir:

“Bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan ve işçilerini münhasıran o iş yerinde ve eklentilerinde çalıştıran diğer bir işverenin kendi işçilerine karşı o iş yeri ile ilgili ve bu kanundan veya hizmet akdinden doğan yükümlerinden asıl işveren de birlikte sorumludur.”

Mezkûr düzenleme, asıl iş-yardımcı iş ayırımına yer vermeden bütün işlerin üstlenilmesine müsaade ettiğinden, alt işverenlik uygulaması oldukça rağbet görmüş ve bu ilişki ucuz işçi çalıştırmanın ve sendikasılaştırmanın etkili bir yoluna dönüşmüştür. Her ne kadar Yargıtay, asıl işveren-alt işveren ilişkisinde kötüye kullanmaları önlemek amacıyla muvazaalı ilişkileri geçersiz sayarak, işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi kabul etmiş olsa da; Yüksek Mahkemenin bu içtihadı, asıl işveren-alt işveren ilişkisinde kötüye kullanmaları önlemede yetmemiştir. Bu sebeple 4857 sayılı İş Kanunu'nda², işletmelere yardımcı işleri alt işverene verme hususunda herhangi bir sınırlama getirmeyen, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesini ciddi ölçüde sınırlamakta ve bazı durumlarda da bu ilişkiyi kesin bir biçimde yasaklamaktadır.³

Bunlara ilaveten asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak haklarının kısıtlanamaması, asıl işverenin eski çalışanın daha sonra kendi alt işvereni olamaması, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işverenlere verilememesi gibi başka sınırlamalar da mevcuttur. Söz konusu sınırlamalara uyulmadığı takdirde kurulan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçersiz sayılarak, baştan itibaren işçilerin asıl işverenin işçisi olarak kabul edileceği kanunda özellikle belirtilmektedir.

Ayrıca asıl işveren-alt işveren ilişkisine müteselsil sorumluluk getirilerek, işçi alacaklarından dolayı asıl işveren alt işveren ile birlikte sorumlu tutulmuştur. Bu halde alacağını alt işverenden tahsil edemeyen işçinin mağdur olması önlenmeye çalışılmış ve işçiye alacağını asıl işverenden de talep etme hakkı sağlanmıştır.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde amaç, iş güvencesi olmaksızın düşük ücretlerle işçi çalıştırmak olmamalıdır. İş Kanunu'nun 2'nci maddesinde yer alan düzenlemeler ile bu şekilde kötü niyetli asıl işveren-alt işveren ilişkilerinin önüne geçilmeye çalışılsa da, uygulamada sorunlar mevcudiyetini korumaktadır.

¹ İş Kanunu, Kanun Numarası: 1475, Kabul Tarihi: 25.08.1971, RG. 01.09.1971/13943.

² İş Kanunu, Kanun Numarası: 4857, Kabul Tarihi:22.05.2003, RG. 10.06.2003/25134.

³ Ali Güzel, “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları” (2004) 1 Çalışma ve Toplum Dergisi, <https://www.calismatoplum.org/makale/is-yasasına-gore-alt-isveren-kavrami-ve-asil-isveren-alt-isveren-iliskisinin-sinirlari>, Erişim Tarihi: 01.01.2022; Cevdet İlhan Günay, İş Hukuku Yeni İş Yasaları (5. Baskı, Yetkin Yayıncılık 2013) 301-302.

I. ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ KAVRAMI

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2'nci maddesinin 6'ncı fıkrasında asıl işveren alt işveren ilişkisi "*Bir işverenden, iş yerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu iş yerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir.*" şeklinde tanımlanmaktadır. (İşK, m.2/6)

Kanun lafzında geçen tanım incelendiğinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisi, iş yerinin işin gereği ve teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiriyorsa, mal ve hizmet üretiminde gereken "yardımcı işlerde" ya da "asıl işin bir bölümünde" çalıştırılmak üzere başka bir işveren ile anlaşabileceği ve bu anlaşılan işverenin de işçilerini sadece işi aldığı işverenin işinde çalıştırabileceği ilişki şeklinde anlaşılmaktadır.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda⁴ ise alt işverenin tanımı "*Bir işverenden, iş yerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işte veya bir işin bölümü veya eklentilerinde, iş alan ve bu iş için görevlendirdiği sigortalıları çalıştıran üçüncü kişiye alt işveren denir.*" şeklinde ifade edilmiş olup, "*Sigortalılar, üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bunlarla sözleşme yapmış olsalar dahi, asıl işveren, bu Kanunun işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işveren ile birlikte sorumludur.*" hükmüyle müteselsil sorumluluğa yer verildiği görülmektedir. (SSGSSK, m.12/6)

Her iki kanun maddesi kıyaslandığında, İş Kanunu bakımından asıl işveren-alt işveren ilişkisi için oldukça önemli sınırlamaların var olduğu görülürken; Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu bakımından ciddi bir sınırlamanın olmadığı söylenebilir. Dolayısıyla 5510 sayılı Kanun kapsamında kabul edilen bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin, 4857 sayılı Kanun kapsamında kabul edilmemesi mümkündür.⁵ Bu çalışmada asıl işveren-alt işveren ilişkisi 4857 sayılı İş Kanunu bakımından ele alınacaktır.

A. Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Unsurları

Kanunda yer alan tanım kapsamında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin unsurları; asıl işveren ve alt işveren olmak üzere iki ayrı işverenin olması, alt işverene verilen işin mal ve hizmet üretimine ilişkin bir iş olması, alt işverene verilen işin asıl işin bir bölümü ya da yardımcı iş olması, alt işverenin işçilerinin

⁴ Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, Kanun Numarası: 5510, Kabul Tarihi: 31.05.2006, RG. 16.06.2006/26200.

⁵ Ali Güzel, Ali Rıza Okur ve Nurşen Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku (Yenilenmiş 19. Bası, Beta Yayıncılık 2021) 209.

asıl işverene ait iş yerinde çalıştırılması ile alt işverenin işçilerinin sadece asıl işverenden alınan işe özgülenerek çalıştırılması şeklinde sayılmaktadır.

1. İki Ayrı İşverenin Olması

Asıl İşveren-alt işveren ilişkisinin oluşabilmesi için ilişkinin her iki tarafının da işveren olması gerekmektedir. Söz konusu ilişkinin taraflarından biri asıl işveren, diğeri de alt işveren olacaktır. Taraflardan birinin işveren olmaması durumunda, asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmamış olacaktır.⁶

Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin⁷ 3'üncü maddesinde asıl işveren ve alt işveren kavramlarının tanımları yapılmıştır. Buna göre alt işveren “*Bir işverenden, iş yerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan, bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu iş yerinde aldığı işte çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar*” olarak tanımlanırken; asıl işveren de “*İş yerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işleri veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işleri diğer işverene veren, asıl işte kendisi de işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar*” şeklinde tanımlanmıştır.

Alt işveren, asıl işverenin vekili konumunda değildir. Alt işveren ve asıl işveren arasında iş ya da vekalet sözleşmesi değil; istisna, kira, taşıma gibi bir sözleşme bulunmaktadır. Uygulamada hizmet alım sözleşmesi olarak adlandırılan, Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiş olan bir başka sözleşme türü ile de asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması mümkündür. Alt işveren söz konusu ilişki kapsamında aldığı işleri, asıl işveren adına değil, kendi adına ve hesabına, kendi işçileri ile birlikte yerine getirmektedir.⁸

Her iki tarafın işveren olması mezkûr ilişki bakımından şart olmakla birlikte yeterli değildir. Eğer asıl iş tamamıyla bir başka işverene devrediliyor ve sadece işi alan işverenin işçileri o işte çalışıyor ise asıl işveren-alt işveren ilişkisi

⁶ Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, İş Hukuku Dersleri (Yenilenmiş 34. Bası, Beta Yayınları 2021) 114; M. Polat Soyer, “4857 sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları”, (2006) 1, Sicil İş Hukuku Dergisi 16, 17; Hande Bahar Aykaç, İş Hukukunda Alt İşveren, (Beta Yayıncılık 2011) 57 vd.

⁷ Alt İşverenlik Yönetmeliği, RG. 27.09.2008, 27010.

⁸ Sarper Süzek, İş Hukuku (20. Baskı, Beta Yayınevi 2020) 157-158; Münir Ekonomi, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi”, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları (II) Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, (1. Baskı, Legal Yayıncılık 2008) 28-29; Talat Canbolat, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri (Kazancı Hukuk Yayınları 1992) 38; Ercan Akyiğit, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik, (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2013) 24; Aykaç, (n.6) 37 vd.



meydana gelmemiş olacaktır. İş devreden tarafın başka işleri sebebiyle işveren sıfatını haiz olması durumu değiştirmez. Burada önemli olan husus, başka işverene verilen işte, işi alan işverenin işçileri ile birlikte işi veren işverenin de işçilerinin çalışmasıdır.⁹ Bu hususa Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 4'üncü maddesinin a bendinde de yer verilerek, “*Asıl işverenin iş yerinde mal veya hizmet üretimi işlerinde çalışan kendi işçileri de bulunmalıdır.*” şeklinde ifade edildiği görülmektedir. Bu nedenle anahtar teslimi şeklinde yapılan işlerde asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmamış olur. Anahtar teslimi şeklinde yapılan işlerde, işi diğer işverene teslim eden işveren, ihale makamı sayılmakta, asıl işveren olmamaktadır.¹⁰

Yine aynı şekilde her iki taraf da işveren olmakla birlikte eğer aradaki ilişki, işçi çalıştırılmasına ihtiyaç duyulmayan ticari bir ilişki ise, asıl işveren-alt işveren ilişkisi oluşmayacaktır. Bir iş yerinin araç kiralama şirketinden araç kiralaması ya da bir yakıt istasyonu ile anlaşarak şirket araçlarının yakıt ihtiyacını anlaştığı istasyondan sağlaması durumları, iki ayrı işveren arasındaki ticari ilişkiye örnek olarak verilebilir.¹¹

2. Alt İşverene Verilen İşin Belirli Nitelikte Olması

4857 sayılı İş Kanunu'nda alt işverene verilebilecek olan işler, asıl iş ve yardımcı iş olarak ayrılmaktadır. Kanun'un 2'nci maddesinin 6'ncı fıkrasında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin tanımı yapılırken “*Bir işverenden, iş yerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan...*” ifadelerinin kullanıldığı görülmektedir. Dolayısıyla asıl işveren tarafından alt işverene verilecek olan iş, ya mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı iş niteliğinde olmalı, ya da işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren asıl işin bir bölümü niteliğinde olması gerekmektedir.

Bu hususa madde gerekçesinde de şu şekilde yer verilmiştir: “*Asıl işveren-alt işverenin ilişkisinin tanımı unsurlarıyla birlikte açıklanmış, unsurlarında mevcut esaslar korunmakla beraber, görüş ayrılıklarına sebep olan bir konu da kavram açısından daraltıcı etkiye sahip bir hüküm haline getirilmiştir. Buna göre, bir iş yerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin “asıl işin bir bölümünde” veya “yardımcı işlerinde” iş alan diğer işverenler, işçilerini sadece bu iş yerinde çalıştırdıklarında asıl işveren alt işveren ilişkisi doğmuş*

⁹ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, (n.6) 115; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı, Ulaş Baysal, İş Hukuku Ders Kitabı Cilt:1 Bireysel İş Hukuku (Güncellenmiş 5. Baskı, Lykeion Yayınları 2021) 46; Soyer, (n.6) 17; Güzel, (n.3) 40.

¹⁰ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, (n.6) 115; Süzek, (n.8) 158; Soyer, (n.6) 17; Güzel, (n.3) 39-40.

¹¹ Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri (2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2020) 116.

olacak, buna karşı iş yerinde yürütülen asli ve yardımcı işler dışında iş alan bir işveren, örneğin iş yerinde bir ek inşaat yapılması ya da bina onarım işini alan diğer işverenin alt işveren kapsamında nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır. Ayrıca, asıl işverenin alt işverenden iş alabilmesi iş yeri gereklerine ve teknolojik nedenlere bağlanmıştır.”¹²

Asıl iş ve yardımcı iş tanımları Kanunda yapılmazken, Alt İşverenlik Yönetmeliği’nde söz konusu tanımlara yer verildiği görülmektedir. Bu kapsamda asıl iş “*Mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan iş*” olarak; yardımcı iş ise “*İş yerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olmakla beraber doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan, üretimin zorunlu bir unsuru olmayan ancak asıl iş devam ettikçe devam eden ve asıl işe bağımlı olan iş*” olarak tanımlanmıştır. (AİY. m.3/c – m.3/ğ) Fakat her ne kadar tanımlar yapılmış olsa da uygulamada asıl iş-yardımcı iş sınırlarını çizmek çok da kolay olmamaktadır. Özellikle “yardımcı iş” hususunda birtakım karışıklıklar yaşanabilmektedir. Burada “yardımcı iş” ifadesinden kastedilen her türlü yardımcı iş değil, “asıl işe ilişkin olan” yardımcı iştir. Dolayısıyla asıl iş ile alakasız olan yardımcı iş, asıl işveren-alt işveren ilişkisine konu olmamaktadır.¹³

a. Alt İşverene Verilen İşin Mal veya Hizmet Üretimine İlişkin Yardımcı İş Olması

Asıl işverenin alt işverene verdiği işin, yardımcı iş olması halinde, mal ve hizmet üretimine ilişkin olması gerekmektedir. Mal ve hizmet üretimine ilişkin olmayan çatı onarım işleri, badana işleri, bahçeye bekçi kulübesi yapılması, asansör bakımı gibi birtakım işler, iş yerinin mal ve hizmet üretimine ilişkin olmadığından asıl işveren-alt işveren ilişkisi oluşturmamaktadır.¹⁴

Doktrinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi bağlamında, alt işverene verilen işin mal ve hizmet üretimine ilişkin olmakla birlikte, geçici iş olup olmaması durumlarına göre de farklı yorumlar mevcuttur. Bir görüşe göre geçicilik unsuru mutlak bir kriter olarak sayılmasa dahi; az da olsa süreklilik arz etmeyen ani edimli işler asıl işveren-alt işveren ilişkisini doğurmayacaktır.¹⁵ Bir diğer görüşe göre ise, kanun maddesinde devamlılık koşuluna yer verilmemiş olduğundan, kısa süreli olsa dahi yürütülen iş mal ve hizmet üretimine ilişkin ise asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulabileceği yönündedir.¹⁶

¹² <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=23596&pkanunnumarasi=4857>, Erişim Tarihi: 22.01.2022.

¹³ İbrahim Aydın, Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, (5. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 193.

¹⁴ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, (n.6)115.

¹⁵ Aydın, (n.13) 190.

¹⁶ Canbolat, (n.8) 1; Ekonomi, (n.8) 31; Süzek, (n.8) 159.



b. Alt İşverene Verilen İşin İşletmenin ve İşin Gereği ile Teknolojik Nedenlerle Uzmanlık Gerektiren Asıl İşin Bir Bölümü Olması

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2'nci maddesinin 6'ncı fıkrasında “*asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde*” denilmek suretiyle, alt işverene verilen asıl işin bir bölümünün ancak işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde mümkün olduğu belirtilmektedir. Aksi halde asıl işveren-alt işveren ilişkisi söz konusu olmayacaktır. Buna göre geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edebilmek için asıl işin tamamının bir başka işverene verilmesi mümkün olmamakla birlikte; asıl işin bir bölümünün de ancak işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmesi halinde alt işverene verilebileceği anlaşılmaktadır. Söz konusu düzenleme ile uygulamada asıl işin keyfi bir biçimde bölünerek alt işverenlere yaptırılmasının önüne geçilmek istenmiştir.¹⁷

Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 11'inci maddesinde, asıl işin, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmesi koşullarının bir arada gerçekleşmesi durumunda alt işverene verilebileceği ifade edilmektedir. (AİY. m.11/3) Aynı maddenin devamında da asıl işin bir bölümünün verildiği alt işveren, aldığı işi bölerek başka işverenlere vermesi engellenmiştir. (AİY. m.11/4)

3. Alt İşverenin İşçilerinin Asıl İşverene Ait İş yerinde Çalıştırılması

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin oluşması için alt işverenin işçilerinin asıl işverene ait iş yerinde çalıştırılması gerekmektedir.

Asıl işverenden iş alan diğer işverenin, işi kendi iş yeri sınırlarında kendi işçilerine fason imalat şeklinde gördürmesi durumunda, işverenler arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi doğmamış olur.¹⁸ Asıl işveren-alt işveren ilişkisi çerçevesinde alt işverene verilen işin asıl işverenin iş yerinde görülmesi gerekmektedir.¹⁹

Fakat “iş yerinde yürütülen iş” kavramı dar olarak yorumlanmamalıdır. Anlatılmak istenen iş yerinin coğrafi sınırlarından ziyade, “işin iş yerine ait olması”dır.²⁰ Günümüzde yapılan işlerin çeşitliliği göz önünde bulundurulduğunda, yapılan işin niteliği gereğince her işin belirli bir iş yeri sınırları dâhilinde yapılması mümkün olmayabilir. Herhangi bir alanda üretim ve dağıtım işi yapan işverenin dağıtım işlerini başka bir işverene vermesi

¹⁷ Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, (n.9) 46.

¹⁸ Süzek, (n.8) 159; Savaş Taşkent, “Alt İşveren”, (2004) 1 (2) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 363-364; Ekonomi, (n.8) 33.

¹⁹ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, (n.6)117; Süzek, (n.8) 159.

²⁰ Soyer, (n.6) 19; Süzek, (n.8) 158; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, (n.9) 47.

durumunda, dağıtım işi iş yerinin sınırları dâhilinde yapılmadığından asıl işveren-alt işveren ilişkisinin oluşmadığını söylemek doğru olmayacaktır. Diğer koşulların da sağlanması koşulu ile özellikle farklı farklı iş yerlerine ait ürün dağıtımını sağlanmıyorsa, başka bir deyişle münhasıranlık koşulu da mevcutsa, ortada asıl işveren-alt işveren ilişkisi mevcuttur. Fakat üretilen malların dağıtımını ya da personel servisi işlerinde dahi eğer alınan iş, işi devreden işverenin iş yeri sınırlarında gerçekleştirilmeyorsa, söz konusu ilişkinin asıl işveren-alt işveren ilişkisi olmayacağını ve işverenin hakimiyet sahasında olmayan işçilerden sorumlu tutulamayacağını belirten görüşler de doktrinde mevcuttur.²¹ Diğer taraftan iş yeri sınırlarından ziyade “iş organizasyonu” kavramı kullanıldığında, alt işverenin işçilerinin asıl işverenin iş yerinde iş görmesinden ziyade; asıl işverenin iş organizasyonu dahilinde iş görmesi kabul edilebilir. Bu durumda “iş organizasyonu” kavramı ile iş yeri ve işletme kavramlarına fiziki sınırlar çizilmesi ortadan kaldırılarak esneklik kazandırılmış olacaktır.²² Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında, “...dolayısıyla üretimden dağıtım aşamalarına kadar iş organizasyonu içinde yer alan iş yeri ve araçlar iş yeri içindedir. Bu sebeple dağıtım işi araçla iş yeri dışında gerçekleşse de araç iş yerine bağlı olduğundan işin iş yerinde yapıldığı kabul edilmelidir.” ifadelerine yer vermiştir.²³

4. Alt İşverenin İşçilerinin Sadece Asıl İşverenden Alınan İşte Çalıştırılması (Münhasıranlık Koşulu)

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi kapsamında alt işveren tarafından asıl işverenin işinde çalıştırılmak üzere görevlendirilen işçilerin, “sadece” asıl işverenin iş yerinde çalıştırılması gerekmektedir. Bir başka deyişle, alt işveren tarafından asıl işverene gönderilen işçiler, aynı zamanda başka iş yerlerine de çalıştırılmak üzere gönderiliyorsa, asıl işveren-alt işveren ilişkisi doğmamış olur.²⁴

Bu duruma örnek olarak, yemek hizmeti veren bir işletmenin, kendi tesislerinde yaptığı yemeği, anlaştığı çeşitli iş yerlerine kendi personeliyle dağıtması halinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi oluşmamışken; aynı işletmenin herhangi bir iş yeri ile anlaşarak, “belirli personeli” o iş yerine “özülemek” suretiyle tahsis etmesi halinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi meydana gelecektir.²⁵

²¹ Ekmekçi ve Yiğit, (n.11) 117.

²² Aydın, (n.13) 217.

²³ Y9HD, 26.09.2011, E. 2011/5359, K.2011/33287 (Kazancı, Erişim Tarihi: 18.01.2022).

²⁴ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, (n.6)118; Süzek, (n.8) 165; Ekmekçi ve Yiğit, (n.11) 131; Günay, (n.3) 301-302; Soyer, (n.6) 21; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, (n.9) 47-48; Canbolat, (n.8) 68; Güzel (n.3) 51; Aykaç, (n.6) 156.

²⁵ Şeref Güler, Mütessesil Sorumluluk İlkesinin İş Kanunu’ndaki Uygulaması (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 111.



Alt işverenin işçilerinin bir bölümünü asıl işverenin işine özgülediği; diğer bir bölümünü ise hem asıl işverenin işinde hem de başka işlerde çalıştırdığı durumlarda ise, asıl işveren-alt işveren ilişkisi sadece asıl işverenin iş yerinde çalıştırılan işçilerle sınırlı olacak, asıl işverenin işi haricinde diğer işlerde çalıştırılan işçiler söz konusu ilişki kapsamına girmeyecek ve bunlar hakkında asıl işverenin müteselsil sorumluluğu doğmayacaktır. Bir diğer ifadeyle, alt işverenin işçilerinin bir kısmını başka iş yerlerinde de görevlendirmiş olması asıl işveren-alt işveren ilişkisini ortadan kaldırmayacak, farklı iş yerlerinde de görevlendirilen işçiler bakımından asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmamış sayılacaktır.²⁶

B. Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması

Asıl işveren ile alt işveren arasında imzalanan sözleşmeye alt işverenlik sözleşmesi denilmekle birlikte yazılı şekil şartı aranmaktadır. (AİY, m.9) Alt işverenlik sözleşmesi genellikle özü itibariyle eser sözleşmesi olmakla birlikte, farklı şekillerde olması da mümkündür. Fakat asıl işveren ile alt işveren arasındaki sözleşmenin iş sözleşmesi olması mümkün değildir. Asıl işveren-alt işveren ilişkisi kapsamında çalışan alt işverenin işçisi ile asıl işveren arasında herhangi bir iş sözleşmesi mevcut değildir. Bu ilişki kapsamında çalışan işçinin tek ve gerçek işvereni alt işverendir.²⁷

Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 10'uncu maddesinde alt işverenlik sözleşmesinde yer alması gereken hususlar sayılmıştır. Buna göre alt işverenlik sözleşmesinde “*Asıl işveren ile alt işverenin iş yeri unvanı ve adresi, asıl işveren ile alt işverenin tüzel kişiliği ya da tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluş olması hâlinde işveren vekillerinin adı soyadı ve adresi, iş yerinde yürütülen asıl işin ne olduğu, alt işverene verilen işin ne olduğu, alt işverene asıl işin bir bölümü veriliyor ise; verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirme koşuluna ilişkin teknik açıklama, taraflarca öngörülmüş ise işin başlama ve bitiş tarihleri, alt işverenin faaliyetlerini iş yerinin hangi bölümünde gerçekleştireceği, Kanunun 2 nci maddesinde yer alan; asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı o iş yeriyle ilgili olarak Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden, alt işveren ile birlikte sorumlu olacağı, alt işverenlik sözleşmesinin yapılmasından önce asıl işveren tarafından çalıştırılan işçilerin alt işveren tarafından işe alınması hâlinde, bu işçilerin haklarının kısıtlanamayacağı, alt işverene verilen işin taraflar açısından*

²⁶ Süzek, (n.8) 165; Akyiğit, (n.8) 58 vd.; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, (n.9) 47; Ekonomi, (n.8) 50-51; Y9HD, 23.02.2009, E. 2008/12808, K. 2009/3210 (Legalbank, Erişim Tarihi:15.02.2022); Y9HD, 23.03.2009, E. 2008/21617, K. 2009/7741. (Legalbank, Erişim Tarihi:15.02.2022).

²⁷ Güzel, Okur, Caniklioğlu, (n.3) 206; Ercan Akyiğit, Bireysel İş Hukuku (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020) 66.

yürütülme esasları, *asıl işveren veya vekili ile alt işveren veya vekilinin imzası*” bulunması gerekmektedir. (AİY, m.10)

Yönetmeliğin aynı maddesinin 2’nci fıkrasında ise “*Bir iş yerinde, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren bir işin alt işverene verilmesi hâlinde, alt işverenin uzmanlığını belgelendirmesi amacıyla sözleşme kapsamındaki işe uygun; iş ekipmanı listesi, iş bitirme belgesi, operatör ve teknik eleman sertifikaları sözleşmeye eklenir.*” denilerek belgelendirme yükümlülüğü getirilmektedir.

Öte yandan eklemek gerekir ki, Alt İşverenlik Yönetmeliği’nin 10’uncu maddesinde belirtilen içerikte olmaması, alt işverenlik sözleşmesinin geçerliliğini etkilememektedir.²⁸

Alt İşverenlik Yönetmeliği hükümlerine göre, alt işverenin, alt işverenlik sözleşmesi ve yönetmeliğe göre eklemesi gereken belgeler ile birlikte Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü’ne başvurarak tescil talebinde bulunması gerekmektedir. (AİY, m.5-6) Usulüne uygun yapılan başvuru neticesinde, Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü’nce iş yeri tescil edilerek sicil numarası verilmektedir. (AİY, m.7) Ayrıca sicil numarası olmadan faaliyet gösteren kayıt dışı alt işverenler, denetim elemanlarınca veya kamu kurumlarınca tespit edildiği takdirde, en geç 15 gün içinde Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü’ne yazı ile durumu bildirmek zorundadır. Gereken tescil işlemleri bu durumda gelen yazı üzerine Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü’nce yapılmaktadır. (AİY, m.8)

C. Kamudaki Asıl İşveren-Alt İşveren Uygulaması

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi, Kamu kurum ve kuruluşları tarafından da tercih edilmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2’nci maddesinin 8’inci ve 9’uncu fıkralarında Kamu iş yerleri için özel düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre İş Kanunu’nun 2’nci maddesinin 8’inci fıkrasında:

“Kanuna veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesine dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip oldukları ortaklıklarda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya diğer kanun hükümleri çerçevesinde, hizmet alımı amacıyla yapılan sözleşmeler gereğince, yüklenici aracılığıyla çalıştırılanlar, bu şekilde çalışmış olmalarına dayanarak;

- a) Bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait kadro veya pozisyonlara atanmaya,*
- b) Bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait iş yerlerinin kadro veya pozisyonlarında çalışanlar için toplu iş sözleşmesi, personel kanunları veya ilgili diğer mevzuat hükümlerine göre belirlenen her türlü malî haklar ile sosyal yardımlardan yararlanmaya, hak kazanamazlar.”*

²⁸ Ekmekçi ve Yiğit, (n.11) 149.

İş Kanunu'nun 2'nci maddesinin 9'uncu fıkrasında ise:

“Sekizinci fıkra belirtilen iş yerlerinde yükleniciler dışında kalan işverenler tarafından çalıştırılanlar ile bu iş yerlerinin tâbi oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde kendi nam ve hesabına sözleşme yaparak üstlendiği ihale konusu işte doğrudan kendileri çalışanlar da aynı hükümlere tâbidir. Sekizinci fıkra belirtilen kurum, kuruluş veya ortaklıkların sermayesine katıldıkları ortaklıkların kadro veya pozisyonlarında çalışan işçilerin, ortak durumundaki kamu kurum, kuruluş veya ortaklıkların kadro veya pozisyonlarına atanma ya da bu kurum, kuruluş veya ortaklıklarda geçerli olan mali haklar ile sosyal yardımlardan yararlanma talepleri hakkında da sekizinci fıkra hükümleri uygulanır. Hizmet alımına dayanak teşkil edecek sözleşme ve şartnamelere; a) İşe alınacak kişilerin belirlenmesi ve işten çıkarma yetkisinin kamu kurum, kuruluşları ve ortaklıklarına bırakılması, b) Hizmet alım sözleşmeleri çerçevesinde ya da geçici işçi olarak aynı iş yerinde daha önce çalışmış olanların çalıştırılmasına devam olunması, yönünde hükümler konulamaz.” denilmektedir.

Bahsi geçen hükümler incelendiğinde, İş Kanunu'nun 2'nci maddesinin 8 ve 9'uncu fıkralarında yer alan düzenlemeye göre, aynı maddenin 6 ve 7'nci fıkralarında yer alan şartlar ve sınırlamaların kamu kesimi işverenleri için geçerli olmayacağı anlaşılmaktadır. Özel kesim işverenler ile kamu kesimi işverenlerine uygulanan farklı uygulamanın, Anayasa'da yer alan eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu açıktır. Bu nedenle İş Kanunu'nun 2'nci maddesinin 8 ve 9'uncu fıkraları, Anayasa'ya aykırılığı bakımından iptal edilebilecek niteliktedir. Fakat bu hususta Anayasa Mahkemesi'nce verilmiş bir iptal kararı halen bulunmamaktadır.²⁹

Diğer taraftan öğretide, Anayasa'da yer alan eşitlik ilkesinin aynı durumda olanlar için geçerli olduğunu, farklı durumda olanların farklı kurallara tabi tutulmasının eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacağını dolayısıyla alt işverenlik ilişkisinde kamu kesimi işverenlerine özel kesim işverenlerinden farklı kuralların uygulanmasının eşitlik ilkesine aykırı olmadığını savunan görüşler mevcuttur.³⁰

Her ne kadar Anayasa Mahkemesi tarafından söz konusu fıkra hükümleri açısından verilen bir iptal kararı olmasa da; Yargıtay'ın oluşturduğu içtihatlarından alt işverenlik ilişkisini sınırlandıran ve muvazaalı işlemleri yaptırıma bağlayan hükümlerin kamu kesimi işverenlerine de uygulanacağı

²⁹ Süzek, (n.8) 177.

³⁰ Nurseli Tercan, “Yasalar Herkes İçin Eşit Değil Mi? Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Kamu-Özel Ayrımcılığı”, (2006) 3, Sicil İş Hukuku Dergisi 86, 88-90; Ahmet Taşkın, Türk İş Hukukunda ve İşletme Yönetiminde Alt İşverenlik İlişkileri (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2016) 378-379.

anlaşılmaktadır. ³¹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararında: “5538 sayılı Yasa ile İş Kanunu’nun 2’nci maddesine bazı fıkralar eklenmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarıyla sermayesinin yarısından fazlasının kamuya ait olan ortaklıklara dair ayrık durumlar düzenlenmiştir. Ancak, maddenin diğer hükümleri değişikliğe tabi tutulmadığından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurları ve muvazaa öğeleri değişmemiştir. Yasal olarak verilmesi mümkün olmayan bir işin alt işverene bırakılması veya muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde, işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçileri olarak işlem görecekları 4857 sayılı Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrasında açık biçimde ifade edilmiştir. Kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi hukuken korunamaz. Muvazaaya dayanan bir ilişkide işçi, gerçek işverenin işçisi olmakla kıdem ve unvanının dışında bir kadro karşılığı çalışması ve diğer işçilerle aynı ücreti talep edememesi, İş Kanunu’nun 5’inci maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Yine koşulların oluşmasına rağmen işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanamaması, Anayasal temeli olan sendikal hakları engelleyen bir durumdur. Dairemizin kararları da bu doğrultudadır.”³² ifadelerine yer verdiği görülmektedir.

2017 yılında kamuda çalışan alt işveren işçilerini ilgilendiren oldukça önemli bir düzenleme yapılmıştır. 696 sayılı KHK ve 375 sayılı KHK’ya eklenen geçici 23 ve 24’üncü madde ile 4734 sayılı Kanun ve diğer mevzuat hükümleri uyarınca hizmet alım sözleşmeleri kapsamında, yükleniciler tarafından kamu kurum ve kuruluşlarında, il özel idarelerinde ve belediyelerde 04.12.2017 tarihi itibarıyla çalıştırılan kişilere, belirli koşullarda kamu kurum ve kuruluşların kadrolarına geçiş hakkı verilmiştir.³³ Yine 696 sayılı KHK ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 62’nci maddesinin 1’inci fıkrasının (e) bendi değiştirilmiş ve maddede yer verilen kamu kurum ve kuruluşlarında personel çalıştırılmasına ilişkin hizmet alımı yapılamayacağı ya da niteliği itibarıyla bu sonucu doğuracak işlem yapılamayacağı belirtilmiştir.³⁴

II. ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE MUVAZAA

Muvazaa, tarafların gerçekte yaptıkları sözleşmenin hiçbir sonucu doğurmamasını veya başka bir sözleşmenin hükümlerini meydana getirmesini istedikleri fakat üçüncü kişilere karşı istemedikleri farklı beyanları ile görünmeleri üzerine yaptıkları anlaşma durumunda ortaya çıkan durumdur.³⁵

³¹ Süzek, (n.8) 176.

³² Y9HD, 02.03.2017, E. 2017/4555, K. 2017/3070 (karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 21.01.2022)

³³ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, (n.6) 125.

³⁴ Ekmekçi ve Yiğit, (n.11) 164.

³⁵ M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, (14. Bası, Vedat Kitapçılık 2016) 128.



İş Hukuku'nda ise 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2'nci maddesinin 7'nci fıkrasında “*Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o iş yerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler.*” ifadesine yer verilerek İş Hukuku kapsamında asıl işveren-alt işveren ilişkisine özel bir muvazaa tanımlanmaktadır.

Bununla birlikte kanun hükmünde “genel olarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme...” ifadesinden, kanun hükmünde sayılan muvazaa hallerinin dışında da muvazaa hallerinin kabul edilebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır.³⁶ Bu sebeple kanun hükmünde sayılmamakla birlikte, öğretide ve yargı kararlarında kabul edilen muvazaa halleri mevcuttur.

A. Kanun Hükmünde Sayılan Muvazaa Halleri

1. Asıl İşverenin İşçilerinin Alt İşveren Tarafından İşe Alınarak Haklarının Kısıtlanması

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerli olması açısından asıl işverenin işçisi, alt işveren tarafından işe alındığı takdirde haklarının kısıtlanmaması gerekmektedir. Kanun lafzında anlaşılan asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınmasının yasak olması değil, bu şekilde işe alınan işçilerin haklarının kısıtlanmamasıdır. İşçinin ücretinin düşürülmesi, işçinin servisten ya da özel sağlık sigortasından faydalanamaması gibi durumlar, işçinin haklarının kısıtlanması durumuna birer örnek teşkil edebilir.³⁷ Bahsi geçen kısıtlama ile sadece doğmuş olan haklar değil aynı zamanda doğabilecek olan haklar da anlaşılmalıdır. Bu kapsamda işçi asıl işverenin işçisi olarak çalışmaya devam etseydi, elde edebileceği başarı prim gibi haklar da değerlendirmeye alınmalıdır.³⁸

Bu düzenleme ile çalışma koşulları ve ücreti bakımından belirli seviyeye gelmiş bir çalışanın alt işverene geçirilmesi görüntüsü altında, ücretinin ve çalışma koşullarının düşürülmesinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır.³⁹

2. Asıl İşverenin Eski Çalışanının Kendi Alt İşvereni Olması

Asıl işverenin daha önce kendisi ile çalışmış olan işçisi ile arasında asıl işveren-alt işverenlik ilişkisi kurması 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2'nci maddesinin 7'nci fıkrası gereğince yasaklanmıştır. Yasanın açık hükmünde, aksi

³⁶ Süzek, (n.8) 169.

³⁷ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, (n.6)143; Taşkent (n. 17), 365.

³⁸ Osman Güven Çankaya ve Şahin Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler (1. Baskı, Yetkin Yayıncılık 2009) 129.

³⁹ Süzek, (n.8) 170; Mollamahmutoglu, Astarlı, Baysal, (n.9) 51

halde asıl işveren-alt işveren ilişkisi muvazaalı kabul edilerek, işçi en baştan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacaktır. Söz konusu düzenleme ile çalışma hayatında oldukça sık rastlanan bir durum olan işverenin güvendiği bir işçisini alt işveren olarak göstererek, bu yolla işçi ücretlerini düşürmeye veya toplu iş sözleşmelerini engellemeye çalışmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır.⁴⁰

Fakat bu kural çalışma hakkını ve girişim özgürlüğünü etkileyebilecek niteliktedir. Bununla birlikte söz konusu kural adi kanuni karine olarak kabul edilmektedir.⁴¹ Fakat haksız sonuçlara sebebiyet vermemek amacıyla bu hükmün mutlak olmadığı ve aksinin işveren tarafından ispat edilebileceği yönündeki kanuni karine görüşü ispat açısından oldukça zor olması bakımından risklidir. Keza iş akdi sona ermiş olan bir işçinin, aradan uzun bir zaman geçtikten sonra eski işverenin alt işvereni olmasının mezkur hükme aykırı olmadığı görüşü de bahsedilen sürenin uzunluğunun belirsiz olması bakımından aynı riski taşır ve işveren ağır bir yaptırıma maruz kalabilir.⁴² Esasen yasada bu konuda herhangi bir süre kısıtı yer almadığı ve asıl işverenin eski işçisi ile alt işverenlik ilişkisi kurmasının kesin bir biçimde yasaklanmış olduğu söylenebilir. Yasada yer alan düzenleme açık ve emredici niteliktedir.⁴³

Asıl işverenin eski çalışanın kendi alt işvereni olamayacağı hususuna Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde de yer verilmiştir. Buna göre Yönetmeliğin 4'üncü maddesinin (d) bendinde: “*Alt işveren, daha önce o iş yerinde çalıştırılan bir kimse olmamalıdır.*” denilmekle birlikte, devamında “*Ancak daha önce o iş yerinde çalıştırılan işçinin bilahare tüzel kişi şirketin ya da adi ortaklığın hissedarı olması, alt işveren ilişkisi kurmasına engel teşkil etmez.*” şeklinde bir istisnai düzenleme yapıldığı görülmektedir.

Kanaatimiz, yasada yer alan düzenlemenin, amacına uygun bir hale getirilmesi yönündedir. Aksi halde, asıl işverenin yanında kısa bir süre bile çalışmış bir kişi ile iş ilişkisinin sonlanmasının üzerinden uzun bir zaman geçse dahi asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulamayacağı sonucuna varılmaktadır.

3. Asıl İşin Belirli Şartlar Olmadan Bölünerek Alt İşverene Verilmesi

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2'nci maddesinin 7'nci fıkrasının son cümlesinde “İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.” ifadesi yer almaktadır. Söz konusu sınırlamaya aynı maddede yer alan asıl işveren-alt işverenlik ilişkisinin tanımında da yer verildiği görülmektedir. Yardımcı işler bakımından böyle bir sınırlama bulunmamakta, sınırlama yalnızca asıl işler bakımından söz konusu olmaktadır.

⁴⁰ Süzek, (n.8) 171.

⁴¹ Şahin Çil, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2019-2021 Yılları) (1. Baskı, Yetkin Yayıncılık 2021) 190; Süzek, (n.8) 165; Mollamahmutoglu, Astarlı, Baysal, (n.9) 52.

⁴² Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, (n.6)144-145.

⁴³ Çankaya ve Çil, (n.38) 30-31.



Öğretide kanun hükmünde geçen “ile” bağlacının olduğu haliyle mi yoksa “ve” ya da “veya” bağlacı gibi mi düşünülmesi gerektiği konusunda tartışmalar mevcuttur.⁴⁴ Öte yandan Alt İşverenlik Yönetmeliği’nin 11’inci maddesinin 3’üncü fıkrasında: “Ancak asıl iş; a) İşletmenin ve işin gereği, b) Teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi, şartlarının birlikte gerçekleşmesi hâlinde bölünerek alt işverene verilebilir.” hükmü ile birlikte işletmenin, işin gereği ve teknolojik nedenlerin bir arada bulunması gerektiği belirtilmiştir.

Yargıtay 27.09.2021 tarihinde vermiş olduğu bir kararında; “İşverenler arasında muvazaalı biçimde asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmasının önüne geçilmek amacıyla 4857 sayılı Kanun’un 2. maddesinde bazı muvazaa kriterlerine yer verilmiştir. Muvazaa Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiş olup, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla, kendi gerçek iradelerine uymayan, aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesini arzu etmedikleri, görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Muvazaada, taraflar arasında üçüncü kişileri aldatma kastı bulunmakta ve sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir. Muvazaa genel ispat kuralları ile ispat edilebilir. Bundan başka 4857 sayılı Kanun’un 2. maddesinin yedinci fıkrasında sözü edilen hususların, aksi kanıtlanabilen adi kanuni karineler olduğu kabul edilmelidir.”⁴⁵ diyerek İş Kanunu’nun 2’nci maddesinin 7’nci fıkrasında sayılan muvazaa kriterlerinin adi kanuni karine olduğunu belirtmektedir.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde muvazaadan bahsedilmek için öncelikle kurucu unsurları bakımından ortaya konulmuş bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin olması gerekmektedir.⁴⁶

Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü’ne yapılan başvuru üzerine, başvuru belgelerinde Kanuna aykırılık ya da muvazaa kanaati yaratabilecek delillerin olması durumunda, Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü belgeleri gerekçesi ile birlikte incelenmek üzere İş Teftiş Grup Başkanlığı’na gönderir. (AİY, m. 12/1).

B. Alt İşveren Yönetmeliği’nde Belirtilen Muvazaa Kriterleri

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde muvazaa olup olmadığı hususunda birtakım kriterler belirlenmiştir. Söz konusu kriterler Alt İşverenlik Yönetmeliği’nin 12’nci maddesinde şu şekilde sıralanmıştır:

⁴⁴ Aradaki bağlacın “ve” bağlacı olarak anlaşılması gerektiği görüşü için bkz. Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, (n.6)119. “olarak” şeklinde anlaşılması gerektiği görüşü için bkz. Taşkent, (n.17) 364; Süzek, (n.8) 162; Akyiğit, (n.26) 39-40. “veya” bağlacı olarak anlaşılması gerektiği görüşü için bkz. Gülsevil Alpagut, “Alt İşverenlik Yönetmeliği ve Hukuka Uygunluk Sorunu”, 2008(20), Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 1347, 1357; Ekonomi, (n.8) 42. Önemli olan hususun işin verilmesinin herhangi bir nedenle uzmanlık gerektirmesi görüşü için bkz. Ekmekçi ve Yiğit, (n.11) 142 vd.

⁴⁵ Y9HD, 27.09.2021, E. 2021/9468, K.2021/12983 (karararama.yargitay.gov.tr; Erişim Tarihi: 11.01.2022).

⁴⁶ Ekmekçi ve Yiğit, (n.11) 122.

- a) Alt işverene verilen işin, iş yerinde asıl işveren tarafından yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin yardımcı işlerinden olup olmadığı,*
- b) Alt işverene verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olup olmadığı,*
- c) Alt işverenin daha önce o iş yerinde çalıştırılan bir kişi olup olmadığı,*
- ç) Alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığı,*
- d) İstihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığı,*
- e) Alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığı,*
- f) Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin iş hukukunun öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçlayıp amaçlamadığı,*
- g) Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kolektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik yapıp yapılmadığı” (AİY. m.12/2)*

Yönetmeliğin 12’nci maddesinin 2’nci fıkrasında yer alan kriterler baz alınarak İş Müfettişlerince yapılan inceleme neticesinde oluşturulan rapora, tebliğ tarihinden itibaren 30 iş günü içinde yetkili İş Mahkemesi’ne başvurarak itiraz edilebilir. Basit yargılama usulüne göre görülecek olan davanın 4 ay içinde sonuçlanması gerekmektedir. Mahkemece verilen kararın temyizi halinde Yargıtay 6 ay içinde kesin karar verir. (İş K., m.3/2) Kamu idareleri tarafından bu raporlara karşı yetkili iş mahkemelerine itiraz edilmesi ve mahkeme kararlarına karşı diğer kanun yollarına başvurulması zorunludur. (AİY, m. 13/1) Rapora 30 iş günü içinde itiraz edilmemesi durumunda veya mahkemenin muvazaalı işlemin var olduğunu onaması durumunda alt işveren adına yapılan tescil işlemi iptal edilerek; alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılacaktır. (AİY, m. 13/2)

C. Doktrinde ve Yargı Kararlarında Kabul Edilen Diğer Muvazaa Halleri

Asıl İşveren-alt işveren ilişkisinde ortaya çıkabilecek muvazaa halleri, İş Kanunu’nun 2’nci maddesinin 7’nci fıkrasında ve Alt İşverenlik Yönetmeliği’nin 12’nci maddesinde sayılanlar ile sınırlı değildir. Söz konusu düzenlemelerde yer alan hallerin dışında da muvazaalı asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığının iddia ve ispat edilmesi mümkündür. Ancak bu durumda ortada kanuni bir karine olmadığından, ispat yükü işçiye düşmektedir.⁴⁷

⁴⁷ Süzek, (n.8) 174.

Asıl işverenin alt işverenin işçilerine emir ve talimat vermesi, bu işçiler üzerinde yönetim hakkını kullanması, işçilerin ücretini ödemesi, işçilerin çalışma koşullarını belirlemesi, işçilerin işe alınması ya da işten çıkarılmasına yönelik karar vermesi, işçilere disiplin cezası uygulaması halleri, kanun maddesi ve yönetmelikte ifade edilmemiş olsa da ilişkinin muvazaalı olduğunu göstermektedir.⁴⁸

Bu hususta Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında aynen: “*Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde, alt işveren üstlendiği işi sözleşme koşulları doğrultusunda, ama kendi adına ve bağımsız bir biçimde yürütür. Bir başka anlatımla, yönetim hakkı tamamen kendi yetkisindedir. Asıl işverenin sadece denetim yetkisi vardır. Alt işveren çalıştıracığı işçileri kendisi işe alır, kendi adına iş sözleşmesi yapar; gerekli talimatları verir; işçilere ücretleri kendisi öder; ücret bordrolarını düzenler; SSK primlerini yatırır ve işten çıkarmada da yetkili kendisidir. Oysa davalı Sağlık Bakanlığına bağlı hastane yönetimi ile temizlik hizmetini alan taşeron şirketler arasındaki ihale sözleşmeleri... incelendiğinde, işçilerin işe alınmalarında ve işlerine son verilmesinde tek yetkilinin hastane idaresi olduğu... anlaşılmaktadır... Alt işverenlerin çalıştırdıkları işçilerin üzerindeki yönetim hakkı tamamen asıl işveren tarafından kullanılmaktadır... Davacı işçi başlangıçtan itibaren (alt işverenin değil) davalı Sağlık Bakanlığı işçisidir.*”⁴⁹ ifadelerine yer vermiştir.

Uygulamada görülen bir diğer muvazaalı durum da alt işverenin işçilerinin, asıl işveren tarafından, alt işveren ile anlaşılan iş dışında başka işlerde çalıştırılmasıdır. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında, temizlik işçisi olarak çalışan alt işveren işçisinin, bankanın asıl işi olan tahsilat işinde çalıştırılması halinde, asıl işveren konumunda olan bankanın doğrudan sorumlu olduğunu belirtmektedir.⁵⁰

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi kapsamında alt işverenlerin sürekli değişmesine rağmen, asıl işveren bünyesinde çalışan alt işveren işçilerinin sürekli aynı kalması da muvazaa göstergesi olabilmektedir. Fakat belirtmek gerekir ki işçilerin değişen alt işverenlerin yanında çalışması her zaman muvazaa anlamına gelmemektedir. Nitekim Yargıtay da somut olayın özelliklerine göre ayrıntılı değerlendirme yapmak gerektiğini belirtmektedir.⁵¹

⁴⁸ Süzek, (n.8) 175; Çankaya ve Çil, (n.38) 46.

⁴⁹ Süzek, (n.8) 175, Y9HD, 29.01.2007, E. 2007/309, K. 2007/1006 (Legalbank, Erişim Tarihi: 15.02.2022); Y9HD, 05.04.2018, E. 2018/4790, K. 2018/7829 (Lexpera, Erişim Tarihi: 16.02.2022).

⁵⁰ Y9HD, 12.12.2005, E. 2005/36127, K. 2005/39114 (Legalbank, Erişim Tarihi: 15.02.2022); Çankaya ve Çil, (n.38) 238.

⁵¹ Süzek, (n.8) 175-176; Soyer, (n.6) 27; Y9HD, 03.07.2006, E.2006/15573, K.2006/19347 (Legal İHSGHD, S. 13, 352-353); Y9HD, 29.09.2005, E.2005/26676, K.2005//31642 (Legal İHSGHD, S. 29, 300-301).

Tarafların amacının işçi temini olduğu hallerde aralarındaki ilişki asıl işveren-alt işveren ilişkisi olarak gösteriliyorsa, bu durumda da muvazaa olgusu karşımıza çıkmakta ve söz konusu işçilerin asıl işverenin işçisi olduğu kabul edilmektedir.⁵²

III. ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE MÜTESELSİL SORUMLULUK

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2'nci maddesinin 6'ncı fıkrasının son cümlesinde *"Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o iş yeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur."* hükmü yer almaktadır. Kanunda geçen *"birlikte sorumluluk"* ifadesinden anlaşılan *"müteselsil sorumluluktur."*⁵³ Bu hususta öğretilerde görüş birliği mevcuttur. ⁵⁴ Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.⁵⁵ Asıl işveren-alt işveren ilişkisine getirilen müteselsil sorumluluk kamu düzenine ilişkin olup, mutlak emredici nitelikte olduğundan, sözleşme ile ortadan kaldırılması mümkün değildir.⁵⁶

Kanun koyucu mezkûr düzenleme ile işçi yararını ön planda tutarak, görece az sermayesi olan ve mali açıdan güçsüz alt işverenlerin, işçilerin ücret ve diğer haklarını ödeyememeleri durumunda işçilerin mağduriyet yaşamaması için, işin yapılmasından yarar sağlayan asıl işverene de sorumluluk yüklemektedir.⁵⁷

A. Müteselsil Sorumluluğun Kapsamı

Kanun maddesi incelendiğinde, asıl işveren ile alt işveren arasındaki birlikte sorumluluk kavramına birtakım *sınırlamalar getirildiği görülmektedir. Bu kapsamda asıl işverenin sorumluluğunun alt işverene karşı değil; "alt işverenin işçilerine karşı" olduğu* belirtilmektedir. Ayrıca birlikte sorumluluğu gerektirecek hususların, İş Kanunu'ndan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin

⁵² Y9HD, 12.02.2007, E. 2006/32217, K. 2007/3258 (Lexpera, Erişim Tarihi: 15.02.2022); Çankaya ve Çil, (n.38) 194-195.

⁵³ Y21HD, 27.06.2019, E.2018/5073, K.2019/4779 (Lexpera, Erişim Tarihi: 15.02.2022).

⁵⁴ Mustafa, Çenberci, İş Kanunu Şerhi, (5. Bası, Ankara 1984) 120-121; Canbolat, (n.8) 70; Süzek, (n.8) 165; Akyiğit (n.8) 69; Çankaya ve Çil, (n.38) 28 vd; Güzel (n.3), 55; Aykaç, (n.6) 283.

⁵⁵ Y9HD, 18.02.2008, E.2007/24560, K. 2008/186; Y9HD, 05.10.2009, E. 2008/43245, K.2009/25694 Y7HD, 17.02.2016, E.2015/37827, K. 2016/3443. (karararama.yargitay.gov.tr; Erişim Tarihi: 10.02.2022); Y9HD, 11.11.2014, E.2014/17306, K.2014/33551 (Legalbank, Erişim Tarihi: 16.02.2022); Y9HD, 05.10.2009, E. 2008/43245, K. 2009/25694 (Legalbank, Erişim Tarihi: 16.02.2022); Y7HD, 17.02.2016, E. 2015/37827, K. 2016/3443(karararama.yargitay.gov.tr; Erişim Tarihi: 16.02.2022).

⁵⁶ Güzel, (n.3) Okur, Caniklioğlu, (n.5) 212; Süzek, (n.8) 166; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, (n.9) 49.

⁵⁷ Süzek, (n.8) 165.

taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden kaynaklanabileceği belirtilerek, bunların dışında başka bir fiil ya da sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerden asıl işverenin sorumlu tutulamayacağı anlaşılmaktadır.

1. Alacakların Kaynağı Bakımından Müteselsil Sorumluluğun Kapsamı

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi dâhilinde çalışan alt işverenin işçisi, işçilik alacakları hakkında kanunda yer alan müteselsil sorumluluk gereği, asıl işveren ve alt işverenden dilediğine ya da her ikisine birden başvurma hakkına sahiptir. Bu bakımdan işçi, ücret, fazla çalışma ücreti, yıllık izin ücreti, hafta tatili ücreti gibi ücret alacakları ile birlikte şartların oluşması durumunda kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, ayrımcılık tazminatı, boşta geçen süre ücret alacağı ya da iş güvencesi tazminatı gibi alacaklarını da alt işverenden isteyebileceği gibi asıl işverenden de isteyebilir.⁵⁸ İşçi, alacağını asıl ya da alt işverenden herhangi birinden tahsil ettiği takdirde, diğer işverene yeniden talepte bulunamaz.⁵⁹

İşçilik alacakları, İş Kanunundan doğan alacaklar olabileceği gibi, iş sözleşmesinden de kaynaklanabilmektedir. Keza alt işverenin iş sözleşmesi ile işçisine yol, yemek ödemesi, ikramiye, prim gibi birtakım haklar sağlaması durumunda, asıl işveren bahsi geçen haklar bakımından da alt işveren ile birlikte sorumlu tutulacaktır.⁶⁰

Kanun maddesinde özellikle “bu kanundan doğan alacaklar” ifadesinde kastedilen kanunun İş Kanunu olduğu açıktır. Bununla birlikte İş Kanunu’nda düzenlenmemiş olan maddi, manevi tazminat ile sendikal tazminatın da işçilik alacağı olarak asıl işveren-alt işveren ilişkisi içerisinde müteselsil sorumluluk kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususu da önem arz etmektedir. Maddi, manevi tazminat hükümleri 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda yer alırken; sendikal tazminat da 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nda bulunmaktadır. Fakat bir işçinin iş kazası neticesinde yaralanması ya da hayatını kaybetmesi durumunda maddi-manevi tazminat talep edildiği takdirde, her ne kadar maddi-manevi tazminat hükümleri İş Kanunu’nda değil de Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiş olsa da, yaşanan iş kazasından dolayı “iş sözleşmesindeki işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu” devreye girecek ve bu duruma aykırılıktan dolayı işverenler birlikte sorumlu tutulacaktır.⁶¹

⁵⁸ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, (n.6) 130; Süzek, (n.8) 166; Çankaya ve Çil, (n.38)44; Y9HD, 11.04.2006, E.2006/30239, K.2006/9500 (Legal İHSGHD, S. 11, 1035-1036); Y9HD, 26.06.2006, E.2006/15271, K.2006/18903 (Legal İHSGHD, S. 12, 1473-1474); Y9HD, 07.06.2010, E.2010/18207, K.2010/16763 (Legalbank, Erişim Tarihi:18.02.2022).

⁵⁹ Çankaya ve Çil, (n.38), 44.

⁶⁰ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, (n.6) 130.

⁶¹ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, (n.6)130.

Bunun gibi sendikal tazminata hükmedildiği durumlarda da sorumluluğun kaynağı Kanun değil, “iş sözleşmesinden doğan eşit davranma borcu” yükümlülüğüne aykırılıktan dolayı yine işverenler birlikte sorumlu olacaklardır.⁶²

İş Kanunu’ndan doğan alacakların yanında, farklı kanunlardan doğan işçi alacaklarının da “iş sözleşmesindeki işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcuna aykırılık” ya da “iş sözleşmesindeki işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcuna aykırılık” gibi farklı gerekçelerle müteselsil sorumluluk kapsamına girdiği görülmektedir. Dolayısıyla kanun maddesinde geçen “bu kanundan doğan alacaklar” ifadesindeki “bu” sözcüğü kaldırılması yerinde bir düzenleme olacaktır. *Böylelikle işçi alacaklarına karşı asıl işveren ile alt işverenin birlikte sorumluluğunun, işçi alacağının hangi kanuna dayanmış olduğuna bakılmaksızın* mevcut olması, işçilerin Türk Borçlar Kanunu’na göre talep edebileceği haklar bakımından da asıl işverenin müteselsil sorumluluğunun olup olmadığı tartışmalarına son verecektir.⁶³

Toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan birlikte sorumluluk durumu, sadece alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesi bakımından kendini gösterir. Asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesi hükümlerinden alt işverenin işçileri yararlanamaz. Kanun hükmünde de “alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülükler” denilerek bu durum açıkça belirtilmiştir. Bir diğer ifade ile, asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı kendisinin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden değil; alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden dolayı *müteselsilen sorumludur*.⁶⁴

2. Süre Bakımından Müteselsil Sorumluluğun Kapsamı

Asıl işverenin alt işverenin işçisinin talebinden müteselsilen sorumlu olması için, işçinin talepte bulunduğu alacağının asıl işveren-alt işveren ilişkisinin mevcut olduğu dönem içerisinde doğmuş olması gerekmektedir. Asıl işveren alt işverenin işçilerinin asıl işveren-alt işveren ilişkisi öncesindeki ve sonrasındaki alacaklarından sorumlu tutulamaz. Kıdem tazminatı açısından da asıl işveren sadece kendi iş yerinde çalıştırdığı dönem ile sınırlı olacak şekilde sorumlu tutulabilir. Asıl işveren-alt işveren ilişkisi bittikten sonra olan feshe bağlı alacaklardan ihbar tazminatından ise asıl işveren sorumlu değildir.⁶⁵ Asıl

⁶² Ercüment Özkaraca, Toplu İş İlişkileri, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014, Ankara 2016, 248-249; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, (n.6)131.

⁶³ Ercüment Özkaraca, Güncel Gelişmeler Işığında Sendikal Güvenceler ve Uygulama Sorunları, Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu ve Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi İş Birliği İle Düzenlenen “Türk Hukukunda Sendikal Haklar” Sempozyumunda Sunulan Tebliğ, Ankara 2019, 50-51.

⁶⁴ Süzek, (n.8) 166-167.

⁶⁵ Süzek, (n.8) 165; Mollamahmutoglu, Astarlı, Baysal, (n.9) 50; Ekmekçi ve Yiğit, (n.11)

işverenin alt işveren işçisinin asıl işverenin yanında çalıştığı dönem için olan kıdem tazminatından birlikte sorumlu olması 1475 sayılı Kanun'un yürürlükte olan 14'üncü maddesi gereğidir.⁶⁶ Asıl işveren-alt işveren ilişkisi sonlandıktan sonra alt işverenin işçisini alarak bir başka yerde çalıştırması halinde, kıdem tazminatı dışında kalan feshe bağlı alacaklardan ihbar tazminatı ve yıllık izin alacağı ile birlikte kendi iş yeri dışındaki iş yerlerinde oluşan ücret alacağından asıl işverenin sorumlu olmayacağına dair Yargıtay kararı mevcuttur.⁶⁷

Yargıtay vermiş olduğu diğer bir kararda: “*Alt işveren işçisi, alt işveren tarafından alt işverenin aldığı işten dolayı bu süre zarfında sadece bu işte çalışmış ve alt ve asıl işveren arasındaki ilişki sona erdiğinde veya asıl işveren alt işveren ilişkisi devam ederken iş ilişkisi sonlanmış ise, işçinin feshe bağlı alacakları dahil tüm işçilik alacaklarından asıl işveren, alt işverenle birlikte sorumludur. İşçi asıl işveren ilişkisi başlamadan önce de alt işveren işçisi olarak, alt işverenin kendi işinde veya alt işverenin üstlendiği farklı bir asıl işverende çalışmış ve işçinin iş sözleşmesi sonra kurulan asıl alt işveren ilişkisi sırasında veya bitiminde sonlanmış ise, alt işveren tüm süre üzerinden işçilik alacaklardan sorumlu iken, asıl işveren sadece kendi dönemindeki süre ve ücret üzerinden alt işverenle birlikte sorumludur. Asıl işveren ilişkisi sona ermesine rağmen, işçi alt işverenin kendi veya alt işverenin yeni yüklediği farklı bir asıl işverene ait işte çalışıyor ise, fesih olgusuna bağlı haklar hariç, asıl işverenin kendi dönemindeki ücret ve süre üzerinden ücret ve diğer işçilik alacaklarından alt işverenle birlikte sorumluluğu devam eder. İşçinin iş sözleşmesinin daha sonra sonlandırılması halinde ise asıl işveren alt işveren ilişkisinin sona erdiği tarihteki süre ve ücret üzerinden, sadece kıdem tazminatı ve gerçekleşen işçilik alacaklarından alt işverenle birlikte sorumlu olacaktır. Fesih olgusu asıl alt işveren ilişkisi sona erdikten sonra gerçekleştiği için, ihbar tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağından asıl işveren sorumlu tutulamayacaktır.*”⁶⁸ ifadelerini kullanmıştır.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi sonlandıktan sonra, alt işveren işçisinin iş akdine son verilmesi halinde işçinin hak kazanacağı kıdem tazminatından, kendi döneminde çalıştığı süre bakımından asıl işverenin de sorumlu tutulması öğretide eleştirilmektedir. Temel kural, asıl işverenin sorumluluğunun asıl işveren-alt işveren ilişkisinin mevcut olduğu dönemlerle sınırlı olmasıdır. Fakat kıdem tazminatı bakımından, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin sona ermesinin

s.156., Çankaya ve Çil, (n.38) 47- 48.

⁶⁶ Osman Güven Çankaya ve Şahin Çil, “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi” (2006) 3, Sicil İş Hukuku Dergisi 54, 59.

⁶⁷ Y22HD, 21.02.2017, E.2017/1014, K. 2017/2934 (karararama.yargitay.gov.tr; Erişim Tarihi: 15.02.2022); Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, (n.6)1133.

⁶⁸ Y9HD, 25.01.2010, E. 2009/32292, K. 2010/1149 (karararama.yargitay.gov.tr; Erişim Tarihi: 15.02.2022).

ardından da kendi dönemi için olan tazminattan asıl işverenin de sorumlu tutulduğu görülmektedir. Kıdem tazminatı feshe bağlı bir alacak olduğundan, feshin asıl işveren-alt işveren ilişkisinin sona ermesinin ardından gerçekleştiği düşünüldüğünde, asıl işverenin bu durumu bilme ya da kontrol etme imkanının olmadığı açıktır. Bu yönüyle asıl işverenin kendi dönemiyle sınırlı tutulmuş olsa da, kendi döneminde gerçekleşmeyen fesih sonucu ortaya çıkan kıdem tazminatından sorumlu tutulması öğretide teknik hukuk bakımından isabetli bulunmamış fakat korunmaya değer menfaatler bakımından adil olduğu belirtilmiştir.⁶⁹

Asıl işverenin sorumluluğunun sınırını alt işverenin sorumluluğu belirler.⁷⁰ Bir diğer ifadeyle, asıl işverenin sorumluluğu alt işverenin sorumluluğundan fazla olamaz.⁷¹ Bu durumun istisnasını asıl işverenin Kamu kurumu olması durumu oluşturur. Asıl işverenin kamu kurumu olması halinde, işçinin kıdem tazminatı alacağına tamamından son çalıştığı kamu kurumu sorumlu olacaktır.⁷²

3. İş İade Bakımından Müteselsil Sorumluluk

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18'inci maddesinde iş güvencesi hükümlerine yer verilmektedir. Buna göre, en az otuz çalışanı olan iş yerlerinde, minimum altı ay kıdemi olan ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin iş akdinin feshi, işveren tarafından ancak geçerli bir sebebin varlığı dâhilinde mümkün olmaktadır. (İş K, m. 18)

Kanun'un 19'uncu maddesinde de, iş güvencesi kapsamında iş sözleşmesinin feshinde izlenecek usule yer verilmektedir. Buna göre işveren fesih bildirimini yazılı şekilde yapmak ve yazı içeriğinde fesih sebebine açık ve kesin bir biçimde yer vermek zorundadır (İş K, m. 19). Aksi halde yapılan fesih geçersiz fesih sayılacaktır.

İş sözleşmesinin haksız bir şekilde feshedildiğini iddia eden işçi, arabuluculuk faaliyeti neticesinde anlaşma sağlanamadığı takdirde, arabuluculuk son tutanağın düzenlenme tarihinden itibaren iki hafta içinde feshin geçersiz olduğunun tespiti ve işe iade talebi ile İş Mahkemesine dava açması gerekmektedir. (İş K, m. 20/1).

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin mevcut olduğu durumlarda iş güvencesi ve işe iade ile ilgili hususlarda birkaç yönden önem arz eden durumlar bulunmaktadır.

⁶⁹ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, (n.6)133-134'ten Naklen Gülsevil Alpagut: Yargıtay'ın 2010 Yılı İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri.

⁷⁰ Çankaya ve Çil, (n.38) 42.

⁷¹ Güzel, (n.3) Okur, Caniklioğlu, (n.5) 214.

⁷² Çil, (n.41) 167.



Kanunda iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmek açısından getirilen “30 İşçi” kriteri bakımından, asıl işverenin iş yerinde çalışan alt işverenin işçisi, sadece alt işverenin işçilerine dâhildir. Otuz işçi kriteri bakımından, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için, alt işverenin işçi sayısı en az otuz olmalıdır, asıl işverenin işçi sayısı bu bakımdan hesaba katılmamaktadır. Bunun gibi, işçinin daha önce asıl işverenin yanında çalışması mevcutsa, bu süre de iş güvencesi bakımından getirilen 6 aylık kıdem hesabında dikkate alınmamaktadır. Nihayetinde işçi, alt işverenin işçisidir.⁷³

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin mevcudiyeti halinde, açılacak olan işe iade davasının kime karşı açılacağı da özellik arz eden bir durumdur. Bu durum ilişkinin muvazaa barındırıp barındırmadığına göre değişiklik göstermektedir.

Muvazaa barındırmayan, hukuka uygun bir şekilde kurulan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı halinde açılacak olan işe iade davası ya sadece alt işverene ya da alt işveren ve asıl işverenin her ikisine karşı açılması gerekmektedir. Bu durumda salt asıl işveren dava edilemeyecektir. Her iki işverene birden dava açılabilmesi için, fesih anında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin devam ediyor olması gerekmektedir. Fakat gerek sadece alt işverene, gerekse de her iki işverene birden dava açılması halinde, işe iade yükümlülüğü alt işverenin üzerindedir. Asıl işverenin sorumluluğu, işe iade kararı sonrası hükmedilebilecek olan işe başlatmama tazminatı ve boşa geçen süre ücretinin ödenmesi aşamasında alt işveren ile birlikte sorumluluk şeklinde kendini göstermektedir.⁷⁴

Öte yandan mevcut asıl işveren-alt işveren ilişkisi kanuna aykırı ise ya da muvazaalı ise, işe iade davasının asıl işverene karşı açılması gerekmektedir. *Söz konusu davanın alt işverene açılması halinde, husumet yönünden davanın reddine karar verilmesi gerekmektedir.*⁷⁵ Fakat işçinin işe iade davasını kime karşı açacağı konusunda tereddüte düştüğü durumda, Yargıtay 9.Hukuk Dairesi yapılan yargılama neticesinde muvazaa tespit edildiği takdirde işçiye gerçek işverene karşı dava açması için ilave süre verilmesi gerektiğini belirtmektedir.⁷⁶ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi de işe iade davalarına özgü olarak asıl işveren-alt işveren arasında mecburi dava arkadaşlığı bulunduğunu belirtmekteydi.⁷⁷

⁷³ Çankaya ve Çil, (n.38), 53.

⁷⁴ Çankaya ve Çil, (n.38), 53.

⁷⁵ Çankaya ve Çil, (n.38), 54; Y9HD, 21.02.2005, E. 2004/32616, K. 2005/5688 (Kazancı, Erişim Tarihi: 11.01.2022).

⁷⁶ Y9HD, 17.06.2008, E.2007/39421, K. 2008/1634 (Legalbank, Erişim Tarihi: 11.01.2022); Y9HD, 28.09.2009, E.2009/26956, K.2009/24380 (Kazancı, Erişim Tarihi: 11.01.2022).

⁷⁷ Y22HD, 14.04.2014, E. 2014/9111, K. 2014/7922 (karararama.gov.tr, Erişim Tarihi:30.01.2022); Y22HD, 28.06.2013, E. 2013/14683, K.2013/15812 (Legalbank, Erişim Tarihi: 30.01.2022); Y22HD, 19.04.2013, E. 2013/6995, K. 2013/8360 (Legalbank, Erişim Tarihi: 30.01.2022); Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, (n.6)140.

Konu ile ilgili olan bir örnekte, işçi asıl işveren ve alt işverene karşı açmış olduğu işe iade davasını kazanmış olup, yapılan feshin geçersiz olduğuna ilişkin karar ilk derece mahkemesi tarafından verilmiştir. Fakat söz konusu kararı sadece asıl işveren temyiz etmiş olup, alt işveren temyize gitmediğinden karar alt işveren yönünden kesinleşmiştir. Asıl işverenin temyiz başvurusu üzerine Yargıtay, yaptığı değerlendirmede iş akdi feshinin geçerli neden dayandığı yönünde bir karara varmıştır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından verilen kararda aynen:

“Feshin geçersizliği ve işe iade davasının alt ve asıl işveren ilişkisinde, her iki işverene birlikte açılması halinde, davacı işçi alt işveren işçisi olup, iş sözleşmesi alt işveren tarafından feshedildiğinden, feshin geçersizliği ve işe iade yükümlülüğü alt işverenindir. Asıl işverenin iş ilişkisinde, sözleşmede taraf sıfat bulunmadığından, işe iade yönünde bir yükümlülüğünden söz edilemez. Asıl işverenin işe iade kararı sonrası işçinin işe başlamak için başvurması ve alt işverenin işe almamasından kaynaklanan işe başlatmama tazminatı ile dört aya kadar boşa geçen süre ücretinden yukarıda belirtilen hüküm nedeni ile alt işverenle birlikte sorumluluğu vardır.

Diğer taraftan 6098 sayılı TBK. ’un teselsül hükümlerini düzenleyen 162 ve devamı maddelerine göre “Müteselsil borçlulardan biri, alacaklıya karşı, ancak onunla kendi arasındaki kişisel ilişkilerden veya müteselsil borcun sebep ya da konusundan doğan def’i ve itirazları ileri sürebilir. Müteselsil borçlulardan biri ortak def’i ve itirazları ileri sürmezse, diğerlerine karşı sorumlu olur (Mad. 164). Kanun veya sözleşme ile aksi belirlenmedikçe, borçlulardan biri kendi davranışıyla diğer borçluların durumunu ağırlaştıramaz (Mad. 165)”.

Asıl-alt işverenlerin işçilik alacaklarından sorumluluğu yasadan kaynaklanan müteselsil bir sorumluluktur. Asıl işverenin feshin geçersizliği ve işe iade yönünden yükümlülüğü yok ise de feshin geçersizliğine bağlı işçilik alacakları olan işe başlatmama tazminatı ve boşa geçen süre ücret alacağından sorumluluğu vardır. Alt işverenin açılan işe iade davasında feshin geçerli nedene dayandığını ileri sürmemesi veya bu yöndeki kararı temyiz etmemesi, işçilik alacakları yönünden borçlu olan asıl işverenin def’i ve itirazlarını sürmesine engel değildir. Ancak bu savunma ve itiraz sadece asıl işverenin sorumluluğunu etkiler. Savunma ve itiraz etmeyen alt işverenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

Somut uyuşmazlıkta mahkemece verilen feshin geçersizliği ve davacının işe alt işveren iş yerine iadesine, işe başlatmama tazminatı ile boşa geçen süre ücret ve alacaklarından asıl ve alt işverenin birlikte sorumluluğu yönünde verilen karar alt işveren tarafından temyiz edilmemiş, asıl işveren yönünden temyiz edilmiştir. Asıl işveren yönünden ise ileri sürdüğü feshin geçerli nedene dayandığı temyiz nedeni yerinde bulunmuş, ancak temyiz etmeyen davalı alt işveren yönünden de fesih geçerli nedene dayandığı kabul edilerek, yerel



*mahkemenin kararı bozularak ortadan kaldırılmış ve kesin olarak davanın reddine karar verilmiştir.*⁷⁸

Mevcut olayda işe iade hükmünün sonuçlarından kararı temyiz etmemesi nedeniyle alt işveren tek başına sorumlu tutularak, asıl işverenin kararı temyiz etmesi sebebiyle 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6-7 maddesi uygulanmamıştır.

Başka bir olayda da, Yargıtay işe iade davasında asıl işveren nezdinde davadan feragat eden işçinin feragatinin, alt işverene etkisi olmayacağına karar vermiştir. Bahsi geçen 12.12.2018 tarihli kararda aynen: *“Davada birden fazla davalı olup, davalılar zorunlu dava arkadaşı değildir. Hakkındaki davadan feragat edilen ... Büyükşehir Belediye Başkanlığı asıl işveren olup, bu davalı hakkındaki feragatin diğer davalıya sirayeti de söz konusu olamaz. Bu nedenlerle davacı istinaf aşamasında davalı ... yönünden davadan feragat ederek, diğer davalı şirket yönünden davanın sonuçlandırılması talebi nedeniyle, davanın sadece davalı ... Büyükşehir Belediye Başkanlığı yönünden feragat nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken davanın her iki davalı yönünden de reddine karar verilmesi hatalı olduğu...”*⁷⁹ denilerek asıl işveren hakkında yapılan feragatin alt işverene etki etmeyeceği belirtilmiştir. Fakat işçinin işe iade talebi ile açtığı davadan alt işveren nezdinde feragat etmesi halinde, muvazaalı ilişkiler hariç olmak kaydıyla, yapılan feragat asıl işverene de sirayet etmelidir.⁸⁰ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin ilke kararlarından 24'üncüsünde asıl borçlunun alt işveren olduğu ve alt işveren hakkında davadan feragatin asıl işverene de etki edeceği; fakat asıl işveren hakkındaki feragatin alt işverene etki etmeyeceği belirtilmektedir.⁸¹

İşe iade davası sonucunda işçiye boşa geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatı ödenmesi bakımından asıl işverenin mütessesil sorumluluğu, söz konusu alacakların doğduğu tarihte asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı halinde söz konusu olmaktadır.

Öğretide bir görüşe göre, işe başlatmama tazminatının doğduğu tarihte, asıl işveren-alt işveren ilişkisi sona ermişse, asıl işveren söz konusu tazminattan mütessesilen sorumlu olmayacaktır. İşe başlatmama tazminatının doğduğu tarih, işçinin işe başlatılmayacağına açıklandığı tarih ya da bir aylık işe başlatma süresinin sona erdiği tarihtir. Dolayısıyla işe başlatmama tazminatı açısından asıl işverenin de alt işverenle birlikte sorumlu olması için, işçinin işe başlatılmayacağına açıklandığında ya da bir aylık işe başlatma süresinin sona erdiğinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin devam ediyor olması

⁷⁸ Y9HD, 24.11.2014, E. 2014/33669, K. 2014/35038 (Legalbank, Erişim Tarihi: 01.01.2022).

⁷⁹ Y9HD, 12.12.2018, E.2018/4064, K.2018/23096 (Lexpera, Erişim Tarihi: 01.01.2022).

⁸⁰ Çil, (n.41) 233.

⁸¹ Fevzi Şahlanan, “Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin İçtihat Farklılıklarının Giderilmesi Amacıyla 20 Eylül 2020 Tarihinde Aldığı Kararlar-Karar İncelemesi” *Tekstil İşveren Hukuk Dergisi* (131) <http://www.tekstilisveren.org.tr/uploads/magazines/pdf-2-1604920663290196965.pdf> (Erişim Tarihi:15.01.2022); Çil, (n.41) 234.

gerekmektedir. İş akdi feshedildiğinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin mevcut olması, işe başlatmama tazminatından asıl işvereni de sorumlu tutmak açısından yeterli değildir. Bunun sebebi de yapılan fesih sonrasında işçinin söz konusu tazminata hak kazanıp kazanmayacağıının belli olmamasıdır.⁸²

Boşta geçen süre ücreti bakımından farklı görüşler mevcuttur. Öğretide bir görüşe göre işçinin söz konusu ücrete hak kazanma tarihinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı önem arz etmektedir. İşçinin boşta geçen süre ücretine hak kazanma tarihi, işçinin işverene işe başlatılmak üzere başvurduğu tarihtir. Dolayısıyla işçinin işe iade davası sonrasında işverene işe başlatılmak üzere başvurduğu tarihte asıl işveren-alt işveren ilişkisi devam ediyor ise, asıl işveren de boşta geçen süre ücretinden müteselsilen sorumlu olacaktır.⁸³

Öğretide yer alan diğer görüşe göre ise, boşta geçen süre ücreti, geçersiz feshi takip eden dört ay için ödendiğinden, geçersiz feshi takip eden dört aylık sürede asıl işveren-alt işveren ilişkisinin mevcudiyeti önem arz etmektedir. Bu durumda geçersiz feshi izleyen dört aylık sürede asıl işveren-alt işveren ilişkisi mevcutsa, asıl işveren de boşta geçen süre ücretinden müteselsilen sorumlu olacaktır. Bu süre içerisinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi sona ermişse, asıl işverenin müteselsil sorumluluğu, ilişkinin sona erdiği tarihe kadar olan kısım ile sınırlı olacaktır.⁸⁴

Önemle belirtmek gerekir ki, geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinde, her iki işverenin birlikte dava edilmesi halinde, işe iadeye yönelik hükümler sadece alt işveren hakkında kurulabilmektedir. Asıl işveren hakkında işe iadeye yönelik hükümler kurulamamakta; asıl işverenin müteselsil sorumluluğu, şartların oluşması halinde, ancak işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süre ücreti bakımından mümkün olmaktadır. Bu durum Yüksek Mahkeme'nin kararlarında; *"Feshin geçersizliği ve işe iade davasının alt ve asıl işveren ilişkisinde, her iki işverene birlikte açılması halinde, davacı işçi alt işveren işçisi olup, iş sözleşmesi alt işveren tarafından feshedildiğinden, feshin geçersizliği ve işe iade yükümlülüğü alt işverenindir. Asıl işverenin iş ilişkisinde sözleşmenin taraf sıfat bulunmadığından, asıl işverenin işe iade yönünde bir yükümlülüğünden söz edilemez. Asıl işverenin işe iade kararı sonrası işçinin işe başlamak için başvurması ve alt işverenin işe almamasından kaynaklanan işe başlatmama tazminatı ile dört aya kadar boşta geçen süre ücretinden yukarıda belirtilen hüküm nedeni ile alt işverenle birlikte sorumluluğu vardır."* şeklinde ifade edilmektedir.⁸⁵

⁸² Ercüment Özkaraca, "İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış", İstanbul Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Galatasaray Üniversitesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 15.Yıl Toplantıları, 3-4 Haziran 2011, 130; Çankaya ve Çil, (n.38) 60.

⁸³ Çankaya ve Çil, (n.38) 60.

⁸⁴ Özkaraca, (n.82) 131.

⁸⁵ Özkaraca, (n.82) 132; Y9HD, 15.09.2008, E. 2008/1987 K. 2008/23547; Y9HD, 06.12.2010, E. 2010/12585 K. 2010/36341 (Legalbank, Erişim Tarihi: 15.02.2022).

4. Zamanaşımı Bakımından Müteselsil Sorumluluk

İşçinin asıl işveren ve alt işveren hakkında açtığı davada zamanaşımının kesilmesi ve zamanaşımının def'i hususu da müteselsil sorumluluk açısından özellik gösteren durumlardandır. Bu konuda çelişkili Yargıtay kararları mevcuttur. 9. Hukuk Dairesinin 29.09.2015 tarihli kararında asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişki eksik teselsül olarak nitelendirilerek, zamanaşımı def'inden sadece ileri süren işverenin faydalanabileceği, diğer işverene bu durumun sirayet etmeyeceği görüşü açıklanırken; yalnızca birkaç ay sonra 09.11.2015 tarihli kararında ise 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda eksik-tam teselsül ayırımının kaldırıldığını belirterek, Borçlar Kanunu 155'inci madde gereği müteselsil borçlulardan birinin ileri sürdüğü zamanaşımı def'inden diğerinin de yararlanacağı görüşünü savunmuştur.⁸⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi vermiş olduğu kararlarında asıl ya da alt işverenlerden birinin ileri sürdüğü zamanaşımı def'inin her ikisi için de etki edeceği yönünde son zamanlarda istikrar göstermektedir. Fakat 22. Hukuk Dairesi zamanaşımı def'inin yalnızca ileri süren işveren bakımından etkisi olduğunu belirtmektedir.⁸⁷ Bu halde eğer yalnızca alt işveren zamanaşımı def'ini ileri sürerse, asıl işverenin sorumluluğu alt işverenin sorumluluğundan fazla olabilecek ve rücu sorunu oluşabilecektir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin kapatılarak 9. Hukuk Dairesi'ne dönüşmesiyle birlikte alınan ilke kararlarından 23'üncüsünde, zamanaşımı def'i asıl işveren tarafından ileri sürüldüğü takdirde, bundan sadece kendisinin yararlanacağı ve alt işverene etki etmeyeceği; fakat alt işveren tarafından ileri sürüldüğü takdirde ise, alt işverenin gerçek borçlu olmasından dolayı asıl işverenin de zamanaşımı def'inden yararlanacağı belirtilmiştir.⁸⁸

5. Alt İşverenin Değişmesi Halinde İşçilerin Asıl İş Yerinde Çalışmaya Devam Etmesi Halinde Müteselsil Sorumluluk

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi içerisinde, alt işverenin değiştiği fakat alt işverenin işçilerinin asıl işverenin iş yerinde çalışmaya devam ettiği durumlar görülebilmektedir. Yargıtay süresi sona eren alt işverenin işçisine herhangi bir fesih bildiriminde bulunmadan ya da başka bir iş yerinde çalıştırmak üzere çağrı yapmadan iş yerinden ayrıldığı durumlarda, işçilerin asıl işverenin iş yerinde, yeni alt işverene bağlı olarak çalışmaya devam etmeleri halinde, bu durumu alt işverenler arası iş yeri devri olarak kabul etmektedir. İşçiye yöneltilen bir fesih bildirimini olmadığı ya da fesih bildirimini yerine geçen işlemlerin olmadığı takdirde işçiler alt işverenler değişse dahi asıl işverenin iş

⁸⁶ Y9HD, 29.09.2015, E.2015/18785, K.2015/26666; Y9HD, 09.11.2015, E.2014/16231, K.2015/31527 (Legalbank, Erişim Tarihi: 15.02.2022).

⁸⁷ Y22HD, 25.06.2020, E.2017/30412, K.2020/7755 (karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 15.02.2022).

⁸⁸ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin İçtihat Farklılıklarının Giderilmesi Amacıyla 20 Eylül 2020 Tarihinde Aldığı Kararlar; Şahlanan, (n.82); Çil, (n.41) 231-232.

yerinde çalışmaya devam ediyorsa, iş yeri devri hükümleri uygulanmaktadır. Alt işveren değişmesine rağmen aralıksız olarak işçilerin çalışmaya devam etmesi uygulamada sıklıkla yaşanmakla birlikte, Yargıtay 15.10.2018 tarihli kararında fesih bildiriminde bulunulmayan işçinin yeni alt işveren nezdinde çalışmaya 10-15 gün sonra başlaması durumunda bu sürenin makul ara verme süresi olarak değerlendirileceğini belirtmiştir.⁸⁹ Başka bir anlatımla 15 günü geçen ara verme sürelerinde, işçiye fesih bildiri yapılmamış dahi olsa, iş sözleşmesinin sona erdiği ve işçinin yeni alt işveren ile çalışmasının yeni bir iş ilişkisi doğurduğu anlaşılmaktadır.⁹⁰

Alt işveren süresi sona erdiğinde işçisine fesih bildiriminde bulunduğu takdirde, fesih bildiri sonuçlarını doğurur ve işçi feshe bağlı olan ihbar, kıdem tazminatı gibi haklarını talep edebilir. Aynı zamanda süresi dolan alt işveren fesih bildiriminde bulunmasa dahi, işçiye kıdem ve ihbar tazminatlarını ödediği takdirde ya da fesih bildiri yerine geçen ibraname, makbuz gibi işlemlerin varlığı halinde iş sözleşmesinin feshedildiği kabul edilmektedir. Bu durum Yargıtay tarafından verilen 18.06.2018 tarihli, “Süresi sona eren alt işverenin, işçiler yönünden iş sözleşmesinin sona ermesine dair ibranameye dayanması iş sözleşmesinin feshedildiğini gösterir. Sonraki alt işverende geçen çalışmalar yeni bir iş sözleşmesidir.” şeklinde verdiği kararda⁹¹ ve 17.05.2018 tarihli, “Tarafların fesih konusunda irade açıklamaları veya fesih işlemi yerine geçecek işlemleri olmadığı sürece, işçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait iş yerinde ara vermeden çalışması halinde, iş yeri devri kurallarına göre çözüme gidilir.” şeklinde verdiği kararda⁹² kendini göstermektedir. Fakat burada ayrıca belirtmek gerekir ki fesih bildiriminde bulunulmaksızın salt kıdem tazminatının ödenmesi, avans ödemesi olarak nitelendirilebilir. Bu durumda fesih yerine geçebilmesi açısından, kıdem tazminatı ödemesinin haricinde kullanılmayan yıllık izin ücret ödemesi gibi ödemelerin de yapılmış olması aranabilir. İşçi yeni alt işveren nezdinde çalışması halinde yeni bir iş ilişkisi meydana gelecektir.⁹³

Alt işverenin değişmesi durumunda, alt işverenler arasında herhangi bir hukuki işlem olmaksızın yapılan işlemin iş yeri devri sayılıp sayılmayacağı hususu oldukça önemlidir. İş Kanunu’nun 6’ncı maddesinde iş yeri devrine ilişkin hükümlere yer verilerek; “...devir tarihinde iş yerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer.

⁸⁹ Y22HD, 15.10.2018, E. 2018/8051, K. 2018/22082 (karararama.yargitay.gov.tr; Erişim Tarihi: 11.01.2022).

⁹⁰ Çil, (n.41) 164.

⁹¹ Y22HD, 18.06.2018, E. 2015/34927, E. 2018/15022 (karararama.yargitay.gov.tr; Erişim Tarihi: 11.01.2022).

⁹² Y22HD, 17.05.2018, E. 2018/6773, K. 2018/12027 (karararama.yargitay.gov.tr; Erişim Tarihi: 11.01.2022).

⁹³ Çil, (n.41) 165.



Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür. Yukarıdaki hükümlere göre devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır.” şeklinde ifade edilmiştir. Bu durumda işçilerin alt işverenin değişmesi yoluyla yaşayabilecekleri hak kayıpları önlenmiş olacak ve her iki alt işveren de devirden itibaren iki yıl boyunca söz konusu yükümlülüklerden dolayı birlikte sorumlu olacaktır.

Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında aynen: “*İş yeri devri halinde kıdem tazminatı bakımından devreden işveren kendi dönemi ve devir tarihindeki son ücreti ile sınırlı olmak üzere sorumludur. 1475 sayılı Yasanın 14’üncü maddesinin ikinci fıkrasında, devreden işverenin sorumluluğu bakımından bir süre öngörülmediğinden, 4857 sayılı Yasanın 6’ncı maddesinde sözü edilen devreden işveren için öngörülen iki yıllık süre sınırlaması, kıdem tazminatı bakımından söz konusu olmaz. O halde kıdem tazminatı iş yeri devri öncesi ve sonrasında geçen sürenin tamamı için hesaplanmalı, ancak devreden işveren veya işverenler bakımından kendi dönemleri ve devir tarihindeki ücret ile sınırlı sorumluluk belirlenmelidir. Feshe bağlı diğer haklar olan ihbar tazminatı ve kullanılmayan izin ücretlerinden son işveren sorumlu olup, devreden işverenin bu işçilik alacaklarından herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır. İş yerinin devredildiği tarihe kadar doğmuş bulunan ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücretlerinden 4857 sayılı Kanununun 6 ncı maddesi uyarınca devreden işveren ile devralan işveren müştereken müteselsilen sorumlu olup, devreden açısından bu süre devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlıdır. Devir tarihinden sonraki çalışmalar sebebiyle doğan sözü edilen işçilik alacakları sebebiyle devreden işverenin sorumluluğunun olmadığı açıktır. Bu bakımdan devirden sonraya ait ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücreti gibi işçilik alacaklarından devralan işveren tek başına sorumlu olacaktır.”⁹⁴ ifadelerine yer vererek, iş yeri devrinde ve iş yeri devri sayılacak durumlarda işçi alacakları bakımından sorumluluğun sınırlarını netleştirmektedir.*

B. Asıl İşverenin Alt İşverene Rücu Hakkı

Kanundan doğan müteselsil sorumluluk gereği, alt işveren işçilerinin alacakları, asıl işveren tarafından ödendiği takdirde, asıl işverenin ödediği miktarın ne kadarını alt işverene rücu edebileceği sorusu akla gelmektedir. Bununla birlikte kurulan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olup olmaması da önemlidir.

⁹⁴ Y7HD, 14.09.2015, E. 2015/27985, K. 2015/14631 (Legalbank, Erişim Tarihi: 11.01.2022).

1. Hukuka Uygun Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Rücu Hakkı

Çalışma hayatının olağan akışı içerisinde, alt işveren çalıştırdığı işçilerin haklarından işveren sıfatı gereği sorumludur. İş sözleşmesi alt işveren ile işçi arasında akdedilmektedir. Borç ilişkisinin nisbiliği gereği, sözleşmeden kaynaklanan haklar ve borçlardan da sözleşmenin tarafları sorumludur. Fakat kanun ile getirilen asıl işverenin alt işveren ile müteselsilen sorumlu olması durumu, “borç ilişkisinin nisbiliği ilkesine” getirilmiş önemli bir istisnayı oluşturur. Müteselsil sorumluluk ilişkisinde sorumlulardan birinin borcu yerine getirmiş olması, alacağı sona erdirir. Öte yandan işçileri korumak amacıyla getirilmiş olan müteselsil sorumluluk, alt işverenin sorumluluğunu sonlandırmasını gerektirmemelidir. Kanun koyucu asıl işvereni alt işverenin borcundan “müteselsil sorumlu” kılmıştır; “borcun sahibi” kılmamıştır. Bu durumda asıl işveren kendi borcunu ödeyen kişi değil, başkasının borcunu ödeyen kişi konumundadır.⁹⁵

Asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişkide iş hukuku değil, borçlar hukuku, özellikle sözleşme hukuku geçerli olduğundan, aralarında meydana gelebilecek uyuşmazlıklarda sözleşme hükümleri dikkate alınacaktır. Bu durumda, asıl işverence ödenen işçi alacaklarının ne kadarını alt işverene rücu edebileceği ya da rücu edilip edilemeyeceği hususu, tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri bir konu olması sebebiyle, aralarındaki sözleşme hükümlerine göre karar verilecektir. Sözleşmede buna ilişkin bir hüküm yok ise Türk Borçlar Kanunu 167’nci madde hükmüne göre işverenler eşit paylarla sorumlu kabul edilecektir. Fakat asıl işveren-alt işveren ilişkisinde asıl işverenin sorumluluğu “başkasının sözleşme kaynaklı bir borcundan sorumluluk” olduğundan, asıl işverenin yaptığı ödemelerin tamamı için alt işverene rücu hakkına sahip olduğu sonucuna varılmaktadır.⁹⁶

2. Muvazaalı Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Rücu Hakkı

Müteselsil sorumluluk açısından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin hukuka uygun bir şekilde kurulmuş olması gerekmektedir birlikte; muvazaalı bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi neticesinde “alt işverenin işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılması” durumu gereği, alt işverenin sorumlu tutulamayacağı yönünde görüşler olsa da, Yargıtay 23.12.2015 tarihinde vermiş olduğu kararında “kişi kendi muvazaasına dayanamaz” prensibi dolayısıyla alt işverenin sorumluktan kurtulamayacağı yönünde karara varmıştır.⁹⁷

⁹⁵ Ekmekçi ve Yiğit, (n.11) 157-159.

⁹⁶ Ekmekçi ve Yiğit, (n.11) 159-160; Mahmut Kabakçı ve Arzu Hacıoğlu, “Asıl İşveren ile Alt İşverenler Arasındaki Rücu İlişkisi”, (2016)36 Sicil İş Hukuku Dergisi 91, 98; Aydınlı, (n.13) 270.

⁹⁷ Y9HD, 23.12.2015, E.2015/24940, K.2015/36619 (karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 08.01.2022); Ömer Uğur, Alt İşverenlik İlişkisi ve Kamu İş yerlerindeki Uygulaması, (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2017) 60-61.



Asıl işveren-alt işveren ilişkisi muvazaalı olsa da, işçilik alacaklarından asıl işveren de görünürdeki alt işveren de işçiye karşı müteselsilen sorumlu olmalıdır. İşçi, işverenlerin arasındaki ilişkinin muvazaalı olup olmadığını bilmek ya da bunu araştırmak zorunda değildir. İşverenlerin kendi aralarındaki rücu ilişkisi işçiyi etkilememeli, işçi muvazaalı bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi kapsamında çalışmış olsa dahi, alacakları hakkında her iki işverene başvurma hakkına sahip olmalıdır.⁹⁸

Yargıtay 16.06.2020 tarihli bir kararında da bu durumu destekleyerek;

“Muvazaalı bir hukuki muamele ile üçüncü kişinin ızzar edilmesi ona karşı bir haksız eylem niteliğindedir. Üçüncü kişiler muvazaa nedeniyle hakları halele uğratıldığı takdirde haksız fiil sorumluluğuna dayanarak muvazaalı hukuki işlemi yapan taraflardan zararının tazminini isteyebilir. Muvazaa sebebiyle akdin hükümsüzlüğünün ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması sayılan hallerde muvazaa ileri sürülemez. Başka bir deyişle kişi kendi muvazaasına dayanarak sorumluluktan kurtulamaz. Somut uyuşmazlıkta Mahkemece, davalılar arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğu ve davacının başlangıçtan beri asıl işveren Tarım İşletmeleri Genel Müdürlüğüne işçisi olduğu kabul edilerek hüküm altına alınan işçilik alacaklarının adı geçen davalıdan tahsiline karar verilirken muvazaalı işlemin tarafı olan diğer davalı şirket yönünden davanın husumet nedeni ile reddine karar verilmiştir. Dosyadaki bilgi ve belgeler ile Mahkeme kabulüne göre davalı ... Grup Yapı San Tic. Ltd. Şirketi muvazaalı işlemin tarafı olup, adı geçen davalı şirket kendi muvazaasından yararlanamaz. HGK'nun 03.12.2008 T. 2008/9-704 E, 2008/730 K. sayılı kararında da belirtildiği üzere davalılar arasında muvazaa bulunması nedeniyle maddi sorumluluk açısından davalıların müştereken ve müteselsilen sorumluluğuna karar verilmesi gerekirken, davanın davalı ... Grup Yapı ve San. Tic. Ltd. Şti. yönünden husumet yokluğu gerekçesi ile reddi hatalıdır.”⁹⁹ şeklinde bu durum detaylı bir şekilde anlatılmıştır.

Nitekim muvazaalı bir asıl işveren alt işveren ilişkisinde müteselsil borçlular arasındaki rücu bakımından öncelikle taraflar arasında mevcut bir sözleşme var ise bu sözleşme hükümlerine göre; sözleşmede buna ilişkin bir hüküm yok ise Türk Borçlar Kanunu 167'nci madde hükmüne göre müteselsil borçluların eşit paylarla sorumlu kabul edilmesi gerektiği görüşüne katılmaktayız.¹⁰⁰

⁹⁸ Özkaraca, (n.82) 156.

⁹⁹ Y9HD, 16.06.2020, E.2017/16009, K.2020/5669 (karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 08.01.2022).

¹⁰⁰ Kabakçı ve Hacıoğlu, (n.96) 99.

SONUÇ

Asıl işveren-alt işveren ilişkisine, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2'nci maddesinin 6'ncı fıkrasından itibaren yer verilmiştir. Bir işverenin, iş yerindeki mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde ya da işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirdiği takdirde asıl işin bir bölümünde, kendi iş yeri sınırlarında, kendi işçileri ile birlikte ve sadece kendisi tarafından verilen işlere özgülenerak çalıştırmak amacıyla kendisine işçilerini göndermek üzere başka işveren ile anlaştığı durumda, iki işveren arasındaki ilişki asıl işveren-alt işveren ilişkisidir.

Söz konusu ilişkinin kurulabilmesi açısından her iki tarafın da işveren olması ve ilişkiye konu olan işte her iki tarafın işçilerinin bir arada çalışma yürütmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, alt işverene verilen işin niteliği de önem arz etmektedir. Verilen iş, mal ve hizmet üretimine ilişkin olmalı, mal ve hizmet üretimine ilişkin olmayan tamirat, bakım, onarım gibi işlerde asıl işveren-alt işveren ilişkisi meydana gelmemektedir. Keza alt işverene verilen iş ya yardımcı bir iş olmalı ya da asıl işin bir bölümünü oluşturmalıdır. Bununla birlikte asıl işin bir bölümünün alt işverenin işçilerine gördürülmesi için, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren sebeplerin var olması aranmaktadır. Bahsi geçen tüm kriterlere ilaveten, asıl işverenin eski çalışanın kendi alt işvereni olamaması ve asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak haklarının kısıtlanmaması gerekmektedir.

İş Kanunumuzun işçiyi koruma ilkesi üzerine yoğunlaştığı açıktır. Söz konusu hükümler ile, işverenlerin işgücünden sadece kendi çıkarları doğrultusunda yararlanmalarının önüne geçilmeye çalışılmış olsa da, bahsedilen kriterlerin çok olması ve hatta bazılarının soyut kalması bakımından, düzenlemenin asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmasını oldukça zorlaştırılmış olduğu görülmektedir.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için, işverenlerin arasında yazılı bir sözleşmenin olması aranmaktadır. Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde sözleşmenin içeriğinin ne olması gerektiği ve sözleşmeye ek olarak eklenmesi gereken belgelerin ne olduğu ile alt işverenin tescili için Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'ne yapılması gereken başvurunun detaylarına ilişkin bilgilere yer verilmiştir.

Görünürde kanunda geçen kurucu unsurları içeren bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmuş olsa dahi, incelendiğinde muvazaalı olduğu anlaşılabilen asıl işveren-alt işveren ilişkileri de çalışma hayatında karşımıza çıkabilmektedir. İş Kanunu'nda alt işverenlik hususunda özel bir muvazaa düzenlenmiştir. Buna göre, asıl işverenin işçileri alt işveren tarafından işe alınarak hakları kısıtlanmış



bir biçimde çalıştırılıyorsa, ya da asıl işveren kendi eski çalışanı ile alt işveren ilişkisi kurduysa, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edileceği Kanun hükmünde belirtilmiştir. Bu hususa Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde de yer verilmiş ve muvazaa kriterleri daha da genişletilmiştir. Kurulan ilişkinin muvazaalı işleme dayandığının tespiti halinde, alt işverenin işçilerinin en baştan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacağı düzenlenmiştir.

Kanun koyucu alt işverenlerin, işçilerin ücret ve diğer haklarını ödeyememeleri durumunda işçilerin mağduriyet yaşamaması için, işin yapılmasından yarar sağlayan asıl işverene de sorumluluk yüklemektedir. Buna göre asıl işveren İş Kanunu'ndan, iş sözleşmesinden ya da alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerden alt işveren ile birlikte sorumludur. Alt işverenin işçisi, müteselsil sorumluluk gereği, asıl işveren ve alt işverenden dilediğine ya da her ikisine birden başvurma hakkına sahiptir. Bu bakımdan işçi, ücret, fazla çalışma ücreti, yıllık izin ücreti, hafta tatili ücreti gibi ücret alacakları ile birlikte şartların oluşması durumunda kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, ayrımcılık tazminatı, boşta geçen süre ücret alacağı, iş güvencesi tazminatı, sendikal tazminat ya da iş kazası neticesinde alabileceği maddi-manevi tazminat gibi alacaklarını da alt işverenden isteyebileceği gibi asıl işverenden de isteyebilir.

Asıl işverenin müteselsilen sorumlu olduğu alacak kalemleri oldukça fazla görünse de, asıl işveren sadece kendi döneminde meydana gelen alacaklardan sorumludur, asıl işveren-alt işveren ilişkisi öncesindeki ve sonrasındaki alacaklarından sorumlu tutulamaz.

Asıl işveren-alt işveren arasındaki müteselsil sorumluluk konusunda, işe iade davaları bakımından, zamanaşımı hükümleri bakımından ve alt işverenin değişmesi halinde işçilerin asıl iş yerinde çalışmaya devam etmesi durumları bakımından özellik gösteren durumlar mevcuttur.

Müteselsil sorumluluk gereği, asıl işverenin işçilerin alacaklarını ödemesi halinde, yaptığı ödemeyi alt işverenden rücu etme hakkına sahiptir. Fakat bu husus kurulan ilişkinin muvazaalı olup olmadığına göre değişiklik göstermektedir. Hukuka uygun bir şekilde kurulan asıl işveren-alt işveren ilişkisinde asıl işverenin yaptığı ödemenin tamamını alt işverene rücu etme hakkı vardır. Fakat muvazaalı bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinde, "alt işverenin işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılması" durumu gereği, alt işverenin sorumlu tutulamayacağı yönünde görüşler olsa da, "kişi kendi muvazaasına dayanamaz" prensibi dolayısıyla alt işveren sorumluktan kurtulamayacak ve işçi alacaklarından asıl işverenle birlikte sorumlu tutulacaktır.

KAYNAKLAR

- Akyiğit E, Bireysel İş Hukuku, (Seçkin Yayıncılık 2020).
- Akyiğit E, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik, (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2013).
- Alpagut G, “Alt İşverenlik Yönetmeliği ve Hukuka Uygunluk Sorunu”, (2008) 20, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 1347-1358.
- Aydınlı İ, Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, (5. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021).
- Aykaç H.B, İş Hukukunda Alt İşveren, (Beta Yayıncılık 2011).
- Canbolat T, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri (Kazancı Hukuk Yayınları 1992).
- Çankaya O, Çil Ş, *İş Hukukunda Üçlü İlişkiler* (Yetkin Yayıncılık 2009).
- Çankaya O. G, Çil Ş, “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi” (2006)3 Sicil İş Hukuku Dergisi, 54-80.
- Çelik N, Caniklioğlu N, Canbolat T, Özkaraca E, İş Hukuku Dersleri (Yenilenmiş 34. Bası, Beta Yayınları 2021).
- Çenberci M, İş Kanunu Şerhi, (5. Bası, Ankara 1984).
- Çil Ş, *İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2019-2021 Yılları)* (Yetkin Yayıncılık 2021).
- Ekmekçi Ö, Yiğit, E, Bireysel İş Hukuku Dersleri, (2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2020).
- Ekonomi M, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi”, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları (II) Prof. Dr. Nuri Çelik’e Saygı, (1. Baskı, Legal Yayıncılık 2008) 21-40.
- Güler Ş, Mütessesil Sorumluluk İlkesinin İş Kanunu’ndaki Uygulaması, (Seçkin Yayıncılık 2021).
- Günay C, İ, İş Hukuku Yeni İş Yasaları, (5. Baskı, Yetkin Yayıncılık 2013).
- Güzel A, Okur A.R, Caniklioğlu N, Sosyal Güvenlik Hukuku, (Yenilenmiş 19. Bası, Beta Yayıncılık 2021).
- Güzel A, “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, (2004) 1, Çalışma ve Toplum Dergisi, <https://www.calismatoplum.org/makale/is-yasasına-gore-alt-isveren-kavrami-ve-asil-isveren-alt-isveren-iliskisinin-sinirlari>



Kabakçı M, Hacıoğlu, A “Asıl İşveren ile Alt İşverenler Arasındaki Rücu İlişkisi”, (2016) 36 Sicil İş Hukuku Dergisi, 91-106.

Mollamahmutoğlu H, Astarlı M, Baysal U, İş Hukuku Ders Kitabı Cilt:1 Bireysel İş Hukuku (Güncellenmiş 5. Baskı, Lykeion Yayınları 2021).

Oğuzman M. K, Öz T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, (14. Bası, Vedat Kitapçılık 2016).

Özkaraca E, “İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış”, İstanbul Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Galatasaray Üniversitesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 15.Yıl Toplantıları, 3-4 Haziran 2011, 92-164.

Özkaraca E, Toplu İş İlişkileri, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014, Ankara 2016, 195-359.

Özkaraca E, Güncel Gelişmeler Işığında Sendikal Güvenceler ve Uygulama Sorunları, Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu ve Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi İşbirliği ile Düzenlenen “Türk Hukukunda Sendikal Haklar” Sempozyumunda Sunulan Tebliğ, Ankara 2019, 35-61.

Süzek S, İş Hukuku, (20. Baskı, Beta Yayınevi 2020).

Soyer M.P, “4857 sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları”, (2006) 1, Sicil İş Hukuku Dergisi, 16-28.

Şahlanan F, “Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin İçtihat Farklılıklarının Giderilmesi Amacıyla 20 Eylül 2020 Tarihinde Aldığı Kararlar-Karar İncelemesi” Tekstil İşveren Hukuk Dergisi (131) <http://www.tekstilisveren.org.tr/uploads/magazines/pdf-2-1604920663290196965.pdf>.

Taşkent S, “Alt İşveren”, (2004) 1 (2) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 363-366.

Taşkın A, Türk İş Hukukunda ve İşletme Yönetiminde Alt İşverenlik İlişkileri, (Yetkin Yayınları 2016).

Tercan N, “Yasalar Herkes İçin Eşit Değil Mi? Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Kamu-Özel Ayrımcılığı”, (2006) 3, Sicil İş Hukuku Dergisi, 86-91.

Uğur Ö, Alt İşverenlik İlişkisi ve Kamu İş yerlerindeki Uygulaması, (Seçkin Yayıncılık 2017).

ADİ ORTAKLIK İLİŞKİSİNDE ORTAKLARIN HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU BAĞLAMINDA ADAM ÇALIŞTIRAN SIFATININ TESPİTİ

*Determination of the Employer Status within Simple Partnership in the
Context of Tort Liability of the Partners*

Ferhat CANBOLAT*

Dila OKYAR**

Özet

Türk hukukunda temel ortaklık modelini oluşturan adi ortaklık, en basit nitelikte bir işin görülmesinden en karmaşık bir ticari faaliyetin yürütülmesine kadar oldukça geniş bir yelpazede ortaya çıkar. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) sözleşmeye dayalı bir özel borç ilişkisi olarak düzenlenmiş olan adi ortaklığa ilişkin hükümler, tüm ortaklık tipleri bakımından genel hüküm niteliğinde olup, tamamlayıcı olarak uygulanır. Tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklık ilişkisinde her ortak kendi haksız fiilinden sorumludur. Öte yandan, ortaklığa ait bir işin görülmesi amacıyla istihdam edilen kişinin işini görürken üçüncü kişilere verdiği zarardan tüm ortakların, TBK m. 66 bağlamında adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluğunun doğması mümkündür. TBK m. 66/III hükmü ile işletmelerde adam çalıştıranlar bakımından özen yükümlülüğünün kapsamı oldukça genişletilerek sorumluluk ağırlaştırılmıştır. Çalışmada, bu geniş kapsamlı özen yükümlülüğünün muhatabı ve sorumluluğun süjesi olarak adam çalıştıran sıfatının kime ya da kimlere ait olduğu, bir adi ortaklık ilişkisinde yönetim yetkisi sahipliği bakımından çeşitli ihtimallere göre değerlendirilmektedir.

Anahtar kelimeler: Adi ortaklık, adam çalıştıran, ortak, haksız fiil, müteselsil sorumluluk.

Abstract

Simple partnership, which constitutes the basic partnership model in Turkish law, emerges in a wide range from performing the simplest work to the execution of the most complex commercial activity. The provisions regarding simple partnership, which is regulated as a contractual debt relationship under the Turkish Code of Obligations No. 6098 (TCO), are general provisions for all partnership types and are applied as supplementary. In a simple partnership relationship, which does not have a legal personality, each partner is responsible for his own tortious act. On the other hand, in

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 08.04.2022*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 06.09.2022*

* Doç. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, f.canbolat@hacettepe.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-2894-7119>

** Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD., dilaokyar@hacettepe.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-7829-2133>



the context of Article 66 TCO which provides the liability of the employer, the liability of all partners may arise for the damage caused to third parties by the person employed for the purpose of carrying out a work belonging to the partnership. Article 66/III TCO greatly expands the scope of the duty of care for employers in enterprises and thus, aggravates the liability. This study evaluates, in the context of this type of liability, to whom the status of employer belongs in a simple partnership, with respect to various possibilities regarding the holder of management authority.

Keywords: Simple partnership, employer, partner, tort, joint liability.

Giriş

Adi ortaklık temeline dayanan sözleşme ilişkileri, iki arkadaşın birlikte bir şans oyunu oynamasından, bir fırın, lokanta ya da ticari taksi işletmesine; bir koyun sürüsü üzerinde ortaklık kurmalarından, birlikte kereste ihracatı yapmalarına; bir muayenehane ya da büro ortaklığından, özellikle inşaat ve enerji sektöründe sıklıkla karşılaşılan ortak girişim (*joint-venture*) ya da konsorsiyuma kadar olağanüstü çeşitlilik arz eden geniş bir yelpazede ortaya çıkar¹. Adi ortaklık, münferit ve basit nitelikteki bir işin görülmesi için kurulabileceği gibi, mameleki değeri yüksek, büyük ölçekli işleri gerçekleştirmek için de kurulabilir². Dolayısıyla adi ortaklık, özellikle ticari hayatta, tüzel kişiliği bulunmayan kişi toplulukları arasında en yaygın yapılanma türüdür.

Adi ortaklık ilişkisinde her ortak kendi haksız fiilinden sorumludur. Diğer bir ifadeyle, bir ortağın haksız fiilinden, diğer ortaklar ya da yönetici ortak-genel hükümlere göre sorumluluklarını gerektiren bir katılımları olmadığı müddetçe³- sorumlu değildir⁴. Diğer bir ifadeyle, her ortak kendi haksız fiilinden sorumludur⁵. Öte yandan, kusur aranmayan haksız fiil sorumluluğu hâlleri bakımından tüm ortakların sorumluluğunun doğması mümkündür. Bu bağlamda, akla ilk gelen kusursuz sorumluluk türü, köklü bir tarihsel geçmişe

¹ Uygulamada karşılaşılan adi ortaklık örnekleri için bkz. Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I* (15. Baskı, Vedat Kitapçılık 2021) N. 70a; Oruç Hami Şener, *Adi Ortaklık* (Yetkin Yayınları 2008) 139 vd.; Nami Barlas, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri* (Vedat Kitapçılık 2016) N. 454 vd.

² Şener (n 1) 139.

³ Y14HD, 10.10.2016, E. 2015/17177, K. 2016/8000 (HukukTürk): “Bir ortağın işlediği haksız fiilden dolayı sorumluluk ise yalnız o ortağa aittir. Fakat, diğer ortaklar, kışkırtmak veya yardımcı olmak suretiyle fiile katılmış iseler, birlikte sorumlu olacaklardır”.

⁴ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 1) N. 100b; Barlas (n 1) N. 176.

⁵ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 1) N. 99c; Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku* (14. Baskı, Beta Yayıncılık 2020) 42; Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)* (4. Baskı, Adalet Yayınevi 2019) 859. Kollektif şirkete ilişkin TTK m. 234/II hükmü, bir ortağın şirkete ait görevlerini yerine getirirken işlediği haksız fiillerden şirketin de doğrudan sorumluluğunu öngörmekle birlikte, söz konusu hükmün, tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklık bakımından kıyasen uygulanamayacağı hakkında bkz. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 1) N. 100b.

ve günümüzde oldukça geniş bir uygulama alanına sahip olan adam çalıştırmanın sorumluluğudur⁶.

Adam çalıştırmanın sorumluluğu, genel nitelikte bir norm olarak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 66. maddesinde düzenlenmiştir. Hâkim görüşe⁷ göre olağan sebep sorumluluğu niteliğindeki bu kusursuz sorumluluk, bağımlılık arz eden bir çalıştırma ilişkisi içerisinde iş gören çalışanın, işini görürken hukuka aykırı bir fiili ile üçüncü kişiye verdiği sözleşme dışı zararı tazmin yükümlülüğünü ifade eder. Sorumluluğun doğabilmesi için adam çalıştırıcı ile çalışan arasında bağımlılık arz eden bir çalıştırma ilişkisi bulunmalı, çalışanın işini görürken işlediği hukuka aykırı fiil neticesinde üçüncü kişi zarara uğramış olmalı ve adam çalıştırıcı kurtuluş kanıtı getirememiş olmalıdır. Adam çalıştırıcı, özen yükümlülüğünü ihlâl ettiği karinesine dayanan bu sorumluluktan, kurtuluş kanıtı getirerek kurtulma imkânına sahiptir.

Öte yandan, günümüzde işletmelerde adam çalıştırıcının kurtuluş kanıtı getirmesi oldukça zorlaşmıştır. TBK m. 66/III hükmünde, TBK m. 66/II hükmünde düzenlenen klâsik özen ölçütlerine (seçme, talimat verme, denetleme) ek olarak işletme organizasyonuna (çalışma düzenine) özen ölçütünün de öngörülmesi ile özen yükümlülüğünün kapsamı bir hayli genişlemiş ve böylelikle sorumluluk ağırlaşmıştır. TBK m. 66/III bakımından geniş yorumlanan “işletme” kavramı; iktisadi ya da ideal bir amaç doğrultusunda başkalarına mal ve/veya hizmet sağlamak üzere beşerî iş gücü (çalışanlar) ile

⁶ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 1) N. 100d.

⁷ Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (b. Baskı, Filiz Kitabevi 1988) 679; Haluk Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku* (Turhan Kitabevi 1981) 53; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22. Baskı, Yetkin Yayınları 2017) N. 1914; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2* (16. Bası, Vedat Kitapçılık 2021) N. 435; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25. Baskı, Turhan Kitabevi 2021) N. 2262; Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (18. Bası, Beta Yayıncılık 2021) N. 118; Heinz Rey and Isabelle Wildhaber, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht* (5. Auflage, Schulthess 2018) N. 1062; Roland Brehm, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen Art. 41-61 OR* (4. Auflage, Stämpfli Verlag 2013) Art. 55 OR N. 31-32; Walter Fellmann and Andrea Kottmann *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnlichen Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG* (Stämpfli Verlag 2012) N. 733; Willi Fischer, W and Marc'Antonio Iten, ‘Article 55’ in Fischer Willi and Thierry Luterbacher (hrsg), *Haftpflichtkommentar; Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen* (Dike 2016) N. 2. Kusur karinesine dayanan kusur sorumluluğu niteliğinde olduğuna ilişkin aksi yöndeki görüş için bkz. Başak Baysal, *Haksız Fiil Hukuku (BK m. 49-76)* (On İki Levha Yayıncılık 2019) N 3.47. Bu ayrımın pratikte öneminin az olduğu yönünde bkz. Ingeborg Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* (8. Auflage, Stämpfli Verlag 2020) N. 23.13.



diğer işletme unsurlarının, asgari düzeyde de olsa bir organizasyon çerçevesinde örgütlendiği, bağımsız her türlü birimi ifade eder. Dolayısıyla, iktisadi amacı çerçevesinde bir ticari işletme ya da mesleki işletme işleten adi ortaklık, TBK m. 66 hükmünde öngörülen bu geniş özen yükümlülüğüne tâbi olacaktır. Somut olayda bu ağır özen yükümlülüğünün muhatabı olarak, sorumluluğun süjesinin belirlenmesi önem arz eder. Çalışmada, bir adi ortaklık ilişkisi içerisinde kimin ya da kimlerin adam çalıştıran sifata sahip olduğunun, çeşitli ihtimallerden hareketle değerlendirilmesi amaçlanmaktadır.

I. ADİ ORTAKLIKTA ADAM ÇALIŞTIRMA İLİŞKİSİ

A. Genel Olarak Adi Ortaklık

Türk hukukunda adi ortaklık, TBK m. 620-645 hükümleri arasında, sözleşmeye dayalı bir özel borç ilişkisi olarak düzenlenmiştir⁸. Adi ortaklık sözleşmesi; iki⁹ veya daha fazla gerçek ve/veya tüzel kişinin¹⁰, iktisadi¹¹ ya da ideal¹² bir ortak amacı gerçekleştirmek üzere, emeklerini veya¹³ mallarını birleştirmeyi üstlendikleri çok taraflı bir borç ilişkisidir. Bu tanımdan hareketle adi ortaklığın; kişi, sözleşme bağı, katılma payı, ortak amaç ve ortak amaç uğruna birlikte çaba (ortaklık ruhu, *affectio societatis*) olmak üzere beş unsuru olduğu kabul edilmektedir¹⁴. Adi ortaklık ilişkisinde her ortak aynı amacı gütmelidir. Adi ortaklık sözleşmesini, iş görme sözleşmelerinden ayırt eden,

⁸ İsviçre hukukunda benimsenen düzenleme tarzı da bu şekildedir. Bkz. Art. 530 OR.

⁹ Bugün itibarıyla Türk hukukunda tek kişilik bir sermaye ortaklığı kurulabilmektedir. Bkz. TTK m. 573/I, m. 338/I. Ancak bir kişinin tek başına adi ortaklık kurması mümkün değildir. Bkz. Şener (n 1) 3; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (9. Baskı, Yetkin Yayınları 2021) N. 2863.

¹⁰ TBK m. 620/I hükmündeki adi ortaklık tanımında yer alan “iki ya da daha fazla kişi” ifadesinden hareketle, tüzel kişiliği bulunmayan kişi topluluklarının bir adi ortaklıkta ortak sıfatını taşıyamayacağı yönünde bkz. Eren, *Özel Hükümler* (n 9) N. 2864; Barlas (n 1) N. 54; Ömer Ali Girgin, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Adi Ortaklıkta Temsil ve Borçlardan Sorumluluk* (On İki Levha Yayıncılık 2017) 14. Aksi yönde bkz. Şener (n 1) 5.

¹¹ Adi ortaklığın iktisadi amacı çerçevesinde ticari işletme işletmesinin mümkün olduğu yönünde bkz. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 1) N. 78; Barlas (n 1) N. 77; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2015) N. 26.

¹² Adi ortaklıkta güdülen ortak amacın iktisadi olmayan (ideal) nitelikte olup olamayacağı doktrinde tartışmalıdır. Hukuka ve ahlâka aykırı olmamak kaydıyla her türlü amacın caiz olduğu yönünde bkz. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 1) N. 77. Öte yandan, ideal amaçlı adi ortaklıklara uygulamada nadiren rastlandığından, bu tartışmanın pratik değeri olmadığı hakkında bkz. Barlas (n 1) N. 74; Girgin (n 10) 19. Türk uygulamasında adi ortaklığın, ticaret şirketi işletmek üzere kurula geldiği hakkında bkz. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 1) N. 78.

¹³ TBK m. 620 hükmünde geçen “emeklerini ve mallarını” ifadesindeki “ve” bağlacının “veya” olarak anlaşılması gerektiği hakkında bkz. Barlas (n 1) N. 23.

¹⁴ Eren, *Özel Hükümler* (n 9) N. 2862 vd.; Aydoğdu ve Kahveci (n 5) 853-855; Barlas (n 1) N. 40 vd.

bu ortak amacın varlığıdır¹⁵.

Bir kişi topluluğu olan adi ortaklık, ticaret şirketlerinden farklı olarak, tüzel kişiliği haiz değildir. Bu nedenle adi ortaklık, ortaklardan ayrı ve bağımsız bir hak süjesi teşkil etmez. Adi ortaklık, tüzel kişiliği haiz olmadığından organlara da sahip değildir. Dolayısıyla, yönetici ortak da, hak süjesini temsil eden bir organ konumunda değildir¹⁶. Bu bağlamda adi ortaklık, “tek tek ortaklar toplumu” ya da “ortaklar topluluğu” olarak ifade edilir¹⁷. Adi ortaklık, kurulma kolaylığı ve ortaklara tanıdığı özgürlük ortamının genişliği sayesinde, uygulamada sıklıkla başvurulmuş şirket tipi hâline gelmiştir¹⁸.

Adi ortaklık, Türk hukukunda temel ortaklık modelini oluşturur¹⁹. Bu bağlamda, adi ortaklığa ilişkin hükümler, diğer ortaklık tiplerinin temeli olarak, genel hüküm niteliğindedir²⁰ ve tamamlayıcı olarak uygulanır²¹. Nitekim 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 126, her şirket türüne ilişkin hükümler saklı kalmak şartıyla, TTK’nın ticaret şirketlerine ilişkin genel hükümlerinde düzenlenmeyen hususlarda, TBK’nın adi ortaklığa ilişkin hükümlerinin, her şirket türünün niteliğine uygun düştüğü ölçüde, ticaret şirketleri bakımından da uygulanacağını öngörür. Ayrıca, TBK m. 620/II uyarınca, kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşımayan ortaklıklar, TBK hükümlerine tâbi bir adi ortaklık sayılır²². Adi ortaklık hükümleri, diğer ortaklıkların kurulması aşamalarında da uygulanır²³. Görüldüğü üzere, Türk hukukunda, adi ortaklığa ilişkin hükümler oldukça geniş bir uygulama alanına sahiptir.

B. Adi Ortaklıkta Adam Çalıştıran Sıfatı

1. Genel Olarak Adam Çalıştıran Kavramı

“Adam çalıştıranın sorumluluğu” başlıklı TBK m. 66 hükmünde düzenlenen sorumluluğun süjesi, adam çalıştıran konumundaki kişidir. Söz konusu hükümde, “adam çalıştıran” kavramı tanımlanmamıştır. Sorumluluğun amacı ve dayandığı esastan hareketle adam çalıştıran kişi; bir kimseyi kendisine ait

¹⁵ Pulaşlı (n 11) N. 25.

¹⁶ Barlas (n 1) N. 176.

¹⁷ Eren, *Özel Hükümler* (n 9) N. 2887.

¹⁸ Barlas (n 1) N. 7; Şener (n 1) 139.

¹⁹ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 1) N 70a; Eren *Özel Hükümler* (n 9) N. 2881.

²⁰ Şener (n 1) 140.

²¹ Aydoğdu ve Kahveci (n 5) 856-857.

²² TTK içerisinde, TBK m. 620/II hükmü ile aynı yönde düzenlemeler bulunmaktadır. Örnek olarak bkz. TTK m. 214/I.

²³ Ortakların ileride belirli bir ticaret ortaklığı kurmak üzere bir araya geldiği ancak henüz ortaklık sözleşmesinin akdedilmediği “kurucular ortaklığı” ile ortaklık sözleşmesinin akdedilip henüz ticaret siciline tescilin gerçekleşmediği “ön ortaklık” bakımından adi ortaklık hükümlerinin uygulanması hakkında bkz. Şener (n 1) 142-145; Aydoğdu ve Kahveci (n 5) 857.

ve kendi menfaatine olan bir işte, emir ve talimatları doğrultusunda bağımlı olarak çalıştırmak suretiyle onun iş görmesinden faydalanan gerçek ya da tüzel kişiyi ifade eder.

Adam çalıştıranın sorumluluğunun temeli, adam çalıştıran ile çalışan arasında kurulan ve bağımlılık arz eden hiyerarşik çalıştırma ilişkisine dayanır. Bu bağımlı çalıştırma ilişkisi, adam çalıştıranın çalışan üzerinde sahip olduğu hâkimiyet yetkisine kaynaklık eder. Adam çalıştırana kanun tarafından yükletilen objektif özen yükümlülüğünü meşrulaştıran da bu hâkimiyet yetkisinin varlığıdır. Bir özel hukuk ilişkisi niteliğinde olması gereken çalıştırma ilişkisi, hukuki bir ilişkiye (çoğunlukla sözleşmeye) dayanabileceği gibi, sadece fiili nitelikte de olabilir. Adam çalıştıran ile çalışan arasındaki ilişkinin bir defaya mahsus, geçici ya da sürekli olması; ivazlı ya da ivazsız olması da sorumluluğun doğumu bakımından önem arz etmez. Çalışanın gördüğü iş adam çalıştıranın ticari veya mesleki faaliyetine ilişkin olabileceği gibi, tamamen şahsi nitelikte de olabilir. Önemli olan, bağımlı çalıştırma ilişkisinin konusunu oluşturan işin adam çalıştırana ait ve onun menfaatine olmasıdır.

Adam çalıştıran, iş görme faaliyetini yürüten ve hiyerarşik olarak daima en üst konumda olan kişidir²⁴. Adam çalıştıran ile çalışan arasındaki bağımlılık ilişkisi doğrudan olmak zorunda değildir²⁵. Özellikle hiyerarşik mesafenin arttığı büyük ölçekli işletmelerde, adam çalıştıran ile çalışan arasındaki ilişki dolaylı niteliktedir. Gerçekten de, çok kademeli hiyerarşik yapılanmanın bulunduğu büyük işletmelerde adam çalıştıran, özen yükümlülüğünü yerine getirmek üzere ara kademe çalışanlarını görevlendirir²⁶. Hatta işletmenin büyüklüğü, bu tür bir görevlendirmeyi zorunlu dahi kılabilir. Nitekim objektif özen yükümlülüğü adam çalıştırana yükletilmiş olmakla birlikte, adam çalıştıranın bu yükümlülüğünü bizzat yerine getirmesi zorunlu kılınmamıştır²⁷.

Adam çalıştıran sıfatının kime ait olduğunu belirlerken dikkat edilmesi gereken husus, bu tür ara kademe çalışanlarının, adam çalıştıranın özen yükümlülüğünü yerine getirmek bakımından onun yardımcı kişisi konumunda olmalarıdır. Bu kişiler, adam çalıştıran sıfatına sahip değildir²⁸. Diğer bir ifadeyle, bir kimsenin, bir çalışana nazaran hiyerarşik olarak üst konumda

²⁴ Martin A. Kessler, 'Article 55' in Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt and Wolfgang Wiegand (hrsg), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I: Art. 1-529 OR* (6. Auflage, Helbing&Lichtenhahn Verlag 2015) N. 10; Schwenzler (n 7) N. 23.17; Fischer and Iten (n 7) N. 18.

²⁵ Rey and Wildhaber (n 7) N. 1067; Schwenzler (n 7) N. 23.17; Fischer and Iten (n 7) N. 18.

²⁶ Brehm (n 7) Art. 55 OR N. 9; Fischer and Iten (n 7) N. 18.

²⁷ Rey and Wildhaber (n 7) N. 1108; Fischer and Iten (n 7) N. 11; Fellmann and Kottmann (n 7) N. 787.

²⁸ Rey and Wildhaber (n 7) N. 1067.

olması, onun adam çalıştıran olarak nitelendirilebilmesi için tek başına yeterli değildir. Daima en üst konumda olan adam çalıştıran, tüm hiyerarşik kademelerdeki özen eksikliğinden sorumludur²⁹. Dolayısıyla adam çalıştıran, hiyerarşik düzen içerisinde, görev ve yetkilerini bir başkasına devretse bile sorumluluğu uhdesinde kalmaya devam eder³⁰.

2. Adi Ortaklıkta Adam Çalıştırma İlişkisinin Özellikleri

Öncelikle belirtmek gerekir ki, adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığından, adi ortaklığın TBK m. 66 uyarınca sorumlu tutulması mümkün değildir³¹; şartların gerçekleşmesi durumunda, ortakların adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Adam çalıştıranın sorumluluğunun bir adi ortaklık ilişkisi çerçevesinde ortaya çıkabilmesi için, bir bağımlı çalışan, ortaklığa ait ve ortaklığın menfaatine olan bir işi görmek üzere istihdam edilmiş olmalıdır³². Bu nedenle öncelikle, görülen işin münhasıran bir ortağa ait olup olmadığı belirlenmelidir. Çalışanın sadece ortaklardan birine ait olan bir işi yerine getirmek üzere görevlendirildiği durumlarda, sadece ilgili ortak adam çalıştıran sıfatına sahip olur³³. Çalışan, ortaklığa ait olan bir işi yerine getirmek üzere istihdam edilmiş ise, bu durumda ortaklar, ortak sıfatıyla adam çalıştıran konumunda olacaktır.

Çalışan konumundaki kişi, ortak dışında bir kişi olmalıdır. Adi ortaklık ilişkisinde ortaklar birbirleriyle eşit konumda olup, biri diğerinin TBK m. 66 anlamında çalışanı olmadığından³⁴, adam çalıştıranın sorumluluğu, ortaklar arası ilişkide uygulanmaz³⁵. Bu durum, yönetici ortak ile diğer ortaklar arasındaki ilişki bakımından da geçerlidir³⁶. Aksine bir kabulden hareketle, yönetici ortağı adi ortaklığın çalışanı olarak kabul etmek, adi ortaklığın tüzel kişiliğe sahip olmadığı göz önünde bulundurulduğunda, (yönetici ortak da dâhil olmak üzere) tüm ortakların adam çalıştıran sıfatına sahip olması neticesinde yönetici ortağın hem adam çalıştıran hem de çalışan sıfatına sahip olması şeklinde çelişkili bir sonuca yol açacaktır³⁷. Dolayısıyla, bir ortağın hukuka aykırı fiili neticesinde üçüncü kişinin uğradığı zarardan, bu fiili gerçekleştiren

²⁹ Brehm (n 7) Art. 55 OR N. 9; Fellmann and Kottmann (n 7) N. 738; Rey and Wildhaber (n 7) N. 1067; Fischer and Iten (n 7) N. 18.

³⁰ Brehm (n 7) Art. 55 OR N. 52.

³¹ Baysal (n 7) N. 3.49.

³² Tandoğan, *Kusura Dayanmayan* (n 7) 60.

³³ Mustafa Ünlütepe, *Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III)* (Legal Yayıncılık 2016) 304.

³⁴ Brehm (n 7) Art. 55 OR N 10; Tandoğan, *Kusura Dayanmayan* (n 7) 59; Ünlütepe (n 33) 304.

³⁵ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 1) N. 100b; Barlas (n 1) N. 176.

³⁶ Schwenzer (n 7) N. 23.16; Franz Werro, 'Article 55' in Luc Thévenoz/Franz Werro (eds), *Commentaire Romand, Code des obligations I: Art. 1-529 CO* (2e édition, Helbing Lichtenhahn Verlag 2012) N 8; Aydoğdu ve Kahveci (n 5) 859; Barlas (n 1) N. 176.

³⁷ BGE 84 II 381, 382.



yönetici ortak olsa bile, diğer ortak ya da ortakların adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluğu doğmaz³⁸. TBK m. 66 hükmü, bu tür bir sorumluluğa hukuki temel teşkil eden bir norm değildir³⁹.

3. Adi Ortaklıkta Yönetim Yetkisi Sahipliğine Göre Adam Çalıştıran Sifatının Tespiti

a. Tüm Ortakların Yönetici Sifatına Sahip Olması

Adi ortaklık, tüzel kişiliği haiz olmadığından, ortaklığın iradesinin oluşmasını ve açıklanmasını sağlayan organlara da sahip değildir. Bu nedenle adi ortaklığın yönetimi bizzat ortaklar tarafından gerçekleştirilir. Adi ortaklığın yönetimi, adi ortaklığın ortak amacının gerçekleştirilmesi için gerekli olan, kanuni ve sözleşmesel sınırlar dâhilinde, olağan ve olağanüstü nitelikteki her türlü işlemin yapılmasını ifade eder⁴⁰. TBK m. 625/I hükmünde düzenlenen “birlikte yönetim ilkesi” gereği, ortaklığın yönetimi, sözleşme veya ortaklık kararıyla bir kişiye bırakılmadığı müddetçe tüm ortaklar, kanun gereği, adi ortaklığı yönetme hakkına sahiptir⁴¹. Adi ortaklığın yönetimi, tüm ortaklar açısından hem hak hem de yükümlülük teşkil eder⁴². Ortakların tümünün hiyerarşik olarak en üst konumu paylaştığı bu durumda, adam çalıştıran sıfatı da, özen yükümlülüğünü hangi ortağın ihlâl ettiğinden bağımsız olarak⁴³, tüm ortaklara ait olacaktır. Örneğin, bir adi ortaklık tarafından yürütülen inşaat faaliyetleri sırasında, ortaklık çalışanı kepçe operatörünün inşaat alanındaki kazı çalışmaları esnasında üçüncü bir kişiye ait kablolarla verdiği zarardan ortaklar adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu olacaktır.

b. Ortağın ya da Üçüncü Kişinin Yönetici Sifatına Sahip Olması

Adi ortaklığın yönetiminin sözleşme ya da ortaklık kararıyla bir veya birden fazla ortağa ya da bir üçüncü kişiye bırakılması mümkündür (TBK m. 625/I). Yönetim yetkisinin ortaklardan birine ya da birkaçına bırakılması durumunda, yönetici ortak/ortaklar ile diğer ortaklar arasındaki ilişki, TBK m. 630/I gereği, kural olarak, vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlere tâbi olur. Bu durumda, yönetici sıfatına sahip olan ortak/ortaklar, özen yükümlülüğünü yerine getirmek üzere görevlendirilmiş kişi/kişiler olarak karşımıza çıkar.

Yukarıda değinildiği üzere, adam çalıştıran konumundaki kişinin, kanunen kendisine yüklenen özen yükümlülüğünü iç ilişkide bir başkasına devretmesi, adam çalıştıran sıfatında değişikliğe yol açmaz. Benzer şekilde, bir adi

³⁸ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 1) N. 100b.

³⁹ BGE 84 II 381, 382.

⁴⁰ Şener (n 2) 289-290.

⁴¹ Pulaşlı (n 11) N. 37.

⁴² Şener (n 1) 290; Pulaşlı (n 11) N. 15.

⁴³ Karl Oftinger and Emil W. Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, Band II/1* (4. Auflage, Schulthess 1995) §20 N. 80; Werro (n 36) N. 11.

ortaklık ilişkisinde ortakların içlerinden birini ya da birkaçını yönetici olarak seçmeleri, diğer ortakların adam çalıştıran sıfatını ortadan kaldırmaz. Böyle bir durumda, diğer ortaklar ile (hukuka aykırı fiili neticesinde üçüncü kişinin zarar görmesine yol açan) adi ortaklık çalışanı arasındaki bağımlılık ilişkisi dolaylı niteliktedir. Yönetici ortak/ortaklar da dâhil olmak üzere tüm ortaklar adam çalıştıran sıfatına sahip olmaya devam eder. Dolayısıyla, yukarıdaki kazı çalışması örneğinde, yönetici ortağın özen yükümlülüğünü ihlâl etmesinden, yönetici ortak da dâhil olmak üzere tüm ortaklar adam çalıştıran sıfatını haiz olarak sorumlu olacaktır.

Adi ortaklığı yönetme yetkisinin, TBK m. 625/I gereği, ortak sıfatına sahip olmayan bir üçüncü kişiye bırakılması durumunda da aynı sonuca ulaşılmalıdır. Diğer bir ifadeyle, bu ihtimalde de, TBK m. 66 bakımından adam çalıştıran sıfatı tüm ortaklara ait olmaya devam edecektir. Burada asıl ortaya çıkan soru, ortak olmayan üçüncü kişi yöneticinin, diğer ortaklarla birlikte, adam çalıştıran sıfatına sahip olup olmayacağıdır. Kazı çalışması örneğinden hareketle, inşaat işini üstlenen adi ortaklığı yürütme yetkisinin, ortak sıfatına sahip olmayan bir kişiye bırakılmış olması durumunda, üçüncü kişi yönetici adam çalıştıran sıfatına sahip olacak mıdır? Buna benzer bir sorun, kat mülkiyeti ilişkisi çerçevesinde ortaya çıkan bir uyuşmazlıkta adam çalıştıran sıfatının tespiti bakımından gündeme gelmiştir. Sorunun çözümü bakımından yol gösterici mahiyetteki Yargıtay kararına konu olayda; kat mülkiyetine tâbi bir sitede, site sakini ziyaret eden misafirin aracının otoparka alınmaması nedeniyle site çalışanı ile site sakini arasında çıkan kavgada site sakininin öldürülmesi nedeniyle açılan tazminat davasına ilişkin uyuşmazlıkta, kat mülklerinin adam çalıştıran konumunda olduğuna, olay tarihi itibarıyla site yöneticisi olan (ve fakat kat mülkiyeti bulunmayan) kişinin ise, kat mülklerinin vekili konumunda olup, adam çalıştıran sıfatına sahip olmadığına hükmedilmiştir⁴⁴.

Adi ortaklık ilişkisine benzer şekilde, kat mülkiyeti ilişkisinde de kat mülkleri kurulu tüzel kişiliği haiz olmadığından, birden fazla adam çalıştıranın varlığı kat mülkiyeti ilişkisinde de ortaya çıkabilmektedir. Adi ortaklık ilişkisinde, ortaklar ile ortak olmayan üçüncü kişi yönetici arasında bir vekâlet ya da iş sözleşmesi bulunmasından hareketle⁴⁵, kanaatimizce, söz konusu yargı kararında benimsenen yaklaşım adi ortaklık ilişkisine de uygulanarak, ortak sıfatına sahip olmayan üçüncü kişi yöneticinin, adam çalıştıran sıfatına sahip olmadığı sonucuna ulaşılabilecektir.

c. Ortağın Yönetim Yetkisi Bulunmaması ya da Mevcut Yönetim Yetkisini Aşması

Ortaya çıkabilecek bir diğer ihtimal ise, ortaklardan birinin, yönetim yetkisi

⁴⁴ Y3HD, 03.07.2018, E. 2018/3521, K. 2018/7474 (HukukTürk).

⁴⁵ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 1) N. 87f.



olmaksızın ya da mevcut yetkisini aşmak suretiyle ortaklığa ait bir işin görülmesi için bir kimseyi çalıştırmasıdır. Bu ihtimalde, çalışanın işini görürken üçüncü kişiye verdiği zarardan sorumluluk bakımından adam çalıştıran sıfatı kime ait olacaktır? Böyle bir durumda, yetkisiz ortağın, sorumluluğun diğer şartları da gerçekleşmişse, adam çalıştıran sıfatına sahip olacağında tereddüt yoktur. Doğrudan temsilci sıfatıyla hareket eden yetkisiz ortak ile çalışan arasında kurulan sözleşme ilişkisinin, diğer ortakların onamaması nedeniyle, yetkisiz temsil hükümleri çerçevesinde (TBK m. 637/II atfı ile TBK m. 47) geçersiz hâle gelmesi de, yetkisiz ortağın adam çalıştıran sıfatına engel olmayacaktır zira TBK m. 66 hükmünün uygulanabilmesi için adam çalıştıran ile çalışan arasında salt fiili nitelikte bir ilişkinin bulunması dahi yeterlidir⁴⁶. Burada asıl mesele, adam çalıştıran sıfatının diğer ortaklara teşmil edilip edilemeyeceği noktasında toplanmaktadır. Kanaatimizce, bu meselenin çözümünde, yetkisiz ortak ile diğer ortaklar arasındaki iç ilişkiyi düzenleyen TBK m. 630/II hükmü yol gösterici olabilir. Söz konusu hükümde, bir ortağın, ortaklığı yönetme yetkisi bulunmaksızın veya mevcut yetkisini aşmak suretiyle ortaklık işlerini görmesi durumunda, vekâletsiz iş görmeye ilişkin hükümlerin uygulanacağı öngörülmüştür.

Vekâletsiz iş görme, iş gören ile iş sahibi arasındaki iç ilişkiyi düzenleyen bir kurumdur. Bir kimsenin, vekâleti olmaksızın bir başkasına (iş sahibi) ait zorunlu (iş sahibinin menfaatine olan) bir işi, onun varsayılan iradesine uygun olarak (ve iş sahibinin iş görme yasağına aykırı olmaksızın) görmesi durumunda “caiz gerçek vekâletsiz iş görme” söz konusu olur⁴⁷. İşin bir başkasına ait olması, görülen işin bir başkasının hukuk ve menfaat alanına ait olmasını ifade eder. Söz konusu işin görülmesinde iş sahibi yanında iş görenin de menfaatinin bulunması, vekâletsiz iş görmenin oluşmasına engel değildir meğer ki iş görenin menfaati iş sahibininkine nazaran daha baskın olsun⁴⁸. İş sahibinin görülen işi uygun bulması durumunda ise TBK m. 531 gereği vekâlet hükümleri uygulama alanı bulacaktır. İş sahibinin uygun bulma beyanı üzerine, vekâletsiz iş görme, geriye etkili olarak vekâlet sözleşmesi hükümlerine tâbi olur⁴⁹.

Bir adi ortaklık ilişkisi çerçevesinde, vekâletsiz iş görmenin konusunu, bir

⁴⁶ Herhangi bir sebeple geçersiz bir sözleşme ilişkisine dayanarak iş gören kişi de TBK m. 66 anlamında çalışan olarak kabul edilir. Bkz. Tandoğan, *Kusura Dayanmayan* (n 7) 58; Oğuzman ve Öz (n 7) N. 451; Nomer (n 7) N. 118.1.

⁴⁷ Eren, *Özel Hükümler* (n 9) N. 3090; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II* (Vedat Kitapçılık 2012) 219 vd.; Sera Reyhani Yüksel, *Vekâletsiz İş Görme Kısa Şerhi* (Hakan Tokbaş ed, Aristo Yayınevi 2018) 18.

⁴⁸ Gümüş (n 47) 220.

⁴⁹ Uygun bulma iradesi ile taraflar arasında vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılmaz; sadece işgören ile iş sahibi arasındaki ilişkiye vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanır. Bkz. Yüksel (n 47) 77.

çalışan ile bağımlı bir çalıştırma ilişkisi kurmanın teşkil ettiği durumlarda, vekâletsiz iş gören ortağın yanında diğer ortakların da adam çalıştıran sıfatına sahip olabilmesi öncelikle görülen işin adi ortaklığa ait ve ortaklığın menfaatine olmasına bağlıdır. Caiz gerçek vekâletsiz iş görmenin söz konusu olduğu durumlarda adi ortaklığın menfaatine iş görme şartı gerçekleşmiş olmaktadır. Kanaatimizce, bu durumda, görülen işin diğer ortaklar tarafından uygun bulunması üzerine, iç ilişkinin geriye etkili olarak vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlere tâbi olması suretiyle, diğer ortakların çalışan üzerinde dolaylı hâkimiyetinden bahsedilebilecek ve böylelikle yukarıdaki “b” başlığı altında incelenen durum burada da ortaya çıkmış olacaktır.

II. ADİ ORTAKLIKTA ORTAKLARIN ADAM ÇALIŞTIRAN SIFATIYLA SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ SONUÇLARI

TBK m. 66 hükmü bakımından, bir çalışanın birden fazla adam çalıştıranın hâkimiyeti altında bulunması mümkündür. Bu durumun başlıca örneği, adi ortaklık ilişkisinde görülür⁵⁰. Bu noktada, adam çalıştıran sıfatına sahip olan ortakların ne tür bir sorumluluk rejimine tâbi olduğu belirlenmelidir.

Türk sorumluluk hukukunda birden fazla kişinin aynı zarardan kısmi sorumluluğu kural, müteselsil sorumluluğu ise istisnai niteliktedir. Haksız fiilden doğan borç ilişkileri bakımından müteselsil sorumluluk rejimi, TBK m. 61-62 hükümlerinde düzenlenmiştir. Müteselsil sorumlular ile zarar gören arasındaki dış ilişki müteselsil sorumluluk esasına (TBK m. 61), müteselsil sorumlular arasındaki iç ilişki ise kısmi sorumluluk esasına (TBK m. 62) dayanır. TBK m. 61 hükmünde düzenlenmiş olan müteselsil sorumluluk, TBK m. 162/II anlamında kanunda öngörülen bir müteselsil borçluluk hâlidir⁵¹. TBK m. 61 uyarınca, “birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır”. Adi ortaklık ilişkisi çerçevesinde ortakların adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluğunda ise, birden çok kişinin, aynı zarardan, genel haksız fiil sorumluluğu (TBK m. 49) dışında ve fakat aynı hukuki sebepten (TBK m. 66) sorumluluğu söz konusudur. Doktrinde, bir adi ortaklık ilişkisi çerçevesinde ortakların adam çalıştıran sıfatıyla müteselsilen sorumlu oldukları kabul edilmekle birlikte⁵², bu müteselsil sorumluluğun hukuki dayanağı⁵³ nerede aranmalıdır?

⁵⁰ Oftinger and Stark (n 43) §20 N. 80; Kessler (n 24) N. 11; Fellmann and Kottmann (n 7) N. 737; Fischer and Iten (n 7) N. 19; Werro (n 36) N. 11; Rey and Wildhaber (n 7) N. 1067; Eren, *Borçlar Genel* (n 7) N. 1932; Kılıçoğlu (n 7) N. 2289.

⁵¹ Kılıçoğlu (n 7) N. 3030; Oğuzman ve Öz (n 7) N. 1362.

⁵² Rey and Wildhaber (n 7) N. 1067; Fischer and Iten (n 7) N. 19; Kessler (n 24) N. 11; Werro (n 36) N. 11; Tandoğan, *Kusura Dayanmayan* (n 7) 60; Eren, *Borçlar Genel* (n 7) N. 1932; Kılıçoğlu (n 7) N. 2289; Ünlütepe (n 33) 304.

⁵³ Adi ortaklığa ilişkin TBK m. 638/III hükmünde müteselsil sorumluluk esasları öngörülmüştür.



Türk Borçlar Kanununda, birden çok kişinin, aynı zarardan, aynı kusursuz sorumluluk sebebine dayanan sorumluluğuna ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu hukuki mesele, eksik-tam teselsül ayırımının muhafaza edildiği İsviçre hukukunda görüş farklılıklarına neden olmuştur⁵⁴. Bir görüş, müteselsil sorumluluğun eksik teselsül hâlini düzenleyen Art. 51 Abs. 1 OR hükmünden kaynaklanmadığını, dolayısıyla rüçû ilişkisinin de Art. 51 Abs. 2 OR hükmüne tâbi olmadığını ileri sürerken⁵⁵; diğer görüş, Art. 51 OR hükmünün doğrudan⁵⁶ ya da kıyasen⁵⁷ uygulanabileceği yönündedir. Benzer şekilde Türk hukukunda da 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (eBK) yürürlükte olduğu dönemde, birden çok kişinin aynı zarardan, müşterek kusurları olmaksızın aynı hukuki sebebe dayanan sorumluluğu bakımından kanunda açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen, eksik teselsüle ilişkin eBK m. 51 hükmünün kıyasen uygulanacağı ileri sürülmektedir⁵⁸.

Kanaatimizce; TBK ile eksik-tam teselsül ayırımının kaldırılmış olması karşısında, aynı zarardan aynı sebeple sorumlu olan birden fazla adam çalıştıranın müteselsil sorumluluğunun, TBK m. 61 hükmünde yer alan, “aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu olma” şeklinde kaleme alınan geniş ifade kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Aynı zarardan farklı hukuki sebeplerle sorumlu olan kişiler bakımından kabul edilen müteselsil sorumluluk esası, evleviyetle, aynı zarardan tek (aynı) sebeple sorumlu olan kişiler bakımından da kabul edilmelidir. İki kardeşin, mâlik oldukları bir bahçenin bakım işinde, her birinin kendisine bağımlı olarak çalıştırdığı işçilerin birlikte iş görürken üçüncü bir kişiye verdikleri zarardan iki kardeşten her biri adam çalıştıran sıfatıyla müteselsilen sorumlu tutulurken, kardeşlerin aynı bahçeyi bir adi ortaklık ilişkisi çerçevesinde ortak sıfatıyla işletmeleri durumunda da

Ancak söz konusu hüküm, bir adi ortaklık ilişkisi çerçevesinde ortakların birlikte veya bir temsilci aracılığıyla yaptıkları hukuki işlemler ile üçüncü kişilere karşı üstlendikleri ortaklık borçları bakımından uygulanır; haksız fiil sorumluluğu bu hükmün kapsamı dışındadır. Bkz. Eren, *Özel Hükümler* (n 9) N. 3006; Barlas (n 1) N. 176.

⁵⁴ Bkz. Rey and Wildhaber (n 7) N. 1689 ff.

⁵⁵ Oftinger and Stark (n 43) §22 N. 51. Adam çalıştıranın sorumluluğu bakımından bkz. Oftinger and Stark (n 43) §20 N. 80; Fellmann and Kottmann (n 7) N. 737.

⁵⁶ Schwenger (n 7) N. 88.14; “Art. 51 OR hükmü, Art. 50 OR ya da özel bir hüküm ile düzenlenmemiş sorumlulukların yarıştığı tüm durumlara kapsayan bir torba norm niteliğindedir”, Beat Schönenberger, ‘Article 51’ in Heinrich Honsell (hrsg), *Kurzkommentar Obligationenrecht (OR)* (Helbing Lichtenhahn Verlag 2014) N. 9.

⁵⁷ Brehm (n 7) Art. 51 OR N. 95 ff.; Christoph K. Grabel, ‘Article 51’ in Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt and Wolfgang Wiegand (hrsg), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I: Art. 1-529 OR* (6. Auflage, Helbing&Lichtenhahn Verlag 2015) N. 25.

⁵⁸ Halûk Tandoğan, *Türk Mes’uliyet Hukuku* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1961) 380. Eksik teselsülü doğuran sebeplerin mutlaka ayrı borç kaynaklarına dayanması gerekmediği, borç kaynaklarının mahiyet itibariyle aynı olabileceği yönünde bkz. Tekinay, Burcuoğlu, Akman ve Altop (n 7) 941.

aynı sorumluluk esası benimsenmelidir.

Sonuç olarak, sorumluluğun şartları gerçekleştiği takdirde, tüm ortakların adam çalıştıran sıfatıyla zarar görene karşı müteselsil sorumluluğu doğar⁵⁹. Ortakların sorumluluğu, kişisel, birinci derecede ve sınırsızdır⁶⁰. Zararın ortaklar arasında ne şekilde paylaşılacağı ise aralarındaki iç ilişkiye tâbidir⁶¹.

SONUÇ

En küçük ölçekte basit bir işin görülmesinden, en karmaşık nitelikte bir ticari faaliyetin yürütülmesine kadar geniş bir uygulama alanına sahip olan adi ortaklık, Türk hukukunda temel ortaklık modelini oluşturur. TBK'da bir sözleşme ilişkisi olarak düzenlenmiş adi ortaklık hükümleri arasında, ortakların üçüncü kişilere karşı haksız fiil sorumluluğuna ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Her ortak kendi haksız fiilinden sorumlu olup, kural olarak, bir ortağın haksız fiili sebebiyle diğer ortakların sorumluluğu doğmaz. Öte yandan, kusur aranmayan sorumluluk hâllerinden biri olan adam çalıştıranın sorumluluğu bakımından tüm ortakların sorumluluğunun doğması mümkündür.

TBK m. 66 hükmünde düzenlenen adam çalıştıranın sorumluluğunun bir adi ortaklık ilişkisi çerçevesinde doğabilmesi için, adi ortaklığa ait bir işi görmek üzere istihdam edilen çalışanın hukuka aykırı fiili neticesinde bir üçüncü kişinin zarar görmüş olması gerekir. Çalışan konumundaki kişi, ortak dışında bir kimse olmalıdır. Ortaklar birbiriyle eşit konumda olduğundan, TBK m. 66 hükmü, ortaklar arası ilişkide uygulanmaz. Yönetici ortak da dâhil olmak üzere ortaklar, adi ortaklığın TBK m. 66 anlamında çalışanı değildir.

Adi ortaklık tüzel kişiliği haiz olmadığından, sorumluluğun süjesi olan adam çalıştıran sıfatının kime/kimlere ait olduğunun belirlenmesi önemlidir. Bu noktada, yönetim yetkisi sahipliğine göre farklı ihtimallere göre değerlendirme yapılması gerekir. Çalışmada, gerek tüm ortakların yönetici olduğu gerekse yönetim yetkisinin ortaklardan bir ya da birkaçına yahut ortak olmayan bir üçüncü kişiye bırakıldığı durumlarda tüm ortakların, hangi ortağın özen yükümlülüğünü ihlâl ettiğinden bağımsız olarak, adam çalıştıran sıfatına sahip olduğu; ortak olmayan üçüncü kişi yöneticinin ise adam çalıştıran konumunda olmadığı sonucuna varılmıştır. Yetki aşımı durumunda da, caiz gerçek vekâletsiz iş görme hükümleri uygulandığı ölçüde, aynı sonuca varılmaktadır. Ortaklar adam çalıştıran sıfatıyla, aynı zarardan, TBK m. 49 dışında ve fakat aynı hukuki sebeple sorumludur. Bu sorumluluğun, TBK m. 61 hükmünün

⁵⁹ Rey and Wildhaber (n 7) N. 1067; Kessler (n 24) N. 11; Werro (n 36) N. 11; Fellmann and Kottmann (n 7) N. 737; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 1) N. 100d.

⁶⁰ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 1) N. 100b.

⁶¹ Fellmann and Kottmann (n 7) N. 737; Werro (n 36) N. 11.



yorum yoluyla kapsamına dâhil olan bir müteselsil sorumluluk niteliğinde olduğu kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Aydoğdu, M ve Kahveci, N, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)* (4. Baskı, Adalet Yayınevi 2019).

Bahtiyar, M, *Ortaklıklar Hukuku* (14. Baskı, Beta Yayıncılık 2020).

Barlas, N, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri* (Vedat Kitapçılık 2016).

Baysal, B, *Haksız Fiil Hukuku (BK m. 49-76)* (On İki Levha Yayıncılık 2019).

Brehm, R, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen Art. 41-61 OR* (4. Auflage, Stämpfli Verlag 2013).

Eren, F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26. Baskı, Yetkin Yayınları 2021).

Eren, F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (9. Baskı, Yetkin Yayınları 2021).

Fellmann, W and Kottmann, A, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnlichen Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG* (Stämpfli Verlag 2012).

Fischer, W and Iten, M, 'Article 55' in Fischer Willi and Thierry Luterbacher (hrsg), *Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen* (Dike 2016).

Girgin, Ö. A, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Adi Ortaklıkta Temsil ve Borçlardan Sorumluluk* (On İki Levha Yayıncılık 2017).

Grabel, C. K, 'Article 51' in Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt and Wolfgang Wiegand (hrsg), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I: Art. 1-529 OR* (6. Auflage, Helbing&Lichtenhahn Verlag 2015).

Gümüş, M. A, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II* (Vedat Kitapçılık 2012).

Pulaşlı, H, *Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt 1* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2015).

Kessler, M. A, 'Article 55' in Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt and Wolfgang Wiegand (hrsg), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I: Art. 1-529 OR* (6. Auflage, Helbing&Lichtenhahn Verlag 2015).

Kılıçoğlu, A. M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25. Baskı, Turhan Kitabevi 2021).

Nomer, H. N., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (18. Bası, Beta Yayıncılık 2021).

Oftinger, K and Stark, E. W, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, Band II/1* (4. Auflage, Schulthess 1995).

Oğuzman, K ve Öz, T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2* (16. Bası, Vedat Kitapçılık 2021).

Poroy, R, Tekinalp, Ü ve Çamoğlu, E, *Ortaklıklar Hukuku I* (15. Baskı, Vedat Kitapçılık 2021).

Rey, H and Wildhaber, I, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht* (5. Auflage, Schulthess 2018).

Schwenzer, I, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* (8. Auflage, Stämpfli Verlag 2020).

Schönenberger, B, 'Article 51' in Heinrich Honsell (hrsg), *Kurzkommentar Obligationenrecht (OR)* (Helbing Lichtenhahn Verlag 2014).

Şener, O. H, *Adi Ortaklık* (Yetkin Yayınları 2008).

Tandoğan, H, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku* (Turhan Kitabevi 1981).

Tandoğan, H, *Türk Mes'uliyet Hukuku* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1961).

Tekinay, S. S, Akman, S, Burcuoğlu, H ve Altop, A, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (6. Baskı, Filiz Kitabevi 1988).

Ünlütepe, M, *Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III)* (Legal Yayıncılık 2016).

Yüksel, S. R, *Vekaletsiz İş Görme Kısa Şerhi*, (Hakan Tokbaş ed, Aristo Yayınevi 2018).

Werro, F, 'Article 55' in Luc Thévenoz/Franz Werro (eds), *Commentaire Romand, Code des obligations I: Art. 1-529 CO* (2e édition, Helbing Lichtenhahn Verlag 2012).



KEFİLİN ASIL BORÇ İLİŞKİSİNDEN DOĞAN SAVUNMA İMKÂNLARINA BAŞVURABİLMESİNİN SINIRLARI

The Limits to the Surety's Defenses that Arise from the Principal Debt Relationship

Günhan GÖNÜL KOŞAR*

Özet

Kefaletten doğan borcun fer'i borç olması nedeniyle, kefil, asıl borç ilişkisinden doğan ve asıl borçlu tarafından alacaklıya karşı ileri sürülebilecek savunma imkânlarını, kendi hakkı olarak alacaklıya karşı ileri sürebilir ancak kefilin ileri süremeyeceği savunma imkânları bulunmaktadır. Kefilin taahhüdünün mahiyeti gereği ileri süremeyeceği savunma imkânları, asıl borçluya ait olup asıl borç ilişkisinden doğmayan savunma imkânları ve kanun gereği kefilin ileri süremeyeceği savunma imkânları, asıl borç ilişkisinden doğan ancak kefilin ileri süremeyeceği savunma imkânlarıdır. Kanun gereği kefilin ileri süremeyeceği savunma imkânları TBK m 582/2'de düzenlenmektedir. Bu hüküm uyarınca asıl borç ilişkisinin yanılma veya ehliyetsizlikle sakat olması ya da asıl borcun zamanaşımına uğramış olması ve kefilin kefalet sözleşmesini bu durumu bilerek akdetmiş olması durumunda; kefil, yanılma, ehliyetsizlik ya da zamanaşımını alacaklıya karşı ileri süremez. TBK m 582/2'de düzenlenen hallerde akdedilen teminat sözleşmesi fer'ilikten yoksun olduğu için kefalet sözleşmesi olarak nitelendirilemez. TBK m 582/2 hükmünün uygulama alanı ve teminat veren ile alacaklı arasında akdedilen bu sözleşmenin niteliği çalışmada değerlendirilmektedir. Kefilin asıl borç ilişkisinden doğan savunma imkânlarına başvurabilmesinin sınırlarını belirlemede önem arz eden bir diğer sorun, asıl borç ilişkisinden doğan ve asıl borçluya ait yenilik doğuran hakları kefilin kullanıp kullanamayacağıdır. Kefil, asıl borçluya ait bir yenilik doğuran hakkı kullanamamakla beraber, bazı durumlarda geciktirici def'i hakkına dayanarak alacaklıya ödeme yapmaktan kaçınabilir. Çalışmada, kefilin geciktirici def'i hakkına sahip olduğu haller de incelenmektedir. Özetle çalışmada, önce kefalet sözleşmesine ilişkin genel bilgi verilecek, ardından kefilin asıl borç ilişkisinden doğan savunma imkânları ve buna ilişkin kurallar açıklanacak ve son olarak, kefilin asıl borç ilişkisinden doğan savunma imkânlarına başvurabilmesinin sınırları incelenecektir.

Anahtar kelimeler: Kefalet, savunma imkânları, yenilik doğuran haklar, yanılma, ehliyet.

➤ Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 05.05.2022

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 06.09.2022

* Dr. Öğr. Üyesi, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, gunhangonul@hacettepe.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-2695-6954>



Abstract

Due to the accessoriness feature of the suretyship, the surety can plead against the creditor the defenses of the principal debtor arising from the principal debt relationship that can be pleaded by the principal debtor against the creditor. However, there are limits to these defenses and the surety may not plead all the defenses arising from the principal debt relationship. The defenses that arise from the principal debt relationship but cannot be pleaded by the surety are defenses that the surety cannot plead due to the nature of the surety's undertaking; defenses that belong to the principal debtor, yet do not arise from the principal debt relationship; and finally, defenses that the surety is not allowed to plead by law. Defenses that the surety cannot plead by law are regulated under Art. 582/2 of Turkish Code of Obligations. According to this provision, the surety may not plead the mistake or incapacity to make a contract or time-barred obligations where he/she is aware of the situation at the time of the conclusion of the suretyship agreement. In situations stipulated under TCO Art. 582/2, the contract may not be categorized as suretyship due to lack of accessoriness. In this article, the scope of application of Art. 582/2 and the qualification of the contract concluded between the guarantor and the creditor shall be evaluated. Another important issue regarding the defenses that arise from the principal debt relationship but cannot be pleaded by the surety is whether the surety may plead the formative rights of the principal debtor that arise from the principal debt relationship against the creditor. The surety cannot invoke a formative right that belongs to principal debtor; however, the surety may refuse to pay under certain circumstances. This issue shall also be examined in this article. Briefly, in this article, first, general information about the suretyship agreement shall be given, then the defenses of the surety arising from the main debt relationship and the rules thereof shall be explained, and finally, the limits of the surety's ability to apply to the defenses arising from the main debt relationship shall be examined.

Keywords: Suretyship, defenses, formative rights, mistake, capacity.

GİRİŞ

Kefalet sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun ("TBK") 581. maddesinde, "kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşme" biçiminde tanımlanmaktadır. Bir kişisel teminat sözleşmesi olan kefalet sözleşmesi, kefil, alacaklı ve asıl borçludan oluşan üç köşeli bir hukuki ilişki doğurur.¹ Bu hukuki ilişkide, kefilin ifa edilmemesinin sonuçlarından sorumlu olduğu ilişki asıl borç ilişkisi; kefil ile alacaklı arasındaki ilişki kefalet sözleşmesi, borçlu ile kefil arasındaki ilişki ise iç ilişkidir. Bu sözleşme ile kefil, asıl borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlenmekte olup kefilin asıl borçlunun borcunu ifa etmesini temin etmek, bu konuda çaba sarf etmek gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Kefilin sorumluluğunun kapsamını borcun aslı, borçlunun kusur ve temerrüdünün yasal sonuçları, takip ve dava giderleri ve işlemler bir yıllık ve işlemekte olan faiz oluşturmaktadır. (TBK m 589)

¹ Üç ilgili kişiyi barındıran borçlar hukuku ilişkileri, doktrinde genellikle üç köşeli ilişki ya da üçlü ilişki olarak nitelendirilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Arif B. Kocaman, *Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1989) 5.

Asıl borç ilişkisinden doğan borcun ifa edilmemesinin sonuçlarından sorumlu olmayı ifade eden kefalet sözleşmesi, asıl borç ilişkisine bağlıdır. Bu bağlılığın (fer'ilik) sonuçlarından biri, asıl borç ilişkisinden doğan ve asıl borçlu tarafından alacaklıya karşı ileri sürülebilecek savunma imkânlarını, kefilin, kendi hakkı olarak alacaklıya karşı ileri sürebilmesidir. Ancak kefilin asıl borç ilişkisinden doğan savunma imkânlarına başvurabilmesi sınırsız değildir. Asıl borç ilişkisinden doğan ancak kefilin ileri süremeyeceği savunma imkânları bulunmaktadır. Kefilin taahhüdünün mahiyeti gereği ileri süremeyeceği savunma imkânları, asıl borçluya ait olup asıl borç ilişkisinden doğmayan savunma imkânları ve kanun gereği kefilin ileri süremeyeceği savunma imkânları, asıl borç ilişkisinden doğan ancak kefilin ileri süremeyeceği savunma imkânlarıdır. Ayrıca kefil, asıl borç ilişkisinden doğan yenilik doğuran hakları bizzat kullanamaz ancak bazı hallerde geciktirici def'i hakkına dayanarak alacaklıya ödeme yapmaktan kaçınabilir. Türk Borçlar Kanunu'na göre kefilin asıl borç ilişkisinden doğan savunma imkânlarına başvurabilmesinin sınırlarının ele alınacağı bu çalışmada, önce kefalet sözleşmesine ilişkin genel bilgi verilecek, ardından kefilin asıl borç ilişkisinden doğan savunma imkânları ve buna ilişkin kurallar açıklanacak ve son olarak, kefilin asıl borç ilişkisinden doğan savunma imkânlarına başvurabilmesinin sınırları incelenecektir.

I. KEFALET SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN GENEL BİLGİ

A. Kefalet Sözleşmesinin Özellikleri

1. Tek Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme Olması

Kefalet sözleşmesi, kural olarak, sadece tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup, bu sözleşmeyle sadece kefil alacaklıya karşı borçlanır; öte yandan alacaklı tarafından yerine getirilmesi gereken bir edim bulunmamaktadır.² Bununla beraber, alacaklının bu ilişkiden doğan külfetleri bulunmaktadır, ancak bunlar gerçek ve teknik anlamda bir karşı edim anlamına gelmez. Zira kefalet ilişkisinde kefil, alacaklıdan belli yönde davranması talebinde bulunamaz ya da onu zorlayamaz; bununla beraber, alacaklı bu külfetleri yerine getirmese kefile karşı olan haklarını tamamen ya da kısmen kaybeder.³

² Frédéric Krauskopf ve Jonas Stuber, 'Orell Füssli Kommentar' iç Jolanta Kren Kostkiewicz ve diğerleri (edr), OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht (3. Baskı, Orell Füssli Verlag 2016) m 492, N. 2; Haluk Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri Cilt:II* (5. Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık 2010) 694; Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)* (14. Baskı, Yetkin Yayınevi 2021) 484; Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (11. Baskı, Beta Yayınevi 2022) 1531; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (8. Baskı, Yetkin Yayınevi 2020) 771; Hasan Ayrancı, 'Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet' (2005) 9 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 111 112; Serkan Ayan, *Kefalet Sözleşmesi* (Adalet Yayınevi 2018) 18.

³ Nami Barlas, *Makalelerim Cilt 1* (Vedat Kitapçılık 2008) 358; Ferhat Canbolat, 'Kefilin



Kefalet sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğini haiz olması için kefalet sözleşmesinin karşı tarafı olan alacaklının kefile karşı bir borç altına girmesi gerekmektedir. Buna karşın, borçlu, kefile menfaat sağlasa, kefilin kefaletini elde edebilmek asıl borçluya bir yarar sağlasa bile kefalet sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme sayılmaz. Örneğin, borçlunun kendisine kefil olacak kişiye komisyon vermesi ivaz sayılmaz.⁴ Zira bu kefile asıl borçlu arasındaki iç ilişkiyi ilgilendirip kefalet sözleşmesinin bir unsuru değildir. Öte yandan, alacaklının da kefile karşı yerine getirmesi gereken bir edimin bulunduğu tarafların iradesi uyarınca belirlenebilir. Bu durumlarda, kefalet, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğini kazanır ve tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde uygulanan ödemelik def'i, borçlu temerrüdüne bağlı seçimlik haklara ilişkin düzenlemeler vd. devreye girer. Alacaklının kefil borcundan kurtarmayı taahhüt etmesi ya da mevcut rehin haklarından vazgeçmesi karşılığında kefilin taahhüt vermesi buna örnek olarak gösterilebilir.⁵

2. Borçlunun Borcu ile Kefilin Borcunun Birbirinden Ayırılması

Kefalet sözleşmesi, alacaklı ile kefil arasında kurulan bir sözleşmedir. Bu sözleşmeye asıl borç ilişkisinin borçlusu taraf olmadığı gibi, kefalet sözleşmesinin kurulması için asıl borçlunun rızası aranmadığını gibi bilgi sahibi olmasına da gerek yoktur.⁶ Hatta asıl borçlunun kefaleti istemediğini açıkça beyan etmesi de kefalet sözleşmesinin kurulmasına engel teşkil etmez. Bunun arkasında yatan neden, kefalet sözleşmesinin asıl borçlunun durumunu kötüleştirmemesi, aksine onun yararına olmasıdır.

Kefalet sözleşmesi, asıl borçlu ile kefil arasındaki hukuki ilişkiden bağımsızdır.⁷ Borçlu ile kefilin borçlarının kaynakları birbirinden farklı olup asıl borç koşula bağlı olsa ya da asıl borç için vade kararlaştırılmamış olsa bile bunlar için kefalet öngörülebilir.⁸ Bu durum, kefaletin fer'i nitelik taşımaya engel değildir zira bu ihtimalde kefalet sözleşmesi kurulmuş olmakla beraber askıdadır; asıl borç doğduğu an kefalet sözleşmesi hüküm ve sonuç doğurmaya başlar.⁹

Savunma İmkânlarının Borçlar Kanunu'nda Düzenleniş Şekli ve Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yenilikler' (2008) 3 Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 377 391.

⁴ Aydın Zevkliler ve K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (20. Bası, Turhan Kitabevi 2020) 705; Yavuz (n 1) 1532; Ayan (n 1) 19.

⁵ Barlas, Makalelerim (n 2) 358; Zevkliler ve Gökyayla (n 4) 705; Yavuz (n 1) 1532 dn. 47.

⁶ Aral ve Ayrancı (n 1) 479; Zevkliler ve Gökyayla (n 4) 703.

⁷ Eren, *Borçlar Özel* (n 1) 772; Yavuz (n 1) 1532.

⁸ Barlas, Makalelerim (n 2) 361; Zevkliler ve Gökyayla (n 4) 703; Yavuz (n 1) 1533.

⁹ Nami Barlas, 'Yeni Borçlar Kanunu'nun Kefalet İlişkin Düzenlemeleri' (2011) 1 İzmir Barosu Dergisi 7 9.

3. Kefilin Borcunun Fer'i Nitelik Taşınması

Kefalet sözleşmesini başlıca diğer teminat sözleşmelerinden ayıran başlıca özelliği kefaletten doğan borcun fer'i, yani bağlı bir borç olmasıdır.¹⁰¹¹ Kefilin borcu asıl borç ilişkisine bağlıdır. Buna göre, geçerli bir asıl borç ilişkisinin doğmuş olması, devam etmesi ve sona ermemesi gerekmektedir.¹² Bir diğer deyişle, kefilin borcu asıl borcun mukadderatını paylaşmaktadır.¹³ Kefaletin kapsamı, asıl borcun kapsamıyla sınırlıdır.¹⁴ Buna göre, kefilin ödeyeceği para borcunun miktarı, asıl borcun miktarını aşamaz fakat bundan az olabilir. Asıl borçluya karşı muaccel hale gelmeyen alacak kefilinden talep olunamayacağından kefil, alacağın muaccel olmadığını ileri sürebilir.¹⁵ Kefalet alacağı, asıl borç ilişkisinden bağımsız olarak devrolunamaz.¹⁶ Fer'ilik özelliğinin bir diğer sonucu ise, asıl borç ilişkisinden doğan ve asıl borçlu tarafından alacaklıya karşı ileri sürülebilecek savunma imkânlarını kefilin alacaklıya karşı ileri sürübilmesidir. Kefil, bunları kendisine ait bir savunma imkânı olarak ileri sürme hakkına sahiptir.¹⁷

¹⁰ TBK m 131/1: "Asıl borç ifa ya da diğer bir sebeple sona erdiği takdirde, rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağlı hak ve borçlar da sona ermiş olur." TBK m 598/1: "Hangi sebeple olursa olsun, asıl borç sona erince, kefil de borcundan kurtulur."

¹¹ Eugen Bucher, *Obligationenrecht Besonderer Teil* (3. Baskı, Schulthess 1988) 287; Claire Huguenin, *Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil* (Schulthess 2012) N. 3587; Christoph M Pestalozzi, 'Basler Kommentar' iç Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Wolfgang Wiegand (edr), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art 1- 52* (4. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag 2007) m 492, N. 13; Marcus Vischer, 'CHK Handkommentar zum Schweizer Privatrecht' iç Claire Huguenin ve Markus Müller-Chen (edr), *Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art 319-529 OR CHK Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (3. Baskı, Schulthess 2016) m 492, N. 5; Krauskopf ve Stuber (n 1) m 492, N. 6; Seza Reisoğlu, 'Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları' (1962) 19 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 327 329; Seza Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku* (Ankara 2013) 22; Gülçin Elçin Grassinger, *Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları* (Alfa Yayınları 1996) 17; Ahmet M Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (2. Baskı, Turhan Kitabevi 2020) 674; Nami Barlas, 'Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları' iç Doç Dr M Murat İnceoğlu (ed), *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler* (On İki Levha Yayıncılık 2012, 350; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı* (5. Baskı, Vedat Kitapçılık 2020) 494; Hüseyin Murat Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri* (Vedat Kitapçılık 2009) 112; Tandoğan (n 1) 695; Ayan (n 1) 26.

¹² Ferhat Canbolat ve Seçkin Topuz, 'Kefalet ile Garanti Ayırımının Önemi ve Ayrımda Uygulanacak Kıstaslar' (2008) 78 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 53 56; Gökhan Şahan, *Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi* (Yetkin Yayınevi 2009) 20 vd; Merve Yılmaz, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı' (2011) 97 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 155 160; Eren, *Borçlar Özel* (n 1) 774; Barlas, 'Kefalet' (n 8) 8; Ayrancı (n 1) 113.

¹³ Canbolat ve Topuz (n 1) 63.

¹⁴ Barlas, 'Kefalet' (n 8) 8; Yılmaz (n 11) 161.

¹⁵ Zevkliler ve Gökyayla (n 4) 703.

¹⁶ Aral ve Ayrancı (n 1) 481; Eren, *Borçlar Özel* (n 1) 774; Zevkliler ve Gökyayla (n 4) 703.

¹⁷ Aral ve Ayrancı (n 1) 507.



4. Kefilin Borcunun Tal'i Nitelik Taşınması

Kural olarak, alacaklı, önce borçluya başvurup onun edimi yerine getirmemesi karşısında kefile başvurabilir (adı kefalet).¹⁸ Öte yandan, bu, bertaraf edilebilir bir özelliktir. Zira müteselsil kefalette alacaklı doğrudan doğruya kefile de başvurabilir. Buna rağmen müteselsil kefalette kefilin borcunun fer'i olma niteliği bakidir

5. Kefalet Sözleşmesi ile Başkasına Ait Bir Alacağın Güvence Altına Alınması

Kefalet sözleşmesi, başka bir kişinin borcu hakkında, kefil ve o borcun alacaklısı arasında kurulur. Kefalet ilişkisinin konusu kefil açısından asıl borca yabancı bir borçtur; bir başkasının borcudur.¹⁹ Kişinin kendi borcuna kefil olması mümkün değildir; öte yandan, bir kimse kendi alacağı için kefil olmuşsa alacak kendisinde kaldığı sürece kefalet hüküm doğurmaz; alacak başkasına devredildiği anda kefalet devreye girer.²⁰

6. Kefilin Borcunun Daima Bir Para Borcu Olması

Kefil, asıl borca aykırı bir davranış içinde olmayıp; kapsamı alacaklının asıl borç ilişkisi nedeniyle uğradığı müspet zarara göre belirlenecek bir miktar para borcunu, asıl borç ilişkisinden ayrı bir sözleşme ile ödeme borcu altına girmiştir. Buna göre, kefilin borcu, asıl borçlunun alacaklıya taahhüt ettiği ancak yerine getirmediği edim değildir. Kefil, asıl borçlunun borcunu ifa etmez; kefalet sözleşmesinden doğan kendi borcunu yerine getirir ve bu borç, daima bir para borcudur²¹ ancak bu borç, bir tazminat borcu değildir.²²

B. Kefalet Sözleşmesinin Geçerlik Şartları

Kefaletin sözleşmesinin geçerli şekilde kurulabilmesi için bazı şartlar aranır. Bunlardan ilki, mevcut ve geçerli bir asıl borcun varlığıdır. Kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için mevcut ve geçerli bir asıl borcun varlığı aranır.²³ Kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için aranan bir diğer şart, kefalet sözleşmesinde kullanılan ifadelerden hangi borç için kefil olduğunun

¹⁸ Tandoğan (n 1) 695; Reisoğlu, 'Kefalet Kavramı' (n 10) 332; Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku* (n 10) 25; Yavuz (n 1) 1531; Eren, *Borçlar Özel* (n 1) 775; Kılıçoğlu, *Borçlar Özel* (n 10) 675; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 10) 496; Şahan (n 12) 22.

¹⁹ Bucher (n 10) 287; Huguenin (n 10) N. 3555; Tandoğan (n 1) 699; Reisoğlu, 'Kefalet Kavramı' (n 10) 336; Eren, *Borçlar Özel* (n 1) 772; Barlas, *Makalelerim* (n 2) 359; Yavuz (n 1) 1527; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 10) 496; Develioğlu (n 10) 32.

²⁰ Zevkliler ve Gökyayla (n 4) 705.

²¹ Pestalozzi (n 10) m 492, N. 17; Vischer (n 10) m 492, N. 6; Krauskopf ve Stuber (n 1) m 492, N. 7, Reisoğlu, 'Kefalet Kavramı' (n 10) 338; Develioğlu (n 10) 117.

²² Barlas, *Makalelerim* (n 2) 360 vd; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 10) 496.

²³ Reisoğlu, 'Kefalet Kavramı' (n 10) 345; Eren, *Borçlar Özel* (n 1) 779; Şahan (n 12) 24 vd

anlaşılır olması, buna göre borcun belirli veya belirlenebilir olmasıdır.²⁴ Buna “belirlilik ilkesi” denilmektedir. Bir diğer geçerlik şartı ise kefilin hukuki işlem ehliyetinin bulunmasıdır. Eğer kefil, sınırlı ehliyetsiz ise yasal temsilcisi aracılığı ile de bu işlemi gerçekleştiremez zira kefil olma Türk Medeni Kanunu (“TMK”) m 449 uyarınca yasak işlemlerdendir. Sınırlı ehliyetlilere gelince, kendisine yasal danışman atanan kişi yasal danışmanın izniyle kefalet sözleşmesi akdedebilir. (TMK m 429) Öte yandan, kendilerine kayyım atanan kişiler kefalet ehliyetini haizdir.

Kefalet sözleşmesinin bir başka geçerlik şartı, kanun koyucunun kefalet sözleşmesi için Türk Borçlar Kanunu’nun 583. maddesinde getirmiş olduğu nitelikli yazılı şekil şartıdır. Bu hükme göre, kefaletin tarihi, kefilin sorumlu olduğu azami miktar ve kefaletin türü müteselsil kefalet ise buna ilişkin ibare kefil tarafından elle yazılmak zorundadır. Kefalet sözleşmesi için aranan şekil şartına uymamanın yaptırımını kesin hükümsüzlüktür.

Son olarak, kefil evli ise, kanun koyucu TBK m 584’te eşin yazılı rızasını aramaktadır. Eşin rızası en geç kefaletin verilmesi tarihi kadar verilebilir; sonradan verilen rızanın kefaletle geçerlik kazandırmayacağı açıkça kanun metninde zikredildiğinden burada aranan rızanın türü izindir. Bununla beraber, TBK m 584’e eklenen 3. fıkra ile eşin rızasının aranmayacağı haller geniş bir şekilde düzenlenmektedir.²⁵

II. KEFİLİN ASIL BORÇ İLİŞKİSİNDEN DOĞAN SAVUNMA İMKÂN LARI VE BUNA İLİŞKİN KURALLAR

A. Genel Olarak

Kefil, öncelikle kendisinin alacaklı ile arasında akdetmiş olduğu kefalet sözleşmesinden doğan savunma imkânlarına sahip olmakla beraber, aynı zamanda fer’ilik ilkesinin sonucu olarak asıl borç ilişkisinden doğan savunma

²⁴ Huguenin (n 10) N. 3589; Pestalozzi (n 10) m 492, N. 19; Vischer (n 10) m 492, N. 6; Krauskopf ve Stuber (n 1) m 492, N. 6; Barlas, ‘Kefalet’ (n 8) 8; Barlas, ‘Sempozyum’ (n 11) 351; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 10) 497; Ayrancı (n 1) 113; Develioğlu (n 10) 163.

²⁵ TBK m 584/3 şu şekildedir: “Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler; mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarının kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz.” Detaylı bilgi için bkz. Arif Burhanettin Kocaman ve Kübra Kaya, ‘Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası’ (2020) 6 İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-29.



imkânlarını da ileri sürme hakkını haizdir. Bu kural, TBK m 591/f 1 c 1’de “*Kefil, asıl borçluya veya mirasçılara ait olan ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün def’ileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip olduğu gibi, bunları ileri sürmek zorundadır.*” biçiminde ifade edilmiştir. Kanun metninde kefilin asıl borçlunun sahip olduğu savunma imkânlarını ileri sürmenin kendisi için bir zorunluluk olarak zikredilmesi doktrinde isabetli şekilde eleştirilmiştir. Zira kefilin bu savunma imkânlarına başvurmamasının neticesi tazminat ödeme yükümlülüğünün doğması değil, kendisine kanunen tanınmış olan rücu hakkını kaybetmesidir. Dolayısı ile burada söz konusu olan, teknik anlamda yükümlülük değil, külfettir.²⁶

TBK m 591’de yer alan def’i ifadesinden sadece teknik anlamda def’i değil; aynı zamanda itirazların da anlaşılması gerekmektedir.²⁷ Def’i, sahibine bir başkası tarafından ileri sürülen hakkı belli oranda etkisiz kılma, sonuçlarını tamamen veya kısmen engelleme veya ortadan kaldırma imkânı veren bir hak iken; itiraz, karşı tarafça ileri sürülen bir hakkın hiç doğmadığına, doğmuşsa bile sona erdiğine ilişkin bir olayın ileri sürülmesidir.²⁸ TBK m 591’de kefilin sahip olduğu savunma imkânları bakımından hem def’i hem de itirazları ifade etmek üzere def’i ifadesi kullanılmıştır.²⁹

Doktrinde, kefilin asıl borç ilişkisi nedeniyle sahip olduğu savunma imkânları farklı sınıflandırmalara tabi olmuştur. Doktrinde bir görüşe göre bu savunma imkânları, şu şekilde bir üçlü ayrıma konudur³⁰: 1) asıl borcun doğumuna ilişkin olan savunma imkânları (fiil ehliyetinin bulunmaması, şekil

²⁶ Vischer (n 10) m 502, N. 1; Ahmet M Kılıçoğlu, *Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1979) 82; Gülçin Elçin Grassinger, ‘Borçlar Kanunu Tasarısı Hükümleri Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesine Dair Hükümlerin İncelenmesi’ (2005) 4 Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 83 96; Burak Özen, *Kefalet Sözleşmesi* (3. Bası, Vedat Kitapçılık 2014) 379; Aral ve Ayrancı (n 1) 508; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 10) 574; Develioğlu (n 10) 365; Ayan (n 1) 430.

²⁷ Mahmut Bilgen, *Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar* (Adalet Yayınevi 2013) 353; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt:2* (Vedat Kitapçılık 2012) 412. İsviçre hukukunda aynı yönde bkz Pestalozzi (n 10) m 492, N. 13; Vischer (n 10) m 502, N. 2.

²⁸ Ferhat Canbolat, *Banka Garantisinde Savunma İmkânları ve İhtiyati Tedbirler* (Yetkin Yayınevi 2009) 144 vd

²⁹ Elçin Grassinger, ‘Tasarı’ (n 25) 95. Eski Borçlar Kanunu’nun alacağın temliki halinde borçlunun sahip olacağı def’i ve itirazları düzenleyen 167. maddesinde de sadece def’i ifadesi kullanılmakla beraber maddenin hem def’i hem de itirazları kapsadığı öğretilerde kabul edilmekteydi. Aynı şekilde eski Borçlar Kanunu’nun 143. maddesinde kullanılan müşterek borçlulara ait def’iler ifadesi ile hem de def’ilerin hem itirazların kastedildiği kabul edilmekteydi. Canbolat, *Savunma İmkânları* (n 27) 143. Türk Borçlar Kanunu’nun, sırasıyla, bu hükümlere karşılık gelen 188. ve 164. maddelerinde “*borçluya ait savunmalar*” ifadesini kullanmak suretiyle isabetli bir değişiklik yapan kanun koyucunun aynı dikkat ve özeni kefalete ilişkin 591. maddede de göstermiş olması gerektiği kanaatindeyiz.

³⁰ Özen (n 25) s 379 vd; Aral ve Ayrancı (n 1) 508.

şartına uyulmamış olması, hukuka, ahlâka ve kişilik haklarına aykırılık), 2) asıl borcun kapsam ve hükümlerine ilişkin olan savunma imkânları (muacceliyet, ödemezlik def'i) ve 3) asıl borcun sona ermesine ilişkin olan savunma imkânları (ifa, ibra, yenileme, alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesi, takas, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık, zamanaşımı).

Doktrindeki bir diğer görüş³¹ ise kefilin asıl borç ilişkisi nedeniyle sahip olduğu savunma imkânlarını 1) asıl borç ilişkisinden doğan itirazlar ve 2) asıl borç ilişkisinden doğan def'iler biçiminde ikili bir ayrıma; asıl borç ilişkisinden doğan itirazları ise itirazlara ilişkin yapılan genel ayrımlara paralel şekilde 1) hakkın doğumuna engel itirazlar ve 2) hakkı sona erdiren itirazlar şeklinde bir ayrıma tabi tutar. Biz de bu ayrıma katılmak suretiyle bundan sonraki açıklamalarımızı bu sınıflandırma ışığında gerçekleştireceğiz.

B. Kefilin Asıl Borç İlişkisinden Doğan Savunma İmkânları

1. Asıl Borç İlişkisinden Doğan İtirazlar

a. Hakkın Doğumuna Engel İtirazlar

Kefalet sözleşmesi ancak mevcut ve geçerli bir asıl borç ilişkisi için yapılabilir. Buna göre, asıl borçta hukuka ya da ahlâka aykırılık, kişilik hakkına aykırılık, başlangıçtaki imkânsızlık, şekle aykırılık³², muvazaa, asıl borç ilişkisinin taraflarından birinin fiil ehliyetinin bulunmaması halleri asıl borç ilişkisinden doğan ve hakkın doğumuna engel itirazlardır. İrade sakatlıkları ve aşırı yararlanma hallerinde asıl borçlunun sözleşmenin iptal edilmesi halinde asıl sözleşme ortadan kalkacağından kefalet sözleşmesi de fer'ilik ilkesinin sonucu olarak ortadan kalkar ve bu durum hakkın doğumuna engel itiraz teşkil eder. Öte yandan, asıl borçlunun asıl borcun geçersiz olduğu yönündeki savunmasının dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacağı hallerde kefilin de bu savunmayı ileri sürememesi gerekir.³³

Teminat verenin asıl borcun geçersiz olduğunu bildiği halde teminat sözleşmesi akdetmesi halinde bu sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi gerekir. Bu durumda, asıl borç geçersiz olduğundan teminat veren ve alacaklı arasında akdedilen sözleşme, fer'ilik ilkesi uyarınca kefalet sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Kefalet sözleşmesi geçersizdir. Bu durumda akdedilen sözleşme büyük olasılıkla, garanti sözleşmesi olarak nitelendirilecektir.³⁴

³¹ Canbolat, 'Tasarı' (n 2) 380.

³² Şekle aykırılık nedeniyle geçersiz bir sözleşme yeniden yapılsa bile kefalet sözleşmesi kendiliğinden geçerli hale gelmez, yeni bir kefalet sözleşmesinin akdedilmesi gerekir. Tandoğan (n 1) 721.

³³ Ayan (n 1) 29, dn. 108.

³⁴ Tandoğan (n 1) 783; Ayan (n 1) 274. Fer'ilik, kefalet sözleşmesinin belirleyici özelliği olup asıl borç ilişkisinden doğan savunma imkânlarından feragat de söz konusu teminat sözleşmesinin



Akdedilen teminat sözleşmesinin, asıl borçlunun sebepsiz zenginleşmeden doğan iade borcu için kefil olduğu yönünde bir kefalet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi de ihtimal dahilindedir.³⁵

b. Hakkı Sona Erdiren İtirazlar

Asıl borç ilişkisinden doğan ve hakkı sona erdiren itirazlar ise, kefalet sözleşmesi ile teminat altına alınan asıl borcun sona erdiği hallerdir. Bunlar, ifa, ibra, yenileme, alacaklı ile borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesi, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık³⁶, asıl borç ilişkisinin dönme veya fesih³⁷ hakkının kullanılması suretiyle ortadan kalkması, alacaklı ve asıl borçlunun sulh anlaşması yapmak suretiyle borçlunun borcundan kurtulması ve takas gibi asıl borcun kısmen ya da tamamen ortadan kalkmasına ilişkin itirazlardır. Kefil alacaklının kusuru gibi indirim sebeplerinde olduğu üzere, asıl borcun kapsamına ilişkin itiraz sebeplerine de dayanabilir.³⁸

Asıl borçlu ile alacaklı arasındaki davada asıl borcun mevcut olmadığına ilişkin verilmiş kesin hükümün mevcudiyeti halinde, her ne kadar bir davada verilen hüküm, sadece o davanın tarafları arasında etki doğuracak olsa da kefaletin fer'iliği gereği bu yönde bir kesin hükme kefil de dayanabilecektir³⁹. Buna göre, asıl borçlu ve alacaklının taraflarını teşkil ettiği bir davada, asıl borçlu lehine kesin hüküm bulunması halinde kefil buna dayanarak sorumluluktan kurtulabilir.⁴⁰ Öte yandan, bunun aksi doğru değildir. Buna

garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmesi sonucunu doğurabilecektir. Kocaman'ın belirttiği üzere, “*Kefaletle ilişkin hükümler karşısında, de lege lata ‘fer’i olmayan kefalet’ mümkün görünmemektedir.*” Yazara göre, de lege ferenda mesele ise tartışılabilir. Arif B. Kocaman, ‘Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği Üzerine’ (1990) 15 Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 64. Öte yandan, asıl borç ilişkisinden doğan savunma imkânlarından feragat tek başına kesin olarak kefalet benzeri garanti sözleşmesi sonucuna varılacağı anlamına gelmemekte; somut olay özelinde kefalet sözleşmesi bakımından geçersiz bir kaydın mı yoksa garanti sözleşmesi yönünde geçerli bir anlaşmanın mı mevcut olduğu araştırılmalıdır. Arif B Kocaman, ‘Türk Borçlar Kanunu’nun 603. Maddesi Üzerine Bir Değerlendirme – Kefaletle İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı’ iç Atilla Altop et al (ed), *Prof. Dr. İlhan Ulusan’a Armağan Cilt:3* (Seçkin Yayıncılık 2016) 492.

³⁵ Ayan (n 1) 275-276.

³⁶ Bununla beraber, borcun sonradan imkânsızlaşmasına kefil kusuru ile sebep olmuşsa, asıl borcun sona erdiği itirazı Türk Medeni Kanunu’nun 2. maddesi çerçevesine hakkın kötüye kullanılması anlamına gelir. Gümüş, *Cilt:2* (n 26) 414; Elçin Grassinger, Savunma (n 10) 22; Develioğlu (n 10) 190; Ayan (n 1) 589.

³⁷ Asıl borç ilişkisinin fesihle sona ermesi halinde kefilin doğmuş borçlar bakımından sorumluluğu devam ederken; geleceğe yönelik olarak borcu ortadan kalkar.

³⁸ Ayan (n 1) 446.

³⁹ Özlem Acar, *Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi* (On İki Levha Yayıncılık 2015) 263; Dilşah Büşra Kartal, *Belirsiz Süreli Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi* (On İki Levha Yayıncılık 2017) 48; Elçin Grassinger, Savunma (n 10) 49; Özen (n 25) 386.

⁴⁰ Tandoğan (n 1) 795; Ayan (n 1) 445; Kartal (n 38) 48.

göre, alacaklının asıl borçlu aleyhine kesin hüküm elde etmesi kefilin mutlak surette ödeme yapması gerektiği anlamına gelmez, kefil asıl borç ilişkisinden doğan savunma imkânlarına dayanabilir.⁴¹

2. Asıl Borç İlişkisinden Doğan Def'iler

a. Asıl Borcun Muaccel Olmadığı Def'i

Kefaletin fer'i olmasının bir sonucu olarak asıl borç ilişkisinden doğan borç muaccel olmadığı sürece alacaklı kefile başvuramaz.⁴² Kefilin borcunun asıl borçtan önce muaccel olacağına dair yapılan anlaşmalar kefaletin fer'iliği uyarınca geçersizdir.⁴³ TBK m 590/3 uyarınca, asıl borcun muaccel olması, alacaklı veya borçlu tarafından yapılacak süre içeren bildirimde bulunmasına bağlı ise, kefalet borcu için bu süre bildirim kefile yapıldığı tarihte işlemeye başlar. Buna göre, kefil muacceliyet ihbarından haberdar edilmediğini ileri sürerek süre boyunca ifadan kaçınabilir.⁴⁴

b. Asıl Borca İlişkin Ödemezlik Def'i

Asıl borç ilişkisinden doğan bir diğer def'i ise, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde edimin ifa edilmediği asıl borca ilişkin ödemezlik def'idir. Buna göre, asıl borçlu alacaklıya karşı ödemezlik def'ini ileri sürme hakkını haiz olduğu sürece kefil de asıl borca ilişkin ödemezlik def'ini alacaklıya karşı ileri sürerek ifadan kaçınabilir.⁴⁵

c. Asıl Borcun Zamanaşımına Uğradığı Def'i

Asıl borç ilişkisinden doğan ve kefilin alacaklıya karşı ileri sürebileceği bir başka def'i asıl borcun zamanaşımına uğradığı def'idir. Kefil ancak asıl borcun zamanaşımına uğradığını bilmeden kefil olmuşsa zamanaşımı def'ine başvurabilir. Kefilin, asıl borcun zamanaşımına uğradığını bilerek kefil olması durumu ileride incelenmektedir.

Asıl borçlunun zamanaşımından feragati kefile karşı ileri sürülemez. TBK m 591/2 uyarınca asıl borçlunun kendisine ait bir def'iden feragat etmesi kefilin bu def'iden yararlanmasını engellemez. Bu hüküm asıl borçlunun kendi davranışıyla kefilin durumunu ağırlaştıramayacağı ilkesinin bir sonucudur.⁴⁶ Aynı kural zamanaşımı bakımından TBK m 160/4'te özel olarak düzenlenmiş

⁴¹ Tandoğan (n 1) 795; Özen (n 25) 386; Ayan (n 1) 445; Acar (n 38) 263.

⁴² Tandoğan (n 1) 695, 782; Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku* (n 10) 225; Develioğlu (n 10) 126; Ayan (n 1) 31.

⁴³ Acar (n 38) 249.

⁴⁴ Acar (n 38) 250.

⁴⁵ Tandoğan (n 1) 782; Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku* (n 10) 230; Elçin Grassinger, *Savunma* (n 10) 27; Ayan (n 1) 448; Acar (n 38) 256.

⁴⁶ Yavuz (n 1) 1589; Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku* (n 10) 232; Nihat Yavuz, *Öğretide ve Uygulamada Kefalet Hukuku* (Adalet Yayınevi 2009) 298.



ve asıl borçlunun zamanaşımından feragatinin kefile karşı ileri sürülemeyeceği açıkça zikredilmiştir. Asıl borç zamanaşımına uğramamış olsa bile kefilin borcu zamanaşımına uğramış olabilir ve kefil kefalet sözleşmesinden doğan bu def'i bu ileri sürebilir.

Zamanaşımının kesilmesi halinde kefilin durumu incelenecek olursa, TBK m 155/3 uyarınca zamanaşımı kefile karşı kesilince asıl borçluya karşı kesilmiş sayılmaz. Buna göre, asıl borç kefilin borcundan önce zamanaşımına uğramış olacağından kefil alacaklıya karşı asıl borcun zamanaşımına uğradığı def'ini ileri sürebilir.⁴⁷ Zamanaşımı kefile karşı kesilince asıl borçluya karşı kesilmiş sayılmayacağı kuralının aksine zamanaşımı asıl borçluya karşı kesilince kefile karşı da kesilmiş olur. Bu kural uyarınca, asıl borcun zamanaşımına uğramayan bir borç olması durumunda⁴⁸, kefilin borcu zamanaşımına tabi olmaya devam eder ve kefilin borcu için zamanaşımı süresi işler.⁴⁹ Asıl borcun zamanaşımına uğramayan bir borç olması durumunda asıl borçlunun zamanaşımını kesen davranışlarda bulunmasının kefile etkisi ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre, asıl borçlunun zamanaşımını kesen davranışlarda bulunması zamanaşımına uğramayacak bir borç üzerinde etki doğurmayacağına göre, asıl borçlunun zamanaşımını kesen davranışları kefil üzerinde etki doğurmamalıdır; kefalet borcu için ayrıca zamanaşımı kesilmiş olmadıkça, asıl borçlunun davranışları kefile zamanaşımının işlemesine etkide bulunmamalıdır.⁵⁰ Bir başka görüşe göre ise, TBK m 154'te yer alan zamanaşımını kesen sebeplerin asıl borç üzerinde gerçekleşmesi durumunda zamanaşımı kefile karşı kesilecektir.⁵¹

C. Kefilin Asıl Borç İlişkisinden Doğan Savunma İmkânlarına İlişkin Kurallar

Asıl borç ilişkisinden doğan savunma imkânlarının kefil tarafından kullanılmasına ilişkin kurallar için TBK m 591'in incelenmesi gerekmektedir:

1. Kefilin Asıl Borç İlişkisinden Doğan Savunma İmkânlarından Habersiz Alacaklıya Ödemede Bulunmasının Etkisi

TBK m 591/3 uyarınca, “*Kefil, asıl borçluya ait def'ilerin varlığını bilmeksizin ödemede bulunursa rücu hakkına sahip olur. Buna karşılık asıl borçlu, kefilin bu def'ileri bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse kefil, bunlar ileri sürülmüş olsaydı ödemedен kurtulacağı ölçüde rücu hakkını kaybeder.*” TBK m 591/3 hükmü uyarınca rücu hakkının kaybı, öne sürülmeyen savunma imkânının nitelik ve içeriğine göre kısmen ya da tamamen olabilir.

⁴⁷ Acar (n 38) s 253.

⁴⁸ Türk Medeni Kanunu'nun 864. maddesi uyarınca asıl borç taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış bir borç ise, bu durumda zamanaşımı durur ve asıl borç zamanaşımına uğramaz.

⁴⁹ Elçin Grassinger, Savunma (n 10) 192; Özen (n 25) 382.

⁵⁰ Elçin Grassinger, Savunma (n 10) 192-193; Acar (n 38) 255.

⁵¹ Özen (n 25) 382.

Dolayısı ile kefilin rücu hakkının kaybı, savunma imkânı ileri sürülmüş olsaydı kefilin kurtulabileceği miktar oranındadır.⁵² Kanun koyucu bu hükümle kefilin asıl borçluya rücu edebileceği düşüncesiyle kusurlu davranarak asıl borçlunun durumunu ağırlaştırmasının önüne geçmek istemektedir.⁵³ Kefilin asıl borçluya ait olup da ileri sürmediği takdirde asıl borçluya rücu hakkını yitirmesine sebep olacak savunma imkânları, asıl borcun azalmasına ya da ortadan kalkmasına yol açacak olan def'i ve itirazlardır; geciktirici def'iler bu kapsamda değildir.⁵⁴

TBK m 591/3 ile ispat yüküne ilişkin bir değişiklik öngörülmüştür. Kefilin, asıl borç ilişkisinden doğan ve alacaklıya karşı ileri sürebileceği savunma imkânlarını bildiğini ya da bilmesi gerektiğini ispat yükü asıl borçluya aittir. Eski Borçlar Kanunu m 497/2'de kefilin bu def'ileri bilmediği ya da bilmesi gerekmediğini ispatlaması gerektiği zikredilmekteydi ancak hükümde tercüme hatası bulunduğu; hükmün, kefilin asıl borçluya karşı ileri sürebileceği savunma imkânlarını bildiğini ya da bilmesi gerektiğini ispat yükünün asıl borçluya ait olduğu şeklinde anlaşılması gerektiği savunulmaktaydı.⁵⁵ Bir şeyin var olmadığının ispatlanmasının ne kadar güç olduğu düşünüldüğünde, hükümdeki tercüme hatasının giderilerek bu hususta ispat yükünün asıl borçluya yüklenmesi isabetlidir.⁵⁶

2. Asıl Borçlunun Kendisine Ait Savunma İmkânlarından Feragat Etmesinin Etkisi

TBK m 591/2'de yer alan "*Asıl borçlu kendisine ait olan bir def'iden vazgeçmiş olsa bile kefil, yine de bu def'ü alacaklıya karşı ileri sürebilir.*" biçimindeki hüküm, Türk Borçlar Kanunu'nun yeni hükümlerinden biridir. Bu hüküm kefilin koruma amaçlı getirilmiş hükümlerden biri olup asıl borçlunun kendi davranışıyla kefilin durumunu ağırlaştıramayacağı ilkesinin bir sonucudur.⁵⁷ Eski Borçlar Kanunu döneminde bu husus açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, asıl borçlu kendisine ait savunma imkânlarından vazgeçmiş olsa bile, kefilin bu savunma imkânlarına başvurabileceği doktrinde kabul edilmekteydi.⁵⁸

Asıl borçlu kendisine ait bir savunma imkânından feragat ederse, kefil söz konusu savunma imkânını alacaklıya karşı ileri sürmeksizin ödeme bulunursa asıl borçluya rücu hakkına kaybetmez.⁵⁹

⁵² Kılıçoğlu, *Halefiyet* (n 25) 83; Gümüş, *Cilt:2* (n 26) 418; Acar (n 38) 277.

⁵³ Elçin Grassinger, *Savunma* (n 10) 227; Acar (n 38) 277.

⁵⁴ Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku* (n 10) 280; Elçin Grassinger, *Savunma* (n 10) 228; Acar (n 38) 278.

⁵⁵ Kılıçoğlu, *Halefiyet* (n 25) 82.

⁵⁶ Aynı yönde bkz Canbolat, 'Tasarı' (n 2) 393 vd

⁵⁷ Tandoğan (n 1) 782; Yavuz (n 50) 298.

⁵⁸ Tandoğan (n 1), 782; Elçin Grassinger, *Savunma* (n 10) 62.

⁵⁹ Develioğlu (n 10) 366; Ayan (n 1) 433.



3. Kefilin Asıl Borç İlişkisinden Doğan Savunma İmkânlarından Feragat Edememesi

TBK m 582/3'e göre, "*Kanundan aksi anlaşılmadıkça kefil, bu bölümde kendisine tanınan haklardan feragat edemez.*" Bu hüküm uyarınca, kefil, asıl borç ilişkisi dolayısı ile sahip olduğu savunma imkânlarını alacaklıya karşı kullanmaktan önceden feragat edemez. Bu hükmün ardında yatan neden, kefaletin fer'iliği ve bunun bir sonucu olarak kefilin, asıl borçludan daha ağır şartlarla sorumlu olmaması ilkesidir.⁶⁰

4. Kumar ve Bahisten Doğan Borçlara Kefalet

Kumar veya bahisten doğan borçlar eksik borç niteliğinde olup ifa edildikleri takdirde borçlu tarafından geri istenemez; ancak ifa edilmedikleri takdirde takip ve davaya konu olmazlar.⁶¹ (TBK m 604) Kumar ve bahisten doğan borçlara kefalet için TBK m 591/4'te yeni bir düzenleme öngörülmüştür. TBK m 591/4 uyarınca, "*Kumar veya bahisten doğan bir borca kefalette kefil, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu def'ileri ileri sürebilir*". Hüküm Türk Borçlar Kanunu'nun kefil koruyucu hükümleri artırmasının bir örneğidir.⁶² Bu hükümle, eski Borçlar Kanunu döneminde kumar veya bahisten doğan borçlar için kefalet sözleşmesinin yapılıp yapılamayacağı ve bu tür bir borç için kefalet veren kişinin buna ilişkin savunma getirip getiremeyeceği tartışmaları son bulmuştur. Kumar veya bahisten doğan borçlar için kefalet sözleşmesinin yapılması mümkündür ve borcun kumar veya bahisten doğması halinde, kefil, bu durumu bilse bile asıl borçlunun sahip olduğu savunma imkânlarını alacaklıya karşı ileri sürebilir.

Kefil asıl borcun kumar ve bahisten doğduğunu bilerek alacaklıya ödeme bulunursa ödediğini geri alma hakkına sahip olmadığı gibi (TBK m 605/f 2 c 1)⁶³; bu ihtimalde kefil borçluya rücuda bulunamaz⁶⁴. Kefil, asıl borcun kumar ve bahisten doğduğunu bilmeden alacaklıya ödeme bulunmuşsa bunu

⁶⁰ Vischer (n 10) m 502, N. 6; Gümüş, *Cilt:2* (n 26) 412. Somut olayda tarafların iradeleri kefalet sözleşmesinden başka bir sözleşme akdetmek istedikleri anlamına da gelebilir. Bu ihtimalde garanti ve kefalet sözleşmesine özgü nitelikleri içeren isimsiz bir teminat sözleşmesinin mevcut olacağı yönünde bkz Acar (n 38) 277.

⁶¹ Detaylı bilgi için bkz Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26. Baskı, Yetkin Yayınevi 2021) 92 vd; Ahmet M Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25. Baskı, Turhan Kitabevi 2021) 51 vd

⁶² Hükmün kefilin korunması amacına yönelik olarak isabetli olduğu; öte yandan kumar ve bahisten doğan bir borca yönelik olarak kefalet sözleşmesinin yapılabileceğinin kanunda düzenlenmesinin isabetli olmadığına ilişkin olarak getirilen eleştiri için bkz Canbolat, 'Tasarı' (n 2) 394.

⁶³ Buna karşın, TBK m 605/f 2 c 2 uyarınca, kumar veya bahsin usulüne göre yürütülmesi beklenmedik olayla ya da diğer tarafın fiiliyle engellenmişse ya da diğer taraf kumar veya bahse hile karıştırmışsa kefil ödediği tutarı alacaklıdan geri isteyebilir.

⁶⁴ Elçin Grassinger, *Savunma* (n 10) 68; Özen (n 25) s, 384; Acar (n 38) 257.

asil borçluya rücu edemez⁶⁵; ancak bu durumda yaptığı ödemeyi sebepsiz zenginleşme kurallarına göre alacaklıdan geri isteyebilir.⁶⁶

Kumar ve bahisten doğan borçlara kefalette sona eren tartışma, evlenme simsarlığından doğan borçlar için devam etmektedir. Kanun koyucu, kumar ve bahisten doğan borçlar gibi, evlenme simsarlığından doğan borçları da eksik borç olarak kabul etmektedir. (TBK m 524) Evlenme simsarlığından doğan borçların kefaletle teminat altına alınıp alınamayacağı ve bu soruya olumlu cevap verilmesine bağlı olarak alacaklının kefinden ödeme talebinde bulunması halinde kefilin bu durumu bilse bile asıl borçlunun sahip olduğu savunma imkânlarını alacaklıya karşı öne sürüp süremeyeceği tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, evlenme simsarlığından doğan borçların kefaletle teminat altına alınamayacağı, bu kefaletlerin geçersiz olacağını savunmaktadır.⁶⁷ Doktrinde bizim de katıldığımız bir başka grup yazar ise, bu konuya olumlu yaklaşmaktadır. Evlenme simsarlığından doğan borçlara kefalet mümkün olmalıdır ve hatta evlenme simsarlığından doğan borçlar TBK m 591/4 kapsamında değerlendirilmelidir. Buna göre, kefil borcun evlenme simsarlığından doğduğunu bilse bile asıl borçlunun sahip olduğu savunma imkânlarını alacaklıya karşı öne sürebilmelidir.⁶⁸

III. KEFİLİN ASIL BORÇ İLİŞKİSİNDEN DOĞAN SAVUNMA İMKÂNLARINA BAŞVURABİLMESİNİN SINIRLARI

A. Genel Olarak

Asıl borç ilişkisinden doğan borcun ifa edilmemesinin sonuçlarından sorumlu olmayı ifade eden kefalet sözleşmesi, asıl borç ilişkisine bağlıdır. Bu bağlılığın (fer'ilik) sonuçlarından biri, asıl borç ilişkisinden doğan ve asıl borçlu tarafından alacaklıya karşı ileri sürülebilecek savunma imkânlarını, kefilin, kendi hakkı olarak alacaklıya karşı ileri sürebilmesidir. Ancak kefilin asıl borç ilişkisinden doğan savunma imkânlarına başvurulması sınırsız değildir. Asıl borç ilişkisinden doğan ancak kefilin ileri süremeyeceği savunma imkânları bulunmaktadır. Kefilin taahhüdünün mahiyeti gereği ileri süremeyeceği savunma imkânları, asıl borçluya ait olup asıl borç ilişkisinden doğmayan savunma imkânları ve kanun gereği kefilin ileri süremeyeceği savunma imkânları, asıl borç ilişkisinden doğan ancak kefilin ileri

⁶⁵ Elçin Grassinger, Savunma (n 10) 68; Özen (n 25) 384; Acar (n 38) 351. Rücu edebileceği yönünde bkz Ayan (n 1) 272.

⁶⁶ Elçin Grassinger, Savunma (n 10) 68; Özen (n 25) 384; Acar (n 38) 257. Aksi görüş için bkz Ayan (n 1) 272. Ayan kumar ve bahisten doğan borç eksik borç olduğundan dolayı yapılan ifanın sebepsiz olmadığını ve bu nedenle kefilin asıl borcun kumar veya bahisten doğduğunu bilmese dahi yaptığı ödemeyi geri isteyemeyeceğini savunmaktadır.

⁶⁷ Gümüş, *Cilt:2* (n 26) 301; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 10) 503.

⁶⁸ Elçin Grassinger, Savunma (n 10) 68; Özen (n 25) 155; Ayan (n 1) 273; Acar (n 38) 95.



süremeyeceği savunma imkânlarıdır. Ayrıca kefil, asıl borç ilişkisinden doğan yenilik doğuran hakları bizzat kullanamaz ancak bazı hallerde geciktirici def'i hakkına dayanarak alacaklıya ödeme yapmaktan kaçınabilir.

B. Kefilin Taahhüdünün Mahiyeti Gereği İleri Süremeyeceği Savunma İmkânları

Kefil, asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğan def'ileri, alacaklıya karşı bir savunma imkânı olarak ileri süremez. (TBK m 591) Kefaletin asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğüne düşmesi ihtimali için verilen bir teminat olduğu düşünüldüğünde kefilin asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğüne dayanan bir savunma imkânına başvurabilmesi kefalet sözleşmesinin amacıyla bağdaşmaz.⁶⁹

C. Asıl Borçluya Ait Olup Asıl Borç İlişkisinden Doğmayan Savunma İmkânları

Kefilin asıl borçluya ait olup alacaklıya karşı ileri sürebileceği savunma imkânları, asıl borç ilişkisinden doğan savunma imkânlarıdır. Kefilin, asıl borçluya ait her savunma imkânına başvuramayacağı aşikârdır. Kefil, asıl borçluya ait olup asıl borç ilişkisinden doğmayan savunma imkânlarına başvuramaz. Ayrıca kefil, asıl borçluya konkordato için mehil verilmesi gibi icra-ıflas hukuku çerçevesinde asıl borçluya ek süre verilmesinden doğan bir savunma imkânına başvuramaz.⁷⁰ Buna karşın, alacaklı ile asıl borçlu arasında yapılan sözleşme ile asıl borçluya süre verilmişse, kefil bu süreden yararlanabilir.⁷¹

D. Kanun Gereği (TBK m 582/2) Kefilin İleri Süremeyeceği Savunma İmkânları

1. TBK m 582/2'nin Uygulama Alanı

TBK m 582/2'ye göre, *“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*

⁶⁹ Pestalozzi (n 10) m 492, N. 13; Aral ve Ayrancı (n 1) 509; Yavuz (n 1) 1589; Özen (n 25) 387; Gümüş, *Cilt:2* (n 26) 416; Develioğlu (n 10) 360; Acar (n 38) 268.

⁷⁰ Öte yandan, alacaklının konkordatoya onay verip vermemesi kefilin sorumluluğunun kapsamını etkileyecektir. (İİK m 303) Detaylı bilgi için bkz Levent Börü ve Şafak Parlak Börü, ‘Konkordatonun Kefalet Sözleşmesine Etkileri’ (2020) 78 İstanbul Hukuk Mecmuası 1239-1277. Kefilin takibi hakkında detaylı bilgi için bkz Vildan Peksöz, ‘Kefilin İcra ve İflas Yoluyla Takibi’ iç Prof Dr Tekin Memiş (ed), *Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı Merhum Mehmet Kılıç’a Armağan* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 481-525.

⁷¹ Özen (n 25) 389.

uğramış bir borca kefil olan kişi hakkında da uygulanır."⁷² Bu hükümle kanun koyucu, kefilin asıl borç ilişkisine ilişkin yanılma, ehliyetsizlik ya da zamanaşımını bilerek yükümlülük altına girmesi nedeniyle kefilin asıl borç ilişkisinden doğan bu savunmaları ileri süremeyeceğini hüküm altına almıştır. Yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle işlemin sakat olduğu hallerde kefilin bu durumu bilerek kefalet sözleşmesini akdetmesi halinde sorumluluktan kurtulamayacağına ilişkin kural zamanaşımına uğramış borca kefalette de uygulanır. (TBK m 582/f 2 c 2)⁷³ Eski Borçlar Kanunu döneminde bu husus kanunda açıkça belirtilmemiş fakat bu durumun ilgili madde kapsamında mevcut olması gerektiği doktrinde ileri sürülmekteydi.⁷⁴ TBK m 582/f 2 c 2'de düzenlenen halde, kefil asıl borcun zamanaşımına uğradığını bilerek kefil olmuştur ve borcu ödeme tehlikesini üzerine almıştır.

Asıl borç ilişkisine ilişkin olarak yanılmayı, ehliyetsizliği ya da asıl borcun zamanaşımına uğradığını kefilin bildiğini ispat yükü alacaklıdadır.⁷⁵ İptal hakkı kullanıldıktan ya da yasal temsilci icazet vermedikten sonra artık asıl borç doğduğu andan itibaren kesin hükümsüz olur. İptal hakkının kullanılmasından ya da yasal temsilcinin rıza vermemesinden sonra akdedilecek kefalet sözleşmesi kesin hükümsüz olur ve TBK m 582/2'ye tabi olmaz. Asıl borcun iptal edilip edilmeyeceğinin belli olmadığı ya da yasal temsilcinin işleme icazet verip vermeyeceğinin belli olmadığı askı süresi boyunca ise teminat verenin ifadan kaçınma hakkı bulunmamaktadır.⁷⁶

TBK m 582/2 hükmünde yer alan ehliyetsizlik ibaresinden tek taraflı bağlamazlık yaptırımına tabi ve icazet vermekle baştan itibaren geçerli olabilecek; dolayısı ile sınırlı ehliyetli ya da sınırlı ehliyetsizlerin yapmış olduğu

⁷² Eski Borçlar Kanunu m 485 c 3'te yer alan "*Hata yahut ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun mesuliyetini icap etmeyen bir akitten mütevellit borca kefalet, eğer kefil akdin borçlu yüzünden olan bu fesadına taahhüt esnasında vakıf ise muteber olur.*" hükmündeki "*kefalet...muteber olur*" ibaresi kefalet sözleşmesinin var olduğu izlenimini doğurduğundan eleştirilmekteydi. Bu yönde bkz Tandoğan (n 1) 722. Yeni düzenleme, "... *kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre sorumlu olur*" ibaresine yer verdiğiinden daha isabetlidir." Barlas, 'Sempozyum' (n 11) 352.

⁷³ TBK m 582/2 hükmünde öngörülen sebeplerin sınırlı sayıda olduğu ve kıyasen genişletilemeyeceği kabul edilmektedir. Bucher (n 10) 288. Buna karşın Ayan temsil yetkisinin yokluğu ve eşin rızasının bulunmaması hâllerinin de TBK m 582/2 hükmü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Ayan (n 1) 283.

⁷⁴ Gülçin Elçin Grassinger, 'Yeni Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Kefilin Def'i – İtirazları ve Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi' (2011) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, Prof Dr Cevdet Yavuz'a Armağan 123 129.

⁷⁵ Bucher (n 10) 288; Huguenin (n 10) N. 3588; Pestalozzi (n 10) m 492, N. 26; Vischer (n 10) m 492, N. 8; Krauskopf ve Stuber (n 1) m 492, N. 10; Elçin Grassinger, Savunma (n 10) 61; Kılıçoğlu, *Borçlar Özel* (n 10) 666; Develioğlu (n 10) 118.

⁷⁶ Elçin Grassinger, Savunma (n 10) 60.



asıl borç ilişkileri anlaşılmalıdır.⁷⁷ Buna uygun olarak, tam ehliyetsizlerin yaptığı asıl borç ilişkilerine ilişkin olarak geçerli bir asıl borç ilişkisinin mevcut olmadığı, dolayısı ile hakkın doğumuna engel itirazlardan birinin söz konusu olduğuna dikkat çekmek gerekir. Tek taraflı bağlamazlık nedenlerinden aldatma, korkutma ya da gabin hallerinin varlığı halinde kefilin bunu bilerek kefil olması durumunda kıyas yoluyla da olsa TBK m 582/2 uygulanmaz ve kefil sorumlu olmaz. Zira aldatma, korkutma ve gabin hukuk düzeni tarafından kınanan fiiller olup aldatma, korkutma ve gabine dayanan borcun koruma altına alınması ahlaka aykırıdır.⁷⁸

Kefilin asıl borca ilişkin yanılma, ehliyetsizlik ve zamanaşımını bilerek kefalet sözleşmesi akdetmesi halinde kefil, yanılan kişinin iptal hakkını kullanmayacağını ya da yasal temsilcinin sınırlı ehliyetsizini yaptığı işleme icazet vereceğini düşünerek hareket etmiş olabilir. Bu ihtimalde kefil, borcun baştan itibaren geçerli şekilde hüküm ve sonuç doğurması halinde, bu koşulla, borcun ifasını teminat altına almıştır. Bu durumda koşula bağlı kefalet söz konusudur ve buna göre, asıl borç ilişkisi geçerli hale gelirse kefalet de geçerli hale gelecek; asıl borç ilişkisi geçerli hale gelmez ve dolayısıyla koşul gerçekleşmezse, TBK m 582/2 uygulanmayacak ve kefil sorumlu olmayacaktır.⁷⁹ Buna karşın, kefil, yanılan kişinin sözleşmeyi iptal etmesi ya da yasal temsilcinin icazet vermemesi tehlikelerini üstlenmişse TBK m 582/2 uygulanır ve asıl borç ilişkisi ortadan kalkmasına rağmen kefil alacaklıya karşı sorumlu olur.⁸⁰ Kefil alacaklıya ifade bulunur ancak TBK m 596/6 uyarınca yaptığı ödemeyi asıl borçluya rücu edemez.⁸¹ TBK m 596/6 şu şekildedir: “*Kefil, dava hakkı vermeyen veya yanılma ya da ehliyetsizlik sebebiyle asıl*

⁷⁷ Tandoğan (n 1) 723; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 10) 504. Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu m 492/3’te kullanılan ifadede işlem ehliyetsizliği denilerek batıl değil borçluyu tek taraflı olarak bağlamayan sözleşmelerin kastedildiğine ilişkin açıklama için bkz Elçin Grassinger, ‘Tasarı’ (n 25) 95; Bilgen (n 26) 360.

⁷⁸ Tandoğan (n 1) 723; Yavuz (n 1) 1535; Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku* (n 10) 51; Elçin Grassinger, ‘Yavuz Armağanı’ (n 73) 129; Özen (n 25) 113 vd; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 10) 504; Bilgen (n 26) 361; Develioğlu (n 10) 361, dn.1363; Acar (n 38) 93. Öte yandan Ayan’a göre, bu görüş isabetli olmayıp asıl borca ilişkin olarak aldatma, korkutma ya da gabin halinde kanun koyucu kesin hükümsüzlük yaptırımını öngörmemişken aldatma, korkutma ya da gabinin söz konusu olduğu bir asıl borç için bu durum bilerek akdedilen kefalet sözleşmesi ahlaka ya da hukuka aykırı görülerek kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olmamalıdır. Ayan (n 1) 282, dn 861.

⁷⁹ Tandoğan (n 1) 722; Barlas, ‘Kefalet’ (n 8) 10 vd; Barlas, ‘Sempozyum’ (n 10) 352; Yavuz (n 1) 1535; Elçin Grassinger, Savunma (n 10) 58; Ayan (n 1) 279; Acar (n 38) 89.

⁸⁰ Barlas, ‘Kefalet’ (n 8) 10.

⁸¹ Yanılma, ehliyetsizlik ya da zamanaşımına uğramış bir borca bilerek kefil olan kişinin alacaklıya ödeme yaparak asıl borçluya rücu talebini yöneltmesi halinde asıl borçlunun TBK m 596/6 uyarınca savunması teknik anlamda itiraz değil, def’idir. Aynı yönde bkz Ayan (n 1) 270.

borçluyu bağlamayan bir borç için ödemede bulunduğu takdirde, asıl borçluya karşı rücu hakkına sahip değildir. Ancak, kefil zamaşaşımına uğramış bir asıl borçtan sorumlu olmayı borçlunun vekili sıfatıyla üstlenmişse asıl borçlu, ona karşı vekâlet sözleşmesi hükümleri uyarınca sorumlu olur.”

2. TBK m 582/2'nin Uygulandığı Hallerde Sözleşmenin Niteliği

Kefalet sözleşmesinin fer'iliği uyarınca, TBK m 582/2'de düzenlenen hallerde akdedilen teminat sözleşmesi kefalet sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Teminat veren ve alacaklı arasında akdedilen bu teminat sözleşmesinin niteliği incelenmelidir. Bu başlık altında TBK m 582/2'de düzenlenen hüküm karşısında akdedilen teminat sözleşmesinin niteliği, İsviçre hukukundaki ve Türk hukukundaki yaklaşımlar ışığında ele alınacaktır.

a. İsviçre Hukukundaki Yaklaşım

TBK m 582/2 ile kefalet sözleşmesinin başlıca özelliği olan fer'ilik ilkesine istisna getirilen teminat sözleşmesinin niteliğine ilişkin olarak, TBK m 582/2 hükmüne İsviçre hukukunda karşılık gelen OR Art. 492/3⁸² için hâkim görüş kefalet hükümlerine tabi bir garanti sözleşmesinin mevcut olduğu yönündedir:

Huguenin'e göre bu durumda kefalet sözleşmesi hükümlerine tabi bir garanti sözleşmesi vardır.⁸³

Krauskopf/Stuber'e göre, fer'iliğin bulunmaması nedeniyle bu durumda garanti sözleşmesi mevcut olur.⁸⁴ Krauskopf'a göre bu durumda sözleşmenin garanti sözleşmesine çevrilmesi hususunda fiksiyon öngörülmüştür.⁸⁵

Vischer'e göre, hükümde yer alan sakatlığı kefilin bilmesi durumunda kefalet sözleşmesi garanti sözleşmesine çevrilir ve her ne kadar asıl borç ilişkisi ortadan kalksa da kefilin borcu devam eder.⁸⁶ Bu durumda fer'ilik ilkesi uygulanmaz. Bununla beraber, garanti veren kefil gibi sorumlu tutulur.

Bucher'e göre, hüküm fer'ilik ilkesinin istisnası olup burada işlevsel olarak kefalet sözleşmesinden söz edilemez.⁸⁷ Burada fer'iliğin bulunmaması nedeniyle bağımsız garanti sözleşmesi bulunmaktadır. Ayrıca yazara göre, hükümde yer alan sebepler sınırlı sayıda olup kıyasen genişletilemez.

Pestalozzi'ye göre, bu hükümde garanti veren kanun koyucu tarafından kefalet hukukunun kurallarına -özellikle sıkı kurallarına- tabi tutularak

⁸² Hükmün kökeninin eksik borca kefalet izin veren Roma hukukuna dayandığı yönünde bkz. Bucher (n 10) 288.

⁸³ Huguenin (n 10) N. 3588.

⁸⁴ Krauskopf ve Stuber (n 1) m 492, N. 10.

⁸⁵ Frédéric Krauskopf, 'Präjudizienbuch OR' iç Peter Gauch ve diğerleri (edr), *Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015)* (9. Baskı, Schulthess 2016) m 492, N. 11.

⁸⁶ Vischer (n 10) m 492, N. 8.

⁸⁷ Bucher (n 10) 288.



korunmaktadır.⁸⁸ Hükme göre, garanti veren kefil olarak değil kefil gibi sorumlu olur. Bu düzenleme bir fiksiyon barındırmaktadır. Belirli garanti taahhütlerine kanun koyucu tarafından kefalet anlamı ve etkisi yüklenmektedir. Bu fıkranın uygulandığı durumlarda, gerçek bir kefalet sözleşmesinin aksine kefil asıl borçluya rücu edemez.⁸⁹

b. Türk Hukukundaki Yaklaşım ve Görüşümüz

Türk hukukunda hâkim görüş, TBK m 582/2’de düzenlenen fer’ilik özelliğinden yoksun teminat sözleşmesinin garanti sözleşmesi niteliğinde olduğu ancak kanun koyucunun bu ihtimalde garanti sözleşmesini kefalet hükümlerine tabi tuttuğu yönündedir.⁹⁰ TBK m 582/2’de asıl borçlunun yanılma sebebiyle iptal hakkını kullanması ya da yasal temsilcinin icazet vermemesi halinde asıl borç baştan itibaren geçersiz olsa bile ya da asıl borç zamanaşımına uğramış olsa bile, teminat veren bu durumu bilerek sözleşme akdetmişse, kefalet sözleşmesi hükümlerine tabi bir garanti sözleşmesi mevcuttur. TBK m 582/2’de kefalet sözleşmesinin garanti sözleşmesine çevrilmesi hususunda fiksiyon öngörülmüştür.⁹¹ Kefalet sözleşmesinin kurulması ve işleyişiyle ilgili hükümler teminat verenin taahhüdünün niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır.⁹² Bu hükmün hukuki sonucu, teminat verenin taahhüdünün geçerliliğinin kefalet sözleşmesinin şekline ve ehliyet kurallarına bağlı olmasıdır.⁹³ Bununla beraber, TBK m 603 hükmü⁹⁴ karşısında TBK m 582/2 hükmünün önemi azalmıştır; TBK m 582/2 hükmü, TBK m 603 kapsamına girmeyen teminatlar bakımından önem kazanacaktır.⁹⁵

Reisoğlu, kanun koyucuyu bu yönde bir hüküm öngörmeye sevk eden sebebin kefalet sözleşmesi ve garanti sözleşmesini birbirinden ayırt etmede

⁸⁸ Pestalozzi (n 10) m 492, N. 25.

⁸⁹ Pestalozzi (n 10) m 492, N. 26.

⁹⁰ Tandoğan (n 1) 722; Yavuz (n 1) 1535; Reisoğlu, ‘Kefalet Kavramı’ (n 10) 348; Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku* (n 10) 49; Aral ve Ayrancı (n 1) 490; Bilgen (n 26) 361; Elçin Grassinger, Savunma (n 10) 59; Barlas, Geçerlik Şartları, s. 353, Gümüş, *Cilt:2* (n 26) 301; Ayan (n 1) 38, 279; Efe Can Yıldırım, *Birlikte Kefalet* (On İki Levha Yayıncılık, 2018) 52. TBK m 582/2 hükmü karşısında “kefalet hükümlerine tabi garanti sözleşmesi” olarak nitelendirilen sözleşme, garanti sözleşmesinin bir türü olan “kefalet benzeri garanti sözleşmesi” ile karıştırılmamalıdır. Bkz Gümüş, *Borçlar Özel* (n 10) 504.

⁹¹ Elçin Grassinger, Savunma (n 10) 59.

⁹² Elçin Grassinger, Savunma (n 10) 59.

⁹³ Tandoğan (n 1) 722; Ayan (n 1) 281.

⁹⁴ TBK m 603 şu şekildedir: “*Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır.*”

⁹⁵ Ayan TBK m 603 hükmü karşısında TBK m 582/2’nin sadece tüzel kişilerce girilen taahhütler açısından sınırlı bir uygulama alanı bulacağını, bu durumun da ciddi bir koruma sağlamayacağından bahisle TBK m 582/2 hükmünün kaldırılmasının daha isabetli olacağını savunmaktadır. Ayan (n 1) 283.

çekilen güçlük olduğunu belirtmektedir.⁹⁶ Garanti veren olarak nitelendirilen ve bu nedenle kefilden daha ağır bir yükümlülük üstlenen kişi kefalet hükümlerine tabi olduğunu sandığından, bu kanıyla hareket eden teminat verenin korunması ve kefile tanınan haklardan faydalanması uygun görülmüştür. Yine hükümde garanti sözleşmesi nitelendirilmesi sayesinde kefilin asıl borçluya rücuda bulunması önlendiğinden kefalet hukuku ilkelerine riayet edilmesi de sağlanmaktadır.⁹⁷

TBK m 582/2'de düzenlenen sözleşmenin kefalet hükümlerine tabi garanti sözleşmesi olduğu doktrindeki hâkim görüş olmakla beraber, görüş sahipleri arasında farklılıklar bulunmaktadır. Tandoğan'a göre, TBK m 582/2 uyarınca sözleşmenin yanılma sebebiyle iptali ya da yasal temsilcinin rıza vermeyeceği riski göze alarak akdedilen sözleşme, kefalet hükümlerine tabi tutulan ancak asıl borcun geçerliğine bağlı olmayan bir garanti sözleşmesidir; kefilin her iki ihtimali de göze almasıyla akdettiği sözleşme ise "kefaletle karma bir garanti sözleşmesi" niteliğindedir.⁹⁸ Çınar'a göre hükümde "kefalet benzeri garanti" söz konusu olmasına rağmen ancak kanun hükmü gereği kefalet hükmü uyarınca yükümlü olunabilir.⁹⁹ Develioğlu'na göre, İBK m 492/3'te kefalet sözleşmesi değil bir garanti sözleşmesi mevcuttur. Burada esasen "kefalet-garanti" olarak adlandırılan bağımsız garanti sözleşmesi söz konusudur. Yazara göre, kanun koyucu bu hükümle asıl borçlunun sorumlu olmadığı bir borcu, kefilin rücu etmesi suretiyle asıl borçlunun ödemek zorunda kalmasını engellemeyi amaçlamaktadır.¹⁰⁰

TBK m 582/2'de belirtilen hallerde akdedilen sözleşmenin fer'ilikten tamamen yoksun olup olmadığı tartışmalıdır: Barlas'a göre, fer'ilikten yoksun bu sözleşme gerçekte bir garanti sözleşmesidir ancak kanun koyucu bu sözleşmeyi kefalet hükümlerine tabi tutmuştur. Bu yaklaşım kanun koyucunun TBK m 603 ile teyit edilen iradesini ortaya koymaktadır.¹⁰¹ Yazara göre, kanun koyucunun bu tercihinin sebebi, geçerli olmayan bir borcun ifasını tekeffül eden kişinin üstlendiği riskin alelade bir kefaletten daha ağır olduğunun, özellikle, rücu hakkının bulunmaması sebebiyle, farkında olmamasıdır.¹⁰² Reisoğlu'na göre de, TBK m 582/2'de aslında bir garanti sözleşmesi düzenlenmekte olup taahhüt altına giren kefil, asıl borçlunun def'ilerinden yararlanamaz.¹⁰³ Buna karşılık, bizim de katıldığımız bir diğer grup yazara göre, TBK m 582/2

⁹⁶ Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku* (n 10) 49.

⁹⁷ Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku* (n 10) 49.

⁹⁸ Tandoğan (n 1) 722.

⁹⁹ Gökhan Çınar, 'Garanti ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Ayrım' (2020) 69 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 419 428.

¹⁰⁰ Develioğlu (n 10) 118, 361, 415, dn. 1607.

¹⁰¹ Barlas, 'Sempozyum' (n 10) 352.

¹⁰² Barlas, 'Sempozyum' (n 10) 353.

¹⁰³ Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku* (n 10) 231.



kapsamına giren hallerde, sadece hükmün kapsamına giren haller bakımından fer'ilikten vazgeçilmiştir, diğer hususlarda asıl borca fer'ilik devam etmektedir.¹⁰⁴ Asıl borca ilişkin yanılma, ehliyetsizlik ve zamanaşımı durumunu bilerek teminat veren yanılma, ehliyetsizlik ve zamanaşımı dışındaki asıl borç ilişkisinden doğan savunma imkânlarını alacaklıya karşı ileri sürebilecektir.¹⁰⁵

Türk hukukunda bir grup yazar, TBK m 582/2'de belirtilen hallerde akdedilen teminat sözleşmesini kısmen kefalet kısmen garanti sözleşmesinin özelliklerini barındıran karma sözleşme olarak nitelendirmektedir. Özen'e göre, TBK m 603 hükmü ile kanun koyucu, kefaletle ilgili geçerlik koşullarını gerçek kişilerce verilen tüm teminat sözleşmelerine genişlettiğinden TBK m 582/2 hükmünün amacını başka yerde aramak gerekir.¹⁰⁶ TBK m 582/2 hükmünün kapsamına giren hallerde kısmen kefalet kısmen garanti sözleşmesinin özelliklerini barındıran geniş anlamda karma bir sözleşme söz konusu olur.¹⁰⁷ Ayrıca asıl borca ilişkin yanılma, ehliyetsizlik ve zamanaşımı durumunu bilerek teminat veren yanılma, ehliyetsizlik ve zamanaşımı dışındaki asıl borç ilişkisinden doğan savunma imkânlarını alacaklıya karşı ileri sürebilecektir.¹⁰⁸ Yukarıda belirtildiği üzere, TBK m 582/2 kapsamına giren hallerde kefalet hükümlerine tabi bir garanti sözleşmesi bulunduğunu savunan yazarların bir kısmı da, sadece hükmün kapsamına giren haller bakımından fer'ilikten vazgeçildiği, diğer hususlarda asıl borca fer'iliğin devam ettiğini kabul etmektedir.¹⁰⁹

Kanaatimizce, TBK m 582/2 kapsamına giren hallerde akdedilen teminat sözleşmesi, asıl borç ilişkisinden tamamen bağımsız değildir. Akdedilen teminat sözleşmesi, yanılma, ehliyetsizlik ve zamanaşımı bakımından garanti sözleşmesi gibi asıl borç ilişkisinden bağımsız; diğer haller bakımındansa kefalet gibi asıl borç ilişkisine bağlı (fer'i) bir teminat sözleşmesidir. Kanun koyucu bu teminat sözleşmesini kefalet hükümlerine tabi tutmak yönünde bir hukuk politikası tercihinde bulunmuştur. Bütün bu özellikler karşısında TBK m 582/2 kapsamına giren hallerde akdedilen teminat sözleşmesi, kısmen kefalet kısmen garanti hükümlerini barındıran bir karma sözleşme olarak nitelendirilmelidir.

¹⁰⁴ Elçin Grassinger, Savunma (n 10) 59.

¹⁰⁵ Elçin Grassinger, Savunma (n 10) 59.

¹⁰⁶ Özen (n 25) 107.

¹⁰⁷ Özen (n 25) 108, 114; Acar (n 38) 90, 92, 96. Kartal'a göre, gerek kanunun lafzı gerekse kefalet sözleşmesinin fer'ilik unsuru uyarınca diğer teminat sözleşmelerinden ayrılması sebebiyle burada kefalet sözleşmesi bulunmamakta ancak atipik bir sözleşme kefalet hükümlerine tabi kılınmaktadır. Kartal (n 38) 103, dn. 394.

¹⁰⁸ Özen (n 25) 107. Yazara göre "Ne var ki, belirli bazı noktalarda fer'ilikten vazgeçilmiş olması, kişisel teminat veren kişiyi bütünüyle bağımsız bir sorumluluk altına sokmuş sayılmamalıdır. Bazı konularda bağımsız bir sorumluluk altına giren kişinin, geri kalan noktalarda da fer'ilikten vazgeçmiş sayılacağı ve ortadaki teminat sözleşmesinin bütünüyle garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmek gerekeceği tarzındaki anlayış terk edilmelidir."

¹⁰⁹ Elçin Grassinger, Savunma (n 10) 59.

3. TBK m 582/2'ye İlişkin Sonuç Olarak

TBK m 582/2 hükmüne ilişkin açıklamalarımızı bütüncül olarak ele alacak olursak;

Öncelikle kefilin asıl borç ilişkisine ilişkin yanılma, ehliyetsizlik ya da zamanaşımı durumunu bilip bilmediği ayrımı yapılır. Kefil bu durumu bilmeden sözleşmeyi akdetmişse, hukuki işlemin askıda olduğu ve akibetinin belirsiz olduğu süre boyunca kefil geciktirici def'ie dayanarak ifadan kaçınabilir.¹¹⁰ Yanılan iptal hakkını kullanmaz veya yasal temsilci işleme icazet verirse, asıl borç ilişkisi ayakta olduğundan kefalet sözleşmesi de ayakta olur ve kefil alacaklıya ifada bulunmalıdır. Yanılan iptal hakkını kullanır veya yasal temsilci işleme icazet vermezse asıl borç ilişkisi geçersiz olduğundan kefalet sözleşmesi de fer'ilik nedeniyle geçersiz olur.

Kefil asıl borç ilişkisine ilişkin yanılma, ehliyetsizlik ya da zamanaşımı durumunu bilerek sözleşmeyi akdetmişse bu durumda 4 ihtimal söz konusu olur:

Asıl borçlunun iptal hakkını kullanmadığı ya da yasal temsilcinin icazet verdiği ihtimallerde kefalet sözleşmesi hükümlerine tabi garanti sözleşmesinden değil, geçerli bir kefalet sözleşmesinden bahsedilir.¹¹¹ Kefil, alacaklıya ifada bulunmalıdır. Bu durumda kefilin halefiyete dayanan rücu imkânı olacaktır. Çünkü bu ihtimalde yanılan iptal hakkını kullanmayarak ya da yasal temsilci icazet vererek asıl borç ilişkisini ayakta tutma yönünde irade göstermiştir.

Kefil, yanılan kişinin iptal hakkını kullanmayacağını ya da yasal temsilcinin sınırlı ehliyetsizin yaptığı işleme icazet vereceğini düşünerek hareket etmişse, bir diğer deyişle, borcun baştan itibaren geçerli şekilde hüküm ve sonuç doğurması halinde, bu koşulla borcun ifasını teminat altına almışsa, koşula bağlı kefalet söz konusudur ve buna göre, asıl borç ilişkisi geçerli hale gelirse kefalet de geçerli hale gelecek, asıl borç ilişkisi geçerli hale gelmez ve dolayısıyla koşul gerçekleşmezse TBK m 582/2 uygulanmayacak ve kefil sorumlu olmayacaktır.

Asıl borçlunun iptal hakkını kullanıp kullanmayacağını ya da yasal temsilcinin icazet verip vermeyeceğinin belli olmadığı askı durumunda teminat verenin geciktirici def'i hakkı bulunmamaktadır, alacaklıya ifada bulunmalıdır.

Asıl borçlunun iptal hakkını kullandığı ya da yasal temsilcinin icazet vermediği ihtimallerde teminat veren alacaklıya ifada bulunmalıdır.

3 ve 4. İhtimallerde kısmen kefalet kısmen garanti hükümlerini barındıran bir karma teminat sözleşmesi söz konusu olur. Teminat veren yanılma, ehliyetsizlik ya da zamanaşımı bakımından bağımsız bir sorumluluk üstlendiğinden, bu

¹¹⁰ Kefilin geciktirici def'i hakkına sahip olduğu haller için bkz. III, D, 2.

¹¹¹ Gümüş, *Borçlar Özel* (n 10) 505.



hususlardan birine ilişkin olarak alacaklıya ifade bulunduktan sonra herhangi bir rücu imkânına sahip olmaz. Buna karşın, teminat veren başka bir hususa ilişkin olarak alacaklıya ifade bulunursa TBK m 596 uyarınca halefiyete dayanan bir rücu imkânına sahip olur.¹¹²

E. Asıl Borç İlişkisinde Doğan Yenilik Doğuran Hakların Kefile Etkisi

1. Kefilin Asıl Borçluya Ait Yenilik Doğuran Hakları İleri Sürüp Süremeyeceği

Kefilin asıl borç ilişkisinde doğan savunma imkânlarının incelenmesinde önem arz eden bir nokta, kefilin asıl borçluya ait yenilik doğuran hakları alacaklıya karşı ileri sürüp süremeyeceğidir. Yenilik doğuran haklar, tek taraflı bir hukuki işlemle bir hukuki ilişkiyi kurmak, içeriğini değiştirmek veya sona erdirmek suretiyle başka bir şahsın hukuk alanında değişiklik meydana getirme yetkisi veren haklardır.¹¹³ Yenilik doğuran haklar sadece hak sahibi kişiler tarafından bizzat kullanılabilirinden kefil, asıl borçluya ait bir yenilik doğuran hakkı kullanamaz.¹¹⁴ Kefil, asıl borçlu tarafından yenilik doğuran hakkı kullanması hususunda yetkili kılınmışsa, bu hakkı bizzat kefil sıfatıyla değil sadece ve ancak asıl borçlunun temsilcisi olarak hareket etmek suretiyle kullanabilir.¹¹⁵

2. Asıl Borç İlişkisinde Doğan Yenilik Doğuran Haklar Karşısında Kefilin Geciktirici Def'i Hakkı

a. Asıl Borçlunun Takas Hakkı Karşısında Kefilin Geciktirici Def'i Hakkı Sahibi Olması

Kefil, asıl borçluya ait bir yenilik doğuran hakkı kullanamamakla beraber, kefil bazı durumlarda geciktirici def'i hakkına dayanarak alacaklıya ödeme yapmaktan kaçınabilir. Bu noktada öncelikle, takasa ilişkin TBK m 140 hükmünde yer alan düzenleme incelenmelidir. TBK m 140'ta "*Asıl borçlunun takası ileri sürme hakkı buldukça, kefil de alacaklıya ifade bulunmaktan kaçınabilir.*" denilmek suretiyle asıl borçlunun sahip olduğu yenilik doğuran haklardan takas hakkına istinaden kefilin geciktirici def'i ileri sürerek ifadan kaçınabileceği açıkça belirtilmiştir. Kanun koyucu, alacaklının basit bir takas beyanı ile tatmin edilmesi mümkünken kefile başvurulmasını hakkaniyete

¹¹² Aynı yönde bkz Özen (n 25) 109.

¹¹³ Vedat Buz, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (Yetkin Yayınevi 2005) 57; Eren, *Borçlar Genel* (n 60) 62 vd; Kılıçoğlu, *Borçlar Genel* (n 60) 44 vd

¹¹⁴ Krauskopf ve Stuber (n 1) m 492, N. 4; Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku* (n 10) 232; Aral ve Ayrancı (n 1) 509; Elçin Grassinger, *Savunma* (n 10) 36; Gümüş, *Cilt:2* (n 26) 413; Develioğlu (n 10) 363; Canbolat, 'Tasarı' (n 2) 384; Ayan (n 1) 434.

¹¹⁵ Elçin Grassinger, *Savunma* (n 10) 36.

aykırı bulduğundan bu yönde bir hüküm tesis etmiştir.¹¹⁶ Kefilin asıl borçlunun takas hakkına istinaden geciktirici def'i ileri sürerek ifadan kaçınabileceği meblağ, takasa konu alacakların birbirlerini karşıladıkları miktardır.¹¹⁷

Asıl borçlunun alacaklıdan olan karşı alacağının TBK m 144'te yer alan alacağın ancak alacaklının rızasıyla takas edilebilecek haller kapsamında olması durumunda, kefilin geciktirici def'i hakkına sahip olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüş, takas ancak borçlunun rızasıyla mümkün olduğundan soruna olumsuz yaklaşırken¹¹⁸; bizim de katıldığımız bir başka görüş ise, olumlu yaklaşmaktadır.¹¹⁹ Buna göre, borçlu kendisinin alacağı bakımından takasa razı olmadığını açıklamadığı sürece kefil geciktirici def'i hakkına dayanarak ödeme yapmaktan kaçınabilir. Öte yandan, borçlu takasa rızası olmadığını açıklarsa bu durumda kefilin geciktirici def'i hakkı ortadan kalkar, kefil alacaklıya ödeme yapmalıdır.

Takas hakkının varlığına rağmen kefil-takas hakkını bilerek ya da bilmeyerek alacaklıya ödemedede bulunursa bu ödeme geçerli olup iadesi talep edilemez. Bununla beraber, takas hakkının varlığına rağmen kefilin alacaklıya ödeme yapması durumunda yaptığı ödemeyi asıl borçluya rücu edip edemeyeceği tartışmalıdır. Bir görüş bu durumu TBK m 591 kapsamında değerlendirip kefilin asıl borçluya rücuda bulunamayacağını ileri sürerken¹²⁰; bir başka görüşse takas hakkının TBK m 591 kapsamında değerlendirilemeyeceğinden bahisle ödeme yapan kefilin asıl borçluya rücu edebileceğini savunur.¹²¹ Kanaatimizce ikinci görüşe üstünlük tanımak gerekir. Buna göre, kefil TBK m 140 hükmünde sahip olduğu geciktirici def'i hakkını ileri sürmeden alacaklıya ödeme bulunursa yaptığı ödemeyi asıl borçluya rücu edebilmelidir. TBK m 591'in amacı, asıl borçlunun ödeme yapmaktan kurtulabileceği durumlarda kefilin asıl borçluya rücu edememesidir. Halbuki takasta borçlunun halihazırda bir alacağı mevcuttur. Kefilin asıl borçlunun takas hakkı sebebiyle geciktirici def'i ileri sürmerek alacaklıya ödeme yapması durumunda kefilin asıl borçluya rücu edemeyeceğinin kabulü, borçlunun haksız bir menfaat elde etmesine, bir diğer deyişle sebepsiz zenginleşmesine yol açar.¹²²

¹¹⁶ Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku* (n 10) 232. Develioğlu'na göre, eğer böyle bir hüküm kanunda öngörülmüş olmasaydı kefilin, asıl borçlunun takas hakkına dayanarak ödeme yapmaktan kaçınması mümkün olmayacaktı. Develioğlu (n 10) 364.

¹¹⁷ Elçin Grassinger, *Savunma* (n 10) 37-38; Acar (n 4) 258.

¹¹⁸ Elçin Grassinger, *Savunma* (n 10) 39.

¹¹⁹ Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku* (n 10) 232; Özen (n 25) 385; Ayan (n 1) 447; Acar (n 38) 259.

¹²⁰ Özen (n 25) 385.

¹²¹ Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku* (n 10) 232; Ayan (n 1) 432; Acar (n 38) 260.

¹²² Ayan (n 1) 432; Acar (n 38) 261.

b. Kefilin Geciktirici Def'i Hakkına Sahip Olduğu Diğer Haller

Kefilin geciktirici def'i hakkına sahip olduğundan bahisle ödeme yapmaktan kaçınabilmesi sadece asıl borçlunun takas hakkına sahip olması durumuyla sınırlı olmayıp asıl borcun akibetinin belirsiz olduğu başka hallerde de TBK m 140 hükmünün kıyasen uygulanması ile mümkün olacaktır.¹²³ Bunlardan bazıları aşağıda incelenmektedir.

aa. İrade Sakatlığı ya da Aşırı Yararlanma Halinde

Kefil, irade sakatlığı ya da aşırı yararlanma halinde asıl borçlu tarafından asıl borç ilişkisini ortadan kaldırmak üzere iptal hakkının kullanılması gibi asıl borçluya ait yenilik doğuran hakkı bizzat kullanamaz; öte yandan, TBK m 140'ın kıyasen uygulanması suretiyle, iptal hakkı asıl borçlu tarafından kullanılıncaya kadar kefilin ödeme yapmaktan kaçınabileceği kabul edilmektedir.¹²⁴ Bir diğer deyişle, kefilin bu hallerde geciktirici bir def'i ile korunduğu ifade edilmektedir.¹²⁵ Kefilin geciktirici def'i hakkı olmasaydı kefil önce alacaklıya ifada bulunmak zorunda olur, ancak asıl borçlunun yenilik doğuran hakkını kullanması üzerine, ifasının sebepsiz kalmasına dayanarak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre alacaklıya başvurmak zorunda kalırdı.¹²⁶ Geciktirici def'i hakkı sayesinde kefil, yenilik doğuran hakkın kullanılıp kullanılmayacağı kesinlik kazanmadığı sürece ifadan kaçınabilecektir. Buna göre, asıl borçlu ile alacaklı arasındaki sözleşmenin irade sakatlığı nedeniyle iptal hakkının kullanılabilir olması ya da sınırlı ehliyetsizin yaptığı sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurmasının yasal temsilcinin rızasına bağlı olması halinde, asıl borçlu yönünden tek taraflı bağlamazlık söz konusu olacak ve kefil, hak düşürücü süre boyunca geciktirici def'ie dayanabilecektir. Kefil, geciktirici def'i hakkını kullanmadan alacaklıya ödeme yapar ancak borçlu sonrasında iptal hakkını kullanıp asıl borç ilişkisini ortadan kaldırırsa kefil, ödediği miktarı sebepsiz zenginleşme hükümlerince alacaklıdan geri alabilecektir.¹²⁷

¹²³ Açık arttıma yoluyla satışta bu sözleşmeden doğan borca kefil olunması halinde TBK m 281/1 uyarınca ihalenin hukuka veya ahlaka aykırı yollarla gerçekleştirilmesi durumunda ihalenin iptali için geçen sürenin kadar kefilin alacaklıya ödeme yapmaktan kaçınabileceği yönünde bkz Tandoğan (n 1) 721.

¹²⁴ Özen (n 25) 115; Elçin Grassinger, Savunma (n 10) 36; Bilgen (n 26) 359.

¹²⁵ Aral ve Ayrancı (n 1) 509; Özen (n 25) 380; Bilgen (n 26) 354 dn. 363; Ayan (n 1) 434. Bazı yazarlar geciktirici def'i yerine geçici def'i ifadesini kullanmaktadır. Bu yönde bkz Başak Akbaş, 'Borçlar Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma Olanakları' (2009) 83 İstanbul Barosu Dergisi 197 200; Gümüş, *Cilt:2* (n 26) 413; Kartal (n 38) 14; Acar (n 38) 92.

¹²⁶ Elçin Grassinger, Savunma (n 10) 36.

¹²⁷ Acar (n 38) 93

İrade sakatlığı hallerinden birinin mevcudiyeti halinde asıl borçlu iptal hakkından feragat etmiş, hak düşürücü sürede iptal hakkını kullanmamış ya da sınırlı ehliyetsiz kişinin yasal temsilcisi yapılan işlem icazet vermişse bu durumda kefilin ödeme yapmaktan kaçınma hakkı bulunmamaktadır.¹²⁸ Buna karşın, asıl borçlu iptal hakkını kullanır ya da yasal temsilcinin onay vermeyeceği kesin olarak anlaşılırsa bu durumda fer'ilik gereği kefalet sona erer.

İrade sakatlığı hallerinden yanılmaya ilişkin özel bir düzenleme bulunmaktadır. TBK m 591/f 1 c 2'ye göre kefil, kefalet sözleşmesini kurarken asıl borç ilişkisinin yanılma nedeniyle sakat olduğunu biliyor ise bu durumda geciktirici def'ie başvuramayacağı gibi, yanılma sebebiyle asıl borç ilişkisinin geçersiz olduğuna, bir diğer deyişle hakkın doğumuna engel bir itirazın varlığına dayanamaz.¹²⁹

bb. Asıl Borçlunun Seçimlik Hak Sahibi Olması Halinde

Asıl borç ilişkisinde asıl borçlunun sahip olabileceği bir diğer yenilik doğuran hak ise seçimlik haklardır. Örneğin, sözleşmede öngörülen seçimlik borçlarda seçim hakkı ile ya da asıl borcun ayıplı ifası nedeniyle asıl borçlu seçimlik hak sahibi olabilir.¹³⁰ Seçimlik borçlarda, seçim hakkı kullanılıncaya kadar sözleşmenin konusu belli olmadığından henüz kefile başvurulamaz, bu süre zarfında kefilin geciktirici def'i hakkına başvurma imkânı mevcuttur. Seçim hakkının alacaklıya tanınmış olması halinde alacaklı bu hakkını kullanmazsa ve borçlu dönme hakkını kullanır ise kefil, asıl borcun sona erdiği itirazına dayanarak ödeme yapmaktan kaçınabilir. Öte yandan, bu durumda seçim hakkının asıl borçluya geçeceği kabul edilecek olursa asıl borçlu seçim hakkını kullanıncaya kadar kefil geciktirici def'ie başvurabilir.

Asıl borç ilişkisinde asıl borçlunun ayıplı ifası nedeniyle seçimlik haklara sahip olması durumunda da asıl borçlunun seçim hakkını kullanmadığı süre boyunca kefilin geciktirici def'ie başvurma imkânı bulunmaktadır.¹³¹ Eğer asıl borçlu, onarım ya da malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi değil de bedelde indirim hakkını kullanmışsa bu durumda kefil, asıl borcun yeni miktarı ile sorumlu olacak; buna karşın asıl borçlu, sözleşmeden dönme ya da fesih (örneğin eser sözleşmesinde fesih) hakkını kullanmışsa asıl borcun sona erdiği (hakkın sona erdiği) itirazında bulunabilecektir.

¹²⁸ Elçin Grassinger, Savunma (n 10) 36; Gümüş, *Cilt:2* (n 26) 412; Bilgen (n 26) 354.

¹²⁹ Kefilin asıl borç ilişkisinin yanılma nedeniyle sakat olduğunu bilerek kefil olması durumu aşağıda incelenmektedir.

¹³⁰ Elçin Grassinger, Savunma (n 10) 43 vd

¹³¹ Aynı yönde bkz Elçin Grassinger, Savunma (n 10) 44; Özen (n 25) 393; Acar (n 38) 97.



cc. Asıl Borçlunun Bağışlama Sözü Veren Olarak Geri Alma Hakkına Sahip Olması Halinde

Kefilin geciktirici def'i hakkının tartışıldığı bir diğer durum, asıl borçlunun TBK m 296 uyarınca bağışlama sözü veren olarak geri alma hakkına sahip olduğu hallerdir. TBK m 296'da¹³² bağışlama sözü verenin bazı şartların varlığı halinde sözünü geri alabileceği düzenlenmektedir. Bağışlama sözü verenin geri alma hakkı bir yenilik doğuran haktır. Öncelikle, bağışlama sözü veren bu madde kapsamında kendisine tanınan geri alma hakkını kullanır ise asıl borç ortadan kalktığı için fer'ilik ilkesinin bir sonucu olarak kefalet borcu da ortadan kalkacaktır. Bununla beraber, bağışlama sözü verenin geri alma hakkının mevcut olduğu ancak bu hakkını henüz ileri sürmediği süre boyunca, asıl borçlunun takas hakkının bulunduğu ya da irade sakatlığı nedeniyle iptal hakkına sahip olduğu hallerde olduğu gibi kefilin geciktirici def'i hakkının bulunduğu kabul edilmelidir.¹³³ Öte yandan, bağışlama sözü veren asıl borçlu, geri alma hakkını kullanmayacağını bildirdiği takdirde kefil alacaklıya ifadan kaçınmaz. TBK m 296/2 uyarınca bağışlama sözü verenin ödeme güçsüzlüğü içinde olması ya da iflası halinde ifa yükümlülüğü ortadan kalkar. Bu durumda asıl borç sona erdiğinden kefilin borcu da ortadan kalkar.

SONUÇ

Bir kişisel teminat sözleşmesi olan kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşme anlamına gelmektedir. Kefalet ilişkisi, kefil ile alacaklı, alacaklı ile asıl borçlu ve kefil ile asıl borçlu arasındaki ilişkileri içeren üçlü bir ilişkidir. Kefalet sözleşmesi uyarınca kefil, asıl borçlunun asıl borç ilişkisinden doğan edimleri yerine getirmemesinin sonuçlarından dolayı bir para borcu altına girmiştir.

Kefalet sözleşmesinin özellikleri, tek tarafa borç yükleyen sözleşme olması, borçlunun borcu ile kefilin borcunun birbirinden ayrı olması, kefilin borcunun fer'i nitelik taşıması, kefilin borcunun tal'i nitelik taşıması, kefalet sözleşmesi ile başkasına ait bir alacağın güvence altına alınması ve kefalet borcunun daima bir para borcu olmasıdır. Kefalet sözleşmesinin geçerlik şartlarına

¹³² TBK m 296 şu şekildedir: “Bağışlama sözü veren, aşağıdaki durumlarda sözünü geri alabilir ve onu ifadan kaçınabilir: 1. Elden bağışlanan bir malın geri verilmesini isteyebileceği sebeplerden biri varsa. 2. Mali durumu, sonradan sözün yerine getirilmesini kendisi için olağanüstü ağır kılacak ölçüde değişmişse.3. Bağışlama sözü verdikten sonra, kendisi için yeni aile yükümlülükleri doğmuş veya bu yükümlülükleri önemli ölçüde ağırlaştırmışsa. Bağışlama sözü verenin borcunu ödeme güçsüzlüğü belirlenir veya iflasına karar verilirse, ifa yükümlülüğü ortadan kalkar.”

¹³³ Aynı yönde bkz Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku* (n 10) 229; Özen (n 25) 391; Acar (n 38) 262. Aksi görüş için bkz Ayan (n 1) 436.

geline, bunlar, mevcut ve geçerli bir asıl borcun varlığı, kefilin hukuki işlem ehliyetinin bulunması, nitelikli yazılı şekil şartı ve kefil evli ise, eşin yazılı iznidir.

Kefalet sözleşmesini diğer teminat sözleşmelerinden ayıran başlıca özelliği kefaletten doğan borcun fer'i, bir diğer deyişle bağlı bir borç olmasıdır. Buna göre, geçerli bir asıl borç ilişkisinin doğmuş, devam etmekte ve sona ermemiş olması gerekmektedir. Fer'ilik özelliğinin en önemli sonucu, kefilin, asıl borç ilişkisinden doğan ve asıl borçlu tarafından alacaklıya karşı ileri sürülebilecek savunma imkânlarını alacaklıya karşı kendi hakkı olarak ileri sürebilmesidir. Bu kural, Türk Borçlar Kanunu'nun 591. maddesinde "*Kefil, asıl borçluya veya mirasçılara ait olan ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün def'ileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip olduğu gibi, bunları ileri sürmek zorundadır.*" şeklinde ifade edilmiştir. Ancak kefilin asıl borç ilişkisinden doğan savunma imkânlarını kullanmamasının neticesi tazminat ödeme yükümlülüğünün doğması değil kendisine kanunen tanınmış olan rücu hakkını kaybetmesi olduğundan, bu hüküm ile ifade edilmek istenen teknik anlamda külfettir. Buna ek olarak, söz konusu maddede yer alan def'i ifadesinden teknik anlamda sadece def'i değil aynı zamanda itirazların da anlaşılması gerekmektedir.

Kefilin asıl borç ilişkisi nedeniyle sahip olduğu savunma imkânları, asıl borç ilişkisinden doğan itirazlar ve asıl borç ilişkisinden doğan def'iler şeklinde ikiye ayrılır. Asıl borç ilişkisinden doğan itirazlar ise kendi içinde, hakkın doğumuna engel itirazlar ve hakkı sona erdiren itirazlar olarak sınıflandırılır.

Hakkın doğumuna engel itirazlar, mevcut ve geçerli bir asıl borç ilişkisinin kurulmasına engel hallerdir. Bunlar, asıl borç ilişkisinde hukuka ya da ahlâka aykırılık, kişilik hakkına aykırılık, başlangıçtaki imkânsızlık, şekle aykırılık, muvazaa, asıl borç ilişkisinin taraflarından birinin fiil ehliyetinin bulunmaması, irade sakatlıkları ve aşırı yararlanma halleridir. Hakkı sona erdiren itirazlar ise, geçerli şekilde kurulmuş olan asıl borç ilişkisini sona erdiren hallerdir. Bunlar, asıl borç ilişkisinde ifa, ibra, yenileme, alacaklı ile borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesi, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık, asıl borç ilişkisinin dönme ya da fesih hakkının kullanılması suretiyle ortadan kalkması, alacaklı ve asıl borçlunun sulh anlaşması yapmak suretiyle borçlunun borcundan kurtulması ve takas gibi asıl borcun kısmen ya da tamamen ortadan kalktığı durumlardır. Son olarak, asıl borç ilişkisinden doğan def'iler ise asıl borcun muaccel olmadığı def'i, asıl borca ilişkin zamanaşımı def'i ve karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde asıl borca ilişkin ödemezlik def'idir.

Asıl borç ilişkisinden doğan savunma imkânlarının kefil tarafından kullanılmasına ilişkin kurallar ise şu şekildedir:



Kefil, asıl borçluya ait savunma imkânlarının varlığını bilmeksizin ödemede bulunursa rücu hakkına sahip olur. Buna karşılık asıl borçlu, kefilin bu savunma imkânlarını bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse kefil, bunlar ileri sürülmüş olsaydı ödemededen kurtulacağı ölçüde rücu hakkını kaybeder.

Asıl borçlu kendisine ait olan bir savunma imkânından vazgeçmiş olsa bile kefil, yine de bu savunma imkânını alacaklıya karşı ileri sürebilir. Bu hüküm kefilin koruma amaçlı getirilmiş hükümlerden biri olup asıl borçlunun kendi davranışıyla kefilin durumunu ağırlaştıramayacağı ilkesinin bir sonucudur.

Kefil, asıl borç ilişkisi dolayısı ile sahip olduğu savunma imkânlarını alacaklıya karşı kullanmaktan önceden feragat edemez. Bu hükmün ardında yatan neden, kefaletin fer'iliği ve bunun bir sonucu olarak kefilin, asıl borçludan daha ağır şartlarla sorumlu olmaması ilkesidir.

Asıl borç ilişkisinden doğan savunma imkânlarının kefil tarafından kullanılmasına ilişkin bir diğer düzenleme ise, kumar veya bahisten doğan bir borca kefalette kefilin, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu savunma imkânlarını ileri sürebileceğinin açıkça düzenlenmiş olmasıdır. Kanun koyucu bu hükmü getirmek suretiyle konuya ilişkin tartışmaları sonlandırmıştır. Evlenme simsarlığından doğan borçlar için tartışma devam etmekle beraber bu borçlar için kefalet mümkün olmalıdır ve hatta evlenme simsarlığından doğan borçlar TBK m 591/4 kapsamında değerlendirilmelidir. Buna göre, kefil borcun evlenme simsarlığından doğduğunu bilse bile asıl borçlunun sahip olduğu savunma imkânlarını alacaklıya karşı öne sürebilmelidir.

Asıl borç ilişkisinden doğan ancak kefilin ileri süremeyeceği savunma imkânları da mevcuttur. Bunlar kefilin taahhüdünün mahiyeti gereği ileri süremeyeceği asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğan savunma imkânları, asıl borçluya ait olup asıl borç ilişkisinden doğmayan savunma imkânları ve kanun gereği kefilin ileri süremeyeceği savunma imkânlarıdır. Son grup, asıl borç ilişkisinin yanılma veya işlem ehliyetsizliği ile sakat olması ya da asıl borcun zamanaşımına uğramış olması ve kefilin kefalet sözleşmesini bu durumu bilerek akdetmiş olduğu hallerde, kefilin yanılma, ehliyetsizlik ya da zamanaşımına sığınamamasını ifade etmektedir. Kefil asıl borca ilişkin yanılma, ehliyetsizlik ya da zamanaşımı durumunu bilerek sözleşmeyi akdetmişse burada kısmen kefalet kısmen garanti hükümlerini barındıran bir karma sözleşme bulunmaktadır. Teminat veren yanılma, ehliyetsizlik ya da zamanaşımı bakımından bağımsız bir sorumluluk üstlendiğinden, bu hususlardan birine ilişkin olarak alacaklıya ifade bulunduktan sonra herhangi bir rücu imkânına sahip olmaz. Buna karşın, teminat veren başka bir hususa ilişkin olarak alacaklıya ifade bulunursa TBK m 596 uyarınca halefiyete dayanan bir rücu imkânına sahip olur.

Son olarak, asıl borçlunun asıl borç ilişkisinden doğan yenilik doğuran haklarını kefilin kullanıp kullanamayacağına gelince, yenilik doğuran haklar bizzat hak sahibi tarafından kullanılması gereken haklar olduğundan kefil, asıl borçlu tarafından temsilci olarak yetkili kılınmadığı müddetçe bu hakları kullanamaz. Bununla beraber, TBK m 140'ta asıl borçlunun takası ileri sürme hakkı buldukça, kefilin de alacaklıya ifada bulunmaktan kaçınabileceği düzenlenmiştir. Bu hükmün kıyasen uygulanması ile irade sakatlığı ve aşırı yararlanma hallerinde iptal hakkının kullanılabilir olduğu, sınırlı ehliyetsizin yaptığı sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurmasının yasal temsilcinin rızasına bağlı olduğu, asıl borçlunun seçimlik hak sahibi olduğu ya da bağışlama sözü verenin geri alma hakkının mevcut olduğu hallerde, asıl borç ilişkisinin geçerli şekilde hüküm ve sonuç ifade ettiği anlaşılana kadar kefil geciktirici def'i hakkına sahip olacaktır. Ancak bu ihtimallerde iptal hakkından feragat edilmesi, hak düşürücü sürenin geçmesi, icazeti verilmesi ya da seçim hakkının kullanılması gibi sebeplerle asıl borç ilişkisinin geçerli olup hüküm ve sonuç doğurmaya devam etmesi halinde kefil ödeme yapmaktan kaçınamayacaktır. Buna karşılık, asıl borçlunun yenilik doğuran hakkını asıl borç ilişkisini sona erdirir surette kullanması durumunda, ortada mevcut ve geçerli bir asıl borç ilişkisi kalmadığından kefalet geçerliğini yitirecek ve kefile başvurma imkânı ortadan kalkacaktır.

KAYNAKÇA

Acar Ö, *Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi* (On İki Levha Yayıncılık 2015).

Akbaş B, 'Borçlar Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma Olanakları' (2009) 83 İstanbul Barosu Dergisi 197-217.

Aral F ve Ayrancı H, *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)* (14. Baskı, Yetkin Yayınevi 2021).

Ayan S, *Kefalet Sözleşmesi* (Adalet Yayınevi 2018).

Ayrancı H, 'Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet' (2005) 9 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 111-132.

Barlas N, *Makalelerim Cilt 1* (Vedat Kitapçılık 2008).

Barlas N, 'Yeni Borçlar Kanunu'nun Kefaletle İlişkin Düzenlemeleri' (2011) 1 İzmir Barosu Dergisi 7-28.

Barlas N, 'Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları' iç Doç Dr M Murat İnceoğlu (ed), *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler* (On İki Levha Yayıncılık 2012).



Bilgen M, *Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar* (Adalet Yayınevi 2013).

Börü L ve Parlak Börü Ş, 'Konkordatonun Kefalet Sözleşmesine Etkileri' (2020) 78 İstanbul Hukuk Mecmuası 1239-1277.

Bucher E, *Obligationenrecht Besonderer Teil* (3. Baskı, Schulthess 1988).

Buz V, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (Yetkin Yayınevi 2005).

Canbolat F, 'Kefilin Savunma İmkânlarının Borçlar Kanunu'nda Düzenleniş Şekli ve Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yenilikler' (2008) 3 Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 377-402.

Canbolat F, *Banka Garantisinde Savunma İmkânları ve İhtiyati Tedbirler* (Yetkin Yayınevi 2009).

Canbolat F ve Topuz S, 'Kefalet ile Garanti Ayırımının Önemi ve Ayrımda Uygulanacak Kısıtlar' (2008) 78 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 53-76.

Çınar G, 'Garanti ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Ayrım' (2020) 69 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 419-442.

Develioğlu HM, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri* (Vedat Kitapçılık 2009).

Elçin Grassinger G, *Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları* (Alfa Yayınları 1996).

Elçin Grassinger G, 'Borçlar Kanunu Tasarısı Hükümleri Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesine Dair Hükümlerin İncelenmesi' (2005) 4 Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 83-97.

Elçin Grassinger G, 'Yeni Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Kefilin Def'i – İtirazları ve Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi' (2011) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, Prof Dr Cevdet Yavuz'a Armağan 123-134.

Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26. Baskı, Yetkin Yayınevi 2021).

Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (8. Baskı, Yetkin Yayınevi 2020).

Gümüş MA, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı* (5. Baskı, Vedat Kitapçılık 2020).

Gümüş MA, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt:2* (Vedat Kitapçılık 2012).

Huguenin C, *Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil* (Schulthess 2012).

Kartal DB, *Belirsiz Süreli Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi* (On İki Levha Yayıncılık 2017).

Kılıçoğlu AM, *Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1979)

Kılıçoğlu AM, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25. Baskı, Turhan Kitabevi 2021).

Kılıçoğlu AM, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (2. Baskı, Turhan Kitabevi 2020).

Kocaman AB, *Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1989).

Kocaman AB, 'Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği Üzerine' (1990) 15 *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 49-72.

Kocaman AB, 'Türk Borçlar Kanunu'nun 603. Maddesi Üzerine Bir Değerlendirme –Kefaletle İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı' iç Atilla Altop et al (ed), *Prof. Dr. M. İlhan Ulusan'a Armağan Cilt:3* (Seçkin Yayıncılık 2016) 485-511.

Kocaman AB ve Kaya K, 'Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası' (2020) 6 *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1-29.

Krauskopf F, 'Präjudizienbuch OR' iç Peter Gauch ve diğerleri (edr), *Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015)* (9. Baskı, Schulthess 2016).

Krauskopf F ve Stuber J, 'Orell Füssli Kommentar' iç Jolanta Kren Kostkiewicz ve diğerleri (edr), *OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht* (3. Baskı, Orell Füssli Verlag 2016).

Özen B, *Kefalet Sözleşmesi* (3. Bası, Vedat Kitapçılık 2014).

Peksöz V, 'Kefilin İcra ve İflas Yoluyla Takibi' iç Prof Dr Tekin Memiş (ed), *Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı Merhum Mehmet Kılıç'a Armağan* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 481-525.

Pestalozzi CM, 'Basler Kommentar' iç Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Wolfgang Wiegand (edr), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art 1- 52* (4. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag 2007).

Reisoğlu S, 'Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları' (1962) 19 *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 327-392.

Reisoğlu S, *Türk Kefalet Hukuku* (Ankara 2013).

Şahan G, *Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi* (Yetkin Yayınevi 2009).



Tandoğan H, *Özel Borç İlişkileri Cilt:II* (5. Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık 2010).

Vischer M, 'CHK Handkommentar zum Schweizer Privatrecht' iç Claire Huguenin ve Markus Müller-Chen (edr), *Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art 319-529 OR CHK Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (3. Baskı, Schulthess 2016).

Yavuz C, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler İkinci Cilt* (11. Baskı, Beta Yayınevi 2022).

Yavuz N, *Öğretide ve Uygulama Kefalet Hukuku* (Adalet Yayınevi 2009).

Yıldırım EC, *Birlikte Kefalet* (On İki Levha Yayıncılık, 2018).

Yılmaz M, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı' (2011) 9n7 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 155-170.

Zevkliler A ve Gökyayla KE, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (20. Bası, Turhan Kitabevi 2020).

OSMANLI DEVLETİ'NDE KAMBIYO SÖZLEŞMELERİNİN TİCARET HUKUKUNA ETKİSİ

The Effect of Exchange Contracts on Commercial Law in the Ottoman State

Mustafa ÇAKICI*

Metin KIRATLI**

Özet

Ticaret Hukukunun önemi, günümüzde daha da artmıştır. Küresel ticaretin gelişmesine bağlı olarak ticaret hukuku ile birlikte diğer hukuk dalları da birbiriyle etkileşim içerisine girmiştir. Dünyada uluslararası ticaretin yaygınlaşması anlaşmazlıkları da uluslararası hale getirmiştir. Tarihte Osmanlı Devleti de kambiyo sözleşmeleri ile Avrupa ülkeleriyle ticarete bir iş birliği ve hukuken uyum süreci yaşamıştır. Kıymetli evrak üzerinden yapılan ticaret ve hukuk sistemi zamanla tüm ülkelerin birbirleriyle uyumlu hale gelmesiyle daha da gelişmiştir. Birinci Dünya Savaşı sonrasında Birleşmiş Milletler, Avrupa Birliği, Dünya Ticaret Örgütü gibi kurumlar oluşturularak, küresel düzen hukuken kurallara bağlı hale gelmiştir. Bu makalede, Osmanlı Devleti'nde ticari senetlerin kullanımında Avrupa'ya uyum süreci, poliçe kullanımının yaygınlaşmasının nedenleri ve kambiyo sözleşmeleri ele alınmıştır. Bu makalede yapılan yorum ve analizlerde resmî veriler ile arşiv belgeleri esas alınmıştır. Osmanlı Devleti'nde 1838, 1843 ve 1860 Kambiyo Sözleşmelerinin günümüz hukukuna etkisi ve sebep-sonuç ilişkisi incelenmiştir. Kambiyo sözleşmelerinin Osmanlı Devleti'nde ticarete ve ticaret hukukuna etkisi, uygulanan politikaların sonuçları veriler üzerinden değerlendirilmiştir. Ayrıca Avrupa'nın ticarete ve ticaret hukukuna etkisi genel olarak örneklerle anlatılmıştır.

Anahtar kelimeler: Kambiyo sözleşmesi, poliçe, ticaret hukuku, darsaadet bankası, cenevre konvansiyonu, brüksel konvansiyonu.

Abstract

The importance of Commercial Law has increased nowadays. International trade, which is formed as a result of transactions between businesses in different countries, brings results that concern other branches of law as well as Commercial Law. Also, international trade creates legal consequences that concern more than one country due

> Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

> Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 02.06.2022

> Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 06.09.2022

* Dr., Hukuk Tarihçisi, mustafafuatcakici@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-1691-3034>

** Dr., T.C. Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı, cb.metinkiratli@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-5203-2053>

to the parties being in different countries, the results and the disputes. After the increase in the trade volume, the increasing prevalence of policies and other commercial papers necessitated the harmonisation of commercial papers used between states. In order to remove the barriers to international trade, new agreements were signed with institutions such as the World Trade Organization, especially the United Nations and the European Union. This article discusses the efforts to harmonise commercial papers and the Ottoman Empire's developments. In the second half of the 18th century, it is understood from many documents that the use of exchange bills became widespread with the increase in foreign trade between the Ottoman Empire and Europe. The spread of exchange bills in the Ottoman Empire and frequent disagreements with foreign countries. In order to prevent these disputes, foreign exchange agreements have come to the fore. In this article, based on official data, the content of the 1838, 1843 and 1860 Exchange Treaties and the reasons for their need were examined, depending on the valuable papers used in the Ottoman Empire. The effects of these foreign exchange agreements on trade and commercial law in the Ottoman Empire were examined in general. The effects of the policies implemented by the Ottoman Empire on present-day commercial law are also discussed. In addition, the effect of Europe on trade and commercial law is explained with examples in general.

Keywords: Bill of exchange contract, bond, commercial law, bank of darsaadet, geneva convention, brussels convention.

GİRİŞ

Osmanlı Devleti, 18. yüzyılın ikinci yarısından itibaren dış ticarete kıymetli evrak ve özellikle poliçe kullanmayı ticari bir uygulama haline getirmiştir. Bu dönemde kambiyo sözleşmeleri ticaretin işleyişini kolaylaştırmak için gündeme gelmiştir. Osmanlı Devleti'nde ticaret merkezi olan İstanbul, poliçe kullanımı ve kambiyo sözleşmelerinin gelişmesinde önemli rol üstlenmiştir. Osmanlı tüccarları, Avrupa ile ticarete poliçe kullanmaya başlamışlardır. Avrupa ile ticarete kazanç transferleri ortaklar arasında emre poliçe çekilmesiyle daha uygulanabilir ve hızlı hale gelmiştir. Bu durum kıymetli evrakın geçerliliğini gündeme getirmiştir ki kambiyo sözleşmeleri yapılması tercih edilmiştir. Fransız tüccarlar, İstanbul-Marsilya arasındaki işlemlerinde poliçe kullanarak ticarete ön plana çıkmışlardır. Çünkü İstanbul'daki tüccar Marsilya'da bulunan borçlu kişiye, Marsilya'daki tüccar da İstanbul'daki borçlu kişiye poliçe çekerek ticareti daha da geçerli kılmış ve hızlandırmışlardır.¹

Osmanlı Devleti, ticaretin kıymetli evrak üzerinden yapılması sırasında birtakım sorunlarla da karşılaşmaya başlamıştır. Bazı ülkelerde kesilen poliçeler diğer ülkede geçerli olmamış ve bu durum zaman zaman güven bunalımına da neden olmuştur. Ticarete baş gösteren bu poliçe geçerliliği durumu hükümet nezdinde de gündeme gelmiştir. Bu nedenle Osmanlı Hariciye

¹ Mustafa Çakıcı, '19. Yüzyılda Osmanlı Devleti'nde Kıymetli Evrakların Hukuki ve İktisadi İşlevleri' (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019) 286. Bu tezde geçen konular, ticaret hukuku açısından yeniden analiz edilerek bu makalede ortak yazarlar tarafından geniş biçimde yorumlanmıştır.

Nezaretî, yaşanan olumsuz olayları dikkate alarak Rus ve Yunan uyruklu kişiler üzerine poliçe keşide edilmemesini 1854 yılında yayınladığı emirname ile duyurmuştur. Bu emirnameye göre Yunan-Rus kişiler üzerine keşide edilen poliçelerin geri toplanarak karşılığının nakden ödenmesi istenmiştir. Yeniden yapılacak poliçelerde ise şartların açık ve hukuken sağlam şartlara bağlanması örneklerle açıklanmıştır. Bu emirnameyi örnek alan Silistre Valisi Mehmet Sait, idaresindeki memurlara bu değişiklikleri bildirerek tedbirini almıştır.²

Osmanlı Devleti'nin Avrupa ile yaptığı ticarete kıymetli evrakın kullanımı, poliçenin yaygınlaşmasına bağlı karşılıklı ticaret hukuku düzenlemelerini de gündeme getirmiştir. Avrupa ülkeleri diğer ülkelerle yapılan ticaretin kıymetli evrak ve poliçe üzerinden yapılmasını bir hukuki temele bağlamak adına 1885'te Anvers'te, 1888'de Brüksel'de toplantılar düzenlemiştir. 1889'da Uruguay'ın Başkenti Montevideo'da toplanan kongrede Milletlerarası Ticaret Hukuku Konvansiyonu çerçevesinde kambiyo senetlerinin birleştirilmesi ve uyumu projesi kabul edilmiştir. Fakat kabul edilen projeye rağmen tek düzen bir kıymetli evrak hukuku oluşmamıştır. Bu düzensizlik ticarete sorunlara yol açınca, Almanya ve İtalya 1908 yılında girişimde bulunarak ticaret hukuku düzenlemelerini gündeme taşımıştır. Bu girişimler sonucunda 1910 yılında Lahey'de bir konferans düzenlenmiştir. Lahey Konferansı'nda kıymetli evrak konusunda yeni bir tasarı gündeme gelmiştir. Bu tasarı nihayet 1912'de 27 devletin katılımıyla ikinci kez düzenlenen Lahey Konferansında kabul edilmiş, kambiyo senetleriyle ilgili uyum sözleşmesi imzalanmıştır. 1912 yılında yapılan Lahey Konferansı'na Osmanlı Devleti'ni temsilen Mahkeme-i Temyiz Ceza Dairesi Başkanı Osman Bey delege olarak katılmıştır.³ Tüm dünyada poliçe, bono ve çek ile ilgili kanunların tek olmasını amaçlayan sözleşme, Osmanlı Devleti tarafından imzalandı.⁴ Dört yıl süren müzakereler sonucunda kabul edilen bu sözleşme de 1914'te dünya savaşının başlamasıyla tam anlamıyla uygulamaya geçirilememiştir.⁵

Osmanlı Devleti'nde ilk Ticaret Hukuku düzenlemelerinde Tanzimat Fermanı'nın etkisi olmuştur. Fransa'dan tercüme edilen düzenlemelere uygun biçimde 1838 yılında Meclis-i Ziraat ve Ticaret Komisyonu oluşturulmuş, Tanzimat Fermanı'nın kabulünden sonra 24 Mayıs 1839 yılında İstanbul'da Umur-ı Ticaret ve Ziraat Nezaretî kurulmuştur. Modern anlamda Ticaret Kanunnâmesi 1850'de kabul edilmiştir. Osmanlı Devleti'nde ticaret hukukuna dair anlaşmazlıklar öncelikle şer'î hükümler çerçevesinde çözülmeye çalışılmıştır. Yabancı tüccarların şer'î hükümlere itirazı ve Avrupa ile ticarete

² 'BOA.C.HR, 185/9246; 17 B.' (1270).

³ 'BOA.ŞD, 2817/14.' (1328).

⁴ 'BOA.BEO, 4112/308337.' (1328).

⁵ Ali Şenyurt, '18 ve 19. Yüzyıllarda Osmanlı Devleti'nde Poliçe Kullanımı ve Poliçeci Esnafı' (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü 2016) 72.



sorunlar yaşanması nedeniyle 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu tercüme edilmiş, “Kanunname-i Ticaret” adıyla 1850’de Osmanlı Ticaret Hukuku Kanunu yürürlüğe girmiş ve bu Kanun 1926 yılına kadar yürürlükte kalmıştır.⁶ Söz konusu Kanun iki bölümden oluşmuştur. Birinci bölümde ticaretin kapsamı, ikinci bölümde iflas (158 madde) ve kapsamı düzenlenmiştir. Bütün bunlarla birlikte, 1876 yılında Mecelle’nin yürürlüğe girmesi ile birlikte, hukuki ihtilaflar Mecelle’ye atıflar yapılmak suretiyle karma mahkemeler tarafından çözülmeye çalışılmıştır. Ancak yabancı devletlerin taraf olduğu ihtilafların Kanunname-i Ticaret ile değil de Mecelle ile çözüme kavuşturulması, taraf olan yabancı devletleri rahatsız etmiştir. Hatta söz konusu dönemde bu durum ilgili büyükelçilikler tarafından eleştiri konusu yapılmıştır.⁷

Osmanlı Devleti’nin hem kendi içerisinde gayrimüslimlerle olan ticareti hem de Avrupa ülkeleriyle ticaretin yaygınlaşması, para yerine kıymetli evrakın kullanılmasını zorunlu hale getirmiştir. Kıymetli evrakın yaygın kullanımı beraberinde anlaşmazlıkları da getirmiştir. Bu anlaşmazlıkları azaltmak adına da kambiyo sözleşmeleri gündeme gelmiştir. Bu sözleşmeler içerisinde 1838, 1843 ve 1860 Sözleşmeleri günümüz kambiynosunun ilk temellerini oluşturmaktadır. Bu kapsamda çalışmada öncelikle 1838, 1843 ve 1860 tarihli kambiyo sözleşmeleri ele alınarak ilgili döneme ait veriler ışığında söz konusu kambiyo sözleşmelerinin uygulamasına yönelik bilgiler verilmiştir. Daha sonraki aşamada ise Osmanlı’nın örfi teamüllerinin Türk Ticaret Hukukundaki etkisi tartışılmıştır.

I. 1838 TARİHLİ KAMBYO SÖZLEŞMESİ

Osmanlı Devleti’nde ilk kambiyo sözleşmesi, ticarete uygulamaların merkezi konumundaki İstanbul’da ikamet eden çeşitli ülke tüccarlarıyla yapılmıştır. Osmanlı’da Darbhâne-i Âmire tarafından teminat verilmiş bir sarraf ile yabancı bazı tüccarlar arasında 1838 yılında poliçe ile ilgili bir sözleşme yapılmıştır. Bu sözleşmenin şartlarını incelediğimizde Avrupa ile yapılan ticaretin Osmanlı’da ticaret hukukunu nasıl değiştirdiğini de görüyoruz. Bunu anlamak adına sözleşmenin şartları aşağıda verilmiştir:⁸

Madde 1: Sözleşmeyi imzalayan sarraf, Darbhâne-i Âmire teminatıyla Avrupa üzerine yani Londra, Paris, Marsilya, Trieste, Cenova, Livorno ve benzeri yerlere sterlin fiyatı 98 kuruş olmak

⁶ M Macit Kenanoğlu, Ticaret Kanunnâmesi ve Mecelle Işığında Osmanlı Ticaret Hukuku (1. Baskı, Lotus Yayınevi 2005) 17–19.

⁷ Kılınc A ve Karakaya H, Batılı Devletlerin Karma Ticaret Mahkemelerinde Mecelle’nin Uygulanmasına Yönelik Eleştirilerin Değerlendirilmesi, 2022, 2(1) Kırıkkale Hukuk Mecmuası, 59-89.

⁸ ‘BOA.HAT, 1627/11-1-1.’ (1838).

üzere her hafta, ticarî işlemler için gerekli olacak poliçe kâğıdını tedarik etmeyi üzerine alır.

Madde 2: Anlaşmada belirtilen kâğıtların gönderilmesine 2 sene süre ile devam edilecek ve bu işin kesintiye uğramamasına dikkat edilecektir. Süre sona ermeden hiçbir sebeple bu iş tatil edilmeyecektir.

Madde 3: Belirlenen Sarraf, adı geçen tüccarların ilgili paranın tahmin edilemeyen değer artışından doğacak zararlarını azaltmak için zikredilen sözleşme süresinin sona ermesinden altı ay önce sözleşmeye devam edileceğini veya sona erdirileceğini tüccarlara ilan etmeyi taahhüt eder.

Madde 4: Adı geçen tüccarlar, yukarıda açıklanan hususlara dair verilen kefaletle Osmanlı ürünlerinin dışında yabancı ülkelerden getirilen ticarî mal ve ürünler için %2 vergi ödemeyi teklif ve taahhüt ederler.

Madde 5: Sözleşmede teklif edilen vergi, gümrük vergilerinin üçte ikisini teşkil etmektedir. Bu konuda yeni tarife ile konulacak nizamlar esas alınacaktır. Bu teklif, her ay başında hesap edilerek altı ayda bir defa sarrafa ödenecektir. Gümrük vergilerini peşin olarak ödeyen itibarlı tüccarların verecekleri tahviller, sarrafın tercih ettiği tüccarın kefaletiyle kabul edilecektir.

Madde 6: Sözleşmede iki yıllık sürenin sona ermesinden altı ay önce zikredilen poliçe kâğıtlarının gönderilmesi hususu geciktirilirse, zikredilen %2 oranındaki vergi iptal edilecektir. Bu kesinti maddesinden dolayı tüccarların masraflarına karşılık olmak üzere birikmiş vergiler, “tazminat” adıyla terk edilecektir. Sarrafa verilen ve henüz vadesi gelmemiş olan tahvillere itibar edilmeyerek sahiplerine verilecektir.

Madde 7: Bu sözleşme, tüccarlarla Darbhane-i Âmire'nin güvence verdiği sarraf arasında özel bir sözleşmedir. Düşünülen ve düşünülmeyen hiçbir sebeple Osmanlı Devleti'nin, bu sözleşmede yazılı şartlar mevcut olmadıkça zikredilen %2 oranında ki vergiyi talep ve iddia edemeyeceği ve söz konusu iki yılın tamamlanmasından sonra bu vergiye bir emsal nazarıyla bakamayacağı sözleşmeye kesin bir dille yazılmıştır.

Madde 8: Bu sözleşme iki tarafça imza edilip Darbhane tarafından kefil olunarak Padişah Fermanı gereğince yürürlükte olacaktır.

Bu sözleşmedeki maddelerden de anlaşıldığı üzere sterlin fiyatının 98 kuruşu aşmaması amaçlanmıştır. Ancak bu sözleşmeye dair daha önce Darphane tarafından kambiyo istikrarı için kullanılan Fransız tüccar Alleon, çekincelerini sunmuştur. Bu çekinceleri şöyle özetlemek mümkündür:⁹

Bu sözleşme genel olarak değerlendirildiğinde birinci madde ile Avrupalı tüccarların doğrudan Darbhane-i Âmire ile sözleşme yapmak yerine Osmanlı Devleti'ni temsilen bir sarrafla sözleşme yapmaları aslında devlete güven duymadıklarını ortaya koymaktadır. Sözleşme için Darphane'nin kefaletini istemeleri bir bakıma hazine garantisi olarak da değerlendirilebilir. Osmanlı Devleti'ni temsil eden sarrafın, Avrupa'ya keşide ettiği poliçelerin sermayesini hazineye vermesi zorunlu kılınmıştır. Bu sebeple, poliçeler reddedildiği durumda adı geçen tüccarlar Avrupa'da kabul edilmeyen poliçelerinin masraf, dellaliye ve faizini Darbhane-i Âmire'den almayı garanti altına almışlardır. Hatta sözleşmede böyle bir kayıp halinde paraların Darphane tarafından ödenmesinin geciktirilmeyeceği de yazılı olarak garanti edilmiştir. Tarafların kazançlarını garanti etmek için haftada bir defa Viyana, Paris ve Londra üzerine poliçe çekilmesi kabul edilmiştir. Avrupa'nın o dönemde ticaret merkezleri İngiltere, Fransa ve Avusturya dışında diğer ülkelerin de bu kapsama alınması, bir bakıma devlet hazinesine fayda yerine yük getirmiştir.

Bu sözleşmenin üçüncü maddesinde devlet tarafından görevlendirilen sarrafın sözleşmenin iki senelik süresi sona ermeden altı ay önce karşı taraflara sözleşmeye devam edilip edilmeyeceğine dair haber vermesi şartı bir anlamda Avrupalıların kendisini garanti altına alma niyetlerinin bir sonucudur. Ayrıca sözleşmeyi imzalayan sarrafın altı ay önceden Darbhane-i Âmire'nin niyetini bilmesi de mümkün gözükmecektir. Hem sarraf hem de Darphane arasında muhtemel bir uyumsuzluğa da kapı açmaktadır. Ayrıca sözleşmede inisiyatifin sarraf ve tüccarlara bırakılması, muhtemel bir ekonomik krizde önceden bilinmesine bağlı olarak, birçok kişinin altın ve paralarını poliçeye yatırarak paranın yurt dışına gitmesine neden olması ihtimalini meydana getirmiştir. Bu sözleşmenin riskleri kötü niyetli kullanıldığında sterlinin fiyatının hızla artacağı anlaşılmaktadır.

Bu sözleşmenin dördüncü ve beşinci maddelerinde vergi tarifeleri henüz düzenlenmediğinden sözleşmede geçen %2 oranında vergi, yeni tarife ile konulacak gümrük vergisinin üçte ikisini teşkil edeceğinden bunun tahsilinde büyük zorluklara sebep olmaktadır. Sözleşmedeki %2'lik verginin sarrafa ödenmesi kabul edilmiştir ki bu durum Avrupa'lı tüccarların devlete güvenmediğini ortaya koymaktadır. Osmanlı Devleti'nin bu şartı kabul etmesi de bir bakıma kendi büyük şansına uymamaktadır.

⁹ 'BOA.HAT, 1627/11-6-1.' (1838).

Bu sözleşmenin sekizinci maddesinde tüccarların sözleşmenin Padişah tarafından onaylanmasını şart koşmaları, sözleşme sebebiyle ortaya çıkabilecek suistimallere kapı açmaktadır. Bu nedenle sözleşmeye imza koymayan tüccarların, mensup oldukları devletin büyükelçileri aracılığıyla korunmak ve sözleşme şartlarından yararlandırılmak istemeleri beklenebilir. Bu sakıncanın giderilmesi için sözleşmenin, İstanbul'daki yabancı devlet büyükelçileri tarafından onaylanmasını temin etmek gerekir.

II. 1843 TARİHLİ KAMBIYO SÖZLEŞMESİ

Osmanlı Devleti, ticarete polişe kullanmaya başlamasıyla birlikte döviz fiyatlarındaki artışla karşı karşıya kalmıştır. Dövizdeki sürekli artışın önüne geçebilmek için önlemler alınmıştır. Bu önlemler kapsamında Osmanlı Devleti'ni temsilen Maliye Müşiri Safveti Paşa ve Darbhane-i Âmiri Nazırı Tahir Bey ile Avusturya uyruğundan Baltazzi ve Fransa uyruğundan Alleon isimli tüccarlar 29 Mayıs 1843 tarihinde iki yıl süreli bir sözleşme imzalamışlardır. Bu sözleşme ile sterlin fiyatının iki yıl süreyle 110 kuruşa düşürülmesi ve sabitlenmesi hesaplanmıştır. Bu sabit kur düzeninin başarılması için Alleon ve Baltazzi adlı tüccarlar, İstanbul'da ikamet eden diğer tüccarların alışverişlerinde kullanacakları kambiyo sağlamaları için sözleşmede belirtilen fiyattan üç ay vadeli polişe yazmayı taahhüt etmişlerdir.¹⁰ Osmanlı Devleti'nin imzaladığı 1843 tarihli sözleşme ile Alleon ve Baltazzi bazerganlara, sermaye olmak üzere borç para ile bazı tekel hakları ve imtiyazlar verilmiştir. Bu sözleşmenin genel özellikleri şöyledir:¹¹

- Mısır Valisi Mehmet Ali Paşa tarafından Mısır taksitleri için hazineye gönderilen yıllık 29 milyon 999 bin 992 kuruş dörde bölünecek, üç ayda bir 7 milyon 499 bin 992,5 kuruş olarak Alleon ve Baltazzi'nin Mısır'daki ortaklarına teslim edilecektir. Paranın teslim edildiğini gösteren teslim makbuzları Alleon ve Baltazzi'ye ibraz edildiği tarihten 61 gün sonra, söz konusu para, adı geçen tüccarlar tarafından Maliye Hazinesi'ne ödenecektir.¹²
- Tokat Kalhanesi ve Gümüşhane Madeni'nden elde edilen kıvılcık bakırdan Osmanlı Devleti ve Tokat esnafının ihtiyaçlarının dışında kalan bakır miktarının tamamı, 1843 Temmuz'undan itibaren iki yıl süreyle gümrüksüz ve vergisiz bir şekilde adı geçen iki tüccara satılacaktır. Bu sürede kalhane

¹⁰ 'BOA., İ.MSM, 20/485.' (1259).

¹¹ 'BOA., İ.MSM, 20/485-1-1.' (1259).

¹² 'BOA., İ.MSM, 20/485-1-1.' (1259). Zikredilen para, Mısır tarafından hazineye gönderilen yıllık 1 milyon 333 bin 333 direkli riyal olup bir direkli riyal 22,5 kuruş itibara alınmıştır. Bu hesaptan adı geçen para, toplam 29 milyon 999 bin 992 kuruşa karşılık gelmekteydi 'BOA.İ.MSM, 20/485-1-1.' (n 11).



bakırının kıyyesi 11 kuruş, Gümüşhane bakırının kıyyesi ise 10 kuruştan hesap edilecektir. Sözleşme süresinde hiçbir kimseye veya yabancı ülkeye zikredilen bakırlardan satış yapılmayacaktır.

- Sözleşmenin geçerli olduğu 1843 Haziran ayından itibaren iki yıl süreyle Osmanlı Devleti'nde üretilen zeytinyağı öşrü, satış memurları tarafından tutanaklarda yazılı fiyattan yapılacaktır. Avrupa'ya gönderilecekler için ise satın alan kişinin vereceği fiyattan 6 kuruş indirim yapılacaktır. Alleon ve Baltazzi bazerganlara yarı fiyatına satılacaktır. Zeytinyağının, vergi ve diğer masraflar satıcıya ait olmak üzere gemi yanaşabilir bir iskeleye nakledilmesi şarttır. Ayrıca Osmanlı Hükümeti tarafından her kantarda 6 kuruş, "nimet" adıyla tüccarlara paraverilecektir.
- Osmanlı'da kambiyo istikrarına katkıda bulunmak için altılık, beşlik, yarımlik, çeyrek ve ufak para basımı yapılmayacaktır. Yeni altın ve gümüş paralar ile yeni sikkelerin basılmasından önce Darbhane-i Amire tarafından satın alınacak altın ve gümüş fiyatı 110 kuruşa denk gelen sterlin fiyatını aşmamasına çaba gösterilecektir.
- Osmanlı Devleti'nde sterlinin fiyatı, 110 kuruşun altına inerse ve Darbhane-i Amire de Avrupa'dan altın ve gümüş almak isterse bu ihtiyaçlar Alleon ve Baltazzi marifetiyle getirilecektir.
- Sözleşme kapsamında Alleon ve Baltazzi bazerganlar, Mısır taksitleri ile bakır ve zeytinyağından elde edilen paraları sözleşme süresince Avrupa'da yıllık 80.000-85.000 keseyi, yani 40-42,5 milyon kuruş parayı sermaye olarak göstereceklerdir.
- Sözleşme süresinde çıkabilecek bir savaş halinde ticarî malların Avrupa'ya nakledilmesi mümkün olmaz veya buna benzer sebeplerle taksitler gelmezse Alleon ve Baltazzi bazerganlar, duruma çözüm bulununcaya kadar, ilgili sözleşme hükmünü feshetmeye yetkilidir.
- Osmanlı Devleti, sözleşmenin vadesinin sona ermesinden önce İstanbul'da Avrupalı bir kimsenin banka açmasına hiçbir şekilde izin vermeyecektir.
- Osmanlı Devleti, sözleşmede belirtilen şart ve nizamları tamamen yerine getirmediği, Baltazzi ve Alleon sözleşmeden sorumlu tutulmayacaktır. Ancak adı geçen tüccarların, teşebbüsleri sebebiyle uğradıkları zararlar, bu husustaki takdim edecekleri defter incelenip onaylandıktan sonra "tazminat" olarak devlet tarafından kendilerine ödenecektir.
- Osmanlı Devleti, bu sözleşme ile bir bakıma ülkede yabancı para ile ticareti kontrol etmeye çalışmıştır. Kaldı ki bu sözleşme bittikten sonra Jacques Alleon ile 1845 Eylül ayından başlayıp 1847 Şubat ayına kadar süren iki ayrı sözleşme daha imzalanmıştır. Alleon'un sözleşme bitiminden sonra yeniden bir anlaşma yapmak istememesi nedeniyle de Baltazzi ile 1847 yılı mart ayı ile 1848 Şubat ayı arasındaki dönemi kapsayan başka bir sözleşme yapılmıştır.

Jacques Alleon ve Emmanuel Baltazzi'nin iş birliği yapması ve ortaklık kurması üzerine 1848 Mart ayı ile 1849 Şubat ayı arasında kapsayan bir yıllık dönem için bu iki tüccarla yeni bir kambiyo sözleşmesi daha imzalanmıştır.¹³

Osmanlı Devleti'nin bu iki tüccarla ayrı ayrı veya birlikte imzaladığı sözleşmeler sayesinde 1843-1845 dönemi genel olarak problemsiz geçmiştir. Bu dönemde sözleşmenin şartlarına uyulmadığına dair Baltazzi ile ilgili bazı şikâyetler söz konusu olmuş, bazı tüccarlar Baltazzi'nin rüşvet aldığını ve taahhütlerini yerine getirmediğini gerekçe göstererek şikâyette bulunmuşlardır. Tüccarların şikâyetleri nedeniyle Baltazzi şüpheli bir kişi haline gelmiştir. Bu şikâyetler, Alleon'un Baltazzi ile birlikte çalışmak istemediğini bildirmesine neden olmuştur. Osmanlı Devleti de bu şaibeler ve Alleon'un Baltazzi'yi istememesi gibi gerekçelere bağlı olarak sadece Alleon ile kambiyo sözleşmesi yapmıştır. Osmanlı Devleti, tüccarların kendi aralarında rekabet etmesi, sözleşmenin uygulanmasında ortaya çıkan aksaklıklara bağlı 1845 Eylül ayı ile 1846 Ağustos ayı arasında birtakım sorunlar yaşamıştır. Çünkü sermaye olarak gösterilen Mısır vergisi altı ay ödenmeyince sözleşmenin tarafı Alleon, yoğun şikâyetlere başlamıştır. Bu şikâyetler sonucunda da hazine, Alleon'a tazminat ödemiştir. Bu olumsuz vakaların yaşandığı Eylül 1846-Şubat 1847 arası altı aylık dönem sorunsuz atlatılmıştır. Osmanlı Devleti ödemelerde sorun yaşayınca, 1847 Mart-1848 Şubat dönemi için maktu masraflar ödenememiştir. Bu nedenle de Alleon'la yeni bir anlaşma yapılamamıştır. Tüccarların sık sık şikâyet ettiği Baltazzi, hazineye daha düşük bir teklif vererek bu dönemdeki kambiyo sözleşmesinin tarafı olmuştur. Tıpkı Alleon'da yaşanan Mısır vergisinin anlaşma yapılan kurdan farklı kurlardan transfer edilmesi sebebiyle Baltazzi'ye de hazineden ek tazminat ödemesi yapılmıştır. Osmanlı Devleti belirli tüccarlarla yaptığı kambiyo sistemini 1848 Mart-1849 Şubat döneminde emanet usulüyle yapmaya başlamıştır. Bu usule göre kambiyo sözleşmesinden meydana gelecek kâr ve zarar devlete ait olmuştur. Tüccarlara bu iş karşılığında %0,5 komisyon ve yıllık %5 faiz verilmiştir.¹⁴

Osmanlı Devleti'nin 1848-1849 yıllarında belli tüccarlarla sözleşme imzalamayıp emanet usulünde çalışmış olmasında Avrupa'da 1848 İhtilallerinin meydana getirdiği ekonomik daralmanın da etkisi olmuştur. Çünkü Avrupa'da yaşanan karmaşa Osmanlı Devleti ihracatını azaltmıştır. Ürünlere talep azaldığı için de fiyatlar düşmüştür. Bu ekonomik daralma ve fiyat düşüşleri, Avrupa'ya çekilen poliçelerin karşılık bulmamasına neden olduğu gibi emanet usulünden dolayı Osmanlı Devleti'nin masrafları da olağanüstü artmıştır.¹⁵

¹³ Hüseyin Al, Osmanlı Devleti'nde Kambiyo İstikrarı Uygulaması (1839-1863) (1. Baskı, Birleşik Yayınevi 2011) 24.

¹⁴ Al (n 13) 24.

¹⁵ Al (n 13) 25-29.

III. DERSAADET BANKASI VE 1860 KAMBİYO MESELESİ

Osmanlı Devleti'nde Dersaadet Bankası, Avrupa'da karmaşanın yaşandığı dönemlere denk gelen 1849 yılında kuruldu. Bu bankanın kurucusu ve sermaye sahipleri Osmanlı hükümeti ile Avrupalı tüccarlar Jacques Alleon ve Emmanuel Baltazzi'dir. Bu bankanın sermayesi 25 milyon kuruştur. Osmanlı hükümetinin hissesi ise 10 milyon kuruştur.¹⁶ Dersaadet Bankası, 30 Mayıs 1849 tarihinde bankacılık faaliyetlerine başlamıştır. Bu banka ilk olarak nakit kaimelerin belli bir iskonto ile değişimini sağlamayı ve kambiyo istikrarını temin etmeyi amaç olarak belirlemiştir. Osmanlı Devleti'nin Alleon ve Baltazzi ile yaptığı kambiyo sözleşmeleri sırasında yaşanan aksaklıklar ve tüccarlarla yaşanan sorunlar, aslında bu bankanın kurulmasında etkili olmuştur. Osmanlı Devleti'nin imzaladığı sözleşmeler ile daha önce "emanet" yöntemiyle Alleon ve Baltazzi'ye ihale edilen kambiyo istikrarı, artık banka aracılığıyla gerçekleştirilmiştir. Dersaadet Bankası, açıldıktan sonra 1852 Aralık ayı başına kadar emanet yöntemiyle kambiyo istikrarını sürdürmede başarılı olmuştur. Aralık 1852'de poliçe çekmeye son vermiştir.¹⁷ Banka, tıpkı eski sözleşmelerde olduğu gibi, Mısır vergilerini kambiyo istikrarı uygulaması için karşılık olarak göstermiştir.¹⁸ Bu bankanın çalışmaya başlamasıyla keşide edilen poliçe tutarlarında da istikrarlı bir süreç yaşanmıştır. 1849-1853 yılları arasında Dersaadet Bankası'ndan Fransa ve İngiltere'ye keşide edilen poliçe tutarları Tablo 1'de gösterilmiştir:

Tablo 1: Dersaadet Bankası'ndan Fransa ve İngiltere'ye Keşide Edilen Poliçe Tutarları (1849- 1853/Kuruş)

Keşide Yılı	Avusturya (Viyana)	Fransa	İngiltere	Ülkeler Toplamı	Ülkeler Toplamı Değişim Oranı
1849 Mart-1850 Mart	6.555.300	168.225.100	636.479.000	811.259.400	
1850 Mart-1851 Mart	-	71.444.700	362.557.000	434.001.700	-46,50%
1851	-	36.117.535,8	127.588.860	163.706.395,8	-62,28%
1852	-	20.516.161,8	412.879.025	433.395.186,8	164,74%
1853	-	-	46.672.105,8	46.672.105,8	-89,23%
Ara Toplam	6.555.300	296.303.498	1.586.175.991	1.889.034.788	-
1850 Mart - 1852 Kasım ¹⁹	-	279.343.600	238.036.900	517.380.500	-
Toplam	6.555.300	575.647.098	1.824.212.891	2.406.415.288	-

Kaynak: BOA.MAD.d, 12495; 12496; 12497; 12498 ve 12499 numaralı defterler.

¹⁶ Üzeyir Serdar Serdaroğlu, 'Osmanlı Devleti'nde İlk Banka: Dersaadet Bankası ve Poliçe İşlemleri' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü 2011) 55.

¹⁷ Haydar Kazgan, *Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Türk Bankacılık Tarihi* (Alpay Kabacalı ed, Türkiye Bankalar Birliği 1997) 27- 29.

¹⁸ Al (n 13) 34.

¹⁹ Bu tablo satırındaki veriler Osmanlı Devleti'nin İstanbul dışındaki şehirlerine aittir.

Tablo 1’den de anlaşılacağı üzere Dersaadet Bankası döneminde Viyana, Marsilya, Paris ve Londra’ya poliçeler keşide edilmiştir. Bu poliçe tutarlarının yaklaşık %76’sı İngiltere üzerine çekilmiştir. 1850 Mart-1852 Kasım döneminde keşide edilen poliçelerin 517 milyon 380 bin 500 kuruşu, İstanbul dışındaki şehirlerden Avrupa’ya keşide edilmiştir. İstanbul dışında çekilen poliçelerin de eklenmesiyle devlette poliçe kullanımının istikrarlı biçimde arttığı görülmektedir. Dersaadet Bankası’ndan her ay ortalama 10’ar günlük aralıklarla Avrupa’ya poliçe keşide edilmiştir.²⁰ Fakat süreçte bazı sorunlar da ortaya çıkmıştır. Örneğin bankadan hatır poliçeleri çekilmesi ticarete bazı karşılıksız poliçeleri gündeme getirmiştir. Ayrıca ilgili bankanın sermayesinin yetersiz olması da büyük ölçekli ticari ödemelerin yapılamamasına neden olmuştur. Yüksek bedelli poliçelerin bedellerinin ödenmemesi, bankanın zarar etmesine ve 1852 yılı sonlarında 35 milyon kuruş zararla kapanmasına yol açmıştır.²¹ Bu bankanın kurucuları arasında yer alan Alleon ve Baltazzi, banka kurulduktan sonra da bireysel olarak Avrupa’ya poliçe çekmeye devam etmişlerdir.²²

Osmanlı Devleti, Dersaadet Bankası’nın kapanmasından sonra kambiyo istikrarı için yine emanet usulüyle çalışmalarını devam ettirmiştir. Ancak 1859 yılında Galata bankerleri bir araya gelerek 13 Mayıs 1860’ta Şirket-i Maliye adıyla teşkilatlanmışlardır. Bu oluşum, günümüzdeki genel anlamda Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin çalışma şekline benzetilebilir. Bu teşkilat, kendi ticari faaliyetlerinin düzenli olması gayesi ile de Osmanlı hükümeti ile yeni bir kambiyo sözleşmesi yapmıştır.²³ Bu sözleşme, Osmanlı hükümeti adına Maliye Nazırı Hasip Paşa, şirket adına Camondo, Zarifi ve Aristidi Baltazzi adına ise Tubini arasında imzalanmıştır. Bu teşkilat zamanla “Sarraflar Cemiyeti” olarak da adlandırılmaya başlamıştır. Bu teşkilat veya şirketin en büyük ortağı ise Theodore Baltazzi olmuştur. Bu teşkilat-şirket ile yapılan sözleşmeyle, 10 yıllık sözleşme süresince sterlinin fiyatının 110 kuruş seviyesinde sabit kalması garanti edilmiştir. Bu şirket, fiyat istikrarı için Londra’ya 3 ay vadeli poliçeler çekilmesini, poliçe bedellerinin beşlik, altılık ve gümüş mecdiye ile ödenmesini taahhüt etmiştir. Bu anlaşmaya göre bir sterlinin 25 frank 10 santim paritesi üzerinden sabitlemesi ve Marsilya’ya 3 ay vadeli poliçeler keşide edilmesi sağlanmıştır. Bu işlemlerin karşılığı-garantisi olarak da İzmir, Edirne, Filibe ve Saruhan öşürlerinden üç ayda bir 20 bin Osmanlı Lirası ayrılması karara bağlanmıştır. Osmanlı Devleti’nin yaptığı bu sözleşmeyle Şirket-i Maliye

²⁰ ‘BOA.MAD.d, 12495; 12496; 12497; 12498 ve 12499 Numaralı Defterler.’

²¹ Edhem (F) Eldem, *Osmanlı Bankası Tarihi* (Ayşe Berktaş, Osmanlı Bankası Tarihi Araştırma Merkezi 1999) 22–23.

²² Al (n 13) 34.

²³ Nuran Koyuncu, ‘Osmanlı Devleti’nde Sarrafların Mültezimlere Kefillliği’ (2016) 5 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 295, 298–303.



mensupları, 1861 krizine rağmen itibarlarını korumak için Avrupa'ya poliçe keşidesine devam etmişlerdir. Osmanlı Devleti, kambiyo işlemlerini yeni bir banka kurarak kendisi yapmak istemişse de bu sözleşme nedeniyle bu planından vazgeçmek zorunda kalmıştır. Şirket-i Maliye de, bir süre sonra Osmanlı Devleti ile çalışmak istememesine rağmen sözleşmeye bağlı kalmıştır. Osmanlı Devleti'nde 1863 yılında Osmanlı Bankası'na "merkez bankası" statüsü verilmiştir. Böylece bu şirket ile yapılan sözleşmenin sona ermesiyle devlet de kendi merkez bankası üzerinden işlem yapmaya başlamıştır. Hem devlet hem de şirket imzaladıkları sözleşmeden zamanla zarar etmeye başladığından, karşılıklı görüşmeyle 1865 yılı sonlarında sözleşme sonlandırılmıştır. Böylece imzalanan kambiyo sözleşmesi feshedilmiş ve şirkete 160 bin mecediye altını fesih tazminatı ödenmiştir.²⁴

Osmanlı Devleti, muhtelif kişi ve kurumlarla kambiyo sözleşmeleri yaparken Osmanlı parasının değerinin korunmasını; mal, eşya ve gıda fiyatlarının yükselmesinin önlenmesini ve devlet hazinesi ile halkın artan fiyatlardan zarar görmesini önlemeyi amaçlamıştır.²⁵ 1838 Sözleşmesi ile sterlinin 98 kuruşu aşmaması ve sabit tutulması amaçlanmıştır. Fakat sözleşmeye rağmen sterlin, 1838 yılında 107,25 kuruşa yükselmiş, 1839 yılında da 106,75 kuruş seviyelerine gerilemiştir. Osmanlı Devleti'nin kambiyo sözleşmeleriyle döviz fiyatını sabitleme hedefi tam olarak gerçekleşmemiştir.²⁶

Osmanlı Devleti'nin imzaladığı 1843 yılındaki kambiyo sözleşmesiyle de sterlinin fiyatının 110 kuruşu aşmaması amaçlanmış ve 1844 yılında 110 kuruşta sabit kalmıştır. Bu sözleşme sayesinde kambiyo istikrarı sağlanmıştır. Osmanlı Devleti, ülkede kambiyo istikrarı sağlamak için Alleon ve Baltazzi gibi tüccarlarla iş birliği yapmıştır. Bu tüccarlarla yapılan dört kambiyo sözleşmesi ve kurulan Dersaadet Bankası, kambiyo istikrarı için önemli rol oynamıştır. Bu sözleşmeler döviz istikrarının sağlanmasında etkili olmuştur. Örneğin 1844-1852 yılları arasında sterlin ortalama 110 kuruştan 114,65 kuruşa yükselmiştir. Sterlinin bu dönem içinde %4'lük gibi kısmi değer artışı ticaretin güven içinde yapılmasını sağlamıştır. Bu tüccarlarla yapılan iş birliği sayesinde kurulan Dersaadet Bankası'nın kapanması kambiyo istikrarının bozulmasının başlangıcı olmuştur. Hazine, 1859 yılına kadar herhangi bir kişi veya kurumla kambiyo sözleşmesi yapamadığı gibi sterlinin kuru 1854 yılında bir önceki yıla göre %17,5'lik büyük bir artış göstermiştir. Bu kur artışı istikrazlarla önlenmeye çalışılmışsa da 1858 yılında 145 kuruş seviyelerine kadar yükselmiştir.²⁷ Bu kur artışına çözüm olarak devlet, kambiyo istikrarını

²⁴ Al (n 13) 49-56.

²⁵ Al (n 13) 60.

²⁶ BOA.C.HR, 2171; BOA.D.BŞM.DRB.d, 542/38; 545/4; 577/7; 599/36 ve 626/49; BOA. HAT, 1627/11 numaralı belgeler.

²⁷ BOA.C.HR, 2171; BOA.D.BŞM.DRB.d, 542/38; 545/4; 577/7; 599/36 ve 626/49; BOA.

sağlamayı taahhüt eden tüccarlara kur farkından kaynaklanan zararları ödeme garantisi vermiştir. Bu tüccarların Avrupa'ya çektikleri poliçeler için komisyon da verilmeye başlanmıştır. Hazine, gelirlerinin önemli bir kısmını bu kur yükselmesini önlemek için atılacak adımlar için ayırmıştır. Hazinesinin üzerinde önemli bir yük haline gelen kurlar arasındaki fark, 1862 yılında 375 bin lira sermaye ihtiyacına neden olmuştur. Hazinesinin ek gelir ihtiyacı bu sistemin devlet için ne kadar büyük bir yük haline geldiğini de göstermektedir.²⁸

IV. KAMBIYO SÖZLEŞMELERİNİN UYGULAMASI

Günümüzde Türk hukuk sisteminde kambiyo senetleri; poliçe, bono ve çekdir. Türk Ticaret Hukukunun yazılı başlangıcı Osmanlı Devleti'nden de önceye dayanmaktadır. Fakat Osmanlı Devleti'nin Avrupa ülkeleriyle hukuk alanında uyum süreci Cumhuriyet Döneminde yapılan değişikliklere uyumu kolaylaştırmıştır. Osmanlı Devleti ile Avrupa ülkeleri uluslararası ticarete para yerine kambiyo senetleri (ticarî senetler) kullanarak bu hukuk birliğini önemli ölçüde oluşturmuşlardır. Poliçe, bono ve çekten oluşan kambiyo senetleri ticarete geçerli ödeme aracı olmuştur.

Osmanlı Devleti'nde II. Mahmut döneminde Osmanlı parasının ayarı sürekli düşmeye başlamıştır. Bu durum, Osmanlı parasının yabancı paralar karşısında değer kaybetmesine sebep olmuştur. 1814 yılında sterlin 50 kuruşken, üç yıl sonra %100 artarak 100 kuruşa yükselmiştir. Osmanlı hazinesinin çare olarak tüccarlarla sözleşme imzalaması, 1834 yılından itibaren Darbhane-i Âmire üzerinden poliçe keşide ettirilmesi bu kur istikrarının sağlanması içindir. Osmanlı kayıtlarında “Avrupa üzerine fûrûht olunan poliçât” şeklinde geçen listelerde birçok tüccarın ismi ve keşide ettikleri poliçeler bu durumu açıkça ortaya koymaktadır. İstanbul'daki tüccarlardan Alleon Bazergan'ın, Avrupa'ya sattığı poliçelerin Darbhane-i Âmire için keşide edildiği belirtilmiştir.²⁹ Bu keşide edilen poliçelerin aslında Osmanlı Devleti'nin yaptığı sözleşmeler çerçevesinde yapıldığı anlaşılmaktadır. Osmanlı'dan Avrupa'ya veya Avrupa'dan Osmanlı'ya çekilen poliçelerle ilgili istatistikler, arşivden elde edilebilen kayıtlara dayalı olsa da bu kayıtlardan başka gelecekte yeni bilgi ve belgelerin çıkması muhtemeldir. Çünkü Tanzimat sonrasına ait kayıtların önemli bir kısmı Osmanlı Arşivi'nde henüz araştırmaya açılmamıştır. Maliye

HAT, 1627/11; BOA.MAD.d, 12495; 12496 ve 12499; Maliye Nezâreti Vâridât Muhasebesi Kalemî Defterleri (BOA.ML.VRD.d), 2565 numaralı belge ve defterler; Şevket Pamuk, *Osmanlı İmparatorluğu'nda Paranın Tarihi* (3. bsk, Tarih Vakfı Yurt Yayınları 2002) 208.

²⁸ AI (n 13) 62–63.

²⁹ “Asitane-i Aliyye'de tüccar taifesinden Alleon Bazergan'ın Darbhâne-i Âmire için tarih-i Miladi'nin 1835 mâh-ı Mayıs'ından sene-i mezkûr Teşrin-i Sânisî'ne değin fûrûht etmiş olduğu evrâk-ı poliçâtın mikdârını ve bu poliçât-ı mezkûrun masârifât-ı mu'tade ve terettüb eden ziyânîmübeyyin defter icmâlidir.” (BOA.D.BŞM.DRB.d, 545/4; 9 Z. 1250; BOA.D.BŞM.DRB.d, 542/38; 4 Z. 1250).

Nezaretî fonunda bulunan bu kayıtların açılmasıyla özellikle Osmanlı Devleti'nde kullanılan kıymetli evraka dair daha fazla bilgi edinilebilecektir.

Osmanlı Devleti'nin kambiyo sözleşmeleri çerçevesinde yabancı paraların değerini sabitleme veya kesilen poliçelerdeki fiyat artışlarını kontrol etme çabaları, arşiv belgelerine göre düzenlenen Tablolardan daha iyi anlaşılacaktır. Bu Tablolarda Almanya, Avusturya, Fransa, Hollanda ve İngiltere'ye keşide edilen poliçelerin miktarı ve artış oranları gösterilmiştir. Bu Tablolar aynı zamanda Osmanlı Devleti'nin hangi yıllarda hangi ülkeyle ticaretinin arttığını da göstermektedir. Osmanlı Devleti'nde kambiyo düzeni ve yapılan sözleşmeleri incelediğimizde 1834-1837 döneminde 65 milyon 213 bin 96 kuruşluk poliçe keşide edildiği görülmektedir (Tablo 2). Bu poliçelerin yaklaşık %50'si İngiltere üzerine çekilen poliçelerdir. Bu istatistikler, Osmanlı Devleti'nin İngiltere ile önemli bir ticaret bağının olduğunu göstermektedir. İngiltere'den sonra Avusturya ve Fransa da önemli ticaret ortakları olmuştur.

Tablo 2: İstanbul'dan Almanya, Avusturya, Fransa, Hollanda ve İngiltere'ye Keşide Edilen Poliçe Tutarları (1834-1837/Kuruş)

Keşide Yılı	Almanya (Beç)	Avusturya (Beç)	Fransa	Hollanda	İngiltere	Ülkeler Toplam
1834	120.075	2.066.038,9	1.770.730,7	44.732	4.140.444,4	8.142.021
1835	1.349.596	3.789.085	2.270.701	260.193	4.341.143,3	12.010.718
1836	43.785	27.295.653	558.650	-	8.862.125	36.760.213
1837	-	-	788.175	-	7.511.968,5	8.300.144
Toplam	1.513.456	33.150.776,9	5.388.256,7	304.925	24.855.681	65.213.096

Kaynak: BOA.C.HR, 2171; BOA.D.BŞM.DRB.d, 542/38; 545/4; 577/7; 599/36; 626/49; BOA. HAT, 1627/11.

Osmanlı Devleti'nin Avrupa'ya keşide ettiği poliçeler, 1836 yılında yaklaşık %300 artmıştır (Tablo 2). Bu dönemde Avusturya'ya çekilen poliçelerin artışı %74 ile birinci sıraya yükselmiştir. Bu yükselmeye silah alım ve satışının etkisi olabilir. İngiltere ile poliçe alışverişinde ise düşüş (%34) yaşanmıştır. Bu dönemde Darbhane- i Âmir'e'nin kambiyo istikrarını sağlamak için büyük çaba sarf ettiği görülmektedir. Tüccarların poliçe keşide etmesi teşvik edilmiştir. Sterlinin fiyatı 98 kuruşa sabitlenmiştir.³⁰ Osmanlı Devleti'nde 1837 yılında Avrupa'ya çekilen poliçelerde önemli oranda azalma olmuştur (Tablo 2).

³⁰ BOA.D.BŞM.DRB.d, 626/49;1253.

Tablo 3: İstanbul'dan Almanya'ya/Beç'e Keşide Edilen Poliçe Tutarları ve Döviz Kurları (1834- 1836/Florin-Kuruş)

Keşide Yılı	1 Florin (Ortalama-Kuruş)	Florin Değişim Oranı	Florin (Toplam Tutar)	Kuruş (Toplam Tutar)
1834	20	-	6.000	120.075
1835	19,96	-0,20%	67.596	1.349.596,3
1836	20,85	4,46%	2.100	43.785
Toplam	-	-	75.696	1.513.456

Kaynak: BOA., D.BŞM.DRB.d, 545/4 ve 577/7 numaralı belgeler.

Osmanlı Devleti'nde 1834-1836 yılları arasında Almanya üzerine çekilen poliçeler, toplam 75 bin 696 Almanya florini olup Osmanlı parası karşılığı 1 milyon 513 bin 456 kuruştur. Almanya en az poliçe keşide edilen ikinci ülke konumundadır (Tablo 3).

Tablo 4: İstanbul'dan Avusturya'ya Keşide Edilen Poliçe Tutarları ve Döviz Kurları (1834- 1841/Avusturya Florini-Kuruş)

Keşide Yılı	1 Avusturya Florini (Ortalama-Kuruş)	Avusturya Florini Değişim Oranı	Toplam Tutar (Avusturya Florini)	Toplam Tutar (Kuruş)
1834	9,81	-	210.391	2.066.038,9
1835	9,91	1,02%	382.023	3.789.085
1836	9,75	-1,61%	2.799.236	27.295.653
1840	11,3	15,90%	-	-
1841	11,75	3,98%	-	-
Toplam	-	-	3.391.650	33.150.777

Kaynak: BOA.C.HR, 53/2650; BOA.C.MF, 4/179; BOA.D.BŞM.DRB.d, 542/38; 545/4; 577/7 ve 599/36 numaralı belgeler.

Osmanlı Devleti'nde 1834-1837 döneminde en fazla poliçe keşide edilen ülke 33 milyon 150 bin 777 kuruş ile Avusturya olmuştur. Avusturya florini 1835 yılında yaklaşık %1 değer kazanmış, 1836 yılında ise %1,61'lik değer kaybetmiştir. 1840 yılında ise 1836 yılına göre %15,9'luk ciddi bir artış olmuştur (Tablo 4).



Tablo 5: İstanbul'dan Hollanda'ya Keşide Edilen Poliçe Tutarları ve Poliçeyle İlgili Döviz Kurları (1834-1835/Hollanda Florini-Kuruş)

Keşide Yılı	1 Hollanda Florini (Ortalama- Kuruş)	Hollanda Florini Değişim Oranı	Toplam Tutar (Florin)	Toplam Tutar (Kuruş)
1834	7,9	-	5.658	44.732
1835	8,02	1,52%	32.428,6	260.193,3
Toplam	-	-	38.087	304.925

Kaynak: BOA., D.BŞM.DRB.d, 545/4.

Osmanlı Devleti'nde 1834-1837 yılları arasında Avrupa'da en az poliçe keşide edilen ülke 304 bin 925 kuruşla Hollanda olmuştur (Tablo 5).

Tablo 6: İstanbul'dan Fransa'ya Keşide Edilen Poliçe Tutarları ve Döviz Kurları (1834- 1840/Frank-Kuruş)

Keşide Yılı	1 Frank (Ortalama- Kuruş)	Frank Değişim Oranı	Toplam Tutar (Frank)	Toplam Tutar (Kuruş)
1834	3,83	-	462.272	1.770.731
1835	3,85	0,52%	588.993	2.270.701
1836	3,91	1,56%	142.843	558.650
1837	4	2,30%	197.044	788.175
1838	4,25	6,25%	-	-
1839	4,12	-3,06%	-	-
1840	4,4	6,80%	-	-
Toplam	-	-	1.391.152	5.388.257

Kaynak: BOA.C.AS, 1191/53202; BOA.C.DH, 108/5369; BOA.C.HR, 145/7203; BOA.C.MF, 152/7588; 44/2188 ve 84/4; BOA.D.BŞM.DRB.d, 21/14 ve 23/19; BOA.D.BŞM.DRB.d, 542/38; 545/4; 577/7; 599/36 ve 626/49; BOA.HAT, 1627/11 numaralı belgeler.

Osmanlı Devleti'nde 1834-1837 yılları arasında Fransa'ya keşide edilen poliçelerin toplamı 5 milyon 388 bin 257 kuruştur. 1835 yılında en fazla artış olmuş ve 2 milyon 270 bin 701 kuruşluk poliçe çekilmiştir. 1838 yılına kadar sürekli yükselen frank, 1839 yılında bir önceki yıla göre %3,06'lık düşüş yaşamıştır. Frank'ın değeri 1840 yılında %6,8'lik bir artışla zirveye çıkmıştır (Tablo 6).

Tablo 7: İstanbul'dan İngiltere'ye Keşide Edilen Poliçe Tutarları ve Poliçeyle İlgili Döviz Kurları (1834-1839/Sterlin-Kuruş)

Keşide Yılı	1 Sterlin (Ortalama-Kuruş)	Sterlin Değişim Oranı	Toplam Tutar (Sterlin)	Toplam Tutar (Kuruş)
1834	96,65	-	42.838,60	4.140.444,40
1835	97,32	0,69%	44.609,23	4.341.143,30
1836	98,54	1,25%	89.931	8.862.125
1837	98	-0,55%	76.652,63	7.511.968,50
1838	107,25	9,44%	-	-
1839	106,75	-0,47%	-	-
Toplam	-	-	254.031	24.855.681,2

Kaynak: BOA.C.HR., 2171; BOA.D.BŞM.DRB.d, 542/38; 545/4; 577/7; 599/36 ve 626/49; BOA.HAT, 1627/11 numaralı belgeler.

Osmanlı Devleti, 1834-1837 yıllarında Avrupa'ya 65 milyon 213 bin 96 kuruşluk poliçe yazmıştır. Bunlardan 24 milyon 855 bin 681 kuruşu İngiltere'ye keşide edilmiş, 1836 yılında 8 milyon 862 bin 125 kuruşluk poliçe ile İngiltere en fazla poliçe çekilen ülke olmuştur. 1838 yılında Sterlin değeri %9,44 artarak 107,25 kuruşa yükselmiştir (Tablo 7).

Osmanlı Devleti'nin Avrupa ile ticaretinde poliçenin kullanılması kambiyo sözleşmelerinin yapılmasına neden olmuştur. Osmanlı Devleti'nin Avrupalı tüccarlarla kambiyo sözleşmeleri imzalaması ticaret hukukunda düzenlemeler yapılmasını da sağlamıştır. Osmanlı hukuku bu dönemden itibaren Batı ile uyumlu hale gelmeye başlamıştır. Nitekim daha sonraki yıllarda, ülkeler arasında kıymetli evrakın kullanılması kambiyo sözleşmelerinin uluslararası kurallara göre düzenlenmesi ihtiyacını doğurmuştur. Bu kapsamda Lahey ve Cenevre'de konferanslar düzenlenmiştir. Cenevre Konferanslarından sonra 7 Temmuz 1930 tarihinde "Poliçe ve Bonolar Hakkında Cenevre Yeknesak Kanunu" ilan edilmiştir. Bu Kanun uluslararası geçerliliği olduğu için katılan tüm ülkeleri bağlamıştır. "Poliçe ve Bonolara İlişkin Bazı Kanunlar İhtilâfının Çözümüne Dair Cenevre Konvansiyonu" ve "Poliçe ve Bonolara İlişkin Damga Resmi Kanunlarına Dair Konvansiyon" adlı düzenlemeler de yürürlüğe girmiştir. Kambiyo senetleri hukuku alanında Cenevre Konvansiyonları günümüzde ticaret hukukunun en önemli referansı olmuştur. Bills of Exchange Act (1882) da Anglo-Sakson hukuk sistemini oluşturmuş ve günümüz ticaret hukukuna referans olmuştur. Amerika'da 1895 yılında duyurulan Negotiable

Instrument Law ise ABD'nin küresel ticarete temel aldığı ticaret hukuku referansı olmuştur. Türkiye, Cenevre Konvansiyonlarını imzalamıştır. İsviçre Borçlar Kanunu, 1957'de Türkiye'ye uyarlanırken Cenevre Konvansiyonları da dikkate alınmıştır. Günümüz Türk hukukunda poliçe, bono ve çek gibi kambiyo sistemi AB uyum çerçevesinde şekillenmiştir. Türkiye, Cenevre Yeknesak Kanunu ve Kanunlar İhtilâfına İlişkin Konvansiyon hükümleri ile İsviçre Borçlar Kanunu'nu dikkate alarak Türk Ticaret Kanunu'nu yazmıştır.³¹

Osmanlı Döneminde kambiyo senetlerinden poliçe ve bononun emre yazılı olması gerekmektedir. Çek ise hem emre ve hem de hamile yazılı senet niteliğinde ciro olabilirdi. Bu uygulama, kıymetli evrakın kolaylıkla elden ele dolaşabilmesini sağlamıştır. Osmanlı Devleti'nde kıymetli evrakın kullanımının yaygınlaşması, yabancı tüccarlarla anlaşmazlıkların da ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu anlaşmazlıkların çözümü için de kambiyo sözleşmeleri yapılmıştır. Kambiyo sözleşmeleriyle Osmanlı Devleti ve yabancı tüccarlar arasındaki şartlar iki tarafın da kabul edeceği şartlara bağlanmıştır. İkinci Dünya Savaşından sonra oluşan ticaret düzeni yeni bir mevzuatın oluşturulmasını gündeme getirmiştir. Avrupa Birliğine üye ülkeler, Brüksel ve Lugano Konvansiyonlarını dikkate alarak 44/2001 sayılı AB Konsey Tüzüğünü düzenlemişlerdir. Bu Tüzük aynı zamanda AB üye ülkelerinin mahkemelerini de evrensel hale getirmiştir. Avrupa Birliğinin altı kurucu devleti, 27 Eylül 1968 yılında Brüksel'de Brüksel Konvansiyonu imzalayarak 22 Aralık 2000 tarihinde Avrupa Birliği Konseyi tarafından tüzük haline dönüştürülmüş, 1 Mart 2002 tarihinde de yürürlüğe konulmuştur. AB ülkeleri, kendi aralarında mahkemeleri tanıyarak ortak bir hukuk düzeni oluşturmak istemişlerdir. Osmanlı Devleti'nde ise uyuşmazlıklarda karşı ülkenin hakları öncelik teşkil etmekteydi. Türkiye hem AB hem de Osmanlı uygulamaları çerçevesinde milletlerarası yetkili mahkemeleri tanımıştır. Örneğin Türk hukukunda (gerçek) kişinin ikametgâhının sürekli kalma niyetiyle oturduğu yer olarak belirlenmesi, uluslararası hukukun bir sonucudur. İkametgâhi olmayanların veya ikametgâhi tespit edilemeyen bir şahsın “halen oturduğu yer”, ikametgâhi kabul edilmiştir.

Günümüzde poliçe, bono ve çekte ödeme yerinin gösterilmesi, “alternatif mecburî” unsur olarak kabul edilmektedir. Fakat Osmanlı döneminde bu kural yer yer uygulanmamıştır. İstanbul, dönem itibarıyla poliçe ve kambiyo piyasasının merkezi olmuştur.³² 19. yüzyılın başlarında Avrupa'ya yapılan ticarete poliçe kullanımı olağan hâle gelmiştir. Bu durum birçok arşiv belgesinden anlaşılmaktadır. Örneğin 1800 yılında İstanbul'da daha çok

³¹ Fırat Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku (4. bs, Turhan Kitabevi 1997) 365.

³² Edhem Eldem, '18'inci Yüzyılda İstanbul'da Poliçe Tedavülü ve Kambiyo Kurları Hakkında' (Türk Tarih Kurumu 1993) 1675–1676.

Avrupa ile ticaret yapan Antoni Kozerini ve Prasinho Zarahani, Avrupa'da birçok merkez ile ticaret yapabilmıştır. Hatta padişah emriyle Sadrazam tarafından tüccarlara borçlarını taksitle ödeme izni verilmiştir.³³

Osmanlı Devleti'nde poliçe kullanımı ve yabancı para üzerinden bunun keşide edilebilmesi, ticari malların satın alınmasında kolaylıklar sağlamıştır. Örneğin 1800'de Trieste'deki Osmanlı devlet donanmasına ait firkateyne kaptanlık eden Zeynel Kaptan, gemiler için paraya ihtiyacı olduğunda Lorenzo Gasparini'den para almış, kendisine İstanbul'da ödenmek üzere 15 Ocak 1800 tarihli 2 bin 250 kuruşluk poliçe kesmiştir. Bu poliçeleri Trieste'de mühürleyip verebilmiştir. Bu poliçe ödemesi, İrad-ı Cedit Hazinesi'nden yapılmıştır.³⁴ Avrupalı ünlü tüccarlardan Olasto Mavrokordato, 1820 yılında İzmir, Hocabey, Livorno, Malta ve daha başka bazı yerlerle ticaret yapabilmıştır.³⁵ Yine başka bir örnekte; 1837 yılı başlarında Tophane-i Âmire tarafından Fransa'da icat edilen insan anatomisi modellerinden iki adet sipariş edilmiş ve Osmanlı Devleti Paris Büyükelçisi Nuri, Andre R. Cottier'den 6 bin 552 frank borç almıştır. Bu borca karşılık da İstanbul'da ödenmek üzere Mart 1837 tarihli bir poliçe keşide etmiştir. Bu poliçe hazine tarafından 17 Nisan 1837 tarihinde ilgili tüccarın İstanbul'da ikamet eden ortağına ödenmiştir.³⁶

Osmanlı Devleti'nde kesilen bazı poliçelerde anlaşmazlıklar da yaşanmıştır. Bu anlaşmazlıklarda güven sağlamak adına Osmanlı hazinesi ve kadılığı, soruna çözüm bulmuştur. Örneğin Osmanlı'nın Malta Konsolosu, İzmir'e gönderilmek üzere kömür satın almış ve kömür bedeline karşılık 29 Aralık 1860 tarihinde 487 sterlin 5 şilinlik bir poliçe keşide etmiştir. Bu poliçe, alacaklı tüccar Salvator Şamiri'ye verilmiştir. Poliçenin muhatap kısmına Sayda Valisinin adı yazılmıştır. Ancak Sayda Valisi poliçe tutarını ödemeyi reddetmiştir. Poliçe parasının ödenmemesi üzerine Malta'da kömürün satın alındığı Salvator Şamiri, konsolosa protesto çekmiştir. Konsolos ise keşide ettiği poliçenin Hariciye Nezareti'nin emriyle çekilmesini örnek göstererek iddia edilen zarar ve faizin Osmanlı Devleti tarafından ödeneceğini bildirmiştir. Konsolos, poliçe bedelinin ödenmesi için Hariciye Nezareti'ne yazı yazmıştır.³⁷ Bu talep ve olay sonrası Osmanlı Devleti, kömürün bedelini ödemek zorunda kalmıştır. Osmanlı Döneminde, poliçe ile ilgili anlaşmazlıkların çözümü daha çok mahkemelerde değil de hazine veya ilgili bakanlıklarda olmuştur. Günümüzde kambiyo senetlerinde yaşanan uyuşmazlıklarda ise Türk mahkemesi yetkili olabileceği gibi yabancı bir ülke mahkemesi de yetkili kılınabilir. Türk hukukuna göre

³³ BOA.C.ADL, 34/2052.

³⁴ BOA.C.BH, 144/6937.

³⁵ BOA.C.İKTS, 39/1945.

³⁶ BOA.C.MF, 14/681; 11 M. 1253.

³⁷ BOA.HR.TO, 321/63; 21 Eylül 1861; BOA.HR.TO, 322/31; 8 Kasım 1862.

kambiyo senetleri, kıymetli evrakın bir türü olarak kabul edilmektedir. Türk Ticaret Kanunu'na göre poliçe, bono ve çekin taşınmaları gereken şekil kayıtları bellidir. Yargıtay'ın içtihatına göre de Almanya'da keşide edilen bir poliçe, Türk Ticaret Kanunu'nun öngördüğü şekil şartlarına uygun ise geçerlidir.³⁸

Osmanlı Döneminde kambiyo senetleri imzalandığında imzalayanın hangi ülke vatandaşı olduğu veya göçmen-mülteci olması sorun teşkil etmiştir. Günümüzde mültecilerin kambiyo senetleri bakımından hangi hukuka tabi olacağı Cenevre Konvansiyonlarında düzenlenmediğinden, Türkiye'de ikamet eden mülteciler, Türk hukukuna göre işlem görmektedir. 1951 yılında imzalanan Mültecilerin Hukukî Durumuna İlişkin Sözleşme genel olarak dikkate alınmaktadır. Bu sözleşmeyi Türkiye de imzalamıştır.³⁹ Osmanlı Devleti'nde olduğu gibi günümüzde Türkiye de en fazla göç alan ülkelerdendir. Osmanlı Devleti, göçmenler ve mültecilerin ticaret hukuku açısından değerlendirilmesinde örnek davaları dikkate alırken günümüzdeki davalarda ise uluslararası hukuk oldukça yol göstericidir.

V. TÜRK TİCARET HUKUKUNDA ÖRFİ TEAMÜLDE OSMANLI ETKİSİ

Günümüz ticaret hukukunda kambiyo, “para ya da para yerine geçen belgelerin değiştirilmesi” olarak tanımlanabilir. Türk Ticaret Kanunu'na göre kambiyo senetleri; çek, bono ve poliçe olarak sıralanmaktadır. Osmanlı Devleti Döneminde başlayan kambiyo sözleşmeleri ve sonrasında şekillenen Türk ticaret hukuku, genel olarak örf ve adetler ile İslam hukukunu da dikkate almıştır. Osmanlı Devleti'nde ilan edilen Mecelle'nin 45'inci maddesinde “örf ile tayin nass ile tayin gibidir” denilerek örfi hukuka vurgu yapılmıştır.⁴⁰ Mecelle'nin 36'ncı maddesinde de “Adet muhakkemdir. Yani hükmi şeriyi ispat için örf ve âdet hakem kılınır.” ifadesiyle töreye vurgu yapılmıştır. Bu anlamda Osmanlı, her ne kadar Batı'dan etkilenmişse de kendi töre hukukunu da ticari işlemlerde kullanmıştır.⁴¹ Osmanlı Döneminde kanunnamelerde de öncelikle örfi hukukun dikkate alındığını söyleyebiliriz. Günümüzde de Ticaret Kanunu'nun 2'nci maddesinde bir bölgeye veya ticaret dalına özgü ticari örf ve adetlerin genele göre üstün olacağı, taraflar arasında bölgesel farklılık olması halinde ise ifa yerindeki ticari örfün dikkate alınması hükmü vardır. Yani aslında bölgelerin alışkanlıklarının ticaret hukukunda dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir. Bu anlamda Osmanlı Devleti ile Türkiye Cumhuriyeti arasında

³⁸ Bu karar için bkz. Yargıtay 11. HD, E. 1976/3063, K. 1976/3106, T. 10.6.1976 (Kazancı İctihat ve Mevzuat Tarama Programı).

³⁹ Bu Sözleşme için bkz. Resmî Gazete 05.09.1961- 10898.

⁴⁰ M Akif Aydın, Osmanlı Hukuku (İSAM 2020) 62.

⁴¹ Sadri Maksudi Arsal, Hukukun Umumi Esasları I (Ankara Hukuk Fakültesi 1937) 42-43.

töre hukuku anlamında bir benzerlik olduğunu söylemeliyiz. Osmanlı Devleti kambiyo sözleşmelerini Batı'dan örnek almakla birlikte çoğu Batı ülkesinde örfi hukukun dikkate alınmadığını biliyoruz. İsviçre Borçlar Kanunu buna örnektir. Almanya'da ise tıpkı Osmanlı ve Türkiye Cumhuriyeti'ne benzer bir durum söz konusudur. Yine Anglo-Sakson hukukunda da örf ve adetler ön plana çıkmaktadır. Hem Osmanlı'da hem de Türkiye Cumhuriyeti'nde ticaret hukukunda örf ve adetlerin öncelikli olması, tüccarların değişime bağlı olarak kendi menfaatlerine uygun kurallara daha kolay uyum sağlamasıyla da ilgilidir.⁴² Konulan kanun bazen zamanla ihtiyaçları karşılamadığı gibi yeni durumların oluşmasına bağlı olarak anlaşmazlıklara çözüm de bulunamayabilir. Osmanlı Devleti'nde kambiyo sözleşmeleri her ne kadar imzalanmış olsa da tüccarların karşılaştığı sorunlara bağlı olarak bazen yazılı kurallar yerine örfi uygulamalar ile daha kolay çözüme ulaşılabilmektedir. Uluslararası Ticaret Hukukuna göre de, *lex mercatoria*, yani öncelikle ticari örfler dikkate alınarak anlaşmazlıklar çözüme kavuşturulmaktadır.⁴³ BM'nin Uluslararası Mal Satımına İlişkin Sözleşmelerinde de yine örfi hukuka vurgular yapılmaktadır. Uluslararası Tahkim Mahkemelerinde de yine teamüller ve uygulamada yazılı olmayan kurallar da dikkate alınmaktadır. Osmanlı Devleti'nde Mecelle Kanunu'nun 36-45'inci maddelerinde ticaret hukukunda örfi hukukun kullanılması düzenlenmiştir. Günümüzde Borçlar Kanunu'nda teamül ifadesiyle örf ve adetler kastedilmektedir. Kaldı ki Osmanlı Devleti de kambiyo sözleşmeleri imzaladıktan sonra Batılı tüccarlar ile ilk zamanda bu teamüller konusunda anlaşamamıştır. Batılı tüccarlar kestikleri poliçelerde Türk örfi hukukunun temel kaidelerini dikkate almadıklarından anlaşmazlıklar mahkemelere intikal etmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti'nde yeni ticaret kanunu yapılırken Avrupa'dan örnekler dikkate alınsa da Osmanlı Dönemindeki uygulamalar ve toplumda değişen örfi kurallar da ticaret kanunu içerisinde geçerli kılınmıştır. Yine günümüzde 2018 yılında yürürlüğe giren 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde yazılı olmayan hukuk kuralları ile örf ve adetlerin, eski hukuk kaynaklarının araştırılmasına dair Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı görevlendirilmiştir. Bu görevlendirme ile çözümsüzlüklerin sonuçlandırılmasında eski uygulamalardan örfi hukuk kurallarına göre teamüller toplanarak yayınlanacak ve ilgililerin kullanımına sunulacaktır. Adalet Bakanlığı bunu yaparken her bölgenin ticaret odalarının verilerinden faydalanarak aslında bölgesel anlamda bir teamül hukukunu da derlemektedir. Bu uygulamanın benzerlerini Osmanlı Devleti'nde de görmek

⁴² Erol Ulusoy, *Ticari Örf ve Adet* (Türkmen Kitabevi 2011) 69–70.

⁴³ Tolga Ayoğlu, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak Lex Mercatoria* (2. bs, Vedat Kitapçılık 2011) 163–164.

mümkündür. Osmanlı Devleti'nde de bölgede görülen davalarda uygulamalar ilgili ticaret erbablarına sorularak çözüm bulunmaya çalışılmıştır. Kadı sicilleri bu bakımdan kaynak olarak da kullanılmıştır. Günümüzde mahkemeler de bölgesel anlamda ticaret odalarından görüş alarak bazı davalarda karar mekanizmasını daha hızlı işletebilme imkânına sahiptirler. Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği bu anlamda ticaret hukuku açısından 596 adet kararı toplayarak erişime açmıştır.⁴⁴ Bu örnekler ile Osmanlı Dönemindeki kadı sicillerinin birbirine benzer amaçlar taşıdığı söylenebilir.

Osmanlı Devleti'nin kambiyo sözleşmeleri ile Avrupa'yla ekonomik uyumu, zaman zaman bazı krizler döneminde ekonomik zorluklara neden olmuştur. Osmanlı kambiyo sözleşmeleri sonrasında dünyada değişen para politikaları ticaret hukukunda da değişime yol açmıştır. Dünyada 1870-1930'lar arasında Altın Para Standardı Dönemi, 1930-1944 yılları arasında Büyük Buhran Dönemi, 1944-1973 yılları arasında Bretton Woods Sistemi Dönemi ve sonrasında Dalgalı Kur Sistemi genel olarak küresel ekonominin oluşmasına neden olduğu gibi küresel bir ticaret hukukunun oluşmasına da imkân vermiştir. Osmanlı Devleti'nde kambiyo sözleşmeleriyle bir bakıma kendi para biriminin değerini koruması, ticaretin kolaylaşması, borç para alımının hızlanması amaçlanmıştır. Fakat bu durum süreli bir dönemde gerçekleşmiştir. Osmanlı Devleti'nde 1850'lere kadar ticaret daha çok mal değişimine göre şekillenmiştir. Kambiyo sözleşmeleri bir bakıma yabancı sermayenin Osmanlıya ilgi göstermesine de neden olmuştur.⁴⁵ Yabancı sermayenin ülkeye girmesi, doğal olarak ticaret hukukunda o yabancı vatandaşların vatandaşı olduğu ülkenin hukukunun anlaşmalara girmesine vesile olmuştur.⁴⁶

Genel olarak Osmanlı Devleti'nin Batı ile ticaretinin gelişmesi kıymetli evrakın kullanılmasına, ticaret hukukunda yeni düzenlemelere, tüccarlar ile devletin iş birliği imkânlarının kanunlaşmasına neden olmuştur. Bu dönemdeki anlaşmalar ve sözleşmeler önce ilk Cumhuriyet Döneminde, sonrasında da Soğuk Savaş bitiminde uluslararası ticaret hukuku düzenlemelerinde örnek alınmıştır. Türkiye, genel olarak örf ve adetlerin bölgesel farklılıkların hukuka göre karar almalarında etkisini artırmaya yönelik düzenlemelere önem vermiştir. Osmanlı Devleti'nin uygulamaları günümüz ticaret hukukunun biçimlenmesine ve uygulamalarına da örnek olmuştur.

⁴⁴ <http://sanayi.tobb.org.tr/orfl.php> (01.05.2022).

⁴⁵ Yahya Sezai Tezel, Cumhuriyet Döneminin İktisadi Tarihi, 1923-1950 (Yurt Yayıncılık 1982) 81; V Necla Geyikdağı, Osmanlı Devleti'nde Yabancı Sermaye 1854-1914 (Bahar Vural ed, Hil Yayın 2008) 91.

⁴⁶ Erol Ortabağ, Osmanlı İmparatorluğu'nda Bankacılığın Gelişimi ve Regülasyon (Türkiye Bankalar Birliği 2018) 42.

SONUÇ

Osmanlı Devleti'nde 18. yüzyılın ikinci yarısından itibaren ticaretle poliçe yaygın olarak kullanılmaya başlanmıştır. İstanbul ise ticaret merkezi olması yanında poliçelerin değiş-tokuşunun yapıldığı merkez haline gelmiştir. Batılı tüccarlar İstanbul'da poliçe değişimi veya ödemesi yaparak yurt dışında geçerli kambiyo sözleşmelerinin yapılmasını sağlamışlardır. Bu sözleşmeler ile bazı ülke poliçelerinin Osmanlı Devleti'nde geçerli olması sağlanmış veya Osmanlı poliçelerinin Avrupa'da geçerliliği güvence altına alınmıştır. Kambiyo sözleşmeleri, devletler arasında kullanılan ticarî senetlerin uyumlu hâle getirilmesini sağlamıştır. Osmanlı Devleti ile Avrupa ülkeleri arasında ticari ilişkiler 1889'da Uruguay'ın başkenti Montevideo'daki kongrede Milletlerarası Ticaret Hukuku Konvansiyonunun kabul edilmesinde de etkili olmuştur. Ticaret hukukunda gelişmeler 1912'de 27 devletin katılımıyla ikinci Lahey Konferansında kambiyo senetleriyle ilgili uyum sözleşmesinin imzalanmasını hızlandırmıştır. Türkiye de sözleşmeyi imzalayan ülkelerdendir. Bu sözleşme, Birinci Dünya Savaşı'nın çıkmasıyla geçerliliğini yitirmiştir.

Osmanlı Devleti'nde ticaretle özellikle Almanya, Avusturya, Hollanda, Fransa ve İngiltere'yle ilişkiler ön planda olmuştur. Bu ülkeler ile poliçelerin tanınması konusunda bir teamül oluşmuştur. Osmanlı Devleti, Darbhane-i Âmire ile kambiyo istikrarını sağlamaya çalışmıştır. Yabancı ülkelere keşide edilen poliçelerin yabancı para karşılıkları belirlenmiş, bu amaçla tüccarlara poliçe keşide ettirilmiştir. Ticaretle kıymetli evrakın kullanılmasıyla kambiyo sözleşmeleri de imzalanmıştır. Osmanlı Devleti, İstanbul'da ikamet eden çeşitli ülke tüccarlarıyla Darbhâne-i Âmire'nin teminatıyla 1838 yılında ilk defa poliçeyle ilgili bir sözleşme imzalamıştır. Bu sözleşme hukuki açıdan önemlidir; çünkü Avrupalı tüccarlar doğrudan Darbhane-i Âmire ile sözleşme yapmamış, Osmanlı Devleti'ni temsilen bir sarrafla sözleşme yapmışlardır. Yabancı tüccarların Darphane'nin kefaletini istemeleri ve sözleşmede Padişahın onayının alınması devlet garantisi altında bir ticaret olduğu kanaatini oluşturmaktadır.

Osmanlı Devleti'nde yabancı paraların geçerli olmasıyla bunların değerlerinin neye göre belirleneceğine dair tartışmalar yaşanmıştır. Bu tartışmalara çözüm için de yeni kambiyo sözleşmeleri imzalanmıştır. Poliçenin sıkça kullanılmasıyla döviz fiyatları sürekli artmış, Osmanlı Devleti de buna çare olarak yeni önlemler almıştır. Maliye Müşiri Safveti Paşa ve Darbhane-i Âmire Nazırı Tahir Bey bu süreçte önemli rol oynamışlar, Avusturya uyuğundan Baltazzi ve Fransa uyuğundan Alleon isimli tüccarlar arasında, 29 Mayıs 1843 tarihinde iki yıl süreli kambiyo sözleşmesi imzalanmıştır. Bu sözleşmelerle yabancı paraların değeri 2 yıl süreyle sabit kalmıştır. Böylece Osmanlı Devleti, 1843-1845 yıllarında döviz kuru açısından sıkıntı yaşamamıştır.



Avrupa'da 1848'de yaşanan karmaşa nedeniyle kıymetli evrakın karşılıksız çıkması yaygınlaşmıştır. Bu karmaşaya karşı hukuken düzen getirilmesi için 1849'da Dersaadet Bankası kurulmuştur. Osmanlı Devleti, bu banka sayesinde 1852 yılına kadar kıymetli evrakın kullanımında hukuken sorun yaşamamıştır. Dersaadet Bankası üzerinden 1849-1852 yıllarında Viyana, Marsilya, Paris ve Londra'ya 2 milyar 406 milyon 415 bin 288 kuruşluk poliçe keşide edilmiştir. Bu miktarın yaklaşık %76'sı İngiltere'ye çekilen poliçelerdir. Bu bankanın kapanması poliçelerde yeniden sorunlar yaşanmasına neden olmuştur. Buna çözüm için 1859 yılında Galata Bankerlerin kurduğu Şirket-i Maliye ile Osmanlı Hükümeti arasında bir kambiyo sözleşmesi imzalanmıştır. Osmanlı Hükümeti adına Maliye Nazırı Hasip Paşa, şirket adına Camondo, Zarifi ve Aristidi Baltazzi adına Tubini sözleşmeyi imzalamıştır. 10 yıl geçerli olan bu sözleşme, 1863 yılında Osmanlı Bankası'nın Merkez Bankasına dönüştürülmesiyle feshedilmiştir. Osmanlı Merkez Bankası, bundan sonra kıymetli evrakın kontrolünde tek yetkili olmuştur.

Osmanlı Ticaret Hukuku, günümüzde Türk Ticaret Kanunu'nun oluşmasına referans oluşturmuştur. Osmanlı Devleti'nde kullanılan poliçe, bono ve çek gibi kambiyo senetleri günümüzde de ticarete geçerli evraklardır. Türkiye'nin ticaret hukuku, Cenevre Konferansları ile 7 Temmuz 1930 tarihinde kabul edilen "Poliçe ve Bonolar Hakkında Cenevre Yeknesak Kanunu", "Poliçe ve Bonolara İlişkin Bazı Kanunlar İhtilâfının Çözümüne Dair Cenevre Konvansiyonu" ve "Poliçe ve Bonolara İlişkin Damga Resmi Kanunlarına Dair Konvansiyon" dikkate alınarak yazılmıştır. Türkiye, Cenevre Konvansiyonlarını imzalamıştır. İsviçre Borçlar Kanunu, genel olarak birçok ülkenin örnek aldığı bir kanun olmuştur. Türkiye de bu kanunu uyarlamıştır. Türkiye'nin uluslararası hukuk bağlamında dönüşümü Avrupa Birliğine uyum sürecinde hızlanmıştır. 22 Aralık 2000 tarihinde Avrupa Birliği Konseyi tarafından tüzük haline dönüştürülen Brüksel Konvansiyonunu Türkiye açısından önemli hukuk içtihatıdır.

Bununla birlikte, Osmanlı Devleti döneminde başlayan kambiyo sözleşmeleri, Mecelle ve sonrasındaki Türk Ticaret Hukukunda genel olarak örf ve adetler de dikkate alınmıştır. Bir diğer ifadeyle, Osmanlı Devleti her ne kadar ticari işlemlerde Batı'dan etkilenmişse de kendi töre hukukunu da uygulamıştır. Nitekim aynı benzer uygulama günümüzde de devam etmektedir. Nitekim Ticaret Kanunu'nun 2. Maddesinde bir bölgeye veya ticaret dalına özgü ticari örf ve adetlerin genele göre üstün olacağı, taraflar arasında bölgesel farklılık olması halinde ise ifa yerindeki ticari örfün dikkate alınması hükmü bulunmaktadır. Batı hukukunda ise bu durum farklılık göstermektedir. İsviçre hukukunda örf ve adetlere yer verilirse de Alman ve Anglo-Sakson ticaret hukukunda örf ve adetler ön plana çıkmaktadır. Özetle, Batılı devletlerin ticaret hukukundan etkilenen Osmanlı Devleti'nin uygulamaları, günümüz ticaret hukukunun da biçimlenmesinde önemli bir rol oynamıştır.

KAYNAKÇA

Arşiv Kaynakları

BOA: Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi

Diğer Kaynaklar

Al H, *Osmanlı Devleti'nde Kambiyo İstikrarı Uygulaması (1839-1863)*, (1. Baskı, Birleşik Yayınevi 2011).

Arsal SM, *Hukukun Umumi Esasları* (Ankara Hukuk Fakültesi 1937).

Aydın, M. A., *Osmanlı Hukuku*, (İSAM Yayınları, 2020).

Ayoğlu T, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak Lex Mercatoria* (2. bs, Vedat Kitapçılık 2011).

Çakıcı M, '19. Yüzyılda Osmanlı Devleti'nde Kıymetli Evrakların Hukuki ve İktisadi İşlevleri' (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019).

Ekşi N, *Cases and Materials on the Eu Private International Law* (1. Baskı, Legal Yayıncılık 2006).

Eldem E (F), *Osmanlı Bankası Tarihi* (Ayşe Berktaş tr, Osmanlı Bankası Tarihi Araştırma Merkezi 1999).

Eldem E, '18'inci Yüzyılda İstanbul'da Poliçe Tedavülü ve Kambiyo Kurları Hakkında' (Türk Tarih Kurumu 1993). 1671-1684.

Geyikdağı VN, *Osmanlı Devleti'nde Yabancı Sermaye 1854-1914* (Bahar Vural ed, Hil Yayın 2008)

Kazgan H, *Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Türk Bankacılık Tarihi* (Alpay Kabacalı ed, Türkiye Bankalar Birliği 1997).

Kenanoğlu MM, *Ticaret Kanunnâmesi ve Mecelle Işığında Osmanlı Ticaret Hukuku* (1. Baskı, Lotus Yayınevi 2005).

Kılınç A ve Karakaya H, Batılı Devletlerin Karma Ticaret Mahkemelerinde Mecelle'nin Uygulanmasına Yönelik Eleştirilerin Değerlendirilmesi, 2022, 2(1) Kırıkkale Hukuk Mecmuası, 59-89.

Koyuncu N, 'Osmanlı Devleti'nde Sarrafların Mültezimlere Kefilliği' (2016) 5 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 295-326.

Ortabağ E, *Osmanlı İmparatorluğu'nda Bankacılığın Gelişimi ve Regülasyon* (Türkiye Bankalar Birliği 2018).

Örf Adet ve Teamül Kararları Arama: <http://sanayi.tobb.org.tr/orfl.php>
(01.05.2022).

Öztan F, *Kıymetli Evrak Hukuku* (4. bs, Turhan Kitabevi 1997).

Pamuk Ş, *Osmanlı İmparatorluğu'nda Paranın Tarihi* (3. bsk, Tarih Vakfı Yurt Yayınları 2002).

Resmî Gazete: 05.09.1961- 10898.

Serdaroğlu ÜS, 'Osmanlı Devleti'nde İlk Banka: Dersaadet Bankası ve Poliçe İşlemleri' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü 2011).

Şenyurt A, '18 ve 19. Yüzyıllarda Osmanlı Devleti'nde Poliçe Kullanımı ve Poliçeci Esnafı' (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü 2016).

Tezel YS, *Cumhuriyet Döneminin İktisadi Tarihi, 1923-1950* (Yurt Yayıncılık 1982).

Ulusoy E, *Ticari Örf ve Adet* (Türkmen Kitabevi 2011).

7223 SAYILI KANUN KAPSAMINDA ÜRÜN SORUMLULUĞU KAVRAMINA GENEL BİR BAKIŞ

*A General View to the Concept of “Product Responsibility”
in the Scope of Law No 7223*

Seda BAŞ*

Özet

Ürün sorumluluğu, üründeki hata nedeniyle bir zarar meydana gelmesi durumunda üreticinin tazmin yükümlülüğünü ifade eden bir kavramdır. Ürün sorumluluğuna neden olabilecek olaylar, çok halkalı zincirlerden oluşur. Bu zincirin ilk halkası, ürünü üreten veya piyasaya süren kişidir. Zincirin diğer halkasını satıcı oluştururken genellikle son halka tüketicidir. Ancak, zarar gören her durumda tüketici değildir; üründeki hata nedeniyle üçüncü kişiler de zarar görebilir. Bu sebeple, zarar görenin her zaman sözleşmeye dayanarak zararını karşılaması mümkün olmayabilir. Zarar görenin üçüncü kişi olması, üreticinin sorumluluğuna engel olmaz. Ürün sorumluluğu, bu gibi istenmeyen olumsuz durumları bertaraf etme amacına hizmet etmektedir. Dolayısıyla ürün sorumluluğu ile, üreticinin, aralarında sözleşme ilişkisi bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, üründeki hata nedeniyle zarara uğramış olan herkese karşı sorumluluğu ifade edilmektedir.

Pozitif hukukumuzda, ürün sorumluluğuna ilişkin açık bir kanuni düzenleme, 7223 sayılı Kanun'a kadar bulunmamaktaydı. 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu, 5 Mart 2020 tarihinde kabul edilerek Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Bu çalışmada, yeni bir hukuki düzenleme olması sebebiyle, ürün sorumluluğu kavramının genel bir bakış açısıyla incelenmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar kelimeler: Ürün sorumluluğu, hatalı ürün, güvenli ürün, üreticinin sorumluluğu, 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu.

Abstract

Product liability is a concept that expresses the compensation responsibility of the producer when the damage occurs due to the fault in the product. The events that may result in product liability consist of multi-link chains. The first link in this chain is the person who produces or puts the product on the market. While the seller is creating the other link of the chain, the last link is usually the consumer. However,

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 02.06.2022*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 06.09.2022*

* Arş. Gör., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk ABD, yildizs@cu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-5382-2663>



it is not always the consumer who suffers; Third parties may also be harmed due to faults in the product. The fact that the injured person is a third party does not prevent the responsibility of the manufacturer. The product liability serves the purpose of eliminating such undesirable negative situations. Therefore, the product liability refers to the responsibility of the manufacturer to anyone who has suffered damage due to a fault in the product, regardless of whether there is a contractual relationship between them.

In our positive law, the legal regulation about the product liability had been absent until the Law No. 7223. Numbered 7223 The Law on Product Safety and Technical Regulations adopted on 5/3/2020 and published in the Official Gazette. In this study, by virtue of being a new legal regulation, it's aimed to examine the concept of product liability with a general perspective.

Keywords: Product liability, defective product, safe product, responsibility of producer, numbered 7223 the Law on Product Safety and Technical Regulations.

GİRİŞ

Sanayi devrimiyle birlikte teknolojinin gelişmesi ve günümüz dünyasında sınırların ortadan kalkması nedeniyle, üretim alanında, çoğunlukla uluslararası dev şirketler önemli bir aktör haline gelmeye başlamıştır. Üretim büyük bir çoğunluğunu elinde bulunduran bu dev şirketler, seri üretim yaparak dünyanın her tarafına ürünlerini ulaştırmakta ve tüketicilere sunmaktadır. Seri üretimin bir sonucu olarak piyasaya birçok hatalı ürün sunulmakta ve bu ürünlerden çok sayıda insan zarar görmektedir. Söz konusu zarar, tüketicinin malvarlığının eksilmesine, vücut bütünlüğünün ihlaline ve hatta ölüme dahi neden olabilmektedir.

Piyasaya sunulan hatalı ürünlerin kişilere verdikleri zararlardan kimin sorumlu tutulacağı hususu önem arz etmektedir. Bu sorumluluğun kime/kimlere ait olduğunun tespiti kadar sorumluluğun kanuni dayanağı, hukuki niteliği, sorumluluğun kapsamı ve hangi şartlar altında tazminat talep edilebileceği gibi birçok hukuki sorun tüketici açısından çözüme kavuşturulması gereken konulardandır.

Araştırmanın konusu, üreticinin piyasaya sunduğu hatalı mallardan kaynaklanan zararı giderim yükümlülüğünü ifade eden ürün sorumluluğudur. Bu konu, teknolojik gelişmeler karşısında her geçen gün artan bir öneme sahip olmasına rağmen Türk hukukunda hak ettiği değeri görememiştir.

Ürün sorumluluğu konulu bu çalışmada ilk olarak kavramın neyi ifade ettiği açıklanacaktır. Bu kapsamda öncelikle terminoloji sorunu üzerinde durulacaktır. Türk hukukunda ürün sorumluluğunun tarihsel gelişimini anlamak için yabancı hukuklardaki kanunlaşma hareketlerinin de incelenmesi gerekir. Daha sonra kavramın tarihi gelişim süreci hakkında bilgi verilerek kanuni düzenlemelere yer verilecektir. Ürün sorumluluğunun hukuki niteliği konusuna değinildikten sonra sorumluluğun şartları üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda “ürün”, “güvenli olmayan ürün” gibi konu bakımından önem arz eden kavramların anlamları tespit edilmeye çalışılacaktır.

Son olarak ürün sorumluluğu, karıştırılması muhtemel sorumluluk türlerinden ayrılmalıdır. Bu kapsamda ayıptan sorumluluk ve garanti sorumluluğundan farkları ortaya konulacaktır.

I. ÜRÜN SORUMLULUĞU KAVRAMI

Ürün sorumluluğu kavramı, genel olarak, üreticinin piyasaya sunduğu ürünün güvenli olmamasından dolayı meydana gelen zararı tazmin yükümlülüğünü ifade eder¹. Ürün sorumluluğunu doğuran olgu, “üretilen ve piyasaya sunulan hatalı ürün”dür². Ürünün hatalı olması, ürünün güvenli olmaması demektir³; bir başka ifadeyle, ürünün güvenli olmasını etkileyen bir

¹ Hartwig Sprau, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch* (77. Bası, 2018) 3024; Andreas Furrer, “Produktesicherheit, Produkthaftung und technische Normung”, *Produktsicherheit und Produkthaftung - Neue Herausforderungen für schweizerische Unternehmen*, Herausgeber: Fellmann, Walter/Furrer, Andreas (Stämpfli Verlag, Bern 2011) 1,16; Ayşe Havutçu, *Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu* (Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005) 21; Çiğdem Kırca, *Ürün Sorumluluğu* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2007) 1; Zeynep Derya Tarman, “Türk Hukukunda İmalatçının Sorumluluğuna Genel Bir Bakış” (2007) LXV (2) *İÜHF*, 299, 299-300; Tuba Karaman, “Üreticinin Sorumluluğu” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009), Ankara 2009, 205, 296; Kerem Cem Sanlı ve Yeşim Atamer, “Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden İmalatçının Kusursuz Sorumluluğuna Dair Bir Değerlendirme”, *Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan* (Der Yayınları, İstanbul 2012) 769, 769; Tamer İnal, *Tüketici Hukuku* (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014) 390-391; Mustafa Alper Gümüş, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C I (Madde:1-46)* (Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014) 105; İ. Yılmaz Aslan, *Tüketici Hukuku*, (5. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2015) 214; Emrah Kulaklı, *Ürün Sorumluluğu ve Ayıp Kavramı* (XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2009) 5-6; Turgut Öz, “Üreticinin Sorumluluğu” (6) 6 (2) *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7, 7; Orhan Ersun Civan, “İş Sağlığı ve Güvenliğinde Üreticinin (İmalatçının) Yükümlülüğü ve Sorumluluğu”, *Prof. Dr. Sarper Sözek’e Armağan, C II* (Beta, İstanbul 2011) 2031; Meliha Sermin Paksoy ve Gizem Arslan Demir, “Üreticinin TBK m 71 Kapsamında Sorumlu Tutulması” (2013) LXXI (2) *İÜHF*, 299, 302; Betül Tiryaki, “Avrupa Konseyi’nin 25.7.1985 Tarihli Direktifi’ne Göre Üreticinin Sorumluluğunun Şartları ve Tüketicinin Korunması Mevzuatı ile Mukayesesi” (2006) 55 (2) *AÜHFD*, 229, 230-231; Oğuz Sadık Aydos, “Ürün Sorumluluğu Risk Kontrolü” (2013) XVII (1-2) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1785, 1786; Akın Ünal ve Arif Kalkan, “Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğu Üzerine Olan ve Olması Gereken Hukuka Dair Genel Düşünceler” (2019) (39) *TAAD*, 45, 63.

² Gümüş, Şerh (n 1) 105.

³ Burada önemle ifade etmek gerekir ki, “hatalı ürün” kavramı, ürün sorumluluğu bakımından “güvenli olmayan ürün”ü ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Hata ürünün ayıplı olmasına da neden olabileceğinden, hatalı üründen sorumluluk denildiğinde, TBK, TKHK ve TTK hükümleri kapsamında ayıplı maldan sorumluluk da akla gelebilir. Bu kapsamda düşünüldüğünde, her hatalı ürünün güvenli olmadığı şeklinde bir genelleme yapmak doğru olmaz. Ancak her güvenli olmayan ürün hatalı üründür ve ürün sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Güvenli olmayan ürünü ifade etmek üzere 7223 sayılı Kanun’da “uygunsuzluk” terimi tercih edilmiştir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için, bkz. Yıldırım Keser, *Ürün Sorumluluğu* (Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021) 63 vd.



eksiktir⁴. Ürünün güvenli olmaması nedeniyle ortaya çıkan zararlar için, doktrinde, “ayıba refakat eden zarar”, “ayıbı takip eden zarar” kavramları da kullanılmaktadır⁵.

Ürün sorumluluğu, üründen beklenen haklı güvenlik gereklerinin karşılanamaması sebebiyle, ürün dışındaki şahıs ve malvarlığı değerleri üzerinde meydana gelen zararın tazminini hedefler⁶. Burada zarar görenin edim menfaatine kavuşmasını sağlamak amaçlanmaz. Ürün sorumluluğu ile ulaşılmak istenen amaç, üreticinin / imalatçının, üründeki hatanın başkalarının bütünlük değerlerine verebileceği zarar riskini üstlenmesini sağlamaktır⁷. Üründeki hatanın sebep olabileceği zarar riskleri; yaralanma, ölüm ya da malvarlığında bir hasar meydana gelmesi şeklinde ortaya çıkabilir⁸. Söz konusu zarar riskleri, öncelikle ürünün alıcısı/kullanıcısı olan kişiler için muhtemeldir. Diğer yandan ürünle teması olan ya da ürünle hiçbir ilgisi olmayan üçüncü kişilerin de zarar risklerinden etkilenmesi mümkün olabilir⁹. Ürünle teması olan kişilerden maksat, alıcının etki ve egemenlik alanında bulunan kişilerdir¹⁰. Bu kapsamda üreticinin ürünün yarattığı risk alanına dahil edilebilecek olan herkese karşı sorumlu olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır¹¹.

Ürün sorumluluğuna neden olabilecek olaylar genellikle çok halkalı zincirlerden oluşmaktadır. Zincirin ilk halkasını ürünü üreten ve piyasaya

⁴ Havutçu (n 1) 21-22; Cevdet Yavuz, “Tüketicinin Korunması Bakımından İmalatçının (Ürün) Sorumluluğu”, *Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan*, (Filiz Kitabevi, İstanbul 2013) 1316, 1316; Gümüş, Şerh (n 1) 105; Burcu G. Özcan Büyüktanır, “Tüketicilerin ve Üçüncü Kişilerin Ayıplı Satılanın Kullanılması Nedeniyle Ortaya Çıkan Bedensel Bütünlük İhlali Halinde Manevi Zararlarının Tazmini” (2018) 67 (3) AÜHFED, 495, 503.

⁵ Yavuz (n 4) 1316; Önder Canpolat, ‘Üretici ve Sorumluluğu’ (2013) 2, ABD, 369, 377; Tiryaki (n 1) 231.

⁶ Pierre Widmer, “Produktehaftung - Konzept und Umsetzung”, *Produktsicherheit und Produkthaftung - Neue Herausforderungen für schweizerische Unternehmen*, Herausgeber: Fellmann, Walter/Furrer, Andreas (Stämpfli Verlag, Bern 2011) 101, 107; Hans-Joachim Hess, *Produktheftung – Produktesicherheit* (Schulthess Verlag, Zürich 2021) 20; Bilge Öztan, *İmalatçının Sorumluluğu* (Turhan Kitabevi, Ankara 1982) 21; Şebnem Akipek, “Bedensel Zararların Tazmini Kapsamında Tüketici Hukuku Yönünden Ürün Sorumluluğu”, *Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini*, Cilt II (Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2016) 23, 23; Keser (n 3) 3.

⁷ Havutçu (n 1) 22; Kırca (n 1) 153; Yavuz (n 4) 1317; Gümüş, Şerh (n 1) 105- 106; Erhan Kanişlı, “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu” (2020), 78 (3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1413, 1421.

⁸ Kırca (n 1) 153 vd; Aslan (n 1) 214; Gümüş, Şerh (n 1) 107; Oğuz Sadık Aydos, *Ürün Sorumluluğu* (Adalet Yayınevi, Ankara 2009) 176 vd; Kulaklı (n 1) 20.

⁹ Yavuz (n 4) 1317; Sanlı ve Atamer (n 1) 782; Gümüş, Şerh (n 1) 107; Kulaklı (n 1) 5-6; Tuba Akçura Karaman, *Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu* (Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008) 313; Akipek (n 6) 24.

¹⁰ Yavuz (n 4) 1317.

¹¹ Havutçu (n 1) 22.

süren üretici oluşturmaktadır. Üretici, bir ara satıcıyla ürünü satmak ve pazarlamak amacıyla sözleşme yapar. Ara satıcı zincirin ikinci halkasını oluşturmaktadır. Bir diğer halkayı ise ara satıcıdan ürünü satın alan alıcı oluşturmaktadır. Burada alıcı konumundaki kişi, tüketicidir. Görülmektedir ki, üretici ile tüketici arasında, esasen, bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır¹². Alıcı açısından üründeki hata durumunda sadece satıcıya başvuru imkânı, zararın tazmin edilmesi bakımından her zaman tatmin edici olmayabilir. Diğer yandan zarar görenin her zaman üretici ile sözleşme ilişkisi içinde olması gerekmez¹³. Sözleşme ilişkisi içinde olmayan üçüncü bir kişi de üründen zarar görebilir. Zarar görenin üçüncü kişi olması, üreticinin sorumluluğuna engel değildir¹⁴. Ürün sorumluluğu, bu gibi istenmeyen olumsuz durumları bertaraf etme amacına hizmet etmektedir. Dolayısıyla ürün sorumluluğu ile, üreticinin, aralarında sözleşme ilişkisi bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, üründeki hata nedeniyle zarara uğramış olan herkese karşı sorumluluğu ifade edilmektedir¹⁵.

A. Terminoloji Sorunu

Ürün sorumluluğu konusunda yeknesak bir terminolojinin olduğunu söylemek mümkün değildir. Alman ve İsviçre hukukunda “ürün sorumluluğu” (*Produkthaftung*) veya “üreticinin sorumluluğu” (*Produzentenhaftung*) terimleri yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. Türk hukukunda ise karşımıza “imalatçının sorumluluğu¹⁶”, “üreticinin sorumluluğu¹⁷”, “yapımcının sorumluluğu¹⁸”, “ürün sorumluluğu¹⁹” gibi çeşitli kavramlar çıkmaktadır. Doktrinde, sorumluluğun süjesini ön plana çıkaran terimlerin kullanıldığından

¹² Ingeborg Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (6. Bası, Basel 2012) 392, Rn 53.31; Tarman (n 1) 301; Aslan (n 1) 214; Ayşe, Köseyener, “Akit Dışı Sorumluluğa Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma-II Tüzüğü Tasarısında ‘Ürünlerden Doğan Sorumluluk’” (2004) I ABD, 149, 169; Aydos, Risk Kontrolü (n 1) 1787; Tiryaki (n 1) 232; Civan (n 1) 2033.

¹³ Damla Özden Çelt, “Ürün Sorumluluğunda Yaşanan Güncel Gelişme: 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu” (2021) 7 (1) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 73, 86; Ünal ve Kalkan (n 1) 64-65.

¹⁴ Havutçu (n 1) 107; Çelt (n 13) 86.

¹⁵ Akçura Karaman (n 9) 312; Karaman (n 1) 296; Yeşim M. Atamer ve Gökçe Kurtulan Güner, “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile İmalatçının Sorumluluğu Konusu Türk Hukuku Açısından Çözölmüş Müdür?”, (2021) 70 (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 543, 544.

¹⁶ İmalatçının sorumluluğu terimi için, Tarman (n 1) 299 vd; Yavuz (n 4) 1316 vd; Canpolat (n 5) 377 vd.

¹⁷ Üreticinin sorumluluğu terimi için, Havutçu (n 1) 17 vd; Öz (n 1) 7 vd; Karaman (n 1) 295 vd.

¹⁸ Yapımcının sorumluluğu terimi için, Fulya Erlüle, “Yapımcının Sorumluluğu” (2008) 14 (4) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 303, 303 vd.

¹⁹ Ürün sorumluluğu terimi için, Kırca (n 1) 1 vd; Aydos, Ürün Sorumluluğu (n 8) 37 vd; Kulaklı (n 1) 2 vd.



hareketle, sorumluluğun objesinden ziyade süjesini ön plana çıkaran “imalatçının sorumluluğu” kavramının daha isabetli bir kavram olduğu ifade edilmektedir²⁰. Aynı gerekçeyle “üreticinin sorumluluğu” teriminin daha uygun düşeceği de savunulmaktadır²¹. Ancak, yukarıda da değindiğimiz üzere, üründeki hata nedeniyle sorumluluk zincirinde üretici dışında yer alan başka kişiler de vardır. Dolayısıyla üreticinin sorumluluğu kavramı, esasen, sorumluluğun süjesini de tam olarak karşılamamaktadır²². Bu sebeptendir ki, çalışmamızda sorumluluğun objesi olan ürün kavramından hareketle, üründeki hatadan kaynaklanan sorumluluk için “ürün sorumluluğu” terimini kullanmayı tercih ediyoruz.

Ürün sorumluluğu konusunda önem arz eden bir diğer terminoloji meselesi, sorumluluğun temeli olan “ürünün güvenli olmamasını” ifade etmek üzere kullanılacak olan kavramdır. Türk hukukunda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da (TKHK) ürünün güvenli olmaması, “ayıp” kavramı ile ifade edilmektedir. 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun²³ ve Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu’nda ise “güvenli ürün” kavramı açıklanmak suretiyle, ürünün güvenli olması hususunda düzenlemeler getirilmiştir. Alman hukukunda, 1 Ocak 1990 tarihli Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu’nda (ProdHaftG)²⁴ sorumluluğu düzenleyen § 1’de “hatalı ürün”ün neden olduğu sorumluluk hüküm altına alınmıştır. Anılan düzenlemede “hatalı” bir ürünün neden olduğu vücut bütünlüğü, malvarlığı ve kişinin sağlığına ilişkin zararlardan üreticinin sorumlu olduğu ifade edilmektedir²⁵. Nitekim madde metninde “Fehler” ifadesi kullanılmaktadır. “Fehler”, sözlük anlamıyla “hata” demektir. Diğer yandan ProdHaftG § 3’te hatalı bir ürünün, “güvenli olmaması” anlamına geldiği açıkça düzenlenmiştir²⁶. Benzer bir ifadeye 1993 tarihli Ürün Sorumluluğu Hakkında İsviçre Federal Kanunu (LRFP, PrHG)²⁷ Art. 4’te de yer verilmiştir.

²⁰ Havutçu (n 1) 22; Yavuz (n 4) 1317.

²¹ Havutçu (n 1) 22.

²² Kırca (n 1) 1-2. Yazar üreticinin genel haksız fiil hukukuna göre, ürünün ayıplı olması sebebiyle kusuruyla vermiş olduğu zararlardan sorumluluğu açısından üreticinin sorumluluğu ifadesinin kullanılacağını ifade etmektedir. Nitekim bu durumda sorumluluk, sorumluluk süjesinin davranışı esas alınmak suretiyle belirlenmektedir.

²³ RG, T.: 29/6/2001, S.: 24459.

²⁴ Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (Produkthaftungsgesetz - ProdHaftG). Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu 15 Aralık 1989’da kabul edilerek 1 Ocak 1990’da yürürlüğe girmiştir.

²⁵ ProdHaftG § 1- Haftung: “Wird durch den Fehler eines Produkts jemand getötet, sein Körper oder seine Gesundheit verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der Hersteller des Produkts verpflichtet, dem Geschädigten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.”.

²⁶ ProdHaftG § 3 – Fehler: “Ein Produkt hat einen Fehler, wenn es nicht die Sicherheit bietet”.

²⁷ Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits (LRFP).

Ürünün güvenli olmamasını ifade etmek üzere hangi kavramın uygun olacağı cevaplanması gereken sorulardan biridir. Bizim de katıldığımız görüşe göre; bir ürünün güvenli olmamasını ifade etmek üzere “hata” kavramı “ayıp” kavramına göre daha isabetli bir kavramdır²⁸. Nitekim bir ürün ayıplı, ama hatasız olabilir. Öte yandan ürünün ayıpsız, ama hatalı olması da söz konusu olabilir. Ürünün hem ayıplı hem hatalı olması da mümkündür. Görülmektedir ki, ayıplı ürün ve hatalı ürün kavramları birbirinden farklı kavramlardır²⁹. 7223 sayılı Kanun’da güvenli olmayan ürünü ifade etmek üzere “uygunsuzluk” tabiri kullanılmaktadır³⁰.

B. Tarihsel Gelişim

Ürün sorumluluğunun tarihsel gelişimine baktığımızda gerek hukuki nitelendirme gerekse de kanuni düzenlemeler bakımından yeni bir kavram olduğunu görmekteyiz. Sanayi Devrimi’nden sonra gelişen endüstriyel üretim sonucu seri üretimler yaygınlık kazanmıştır. Bu sebeple üretici ve ürünlerinden kaynaklı zararlar ortaya çıkmaktadır³¹.

Üreticinin sorumluluğu hususu öncelikle haksız fiil sorumluluğu kapsamında tartışılmış ve üreticinin sorumluluğunun dayanağı olarak haksız fiil gösterilmiştir. Fakat üreticilerin tüketicilere karşı daha güçlü bir konumda olmaları nedeniyle üreticilerin sorumluluğunun genişletilmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu bakımdan endüstriyel gelişimin daha hızlı başladığı ABD’de üreticinin sorumluluğunun genişletilmesi hususu ile ilgili mahkeme kararları 20. yüzyılın başlarında verilmeye başlanmıştır. Yine ABD’de 1944 yılında hâkim Traynor tarafından verilen bir kararda, üreticinin objektif olarak sorumlu olduğu yönünde açıklamalar bulunmaktadır³².

Endüstrileşmenin hızlı olduğu bir diğer ülke olan Almanya’da üreticilerin sunduğu ürünlerin verdiği zararlar, önemli kanuni düzenlemelerin yapılmasına neden olmuştur. 1950’li yıllarda ünlü bir ilaç firması tarafından seri üretimle çok sayıda ve pek çok ülkeye “Thalidomide” içeren ilaç dağıtılmıştır. On bine yakın bebeğin engelli doğmasına neden olan bu ilaç, toplumda ciddi tahribat

²⁸ Havutçu (n 1) 23-24; Yavuz (n 4) 1318; Tarman (n 1) 316; Gümüş, Şerh (n 1) s. 106. Kırca ise ürün sorumluluğunda kullanılan ayıp kavramı ile ayıba karşı tekeffülden doğan sorumlulukta kullanılan ayıp kavramının, aynı kelimelerle ifade edilmiş olsa da aynı anlamda kullanılmadığını ifade etmektedir. Bu hususta, Kırca (n 1) 90. Ürün sorumluluğu konusunda ayıp kavramının kullanılması durumunda, ayıba karşı tekeffülle karıştırılma tehlikesi doğacağı hakkında Havutçu (n 1) 23; Yavuz (n 4) 1318.

²⁹ Akipek (n 6) 26.

³⁰ Bu tercihin yerinde olmadığına yönelik eleştiriler hakkında, bkz. Atamer ve Kurtulan Güner (n 15) 559, 563.

³¹ Karaman (n 1) 296 vd.

³² Escola v. Coca Cola Bottling Co. 24 C2d 453 (05.06.1944). Karar metni için, <http://online.ceb.com/calcases/C2/24C2d453.htm>. Erişim Tarihi: 25 Nisan 2016.



yatarak tepkilere neden olmuştur³³. “Contergan Olayı” olarak da anılan³⁴ bu olayın sonucu olarak 1976 yılında Almanya’da İlaç Kanunu kabul edilmiştir. Bu kanuna göre, ilaç üreticilerinin ayıplı ürünlerine karşı tehlike sorumluluğu ilkesi benimsenmiştir³⁵. 15 Aralık 1989 tarihinde kabul edilerek 1 Ocak 1990’da yürürlüğe giren ProdHaftG ise, sorumluluk ilkeleri içerisinde özel olarak ürün sorumluluğunu düzenlemektedir. ProdHaftG ile, ürün sorumluluğu hakkında İlaç Kanunu’na göre genel, ancak sorumluluk ilkeleri içerisinde özel bir düzenleme yapılmıştır.

Avrupa’da da üreticinin sorumluluğu bakımından mevcut genel ilkelerden farklı bir çözüm ihtiyacı doğmuştur. Bu sebeple 1985 yılında 85/374 sayılı Üye Devletlerin Hatalı Ürünlerden Doğan Sorumluluk ile İlgili Hukuki ve İdari Düzenlemelerinin Uyumlaştırılmasına İlişkin AB Konsey Direktifi kabul edilmiştir. Buna göre üreticinin ayıplı ürünlerden objektif olarak sorumlu olduğu ilkesi benimsenmiş ve bu direktiften sonra ürün sorumluluğuna ilişkin hususlar genel sorumluluk ilkeleri yerine, söz konusu özel hükümlerle çözülmeye çalışılmıştır. 1985 yılına kadar Avrupa’da ürün sorumluluğuna ilişkin özel bir düzenleme getirilmesinin en önemli nedeni, üye devletlerin kendi ticaret güçlerini olumsuz etkilemek istememeleridir. Fakat klasik kusur sorumluluğuna ilişkin prensiplerin bu davalarda mahkemeler tarafından esnetilmeye çalışılması, özel bir düzenlemeyi de haklı göstermiştir³⁶. Ayrıca 2001/95 sayılı “Genel Ürün Güvenliği” adıyla başka bir direktif daha kabul edilmiştir³⁷.

Almanya’da 1 Ocak 1990’da Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu yürürlüğe girmiştir. İsviçre’de, 1993 yılında Ürün Sorumluluğu Hakkında İsviçre Federal Kanunu kabul edilmiştir. Bu kanunlar, esasen, 85/374 sayılı AB Konsey Direktifi’nin devletlerin iç hukukuna aktarılması suretiyle oluşturulmuştur³⁸. 85/374 sayılı Direktif öncesinde ise üreticinin sözleşme dışı sorumluluk ilkesi kabul edilmekteydi³⁹.

Türk hukukunda ise AB Direktif’ine uygun düzenlemeler yapılmak istenmesine rağmen, bu kapsamda ne özel bir ürün sorumluluğu kanunu çalışması yapılmış ne de Borçlar Kanunu’nda ürün sorumluluğuna ilişkin ek bir düzenleme düşünülmüştür. Diğer yandan, hem mülga 4077 sayılı TKHK

³³ Karaman (n 1) 296.

³⁴ Erhan Temel, “Alman Hukukunda İlaç Üreticisinin Özel Hukuk Sorumluluğu”, *Prof. Dr. Firat Öztan’a Armağan, C II*, (Turhan Kitabevi, Ankara 2010) 2053, 2055; Nurcihan Dalcı, “TBK md. 71 Bağlamında İlaç Üreticisinin Tehlike Sorumluluğu” (2014) 114 TBBDD 49, 68.

³⁵ Karaman (n 1) 299; Dalcı (n 34) 69.

³⁶ Karaman (n 1) 298.

³⁷ Directive 2001/95/EC of The European Parliament and of The Council of 3 December 2011 on General Product Safety. Direktif metni için, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:011:0004:0017:en:PDF>. Erişim Tarihi: 26 Nisan 2016.

³⁸ Akçura Karaman (n 9) 42; Dalcı (n 34) 71; Çelt (n 13) 81.

³⁹ Havutçu (n 1) 48 vd; Kırca (n 1) 35, 38.

hem 6502 sayılı TKHK’da ürün sorumluluğuyla ilgili açık bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte, ayıplı ürünün verdiği zararlardan dolayı üreticinin de müteselsilen sorumlu olduğu ifade edilmektedir (4077 sayılı Kanun m. 11/ II; 6502 sayılı Kanun m. 11/II). Ancak anılan hükümler ayıba karşı tekeffül müessesesiyle ilgili olup bu düzenlemelerde, esasen ürün sorumluluğu kavramına yer verilmemektedir. 29.6.2001 tarihinde kabul edilen 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun, 2001/95 sayılı “Genel Ürün Güvenliği” Direktifi esas alınarak hazırlanmıştır⁴⁰. Ancak bu kanun ürün sorumluluğuna yer vermediğinden, Türk hukukundaki boşluğun doldurulduğunu kabul etmek mümkün olmamıştır. Bu süreçte ürün sorumluluğu konusunda düzenleme getirmesi beklenen Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Tasarısı⁴¹ da 26. Yasama döneminin sona ermesi nedeniyle kanunlaşmamıştır. Türk hukukunda ürün sorumluluğu, 5 Mart 2020 tarihinde kabul edilerek 12 Mart 2020’de Resmî Gazete’de yayımlanan 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile ilk defa açıkça düzenlenmiştir. 7223 sayılı Kanun ile 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun yürürlükten kaldırılmıştır.

C. Kanuni Düzenlemeler

Avrupa Hukuku’nda üreticinin sorumluluğu, genel ilkelerden farklı bir çözüm getiren 85/374 sayılı AB Konsey Direktifi ile kabul edilmiştir. 85/374 sayılı Avrupa Konseyi Direktifi’nin iç hukuka aktarılması sonucu 1990’da Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu ve 1993’te Ürün Sorumluluğu Hakkında İsviçre Federal Kanunu kabul edilmiştir. Ürün sorumluluğu ile ilgili kanuni düzenlemeler incelendiğinde, AB üyesi ülkelerin bu sorumluluğu tüketici kanunlarından ayrı ve bağımsız olarak düzenlediği görülmektedir. Dolayısıyla AB üyesi ülkelerin ürün sorumluluğu konusunu özel kanunlarla düzenlediğini söylemek yanlış olmayacaktır. Türk hukukunda ise, bu husus, TKHK ile düzenlenmeye çalışılmıştır. Ne yazık ki, ne 4077 sayılı⁴² ne de 6502 sayılı TKHK’da ürün sorumluluğu ile ilgili düzenlemeler kanunlaşmayı başarabilmiştir. Diğer yandan, mevzuatımızda, ürün sorumluluğunu açıkça düzenleyen bir hükme Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Taslağı’nda yer verildiği görülmüştür. Ürün sorumluluğunu daha detaylı düzenlediği ilk haliyle kanunlaşmayan Tasarı 5 Mart 2020 tarihinde kabul

⁴⁰ Havutçu (n 1) 115; Akçura Karaman (n 9) 48.

⁴¹ Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Taslağı hakkında ayrıntılı bilgi için, http://www.aso.org.tr/kurumsal/media/kaynak/TUR/tamim2013/Dosyalar/tamim4956_1.pdf. Erişim Tarihi: 20 Nisan 2016.

⁴² Ürün sorumluluğu, 4077 sayılı TKHK’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı’nda “İmalatçının Sorumluluğu” kenar başlığıyla m. 4’te yer almaktaydı.



edilerek Resmi Gazete’de yayımlanmış, bu şekilde ürün sorumluluğunu açıkça düzenleyen yegâne pozitif hukuk kuralımız haline gelmiştir.

1. 85/374 sayılı Avrupa Konseyi Direktifi (85/374 EWG)

Hatalı Ürün Nedeniyle Sorumlulukla İlgili Üye Devletlerin Kanuni ve İdari Düzenlemelerinin Yeknesaklaştırılması Hakkında 25 Temmuz 1985 tarihli Avrupa Konseyi Direktifi (85/374 EWG) ile ürün sorumluluğu konusunda önemli yenilikler yapılmıştır.

Direktife göre, üreticinin sorumluluğu, üründeki hatanın neden olduğu zararları kapsamaktadır (85/374 EWG m 1). Direktifin 1999/34 sayılı Direktifle değiştirilen 2. maddesinde ürün kavramının ne anlama geldiği düzenlenmiştir. Buna göre ürün, başka bir taşınır veya taşınmazla birleştirilmiş olsa bile her türlü taşınır eşyadır. *“Ürün kavramı altında elektrik de anlaşılmalıdır.”* Hatalı ürün ise direktifin 6. maddesinde açıklanmaktadır. Buna göre, “bir ürün, tüm hal ve şartlar altında, özellikle, sunum tarzı, makul kullanım şekli, piyasaya sürüldüğü zaman dikkate alındığında, bir kimsenin ondan beklemeye haklı olduğu güvenliği sağlamadığında” hatalı sayılır. Direktifin 3. maddesinde üretici, “bir nihai ürünü, hammaddeyi veya bütünleyici parçayı üreten kişi ile, ürün üzerine adını, markasını veya diğer ayırıcı bir işaretini koyarak kendisini üretici olarak gösteren herkes” şeklinde tanımlanmıştır.

2. Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu (ProdHaftG)

Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu, 85/374 sayılı Avrupa Konseyi Direktifi’nin iç hukuka aktarılmasıyla oluşturulmuştur⁴³. Üreticinin sorumluluğunu düzenleyen § 1’de “üründeki hata nedeniyle bir kimsenin ölümü, beden bütünlüğünün ihlali veya sağlığının bozulması ya da bir eşyanın hasara uğraması halinde, ürünün üreticisi, zarar görenin uğradığı zararları gidermekle yükümlüdür.” hükmü yer almaktadır. Ürün kavramının tanımında yer verilen § 2’de ise, “bu kanun anlamında, başka bir taşınır veya taşınmaz malın bir parçası olsa bile, her türlü taşınır ve hatta elektriğin dahi ürün” sayılacağı belirtilmektedir. ProdHaftG § 3’te hatalı bir ürünün, “güvenli olmaması” anlamına geldiği düzenlemesi yer almaktadır. Anılan hükmün ikinci fıkrasında ise, bir ürünün sonradan daha iyi bir ürünün piyasaya sürülmesi sebebine dayanılarak hatalı sayılmayacağı hüküm altına alınmıştır.

3. Ürün Sorumluluğu Hakkında İsviçre Federal Kanunu (PrHG, LRFP)

1993 tarihli Ürün Sorumluluğu Hakkında İsviçre Federal Kanunu ile 85/374 sayılı Avrupa Konseyi Direktifi iç hukuka aktarılmış olmaktadır⁴⁴. Bu kanunun ürün sorumluluğuna ilişkin hükümleri, 85/374 tarihli Avrupa Konseyi Direktifi ve

⁴³ Kırca (n 1) 38; Temel (n 34) 2061; İsmail Kırca ve Ramazan Aydın, “İnkışaf Riski – İmalatçının / Üreticinin Sorumluluğu”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, (Yetkin Yayınları, Ankara 2006) 679, 691; Çelt (n 13) 81.

⁴⁴ Akçura Karaman (n 9) 44; Çelt (n 13) 81.

1990 tarihli Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu ile paralel şekilde düzenlenmiştir. PrHG Art. 3’te ürün kavramı, “başka bir taşınır veya taşınmaz malla birleştirilse bile her türlü taşınır eşya ve elektrik” olarak tanımlanmaktadır. Hatalı ürün kavramının tanımı, “bir ürün, tüm hal ve şartlar altında, özellikle, halka sunulma şekli, makul kullanım şekli, piyasaya sürüldüğü zaman dikkate alındığında, bir kimsenin ondan beklemeye haklı olduğu güvenliği sağlamadığında” şeklinde PrHG Art. 4’te yer almaktadır. Söz konusu düzenlenmenin ikinci fıkrasında, bir ürünün sonradan daha iyi bir ürünün piyasaya sürülmesi sebebine dayanılarak hatalı sayılmayacağını ifade edilmektedir.

4. Türk Hukukunda Kanuni Düzenlemeler

Türk hukukunda, Alman ve İsviçre hukukundaki uygulamanın aksine, ürün sorumluluğu konusu ne özel bir kanunla ne de TBK ya da TKHK bünyesinde bir hüküm ihdas edilmek suretiyle düzenlenebilmişti. Ürün sorumluluğu ilk defa açıkça, 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile yasal düzenlemeye kavuşmuştur. Ancak 7223 sayılı Kanun yürürlüğe girene dek ürün sorumluluğu konusunda hiçbir çalışma yapılmadığını söylemek de doğru olmaz. Türk kanun koyucusunun, 6502 sayılı TKHK Tasarısı’nda bu konuda düzenleme yapmaya çalışmasına rağmen, söz konusu hükümlerin kanunlaşmadığı görülmektedir. 4703 sayılı Ürünler İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun’da ürün sorumluluğu konusunun düzenlendiği söylenemezken dolaylı da olsa üreticinin sorumluluğuna ilişkin hükümlere yer verilmiştir. “Ürün Sorumluluğu” kenar başlığıyla bir düzenlemeye yer veren Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Taslağı ise bu şekliyle kanunlaşmamıştır. Konu, nihayet 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu m 6’da “Ürün Sorumluluğu Tazminatı” kenar başlığıyla açık bir düzenlemeye kavuşmuştur.

a. 6502 sayılı TKHK Tasarısı⁴⁵

Ürün sorumluluğu, 6502 sayılı TKHK Tasarısında “Ürün Sorumluluğu” başlıklı üçüncü kısmında m 8-15 arasında yer almaktaydı. Ürün ve hatalı ürün kavramları Tasarı’nın 8. maddesinde düzenlenmekteydi⁴⁶. Bu Tasarı’nın 9. maddesinde

⁴⁵ Bu çalışmada 6502 sayılı Kanun tasarısına ayrıca yer verilmesinin sebebi, Tasarı’da, özel hukuk kökenli bir ürün sorumluluğu kavramı hakkında ayrıntılı ve isabetli olarak nitelenebilecek düzenlemelere yer verilmesine rağmen, söz konusu hükümlerin kanunlaşma aşamasında Tasarı’dan çıkarılmış olmasıdır.

⁴⁶ 6502 sayılı TKHK Tasarısı m. 8: “(1) Başka bir taşınırın veya taşınmazın parçasını da oluştursa her türlü taşınır ve enerji ürün olarak kabul edilir. Bütün hal ve şartlar dikkate alındığında kendisinden haklı olarak beklenen güvenliği sunmayan ürün hatalı sayılır. Bu değerlendirme yapılırken özellikle ürünün piyasaya arz şekli, makul kullanım biçimi ve piyasaya sürüldüğü an dikkate alınır.
(2) Sonradan daha gelişmiş bir ürünün piyasaya sürülmüş olması ilk ürünün hatalı olduğu anlamına gelmez.”



“Sorumluluk”⁴⁷, 10. maddesinde “Sorumluluktan kurtulma”, 11. maddesinde “Sorumluluğun azaltılması veya kaldırılması”⁴⁸, 12. maddesinde “Birden fazla sorumlunun var olması”, 13. maddesinde “Sorumsuzluk Anlaşmaları”⁴⁹ başlıklı hükümler yer almaktaydı. Ürün sorumluluğuna ilişkin bu düzenlemeler, 85/374 sayılı Direktif’in iç hukukumuzda aktarılması amacına hizmet etmekteydi⁵⁰. Taslak ile üreticinin sorumluluğunun “adeta sıkıştırıldığı yer olan” TKHK m 4’ten kurtarıldığı dile getirilmekteydi⁵¹. Ancak tasarının kanunlaşma sürecinde anılan hükümler kanundan çıkarılarak 4077 sayılı TKHK’da yer alan sistematığe uygun bir kanunlaşma hareketi gerçekleştirilmiştir.

Tasarı metni incelendiğinde açıkça görülmektedir ki, kanun koyucu kavram birliğine yeterince dikkat etmemiştir. Nitekim bazı hükümlerde “üretici”, bazı hükümlerde ise “imalatçı” kavramları kullanılmaktadır⁵².

Tasarının getirdiği isabetli bir düzenleme olarak, m 9/III’te hüküm altına alınan, üreticinin sorumluluğuna dayanabilecek zarar gören kavramının genişletmesinden söz edilebilir. Nitekim (4077 sayılı) TKHK m 4’te yalnızca tüketici vasfı taşıyan kişilerin ürün sorumluluğuna gidebileceği belirtilmekteydi⁵³.

Tasarının zamanaşımıyla ilgili hükmü ise kafa karıştırıcı olduğu gerekçesiyle eleştirilmekteydi⁵⁴. Nitekim Tasarı m 15’te “*Bu maddeden doğan talepler*” ifadesinin, hükmün kendisi ayrıca bir talep içermediği, üreticinin sorumluluğuna

⁴⁷ 6502 sayılı TKHK Tasarısı m. 9: “(1) Hatalı üretilen bir ürünün, bir kişinin ölümüne veya yaralanmasına veya bir malın zarar görmesine sebep olması halinde, bu ürünün üreticisi doğan zarardan kusuru aranmaksızın sorumlu tutulur. Mala gelen zararlar, ancak hatalı ürün dışındaki bir malın zarar görmesi ve bu malın zarar görenin kişisel kullanımına veya tüketimine mahsus bir mal olması halinde bu Kanun uyarınca tazminat borcu doğar.

(2) İmalatçının sorumlu tutulabilmesi için zarar görenin üründeki hatayı, uğradığı zararı ve hata ile zarar arasındaki nedensellik bağıını ispat etmesi zorunludur. Somut olayın özelliklerine göre ürünün ortaya çıkan türden bir zararı doğurmaya elverişli olması halinde nedensellik bağının varlığı kabul edilir.

(3) Bu Kanunun uygulanmasında ticari veya mesleki faaliyetleri çerçevesinde hareket eden kişiler de zarar gören olarak kabul edilir.”

⁴⁸ 6502 sayılı TKHK Tasarısı m. 11: “Zararın, üründeki bir hata ile bir üçüncü kişinin fiili veya ihmalden ileri gelmiş olması üreticinin sorumluluğunu etkilemez; üreticinin üçüncü kişiye rücu hakkı saklıdır.”

⁴⁹ 6502 sayılı TKHK Tasarısı m. 13: “Ürün sorumluluğunda, üreticiyi sorumluluktan kurtaran ya da bu sorumluluğu azaltan anlaşmalar kesin olarak geçersizdir.”

⁵⁰ Yavuz (n 4) 1323.

⁵¹ Abdülkerim Yıldırım, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler” (2013) XVII (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1015, 1033.

⁵² Yıldırım, Değerlendirmeler (n 47) 1033.

⁵³ Yıldırım, Değerlendirmeler (n 47) 1033.

⁵⁴ Yıldırım, Değerlendirmeler (n 47) 1034.

ilişkin önceki düzenlemelerde yer alan talepler hakkındaki süreyi düzenlediği gerekçesiyle isabetli olmadığı belirtilmektedir. Diğer yandan maddenin kenar başlığı “zamanaşımı” olmasına rağmen “on yıl içinde düşer” ifadesiyle hak düşürücü süreye yer verildiğine benzer bir izlenim uyandırılmaktadır. Bu sebeptendir ki, içerik ve madde kenar başlığı birbiriyle uyumlu değildi.

Tasarı’daki düzenlemelerin, daha sonra kanunlaşan hükümlerle kıyaslandığında, özel hukuk niteliğinin ağır bastığı açıktır. Ayrıca ürün sorumluluğuna ilişkin özel bir kanunun bulunmaması ve TBK’da bu konuda düzenleme yer almaması karşısında, Tasarı’daki ürün sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin kanunlaşması isabetli bir tercih olurdu.

b. 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun

4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun, 2001/95 sayılı “Genel Ürün Güvenliği” Direktifi esas alınarak hazırlanmıştır⁵⁵. Bu kanunun amacı; ürünlerin piyasaya arzı, uygunluk değerlendirmesi, piyasa gözetimi ve denetimi ile bunlarla ilgili olarak yapılacak bildirimlere ilişkin usul ve esasları belirlemektir (4703 s. Kanun m 1). Bu hükümden açıkça anlaşılmaktadır ki, kanunda güvenli olmayan ürün nedeniyle zarar gören kişilere karşı sorumluluk düzenlenmemektedir.

Öğretide bir görüşe göre, 4703 sayılı Kanun’un özellikle m 5/III ve IV hükümlerine dayanarak üreticinin sorumluluğunun düzenlendiği söylenebilirdi⁵⁶. 4703 sayılı Kanun m 5/III’te, üreticinin “piyasaya sadece güvenli ürünleri arz etmek zorunda” olduğu düzenlendikten sonra, m 5/IV’te üreticinin “güvenli olmadığı tespit edilen ürünün kendisi tarafından piyasaya arz edilmediğini veya ürünün güvenli olmaması halinin ilgili teknik düzenlemeye uygunluktan kaynaklandığını ispatladığı takdirde sorumluluktan” kurtulacağı hüküm altına alınmıştı. Diğer yandan anılan hükümlere dayanılarak üreticinin sorumluluğunun mevzuatımızda düzenlendiğini söylemenin isabetli bir yaklaşım olmadığı da ileri sürülmekteydi⁵⁷. 4703 sayılı Kanun, 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır.

c. Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Taslağı

Ürün sorumluluğu, Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Taslağı m 7’de “Ürün Sorumluluğu” kenar başlığıyla düzenlenmişti. Ürünün

⁵⁵ Havutçu (n 1) 115; Akçura Karaman (n 9) 48.

⁵⁶ M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C II (10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013) 235; Aydın Zevkliler ve Murat Aydoğdu, *Tüketici Korunması Hukuku* (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004) 89 vd; Murat Aydoğdu, *Tüketici Hukuku Dersleri* (Adalet Yayınevi, Ankara 2015) 72.

⁵⁷ Havutçu (n 1) 116-117; Akçura Karaman (n 9) 153; Mustafa Fadil Yıldırım, “Genetiği Değiştirilmiş Ürünlerden Sorumluluk”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu* (28-29 Mayıs 2009), 246; Karaman (n 1) 303.



zarara sebep olması durumunda sorumluluğu düzenleyen Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Taslağı m 7/I'de, ürün güvenliği koşullarını ve genel güvenlik gereklerini karşılayamadığı için bir ürünün; ölüm, yaralanma veya mal zararına sebep olması halinde, imalatçı ve ithalatçının kusur aranmaksızın sorumlu tutularak tazminatla yükümlü kılınacağı açıkça düzenlenmiştir. Ürün sorumluluğunun şartları ise aynı maddenin 2. fıkrasında; üründeki uygunsuzluk, zarar, uygunsuzluk ile zarar arasında nedensellik bağı şeklinde belirtilmekteydi. Düzenlemede ürün sorumluluğunun imalatçı veya ithalatçı bakımından söz konusu olabileceği açıkça ifade edilmişti.

Güvenli ürün kavramının düzenlendiği m 5'te ise “*Güvenli olmayan bir ürün piyasaya arz edilemez ve piyasada bulundurulamaz; piyasada ise çekilir, nihai kullanıcıların elinde ise geri çağırılır. İnsan sağlığı ve güvenliğini korumak amacıyla 4 üncü maddenin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan usul ve esaslar doğrultusunda hazırlanarak yürürlüğe konan teknik düzenlemelerin ilgili kurallarını karşılayan ürünlerin güvenli olduğu varsayılır.*” hükmü bulunmaktaydı.

Yukarıdaki hükümlerden de açıkça anlaşılacağı üzere, Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Taslağı ürün sorumluluğunu doğuran olgu olarak “ürünün güvenli olmaması” hususundan hareket etmektedir. Ürünün güvenli olmaması hatalı bir ürünün mevcut olduğunu göstermektedir.

d. 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu

Türk hukukunda ürün sorumluluğu, 5 Mart 2020 tarihinde kabul edilerek 12 Mart 2020'de Resmî Gazete'de yayımlanan 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile ilk defa açıkça düzenlenmiştir. Bu Kanun, 85/374 sayılı Direktif'in iç hukukumuzda aktarılmasını amaçlamaktadır. Mevzuatımız açısından, ürün sorumluluğunun özel bir kanunla düzenleme çabası oldukça isabetli gelişmedir. Nitekim ürün sorumluluğu, tüketici işlemleriyle sınırlı tutulamayacağından TKHK dışında bağımsız ve ayrı olarak düzenlenmesi gereken bir sorumluluk alanıdır⁵⁸.

7223 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre kanunun amacı, “ürünlerin güvenli ve ilgili teknik düzenlemelere uygun olmasını sağlamak; piyasa gözetimi ve denetiminin esasları ile yetkili kuruluşların görevlerini ve iktisadi işletmeciler ile uygunluk değerlendirme kuruluşlarının yükümlülüklerini belirlemektir.”. Görüldüğü üzere Kanun, ürünlerin standartlarını, gözetimini ve denetimini belirlemek suretiyle kamusal düzenlemelere uygunluk denetimini amaçlamakta ve buna aykırılık durumunda uygulanacak yaptırımları belirlemektedir. Kanun'un “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde ürün, güvenli ürün, imalatçı, uygunsuzluk gibi kavramlar tanımlanmaktadır. Ürünün esasen güvenli olması gerektiği m. 5'te “Ürün Güvenliği” kenar başlığı altında düzenlenmektedir.

⁵⁸ Gümüş, Şerh (n 1) 106; Ünal ve Kalkan (n 1) 62.

e. Genel Ürün Güvenliği Yönetmeliği

7223 sayılı Kanun m 24 uyarınca, teknik düzenlemelerin hazırlanmasına ilişkin usul ve esaslar ile Avrupa Birliği teknik mevzuatını uyumlu hale getirmek ve piyasa gözetimi ve denetimi yapmakla yetkili kuruluşların belirlenmesine ilişkin usul ve esaslar Cumhurbaşkanınca belirlenir. Bu hükme dayanarak ve Kanun’un uygulanmasını göstermek üzere 11 Mart 2021 tarih ve 31420 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan “Genel Ürün Güvenliği Yönetmeliği” 12 Mart 2021 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Yönetmelik Genel Ürün Güvenliğine İlişkin 2001/95/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi dikkate alınarak Avrupa Birliği’ne uyum çerçevesinde hazırlanmıştır (Yönetmelik m 15).

Yönetmelik incelendiğinde, “güvenli ürün” ve “ürün” kavramlarının Kanun’daki tanımlardan daha açıklayıcı ve ayrıntılı bir biçimde ele alındığı göze çarpmaktadır. Güvenli ürün kapsamında, insan sağlığı ve güvenliği için yüksek düzeyde koruma sağladığı kabul edilen ürünün unsurlarına detaylı olarak yer verildiği görülmektedir. Diğer yandan, Kanun’da yer verilmeyen bir tanım olarak, “tehlikeli ürün”e de Yönetmelik’te yer verilmiştir. Belirtmek gerekir ki, Kanun’un 3. maddesi (c) bendinde “ciddi risk taşıyan ürün” tanımı içerisinde ifade edilen “ciddi risk” kavramı Yönetmelik m 4 (b) bendinde açıkça tanımlanmıştır.

Kanun’da 5. maddede yer alan “ürün güvenliği”, Yönetmelik m 5’te Kanun’daki hükme paralel olarak “genel ürün güvenliği gerekleri” de eklenmek suretiyle düzenlenmiştir. Ürün sorumluluğu tazminatı hususunda ise Yönetmelik m 11, Kanun’un 6. maddesi kapsamındaki hakların saklı olduğunu ifade etmektedir.

II. ÜRÜN SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Ürün sorumluluğunun hukuki niteliği konusunda doktrinde fikir birliği bulunmamaktadır. Alman-İsviçre ve Türk hukukunda, ürün sorumluluğunun hukuki niteliği konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bununla birlikte 85/374 sayılı Direktif öncesi genel eğilim, ürün sorumluluğunu haksız fiil sorumluluğuna dayandırmak olmuştur. Bir başka ifadeyle bu dönemde Alman, İsviçre ve Türk hukukunda ürün sorumluluğu, hukuki niteliği itibariyle, kusur sorumluluğu olarak değerlendirilmekteydi⁵⁹. Ancak ürün sorumluluğunu genel haksız fiil sorumluluğuna dayandırmak zarar gören açısından birçok dezavantajı

⁵⁹ Edwin Frietsch, “Die Produkthaftungs- Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft und der Luftverkehr” (1987) 36 (2) Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht – German Journal of Air and Space Law 170, 171; Theo Guhl ve Alfred Koller, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, (9. Bası, Basel 2000) 180; Schwenger (n 12) 393, Rn 53.33; Havuççu (n 1) 48; Karca (n 1) 14; Ünsal Dönmez, “Türk ve Alman İlaç Hukukunda Hatalı Üretilen İlaçtan Doğan Sorumluluk ve Özel Sorumluluk Halleri” (2016), 7 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 381, 384; Kanışlı (n 7) 1419.



da beraberinde getirmekteydi⁶⁰. Bu sebeple doktrinde ürün sorumluluğunun bir kusursuz sorumluluk, hatta zarar göreni en kapsamlı şekilde koruması açısından tehlike sorumluluğu esasına dayandırılması gerektiği yönünde bir hâkim görüş mevcuttu⁶¹. 85/374 sayılı Direktif sonrası döneme ait ürün sorumluluğunun hukuki niteliğine dair tartışmalar ise şöyle ifade edilebilir:

A. Alman Hukukunda

Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu m 1'e göre sorumluluk, sadece ürünün hatalı olması sebebine dayanarak zarar meydana gelmesi olgusuna dayandırılmaktadır. Ancak üreticinin kusursuz da olsa sorumlu tutulacağı yönünde bir düzenleme kanunda yer almamaktadır. Alman hukukunda hâkim görüş, ürün sorumluluğunun hukuki niteliği itibariyle tehlike sorumluluğu olduğu yönündedir⁶². Ancak üreticinin sorumluluğunun klasik tehlike sorumluluğunun özelliklerini tam olarak karşılamadığı da vurgulanmaktadır. Bu sebeple Alman hukukunda üreticinin sorumluluğu, kendine özgü unsurlar içeren bir tehlike sorumluluğudur⁶³. Ürün sorumluluğunda tehlikenin kaynağı, üretim faaliyetine değil, üründeki hatanın yarattığı tehlikeye bağlanmaktadır⁶⁴. Diğer yandan ürün sorumluluğunun hukuki niteliği konusunda, tehlike sorumluluğu esasını kabul etmeyen görüşler de mevcuttur⁶⁵.

B. İsviçre Hukukunda

İsviçre hukukunda da ürün sorumluluğunun hukuki niteliği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre İsviçre hukukunda ürün sorumluluğu, sözleşme dışı ve kusura dayanmayan bağımsız bir sorumluluk türüdür⁶⁶. Ürün sorumluluğu, hukuki niteliği itibariyle sebep sorumluluğu olmakla birlikte, doktrinde sebep sorumluluğunun türü konusunda fikir ayrılıkları söz konusudur. Bu sebep sorumluluğu, olağan sebep sorumluluğu, tehlike sorumluluğu ve

⁶⁰ Bu hususta, bkz. Çelt (n 13) 78-79.

⁶¹ Haluk Tandoğan, *Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açından Sınırlandırılması* (Ankara 1977) 42-43; Yavuz (n 4) 229.

⁶² Palandt / Sprau (n 1) 1461, Rn 169; Frietsch (n 55) 173; Günter Hager, "Umwelthaftung und Produkthaftung" (1990) 9 *JuristenZeitung* 397, 398; Herbert Zech, "Gefährdungshaftung und neue Technologien" (2013) 1 *JuristenZeitung* 21, 23; Havutçu (n 1) 98; Kırca (n 1) 104; Temel (n 34) 2063; Mesut Serdar Çekin, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu* (Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2016) 257-262.

⁶³ Zech (n 58) 23; Havutçu (n 1) 98.

⁶⁴ Havutçu (n 1) 98.

⁶⁵ Bu görüşler; esas olarak kusura dayanmayan haksız fiil sorumluluğu ve kusura dayanan haksız fiil sorumluluğu üzerinde yoğunlaşmaktadır. Ayrıca öğretide özel olarak, tasarım ve bilgilendirme ayıpları için kusura dayanan ve üretim ayıpları için kusura dayanmayan bir sorumluluk anlayışı da kabul edilmektedir. Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için, bkz. Kırca (n 1) 109-111; Hager (n 58) 402.

⁶⁶ Schwenzer (n 12) 393, Rn 53.34.

tehlike sorumluluğuna ilişkin unsurların bulunduğu olağan sebep sorumluluğu olmak üzere farklı şekillerde nitelendirilmektedir⁶⁷. Belirtmek gerekir ki, genel eğilim, ürün sorumluluğunun olağan sebep sorumluluğu olduğu yönündedir⁶⁸. Doktrinde, PrHG Art. 1’de düzenlenen “üreticinin üründen sorumluluğu” hükmünün özel bir tehlike sorumluluğu hali olduğu ifade edilmiştir⁶⁹.

C. Türk Hukukunda

Güvenli olmayan ürünün sebep olduğu zararları tazmin yükümlülüğünü içeren ürün sorumluluğu, tüketicinin korunmasını sağlayan imkânlardan biri olup hukuki niteliği bakımından kusura dayanmayan bir sorumluluktur⁷⁰. Ancak bu sorumluluğun bir olağan sebep sorumluluğu mu tehlike sorumluluğu mu olduğu hususunun belirlenmesi gerekmektedir.

Belirtmek gerekir ki, ürün sorumluluğunda üreticinin sorumluluğu sözleşme dışı sorumluluktur. Nitekim üretici ile tüketici arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır⁷¹. Ancak satıcı ile tüketici arasında sözleşme ilişkisi söz konusu olacağından, bu durumda, akdi sorumluluğun varlığını kabul etmek gerekmektedir. Aynı husus imalatçının satıcı olduğu durumlarda da geçerlidir⁷².

1. Tehlike Sorumluluğu Görüşü

Tehlike sorumluluğu, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda yer almamakla birlikte, Türk Borçlar Kanunu ile mevzuatımıza giren yeni hukuki müesseselerden biridir. TBK’nın yürürlüğe girmesinden önce özel kanunlarda tehlike sorumluluğuna ilişkin hükümler bulunmaktaydı. Ancak tehlike sorumluluğunu düzenleyen genel nitelikte kural mevzuatımızda mevcut değildi. Bu eksiklik

⁶⁷ İsviçre’de sorumluluğun niteliğinin olağan sebep sorumluluğu olduğu hakkında, bkz. Widmer (n 6) 101, 107. İsviçre hukukunda ürün sorumluluğunun hukuki niteliği hakkında ayrıntılı açıklamalar için, Kırca (n 1) 113 vd.

⁶⁸ Havutçu (n 1) 99.

⁶⁹ Güzin Üçışık, “Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural ile Düzenlenmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu* (28-29 Mayıs 2009) 127, 129-130.

⁷⁰ Oğuzman ve Öz (n 52) 235; Mustafa Tiftik, *Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu* (2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005) 54; Kırca (n 1) 116; Aydın Zevkliler, “Türkiye’de Tüketici Sorunlarının Özel Bir Yasa ile Düzenlenmesi”, *Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu* (XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010) 1, 16; Canpolat (n 5) 379; Erlüle (n 18) 304-305. Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Taslağı m 7’de “ürünün imalatçısı veya ürün ithal ise ithalatçısı doğan zarardan kusuru aranmaksızın sorumlu tutulur” düzenlemesiyle, ürün sorumluluğunun kusura dayanmayan bir sorumluluk olduğu açıkça ifade edilmekteydi. Üreticinin sorumluluğunun TBK m 66’daki adam çalıştırının sorumluluğuna benzediği yönünde, Oğuzman ve Öz (n 52) 235.

⁷¹ Tarman (n 1) 301; Aslan (n 1) 214; Köseyener (n 12) 149, 169; Aydos, Risk Kontrolü (n 1) 1787; Tiryaki (n 1) 232; Civan (n 1) 2033; Canpolat (n 5) 378.

⁷² Tarman (n 1) 303.



TBK m 71’de tehlike sorumluluğuna ilişkin genel bir kuralın düzenlenmesi suretiyle giderilmiştir. Tehlike sorumluluğunun düzenlendiği TBK m. 71’e göre, “Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur.

Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arzeden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arzeden işletme sayılır.”

Yukarıdaki düzenlemede de açıkça görüldüğü üzere, tehlike sorumluluğu TBK m. 71/I’de düzenlendikten sonra, TBK m. 71/II düzenlemesinde “önemli ölçüde tehlike arz eden işletme” kavramı tanımlanmıştır.

Türk Borçlar Kanunu’na göre tehlike sorumluluğunda sorumluluğun konusu, “işletme faaliyetidir”⁷³. Ancak tehlike sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, işletme faaliyetinin önemli ölçüde tehlike arz ediyor olması gerekmektedir⁷⁴. Diğer yandan her türlü tehlike durumu tehlike sorumluluğunun doğmasına neden olmamaktadır. Yalnızca işletme faaliyetine özgü tipik tehlikenin gerçekleşmesi durumunda tehlike sorumluluğu söz konusu olabilecektir⁷⁵. Bir başka ifadeyle işletme faaliyetine ait karakteristik rizikonun gerçekleşmesi gerekmektedir. Son olarak tipik tehlikenin gerçekleşmesi ile zarar arasında nedensellik bağının varlığı aranır⁷⁶. Tehlike sorumluluğunda işletme sahibi ve varsa işleten müteselsil olarak ortaya çıkan zarardan sorumludur. Tehlike sorumluluğunda gerçekleşmesi muhtemel tehlike hukuka uygundur. Burada hukuka aykırı olgu, tehlike rizikosunun gerçekleşmesi durumunda ortaya çıkan zarardır⁷⁷.

Doktrinde, TKHK m 4/III ile tehlike sorumluluğu ilkesinin kabul edildiğini savunan görüşler mevcuttur. Buna göre, ürün sorumluluğunda kusur ögesinden arındırılmış tipik bir tehlike sorumluluğu söz konusudur⁷⁸. Diğer

⁷³ Tiftik (n 66) 30; Özge Yücel, *Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel Tehlike Sorumluluğu* (Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014) 114; Ayça Akkayan Yıldırım, “Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu” (2012) 70 (1) İÜHF 203, 208.

⁷⁴ Yücel (n 69) 122; Akkayan Yıldırım (n 69) 209; Yasemin Durak, “Tehlike Sorumluluğu” (2014) 9 (1) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 23, 45.

⁷⁵ Tiftik (n 66) 34; Yücel (n 69) 137; Durak (n 70) 32.

⁷⁶ Tiftik (n 66) 35; Yücel (n 69) 154; Durak (n 70) 32-33.

⁷⁷ Çekin (n 58) 257-262; Durak (n 70) 37.

⁷⁸ Rona Serozan, “Tüketiciyi Koruma Kanunu Değişikliğinin Artıları ve Eksileri” (2003) 61 (1-2) İÜHF 339, 347-348. Aynı yönde, Yargıtay 4. HD, T. 18.06.2003, E. 2003/3444, K. 2003/7953: “*Bilirkişiler; dedantörün gaz sızdırması sonucu olayın meydana geldiğini*

bir görüşe göre, kurtuluş kanıtı getirme imkânı söz konusu olmayan tehlike sorumluluğunun kabul edilmesi daha adaletli sonuçlar doğuracaktır⁷⁹. Nitekim güvensiz bir ürünün tüketici açısından önemli tehlike arz edeceği de inkâr edilmemesi gereken bir husustur.

Her ürünün üretim faaliyeti tehlike arz etmemektedir⁸⁰. Diğer yandan sadece üretim faaliyetinin niteliği gereği tehlike arz ettiği ürünler bakımından dahi tehlike sorumluluğu tartışılabilir. Ürün sorumluluğunda üreticiyi tehlike sorumluluğu esasına göre sorumlu tutmak, AB direktiflerinin önerdiği kursosuz sorumluluğu da aşan bir sorumluluk olacaktır. Ürün sorumluluğunun tehlike sorumluluğu esasına dayandırılması bu gerekçelerle eleştirilmektedir⁸¹. Eklemek gerekir ki, üreticinin ayıplı ürünü piyasaya sürmeme konusunda bir davranış yükümlülüğü vardır. Tehlike sorumluluğunda sorumlu tutulan kişilere böyle bir yükümlülük yüklenemez⁸². Dolayısıyla ürün sorumluluğunun hukuki niteliği itibarıyla tehlike sorumluluğu esasına dayandırılmaması isabetli olacaktır⁸³.

2. Olağan Sebep Sorumluluğu Görüşü

Türk hukukunda ürün sorumluluğunun hukuki niteliği konusunda hâkim olan görüş, ürün sorumluluğunun bir olağan sebep sorumluluğu olduğu yönündedir⁸⁴. Nitekim ürün sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, öncelikle, ürünün güvenli olmaması gerekmektedir. Bu sebeple ürünün güvenli olmamasına neden olan kişiler, kendilerine düşen davranış yükümünü ihlal ettikleri gerekçesiyle sorumlu tutulmalıdır. Doktrinde bu davranış yükümlülüğünü ihlalinin kusur oluşturmayacağı savunulmaktadır⁸⁵. 7223 sayılı Kanun m 21/II’de imalatçı veya ithalatçıyı sorumluluktan kurtaran haller şöyle belirtilmiştir: İmalatçı veya ithalatçı ürünü piyasaya kendisinin arz etmediğini ispatladığı takdirde sorumluluğu doğmaz. Aynı şekilde üründeki uygunsuzluk dağıtıcının veya üçüncü bir kişinin müdahalesinden veya kullanıcıdan kaynaklanıyorsa bu durumda da imalatçı veya ithalatçının sorumluluğu söz konusu olmaz. Diğer yandan imalatçı veya ithalatçı, üründeki uygunsuzluğa, ürünün teknik düzenlemelere veya diğer teknik kurallara uygun olarak üretilmesinin neden olduğunu ispatladığı takdirde sorumluluk gündeme

belirlemişlerdir. Davalı İpragaz A.Ş.’nin özensiz davrandığı sabittir. Davalı İpragaz A.Ş. LPG üretim dolmuş ve dağıtım faaliyeti nedeniyle kusurlu olsun ya da olmasın 3. kişilere verebilecekleri maddi ve bedeni zararlardan dolayı tehlike sorumluluğu altındadır.” (Karşı oy yazısından).

⁷⁹ Aydos, Ürün Sorumluluğu (n 8) 96.

⁸⁰ Kırca (n 1) 122; Öz (n 1) 13.

⁸¹ Kırca (n 1) 122-123; Öz (n 1) 13-14.

⁸² Kırca (n 1) 121; Civan (n 1) 2036.

⁸³ Civan (n 1) 2035-2036.

⁸⁴ Kırca (n 1) 121; Kulaklı (n 1) 24; Yıldırım (n 53) Ürünlerden Sorumluluk 246.

⁸⁵ Kırca (n 1) 121. Üreticinin sorumluluğunun kusur sorumluluğu olduğu hakkında, Akçura Karaman (n 9) 190.



gelmez. Bu açıklamalardan açıkça anlaşılmaktadır ki, imalatçı veya ithalatçının sorumlu tutulabilmesi için, kurtuluş kanıtı getirememiş olması gerekmektedir. Bu sebeple Türk hukukunda ürün sorumluluğu hukuki niteliği itibariyle olağan sebep sorumluluğudur.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre ise, ürün sorumluluğunun hukuki niteliğini açıklamada olağan sebep sorumluluğu ve tehlike sorumluluğuna ait unsurları birlikte içeren bir çözümlü benimsemek daha isabetlidir⁸⁶. Bir başka görüşte ise ürün sorumluluğunun tehlike sorumluluğuna yaklaşan bir sorumluluk olduğu ifade edilmektedir⁸⁷.

Tüm bu tartışmalar bir yana bırakılırsa, 7223 sayılı Kanun'da 85/374 sayılı Direktifle paralel olarak bir kusursuz sorumluluk halinin düzenlendiği söylenebilir⁸⁸.

III. SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

Ürün sorumluluğunda, ürünün imalatçısı/ ithalatçısı ürünlerdeki hatanın neden olduğu zararlardan sorumludur. Sorumluluğun şartları 7223 sayılı Kanun m 6/II'de düzenlenmiştir. Buna göre, "imalatçı veya ithalatçının sorumlu tutulabilmesi için, zarar gören tarafın uğradığı zararı ve uygunsuzluk ile zarar arasındaki nedensellik bağımlı ispat etmesi zorunludur.". Hükümden açıkça anlaşılacağı üzere, ürün sorumluluğunun şartları; güvenli olmayan ürünün piyasaya sürülmüş olması, ürünlerdeki hatanın zarara neden olması ve nedensellik bağıdır.

A. Güvenli Olmayan Ürünün Piyasaya Arz Edilmiş Olması

7223 sayılı Kanun m. 6 uyarınca, ürünün, kişiye veya mala zarar vermesi durumunda, imalatçı veya ithalatçı zararı gidermekle yükümlüdür. Bu husus, 85/374 sayılı Avrupa Konseyi Direktifi'nde m 1 hükmünde "*bir ürünün üreticisi, ürünlerdeki hatanın neden olduğu zararlardan sorumludur*" şeklinde açıkça düzenlenmiştir. Diğer yandan ProdHaftG § 1'de "üründeki hata nedeniyle bir kimsenin ölümü, beden bütünlüğünün ihlali veya sağlığının bozulması ya da bir eşyanın hasara uğraması halinde, ürünün üreticisi, zarar görenin uğradığı zararları giderimle yükümlüdür" düzenlemesiyle de ürün sorumluluğunun ilk şartının üründeki hata olduğu ifade edilmektedir. Bu sebeple ürün sorumluluğundan bahsedebilmek için öncelikle bazı kavramların açıklanması gerekir. Bu kavramların başında "ürün" gelir. 7223 sayılı Kanun m 6/II'ye göre, imalatçı veya ithalatçının sorumlu tutulabilmesi için, zarar görenin uğradığı zararı ve uygunsuzluk ile zarar arasındaki illiyet bağımlı ispat

⁸⁶ Havutçu (n 1) 101; Paksoy ve Demir (n 1) 314.

⁸⁷ Ünal ve Kalkan (n 1) 54.

⁸⁸ Ünal ve Kalkan (n 1) 63; Çelt (n 13) 106.

etmesi gerekmektedir. Hükümden anlaşılacağı üzere, ürünün, kendisinden beklenen güvenliği sağlamak hususunda eksik, bir diğer deyişle hatalı olması gerekir. Sorumluluğun doğabilmesi için son olarak, ürün piyasaya arz edilmiş olmalıdır. Bu sebeple “güvenli olmayan ürün” ve “piyasaya arz edilmiş olma” kavramlarının da üzerinde durulmalıdır.

1. Ürün Kavramı

Ürün sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, öncelikle zararın bir “ürün”den doğması gerekir. Ürün kavramı, yukarıda ayrıntılı olarak yer verilen ürün sorumluluğuyla ilgili kanuni düzenlemelerde açıkça tanımlanmıştır. Buna göre 85/374 sayılı Avrupa Konseyi Direktifi m 2’de ürün, “*başka bir taşınır veya taşınmazla birleştirilmiş olsa bile her türlü taşınır eşya anlamına gelir. Elektrik de ürün sayılır*” şeklinde tanımlanmaktadır⁸⁹. ProdHaftG § 2’de ise, “*bu kanun anlamında, başka bir taşınır veya taşınmaz malın bir parçası olsa bile, her türlü taşınır ve hatta elektriğin dahi ürün*” sayılacağı belirtilmektedir. Benzer şekilde PrHG Art. 3’te ürün kavramı, “*başka bir taşınır veya taşınmaz malla birleştirilse bile her türlü taşınır eşya ve elektrik*” olarak tanımlanmaktadır. 7223 sayılı Kanun m. 3/I (s) bendi uyarınca ürün, “*her türlü madde, müstahzar veya eşyayı*” ifade eder. Bu Kanuna dayanılarak çıkarılan Genel Ürün Güvenliği’nde ise daha açıklayıcı bir tanım tercih edilmiştir. Yönetmelik m. 4 (h) bendine göre, ürün; “*tüketicilerin kullanımı için amaçlanan veya tüketicilerin kullanımı için amaçlanmamış olsa dahi makul ölçüde öngörülebilir koşullarda tüketiciler tarafından kullanılması muhtemel olan, gerek ticari faaliyetler sonucunda gerekse başka yollarla tedarik edilen veya kullanıma sunulan, yeni, kullanılmış veya ıslah edilmiş her türlü madde, müstahzar veya eşyayı*” ifade eder.

Yukarıdaki düzenlemelerden açıkça anlaşılacağı üzere, ürün kavramına her türlü taşınır eşya girmektedir. 85/374 sayılı Direktif’te taşınır eşya kavramının tanımı yapılmamış, bu kavramın içeriği üye devletlerin iç hukukuna bırakılmıştır⁹⁰. TMK m. 762’ye göre, taşınır “*nitelikleri itibarıyla taşınabilen maddî şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçler*” olarak tanımlanabilir. Taşınırın, başka bir taşınır veya taşınmaza bağlı olması da mümkündür. Esas olarak taşınır ürünlerin verdiği zararlara ilişkin ürün sorumluluğu kabul edilmiştir. Dolayısıyla taşınmazlar ürün sorumluluğu hususunda kapsam dışı bırakılmıştır⁹¹.

⁸⁹ Direktifin ilk halinde doğal tarım ürünleri ve av ürünleri ürün sorumluluğu kapsamı dışında bırakılmıştı. Avrupa Birliği Konseyi’nin 10 Mayıs 1999 tarih ve 99/34 sayılı Ayrılmış Ürünlerden Dolayı Sorumluluğa İlişkin Üye Ülkelerin İdari ve Hukuki Düzenlemelerinin Uyumlaştırılmasına Dair Konsey Direktifi’nin Değiştirilmesine İlişkin Konsey Yönergesi ile doğal tarım ürünleri ve av ürünleri de “ürün” kapsamına dahil edilmiştir.

⁹⁰ Havutçu (n 1) 67.

⁹¹ Kanişlı (n 7) 1423; Çelt (n 13) 88-89.



Diğer yandan 7223 sayılı Kanun m. 3/I (s) bendi'nde yer verilen geniş ürün tanımının kapsamında taşınmazların da değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorusu gündeme gelebilir. 7223 sayılı Kanun'da eşyaların ürün olarak nitelendirilmesi gerektiği belirtilmesine rağmen, eşyanın tanımı yapılmamıştır. Bu sebeple eşyanın anlamı TMK hükümleri çerçevesinde belirlenmelidir. Hukuken eşya kavramından, üzerinde hakimiyet kurulabilecek, ekonomik bir diğer taşıyan, kişi ve hayvanlar dışındaki cismani varlıklar anlaşılır⁹². Medeni Kanun sistematığına bakıldığında, taşınır – taşınmaz eşya ayrımının büyük öneme sahip olduğu anlaşılmaktadır. Taşınmazların ürün sorumluluğu kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusuna olumsuz cevap verilmesi gerekir⁹³. Aksi durumun kabulü, Direktif'in amacıyla bağdaşmaz ve taşınmazlara ilişkin özel sorumluluk hallerinin anlamını yitirmesine neden olur.

Kanun'da geçen “müstahzar” kavramına da değinmek yerinde olacaktır. Müstahzar kelime anlamıyla, önceden hazırlanarak eczanede bulundurulmuş ticari ilaç demektir⁹⁴. Bu durumda ilaçlar da 7223 sayılı Kanun kapsamında ürün olarak değerlendirilmektedir. 85/374 sayılı Direktif'te ürün kapsamına alınmayan müstahzarın 7223 sayılı Kanun'da ürün olarak değerlendirilmesi isabetli olmamıştır⁹⁵.

7223 sayılı Kanun'da, Direktif'ten farklı olarak, elektriğin açıkça ürün kabul edileceği belirtilmemiştir. Elektrik, TMK m. 762 uyarınca taşınır mülkiyetinin konusuna gireceğinden, ürün olarak nitelendirilir⁹⁶. Bu kapsamda voltaj değişikliği, elektrik kesintisi ya da hiç elektrik enerjisi verilememesi gibi durumlar üreticinin sorumluluğunu doğuran durumlara örnek olarak gösterilebilir⁹⁷. Yazılımın da ürün olarak kabul edildiği ifade edilmektedir⁹⁸.

⁹² M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* (Filiz Kitabevi, İstanbul 2013) 8; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku* (Yetkin Yayınları, Ankara 2014) 5; Sanem Aksoy Dursun, *Eşya Kavramı* (On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012) 23; Keser (n 3) 57.

⁹³ Ünal ve Kalkan (n 1) 66; Atamer ve Kurtulan Güner (n 15) 553, 554; Çelt (n 13) 89-90. Aksi yönde, Kanışlı (n 7) 1432; Keser (n 3) 61.

⁹⁴ <https://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 28 Mart 2021.

⁹⁵ Keser (n 3) 62. Benzer yönde, Atamer ve Kurtulan Güner (n 15) 552, 553.

⁹⁶ Aynı yönde, Ünal ve Kalkan (n 1) 66; Çelt (n 13) 90.

⁹⁷ Palandt / Sprau (n 1) 3027, Rn 1; Schwenzer (n 12) 393, Rn 53.35.

⁹⁸ Palandt / Sprau (n 1) 3027, Rn 1; Schwenzer (n 12) 393, Rn 53.35; Wolfgang Straub, *Produktehaftung für Informationstechnologiefehler EU-Produktehaftungsrichtlinie und schweizerisches Produktehaftungsgesetz*, (Schulthess Verlag, Zürich 2002) 14; Kanışlı (n 7) 1433-1434. Bu hususta farklı bir değerlendirme için, bkz. Atamer ve Kurtulan Güner (n 15) 555, 556. Schwenzer, aynı şekilde insan kanı ve insan organının da ürün olarak değerlendirildiğini, bu durumda üreticinin donör değil kan veya organ bankası olduğunu dile getirmektedir.

2. Güvenli Olmayan Ürün Kavramı

85/374 sayılı Avrupa Konseyi Direktifi m. 6’ya göre, “bir ürün, tüm hal ve şartlar altında, özellikle, sunum tarzı, makul kullanım şekli, piyasaya sürüldüğü zaman dikkate alındığında, bir kimsenin ondan beklemeye haklı olduğu güvenliği sağlamadığında⁹⁹” hatalı sayılacaktır. ProdHaftG § 3’te de hatalı bir ürünün, “güvenli olmaması” anlamına geldiği düzenlemesi yer almaktadır. Anılan hükmün ikinci fıkrasında ise, bir ürünün sonradan daha iyi bir ürünün piyasaya sürülmesi sebebine dayanılarak hatalı sayılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Düzenlemeler açıkça göstermektedir ki, “güvenli olmayan ürün” hatalı ürün sayılmaktadır. Doktrinde güvenli olmama hali konusunda tasarım, fabrikasyon, bilgilendirme ve gelişim hatası olmak üzere bir sınıflandırma yapıldığı görülmektedir¹⁰⁰. Ürünün güvenli olup olmadığı belirlenirken başvurulacak ölçüt, “bir kimsenin üründen beklemeye haklı olduğu güvenlik”tir¹⁰¹. Bu ölçüt belirlenirken; ürünün sunum tarzı, makul kullanım şekli ve piyasaya sürüldüğü zaman gibi kıstaslar dikkat alınmaktadır (85/374 sayılı Direktif m 6).

7223 sayılı Kanun m. 5 uyarınca, ürünün güvenli olması zorunludur. Güvenli ürün kavramı ise Kanun’un 3. maddesi (e) bendinde ve Yönetmelik’in 4. maddesi (d) bendinde tanımlanmaktadır. Kanun’da güvenli ürün “*Kullanım süresi, hizmete sunulması, kurulumu, kullanımı, bakımı ve gözetimine ilişkin talimatlara uygun ve normal kullanım koşullarında kullanıldığında risk taşımayan veya sadece ürünün kullanımına özgü asgari risk taşıyan ve insan sağlığı ve güvenliği için gerekli düzeyde koruma sağlayan ürün*” şeklinde tanımlanmaktadır. Yönetmelik’e göre güvenli ürün, “*Kullanım süresi ve uygulanabilir olduğu durumlarda hizmete sunulması, kurulumu ve bakımına ilişkin gereklilikleri dahil olmak üzere, normal ve makul ölçüde öngörülebilir koşullarda kullanımı risk taşımayan veya ürünün kullanımına özgü asgari risk taşıyan, aşağıdaki unsurlar ele alındığında insan sağlığı ve güvenliği için yüksek düzeyde koruma sağladığı kabul edilen ürünü.*” ifade eder. Kanun’dan farklı olarak Yönetmelik m 4 (g) bendinde, güvenli ürün tanımını karşılamayan ürünü ifade etmek üzere “tehlikeli ürün” kavramına yer verilmiştir.

⁹⁹ Havutçu (n 1) 165.

¹⁰⁰ Palandt / Sprau (n 1) 3028 vd; Hess (n 6) 20-26; Schwenger (n 12) 393-394, Rn 53.36. Yazar PrHG’de böyle bir ayırımın söz konusu olmadığını belirtmektedir. Bu hususta, Schwenger (n 12) 394, Rn 53.37. Bu sınıflandırmada yer alan türlerden biri de gözlem hatasıdır. Bu hususta, bkz. Burcu G. Özcan Büyüktanır ve Dila Okyar Karaosmanoğlu, “Endikasyon Dışı (Off-Label) İlaç Kullanımından Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin ve Hekimin Hukuki Sorumluluğu” (2017) 8 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 153, 162.

¹⁰¹ Palandt / Sprau (n 1) 3028, Rn 3; Schwenger (n 12) 394, Rn 53.37; Marcel Lanz, *Die Haftung beim medizinischen Einsatz synthetischer Nanopartikel Beurteilung nach allgemeiner Verschuldens- und Produkthaftung* (Schulthess Verlag, Zürich 2020) 272; Özcan Büyüktanır ve Okyar Karaosmanoğlu (n 96) 161; Kanışlı (n 7) 1436.



Güvenli olmayan ürün kavramına Kanun'da yer verilmemiştir. Ürün sorumluluğu hususunda güvenli olmayan ürün kavramının uygun olmayacağı, hatalı ürün kavramının kullanılmasının daha isabetli olacağı ifade edilmektedir¹⁰². Direktif'in yukarıda belirtilen ilgili düzenlemesi dikkate alındığında, güvenli olmayan ürün hatalı ürün olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla ürünün güvenli olmaması ile hatalı olması arasında yakın bir bağ vardır¹⁰³. Bu sebeple kavramlar arasında anlamsal olarak ürün sorumluluğu bakımından bir uygunsuzluk olduğunu düşünmemekle birlikte, mevzuatımızla kavram birliği sağlama amacıyla "hatalı ürün" kavramı yerine "güvenli olmayan ürün" kavramını tercih etmenin daha doğru olacağını söyleyebiliriz.

3. Piyasaya Arz Edilmiş Olma

Ürün sorumluluğunun doğması için ürünün piyasaya arz edilmiş olması gerekir. 7223 sayılı Kanun m. 3 (k) bendinde piyasaya arz, "*ürünün piyasada ilk kez bulundurulması*" şeklinde tanımlanmaktadır. Ürün sorumluluğu, ancak ürünün piyasaya sürülme anında üründe bir hatanın mevcut olması durumunda gündeme gelebilir¹⁰⁴. 85/374 sayılı AB Direktifi m. 6/II'de bir ürünün, sonradan daha iyi bir ürünün piyasaya sürülmesi sebebine dayanılarak hatalı sayılmayacağı düzenlenmektedir.

B. Üründeki Hatanın Zarara Sebep Olması

Ürün sorumluluğunun doğması için, güvenli olmayan ürün nedeniyle bir zararın ortaya çıkması gerekir. Bu husus 7223 sayılı Kanun m. 6/I'de "*Ürünün, bir kişiye veya bir mala zarar vermesi halinde, bu ürünün imalatçısı veya ithalatçısı zararı gidermekle yükümlüdür.*" şeklinde ifade edilmektedir. Ürün sorumluluğunda söz konusu zarar, ürünün bir kimsenin yaşamını sona erdirmiş olması, vücut bütünlüğünde veya malvarlığında azalma meydana getirmiş olması halinde mevcut olarak kabul edilir¹⁰⁵.

Ürün sorumluluğu bakımından üreticinin sorumluluğuna gidilmesine neden olan zararlar kapsamında, maddi ve manevi zararlar bulunmaktadır. 85/374 sayılı Avrupa Konseyi Direktifi'nde ürün sorumluluğuna esas oluşturacak zararlar, ölüm veya yaralanma ya da diğer bir eşyaya gelen zarar ile sınırlandırılmıştır¹⁰⁶. Bir başka ifadeyle bu zararlardan başka nitelikteki zararlar için ürün sorumluluğuna dayanarak üreticinin sorumluluğuna gidilemeyecektir¹⁰⁷.

¹⁰² Ünal ve Kalkan (n 1) 67. Aynı hususta diğer eleştiriler için, bkz. Çelt (n 13) 92.

¹⁰³ Çelt (n 13) 92.

¹⁰⁴ Çelt (n 13) 93. Piyasada bulundurma kavramının tanımı hakkında ABAD içtihatları dikkate alınarak yapılan açıklamalar için, bkz. Atamer ve Kurtulan Güner (n 15) 558.

¹⁰⁵ Straub (n 94) 60; Çelt (n 13) 94; Keser (n 3) 162 vd.

¹⁰⁶ Havutçu (n 1) 81 vd.

¹⁰⁷ Kırca (n 1) 153 vd 7223 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, ürün sorumluluğu bakımından üreticinin sorumluluğuna gidilmesine neden olan zararların,

Direktifte manevi zararların tazmin edilmesi hususu ülkelerin iç hukukuna bırakılmıştır. Direktif’e uyum sağlamak amacıyla çıkarılan 7223 sayılı Kanun m. 6/V’te “Ürünün sebep olduğu zarar nedeniyle ödenecek maddi ve manevi tazminat miktarının belirlenmesinde 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.” düzenlemesiyle manevi tazminat talebinin varlığı açıkça kabul edilmiştir.

Kişiye verilen zararlar bakımından üreticinin ürününden kaynaklı olarak bir ölüm ya da bedensel zarar meydana gelmesi durumunda, zarar gören tazminat talebinde bulunabilecektir¹⁰⁸. Burada zararı tazmin için genel hükümlere göre hareket edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla tazminatın kapsamı belirlenirken, zarar verici olaydan ölüme kadar olan sürede ve ölüm ile ilgili doğrudan meydana gelen zararlar göz önünde bulundurulacaktır. Belirtmek gerekir ki, bedensel bütünlüğün zarar görmesi, öğretide, ruhsal bütünlüğü de kapsadığı için psikolojik ya da ruhsal zararlar da bu kapsamda değerlendirilir¹⁰⁹. Bu sebeple yaralanma kavramı geniş anlamıyla düşünülmelidir.

Mala verilen zararlar bakımından öncelikle belirtmek gerekir ki, ürüne ilişkin zarar ürün sorumluluğunun kapsamına girmektedir. Bir başka deyişle, ilgili direktifteki zarar, söz konusu ürün dışındaki eşyaya gelen zararı ifade etmektedir¹¹⁰. Bunun en önemli sebebi, ürün sorumluluğu ve ayıptan doğan sorumluluğun sınırlarının birbirinden ayrılabilmesidir. Örneğin bir buzdolabının yanması sonucu, üretici buzdolabının değerini ödemek zorunda olmayabilir. Fakat bu yangın sonucunda, diğer eşyalar da zarar görmüşse, bu durumda, diğer eşyaların gördüğü hasarın tazmini üreticiden ürün sorumluluğu kapsamında istenebilir. Öğretide, daha kompleks eşyalar için parçaların ayrı bir eşya olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği de tartışma konusu olmuştur¹¹¹. Otomobildeki tekerleklerin otomobilden ayrı bir eşya olarak kabul edilmesi halinde, tekerlekten meydana gelebilecek olan bir kazada otomobilin uğradığı hasarın tekerlek üreticisinden tazmin edilip edilemeyeceği durumu, bu soruya verilecek cevaba göre değişecektir.

Mala ilişkin zararların tazmini talebi, Direktifte zararın miktarı bakımından sınırlandırılmıştır¹¹². Bu sınırlandırma hem alt limit hem üst limit belirleme şeklinde gerçekleşmiştir. 85/374 sayılı Direktif m. 9 uyarınca, mala ilişkin bir

genellikle, maddi zararlar olduğu; bu bakımdan manevi zararların ürün sorumluluğu kapsamında değerlendirilmeyeceği ifade edilmekteydi. Gerekçe olarak 85/374 sayılı Avrupa Konseyi Direktifi’nde ürün sorumluluğuna esas oluşturacak zararların, ölüm veya yaralanma ya da diğer bir eşyaya gelen zarar ile sınırlandırılmış olması gösterilmekteydi.

¹⁰⁸ Havutçu (n 1) 82; Atamer ve Kurtulan Güner (n 15) 566.

¹⁰⁹ Kırca (n 1) 154.

¹¹⁰ Atamer ve Kurtulan Güner (n 15) 568.

¹¹¹ Havutçu (n 1) 85.

¹¹² Direktifte mala verilen zararlara ilişkin diğer sınırlamalar hakkında, bkz. Kanışlı (n 7) 1439 vd.



zararın tazmini ancak, zararın 500 Euro¹¹³ tutarındaki alt limiti aşması durumunda mümkündür, bu miktarın altındaki zararlara zarar gören katlanacaktır. Zararın tazmininin talep edilmesi, 500 Euro değerindeki alt limiti aşma halinde mümkün olacaktır. Ancak 7223 sayılı Kanun'da böyle bir alt limit öngörülmemiştir. Türk hukuku bakımından, Kanun'da mala ilişkin zararlarda bir alt limitin öngörülmesinin çeşitli açılardan faydalı olabileceği dile getirilmektedir¹¹⁴. Tazminata ilişkin üst limitin belirlendiği Direktif'in 16. maddesiyle, üye devletlere, şahsa ilişkin zararların, aynı hataya sahip özdeş ürünlerden doğması halinde, üreticinin toplam sorumluluğunun 70 Milyon Euro'dan az olmayan bir miktarla sınırlandırma serbestisi getirilmiştir. Örneğin, ürün sorumluluğunun tehlike esasına dayandırıldığı Alman hukukunda, sorumluluğun mutlaka bir üst limit ile sınırlandırılması desteklenmiş¹¹⁵; bu üst limit ProdHaftG'de 85 Milyon Euro olarak belirlenmiştir¹¹⁶. Kanun koyucu, 7223 sayılı Kanun ile zararın tazmini konusunda bir üst limit de belirlememiştir. Doktrinde tazminat sorumluluğunun sınırlandırılmaması gerektiği ifade edilerek üreticinin sınırsız sorumlu olması gerektiği savunulmaktadır¹¹⁷.

C. Nedensellik Bağı

7223 sayılı Kanun m. 6/II'ya göre, imalatçı veya ithalatçının sorumlu tutulabilmesi için, zarar gören tarafın uğradığı zararı ve uygunsuzluk ile zarar arasındaki nedensellik bağına ispat etmesi zorunludur. Dolayısıyla zarar, güvenli olmayan ürün nedeniyle doğmuş olmalıdır¹¹⁸. Bir başka deyişle güvenli olmayan ürün, zararlı sonucun sebebinin teşkil etmelidir¹¹⁹. Ancak buradaki zarar, ürünün olağan kullanım amacına uygun olarak kullanılmasından kaynaklanmalıdır¹²⁰. Örneğin, bir su ısıtıcısı makarna pişirmek amacıyla kullanıldığı takdirde, oluşabilecek risk durumları bu açıdan düşünülebilir.

D. Kurtuluş Kanıtı Getirilememiş Olması

85/374 sayılı Avrupa Konseyi Direktifi m. 7'de üreticinin sorumluluktan kurtulabileceği durumlar özel olarak düzenlenmiştir. Direktifin anılan hükmünde üretici bakımından kurtuluş kanıtları sınırlayıcı bir biçimde sayılmıştır¹²¹. Üreticinin ürün sorumluluğu kapsamında sorumlu tutulabilmesi için, kurtuluş kanıtı getirememiş olması gerekmektedir. Ürün sorumluluğunda kurtuluş kanıtı getirilebilecek haller ise şöyle sıralanabilir:

¹¹³ 1 Ocak 1999 öncesi ECU (European Currency Unit) kullanılmaktaydı.

¹¹⁴ Ünal ve Kalkan (n 1) 69; Çelt (n 13) 93.

¹¹⁵ Havutçu (n 1) 83; Kırca (n 1) 245.

¹¹⁶ Bu hususta, bkz. Çelt (n 13) 97, dn. 129.

¹¹⁷ Ünal ve Kalkan (n 1) 69. Aksi yönde, Tiftik (n 66) 56-57.

¹¹⁸ Akçura Karaman (n 9) 264; Keser (n 3) 209 vd; Atamer ve Kurtulan Güner (n 15) 571.

¹¹⁹ Kanişlı (n 7) 1442.

¹²⁰ Öz (n 1) 11.

¹²¹ Havutçu (n 1) 101; Ünal ve Kalkan (n 1) 54.

- a. Ürünün piyasaya sürülmemiş olması,
- b. Piyasaya sürülen üründe zarara sebep olan hatanın piyasaya sürülme anında mevcut olmaması,
- c. Üretilen ürün bakımından ekonomik amaç güdülmemesi ve mesleki faaliyet dışında bir üretim faaliyeti olması,
- d. Üründeki hatanın emredici hükümlere uyulması sebebiyle meydana gelmesi,
- e. Ürün piyasaya sürüldüğü zamanda zarar verici hatanın mevcut bilim ve teknolojiye göre tespit edilememesi,
- f. Hata nihai ürünün üreticisinden kaynaklıyorsa ara mal ve hammadde üreticilerinin sorumlu olmaması.

7223 sayılı Kanun m. 21 “İktisadi işletmeciyi sorumluluktan kurtaran haller” kenar başlığını taşımaktadır. Anılan düzenlemenin ikinci fıkrasında, imalatçı veya ithalatçı hakkında hangi hallerde idari yaptırımların uygulanmayacağı da düzenlenmiştir. Buna göre, “İmalatçı veya ithalatçı; a) Ürünü piyasaya kendisinin arz etmediğini, b) Uygunsuzluğun dağıtıcının veya üçüncü bir tarafın ürüne müdahalesinden veya kullanıcıdan kaynaklandığını, c) Üründeki uygunsuzluğun, teknik düzenlemelere veya diğer zorunlu teknik kurallara uygun olarak üretilmesinden kaynaklandığını, ispatladığı takdirde bu Kanunda düzenlenen idari yaptırımlar uygulanmaz.”. İmalatçı ve ithalatçı hakkında Kanun’da belirtilen nedenlerin varlığı halinde idari yaptırımların uygulanmayacak olması, söz konusu kişilerin ürün sorumluluğundan kurtulacağı anlamını da ihtiva eder¹²².

VII. BENZER SORUMLUKLARDAN AYIRT EDİLMESİ

A. Ayıptan Doğan Sorumluluktan Ayırt Edilmesi

Ayıptan doğan sorumluluk, TKHK m. 8’de düzenlenmektedir. TKHK m. 8’de ayıplı mal kavramının tanımı “Ayıplı mal, tüketiciye teslimi anında, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan maldır.” şeklinde yapıldıktan sonra ayıplı mal olarak kabul edilen mallar şu şekilde sayılmıştır: “Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilanlarında yer alan özelliklerinden bir veya birden fazlasını taşımayan; satıcı tarafından bildirilen veya teknik düzenlemesinde tespit edilen niteliğe aykırı olan; muadili olan malların kullanım amacını karşılamayan, tüketicinin makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar da ayıplı olarak kabul edilir.”

¹²² Keser (n 3) 241; Atamer ve Kurtulan Güner (n 15) 572 vd.



Ürün sorumluluğunun kurucu olgusu olan hatalı ürün kavramı ise, ürünün güvenli olmamasını ifade etmektedir. Görülmektedir ki ayıplı mal ve hatalı ürün kavramları içerik olarak aynı kavramlar değildir.

Ayıptan doğan sorumluluk, genellikle, bir sözleşme ilişkisine dayanmaktadır¹²³. Nitekim ayıptan doğan sorumlulukta taraflar arasındaki edim ve karşı edimden oluşan denklik ilişkisinin korunması amaçlanmaktadır. Seçimlik hakların tanınmış olması da sözleşmede amaçlanan dengenin yeniden tesis edilmesi amacıyla hizmet etmektedir. Oysa ürün sorumluluğu sözleşme dışı bir sorumluluktur. Bu bakımdan burada tarafların karşılıklı menfaatlerinin denkliği yerine, asıl amaçlanan, kişilerin vücut ve mal varlığı zararlarına karşı korunmak istenmesidir. Dolayısıyla ürün sorumluluğunda, üretici tarafından piyasaya sürülecek ürünlerin güvenli olmasına hizmet eden bir kurum söz konusudur¹²⁴.

Üründeki hatanın sebep olabileceği zarar riskleri; yaralanma, ölüm ya da malvarlığında bir hasar meydana gelmesi şeklinde ortaya çıkabilir¹²⁵. Üreticinin burada sayılan zarar riskleri dışında bir sebebe dayanarak sorumlu tutulması mümkün değildir. Söz konusu zarar riskleri, öncelikle ürünün alıcısı/kullanıcısı olan kişiler için muhtemeldir. Diğer yandan ürünle teması olan ya da ürünle hiçbir ilgisi olmayan üçüncü kişilerin de zarar risklerinden etkilenmesi mümkün olabilir¹²⁶. Bu kapsamda üreticinin ürünün yarattığı risk alanına dahil edilebilecek olan herkese karşı sorumlu olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Ayıptan doğan sorumlulukta ise, ürün sorumluluğunun aksine, zarar riskleri sınırlandırılması yoluna gidilmemiştir. Öte yandan ayıptan doğan sorumluluk, yalnızca sözleşmenin tarafı olan tüketicinin başvurabileceği bir sorumluluktur.

Ürün sorumluluğu, esasen bir tazminat sorumluluğudur. Ancak ayıptan doğan sorumlulukta tazminat talebi seçimlik hakların yanında tali bir nitelik taşımaktadır¹²⁷. Bunun sonucu olarak ayıptan doğan sorumluluğun tüketicici bakımından daha kapsamlı bir düzenleme olduğu söylenebilir¹²⁸.

B. Garanti Taahhüdünden Ayırt Edilmesi

Garanti taahhüdünde üreticinin, tüketiciciye karşı garanti edilen süre boyunca satın alınan üründeki arızaların giderilmesi ya da bunların telafi edilmesi vaat edilmektedir¹²⁹. Garanti taahhüdü de esasen, bir sözleşme ilişkisine

¹²³ Havutçu (n 1) 35.

¹²⁴ Havutçu (n 1) 33 vd.

¹²⁵ Kırcı (n 1) 153 vd; Aslan (n 1) 214; Gümüş, Şerh (n 1) 107; Aydos, Ürün Sorumluluğu (n 8) 176 vd; Kulaklı (n 1) 20.

¹²⁶ Yavuz (n 4) 1317; Sanlı ve Atamer (n 1) 782; Gümüş, Şerh (n 1) 107; Kulaklı (n 1) 5-6; Akçura Karaman (n 9) 313.

¹²⁷ Havutçu (n 1) 35.

¹²⁸ Zevkliler (n 66) 16.

¹²⁹ Havutçu (n 1) 42.

dayanır. Bağımsız bir hukuki ilişki doğurur. Bunun sonucu olarak tüketici, sözleşmenin diğer tarafı olan satıcıya karşı talepte bulunabilecektir. Garanti taahhüdünde, belirli bir süre söz konusu olup, süre bitince taahhüt artık hüküm ifade etmeyecektir. Oysa ürün sorumluluğu, garanti taahhüdüne oranla daha uzun süre koruma sağlayan bir sorumluluk türüdür. Ayrıca belirtmek gerekir ki, garanti taahhüdünün verilmiş olması, tüketiciye karşı ayıptan doğan sorumluluğu etkilemez. Tüketicinin ayıptan doğan sorumluluktaki seçimlik haklarını kullanabilmesi, garanti taahhüdündeki haklarını kullanabilmesini engellemez¹³⁰.

Garanti taahhüdünde, ulaşılmak istenen amaç, ürünün garanti süresi boyunca sorunsuz olarak kullanılabilmesidir. Bu ilişkide tüketicinin üründen tam olarak faydalanabilmesine yönelik menfaati korunmak istenmektedir. Fakat bu ilişki ürünün bir beden veya malvarlığı zararı doğurmayacağını veya buna karşı bir telafi sunulacağını içermemektedir¹³¹. Nitekim üründen kaynaklanan zararların garanti kapsamında olmayacağı genel olarak bu tür sözleşmelerde yer alır. Diğer yandan ürün sorumluluğunun koruma amacının esasen beden ve malvarlığı güvenliğinin sağlanması olduğu yukarıda da ifade edilmiştir.

SONUÇ

Ürün sorumluluğu kavramı, genel olarak, üreticinin piyasaya sunduğu ürünün hatalı olmasından dolayı meydana gelen zararı tazmin yükümlülüğünü ifade eder. Üreticinin ürün sorumluluğunu doğuran olgu, “güvenli olmayan ürün”dür. Ürünün hatalı olması, ürünün güvenli olmaması demektir; bir başka ifadeyle, ürünün güvenli olmasını etkileyen bir eksikliktir.

Ürün sorumluluğu hususunda çeşitli kanunlaştırma hareketleri bulunmaktadır. 85/374 sayılı Avrupa Konseyi Direktifi ve bu direktifin iç hukuka aktarılmasını amaçlayan Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu, Ürün Sorumluluğu Hakkında İsviçre Federal Kanunu bunlar arasındadır. Türk Hukuku’nda da Direktif’e uyum sağlama çalışmaları kapsamında 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu kabul edilmiş, bu Kanun’a dayanarak Genel Ürün Güvenliği Yönetmeliği yürürlüğe girmiştir. Kanunun amacı göz önünde bulundurulduğunda, kamu hukuku yönünün ağır bastığı söylenebilir¹³². Oysa ürün sorumluluğu, özel hukuka ait bir meseledir. Ürün sorumluluğunun bir kanun hükmüyle ivedi olarak düzenlenmesi ihtiyacının giderilmesi mevzuatımız açısından olumlu bir gelişmedir. Ancak doktrinde de ifade edildiği üzere, ürün sorumluluğunun TBK’ya eklenecek bir kanun hükmü ile veya özel bir kanunla düzenlenmesi daha doğru olurdu¹³³. Ürün

¹³⁰ Havutçu (n 1) 44.

¹³¹ Havutçu (n 1) 45.

¹³² Ünal ve Kalkan (n 1) 63; Çelt (n 13) 86.

¹³³ Ünal ve Kalkan (n 1) 63.



sorumluluğu ve ürün güvenliği meselelerinin iki ayrı AB Direktif'ine ve üye ülkelerde özel kanunlarla düzenlenmelere konu olmasından hareketle, Türk hukukunda da özellikle tazminat sorumluluğu sisteminin bozulmaması amacıyla, bu ayırımı yapılması gerektiği ifade edilmektedir¹³⁴. Konunun artan önemi ve zarar görenlerin ihtiyaçları düşünüldüğünde, ürün sorumluluğunun, Alman ve İsviçre hukukunda olduğu gibi özel kanunla ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesinin daha isabetli bir tercih olacağı kanaatindeyiz.

Ürün sorumluluğunun hukuki niteliği tartışmalıdır. Alman hukukunda hâkim görüş ürün sorumluluğunu tehlike sorumluluğu esasına dayandırırken, İsviçre hukukunda bu hususta fikir ayrılıkları bulunmaktadır. Türk hukukunda ürün sorumluluğunun tehlike sorumluluğuna yaklaştığı ifade edilmekle birlikte, 7223 sayılı Kanun düzenlemesi karşısında, bir kusursuz sorumluluk olarak kabul etmek isabetli olacaktır.

Ürün sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, güvenli olmayan ürünün piyasaya arz edilmesi, üründeki hatanın bir zarara sebep olması, nedensellik bağı ve üreticinin kurtuluş kanıtı getirememiş olması gerekmektedir. Güvenli olmayan ürünün ölçütü, bir kimsenin üründen beklemeye haklı olduğu güvenlik unsurunun eksikliğidir. Bu nitelikteki bir ürün piyasada ilk kez bulundurulduğunda ürünün olağan kullanımı sonucu bir zarar meydana gelirse ve söz konusu kullanım ile zarar arasında nedensellik bağı mevcutsa ürün sorumluluğu gündeme gelecektir. Ürün sorumluluğu kapsamında zarar gören maddi ve manevi tazminat talebinde bulunabilir. Direktif'te tazminatın miktarı birtakım sınırlamalara tabi tutulmuştur. Zarar görenin tazminat talebinin alt ve üst limitleri de Direktif'te belirlenmiştir. Ancak bu yönde bir düzenleme 7223 sayılı Kanun'da yer almamaktadır.

Ürün sorumluluğu ayıptan doğan sorumlulukla karıştırılmaması gereken bir kavramdır. Nitekim ürün sorumluluğunu doğuran olgu, hatalı ürünken; ayıplı maldan kaynaklanan sorumlulukta ayıplı mal kavramı önem arz etmektedir. Ürün sorumluluğu garanti taahhüdünden de ayrılması gereken bir kavramdır.

KAYNAKÇA

Akipek Ş, "Bedensel Zararların Tazmini Kapsamında Tüketici Hukuku Yönünden Ürün Sorumluluğu", Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini, Cilt II, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2016 23-38.

Akkayan Yıldırım A, "Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu" (2012) 70 (1) İÜHFM 203-220.

Akçura Karaman T, *Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu* (Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008).

¹³⁴ Çelt (n 13) 88.

- Aksoy Dursun S, *Eşya Kavramı* (Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2012).
- Aslan İY, *Tüketici Hukuku* (5. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2015).
- Atamer Y ve Kurtulan Güner G, “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile İmalatçının Sorumluluğu Konusu Türk Hukuku Açısından Çözülmüş Müdür?” (2021) 70 (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 543-588.
- Aydoğdu M, *Tüketici Hukuku Dersleri* (Adalet Yayınevi, Ankara 2015).
- Aydos OS, *Ürün Sorumluluğu* (Adalet Yayınevi, Ankara 2009) (Ürün Sorumluluğu).
- Aydos OS, “Ürün Sorumluluğu Risk Kontrolü” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2013) XVII (1-2) 1785-1802. (Risk Kontrolü).
- Canpolat Ö, “Üretici ve Sorumluluğu” (2013) 2 ABD 369-398.
- Civan OE, “İş Sağlığı ve Güvenliğinde Üreticinin (İmalatçının) Yükümlülüğü ve Sorumluluğu”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C II (Beta, İstanbul 2011) 2015-2061.
- Çekin MS, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu* (Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2016).
- Çelt DÖ, “Ürün Sorumluluğunda Yaşanan Güncel Gelişme: 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu” (2021) 7 (1) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 73-114.
- Dalcı N, “TBK md. 71 Bağlamında İlaç Üreticisinin Tehlike Sorumluluğu” (2014) 114 TBBB 49-78.
- Dönmez Ü, “Türk ve Alman İlaç Hukukunda Hatalı Üretilen İlaçtan Doğan Sorumluluk ve Özel Sorumluluk Halleri” (2016) 7 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 381-406.
- Durak Y, “Tehlike Sorumluluğu” (2014) 9 (1) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 23-51.
- Erlüle F, “Yapımcının Sorumluluğu” (2008) 14 (4) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 303-340.
- Frietsch E, “Die Produkthaftungs- Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft und der Luftverkehr” (1987) 36 (2) Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht – German Journal of Air and Space Law 170-186.
- Furrer A, “Produktesicherheit, Produktheftung und technische Normung”, *Produktsicherheit und Produkthaftung - Neue Herausforderungen für schweizerische Unternehmen*, Herausgeber: Fellmann, Walter/Furrer, Andreas (Stämpfli Verlag, Bern 2011) 1-22.



Guhl T ve Koller A, *Das Schweizerische Obligationenrecht* (9. Bası, Basel 2000).

Gümüş MA, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, C I (Madde:1-46) (Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014) (Şerh).

Gümüş MA, “Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğunun Yasal Temelleri” Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nu 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, İstanbul 2016.

Hager G, “Umwelthaftung und Produkthaftung” (1990) (9) *JuristenZeitung* 397-409.

Hess HJ, *Produktehaftung – Produktesicherheit* (Schulthess Verlag, Zürich 2021).

Havutçu A, *Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu* (Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005)

İnal T, *Tüketici Hukuku* (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014).

Kanışlı E, “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu” (2020), 78 (3) *İstanbul Hukuk Mecmuası* 1413-1468.

Karaman T, “Üreticinin Sorumluluğu” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009), 295-308.

Keser Y, *Ürün Sorumluluğu* (Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021).

Kırca Ç, *Ürün Sorumluluğu* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2007).

Kırca İ ve Aydın R, “İnkişaf Riski – İmalatçının / Üreticinin Sorumluluğu”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan (Yetkin Yayınları, Ankara 2006) 679-692.

Köseyener A, “Akit Dışı Sorumluluğa Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma-II Tüzüğü Tasarısında ‘Ürünlerden Doğan Sorumluluk’” (2004) I ABD 149-176.

Kulaklı E, *Ürün Sorumluluğu ve Ayıp Kavramı* (XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2009).

Lanz M, *Die Haftung beim medizinischen Einsatz synthetischer Nanopartikel Beurteilung nach allgemeiner Verschuldens- und Produktheftung* (Schulthess Verlag, Zürich 2020).

Oğuzman MK ve Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013).

Oğuzman MK, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, *Eşya Hukuku* (Filiz Kitabevi, İstanbul 2013).

Öz T, “Üreticinin Sorumluluğu” (2007) 6 (2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7-18.

Özcan Büyüktanır BG ve Okyar Karaosmanoğlu D, “Endikasyon Dışı (Off-Label) İlaç Kullanımından Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin ve Hekimin Hukuki Sorumluluğu” (2017) 8 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 153-198.

Özcan Büyüktanır BG, “Tüketicilerin ve Üçüncü Kişilerin Ayıplı Satılanın Kullanılması Nedeniyle Ortaya Çıkan Bedensel Bütünlük İhlali Halinde Manevi Zararlarının Tazmini” (2018) 67 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 495-534.

Paksoy MS ve Demir GA, “Üreticinin TBK m 71 Kapsamında Sorumlu Tutulması” (2013) LXXI (2) İÜHFM 299-316.

Sanlı KC ve Atamer Y, “Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden İmalatçının Kusursuz Sorumluluğuna Dair Bir Değerlendirme”, Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan (Der Yayınları, İstanbul 2012) 769-813.

Schwenzer I, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (6.Bası, Basel 2012).

Serozan R, “Tüketiciyi Koruma Kanunu Değişikliğinin Artıları ve Eksileri” (2003) 61 (1-2) İÜHFM 339-356.

Sirmen L, *Eşya Hukuku* (Yetkin Yayınları, Ankara 2014).

Sprau H, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch* (77. Bası, C H Beck, München 2018).

Straub W, *Produktehaftung für Informationstechnologiefehler EU-Produktehaftungsrichtlinie und schweizerisches Produktehaftungsgesetz*, (Schulthess Verlag, Zürich 2002).

Tarman ZD, “Türk Hukukunda İmalatçının Sorumluluğuna Genel Bir Bakış” (2007) LXV (2) İÜHFM 299-316.

Temel E, “Alman Hukukunda İlaç Üreticisinin Özel Hukuk Sorumluluğu”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C II (Turhan Kitabevi, Ankara 2010) 2053-2081.

Tiftik M, *Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu* (2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005).

Tiryaki B, “Avrupa Konseyi’nin 25.7.1985 Tarihli Direktifi’ne Göre Üreticinin Sorumluluğunun Şartları ve Tüketicinin Korunması Mevzuatı ile Mukayesesi” (2006) 55 (2) AÜHFD 229-248.



Üçışık G, “Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural ile Düzenlenmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009), Ankara 2009, 127-145.

Ünal A ve Kalkan A, “Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğu Üzerine Olan ve Olması Gereken Hukuka Dair Genel Düşünceler” (2019) (39) TAAD 45-76.

Widmer P, “Produktehaftung - Konzept und Umsetzung”, *Produktsicherheit und Produkthaftung - Neue Herausforderungen für schweizerische Unternehmen*, Herausgeber: Fellmann, Walter/Furrer, Andreas (Stämpfli Verlag, Bern 2011) 101-119.

Yıldırım A, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler” (2013) XVII (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1015-1047. (Değerlendirmeler).

Yıldırım MF “Genetiği Değiştirilmiş Ürünlerden Sorumluluk”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009), Ankara 2009 233-262 (Ürünlerden Sorumluluk).

Yavuz C, “Tüketicinin Korunması Bakımından İmalatçının (Ürün) Sorumluluğu”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan (Filiz Kitabevi, İstanbul 2013) 1316-1332.

Yücel Ö, *Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel Tehlike Sorumluluğu* (Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014).

Zech H, “Gefahrdungshaftung und neue Technologien” (2013) (1) JuristenZeitung 21-29.

Zevkliler A, “Türkiye’de Tüketici Sorunlarının Özel Bir Yasa ile Düzenlenmesi”, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu (XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010) 1-18.

Zevkliler A ve Aydoğdu M, *Tüketicinin Korunması Hukuku* (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004).

BORÇLU TEMERRÜDÜNDE İHTAR VE EK SÜRE KAVRAMLARI

Concepts of Notice and Grace Period in Default of the Debtor

Derya ATEŞ*

Özet

TBK. m. 117/I hükmü açıkça muaccel borcun borçlusunun alacaklının ihtarı ile temerrüde düştüğünü düzenlemektedir. Borçlu temerrüdünün genel şartlarından birini oluşturan ihtar ile karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde seçimlik hakların kullanımının ön şartını oluşturan ek süre tayini birbirinden farklı kurumlardır. İhtar borcun ifa edileceği zamanın netleştirilmesi yönünden önem taşırken; ek süre tayini yeni ifa zamanı belirlemeksizin TBK. m. 123 hükmü çerçevesinde seçimlik hakların kullanımı için adeta bir ön şart oluşturur. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmede seçimlik haklardan yararlanmak istemeyen alacaklı sadece ihtar çekerek borçluyu temerrüde düşürebilme imkanına sahip iken bu durumda talebi aynen ifa ve gecikme tazminatı ile sınırlı kalır ve kendisine tanınan seçimlik haklardan mahrum olur. O halde her iki irade açıklaması arasında, tarafları, içeriği, şekli, zamanı ve sonuçları yönünden farkları bulunur.

Anahtar kelimeler: Borçlunun temerrüdü, karşılıklı borç yükleyen sözleşme, ihtar, ek süre.

Abstract

Article 117/I of the TCO (Turkish Code of Obligations) clearly regulates that the debtor of a debt due will fall into default with the notice of the creditor. The notice, which constitutes one of the general conditions of the debtor's default and the determination of the grace period, which constitutes the prerequisite for the exercise of alternative rights in bilateral contracts are different institutions. While the notice is important in terms of determining the exact time of performance; the determination of the grace period, without specifying a new time of performance, almost constitutes a prerequisite for the exercise of alternative rights within the framework of article 123 of the TCO. While the creditor, who does not want to enjoy the alternative rights in a bilateral contract, has the opportunity to put the debtor in default by only giving a notice, in which case, his request will be limited to the specific performance and the compensation for delay

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 09.06.2022*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 06.09.2022*

* Doç. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, deryaates@hacettepe.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-7895-9906>



in performance, and will be deprived of the alternative rights granted to him. In that case, both declarations will have differences in terms of parties, content, form, time and consequences.

Keywords: Default of the debtor, bilateral contracts, notice, grace period.

GİRİŞ

Tüm borçlara uygulanabilen *Basit Temerrüde (La Demeure Simple)* ait genel şartlar, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere ait *Nitelikli Temerrüdün (La Demeure Qualifiée)* uygulanabilmesinin de ilk basamağını oluşturur¹. TBK. m. 117 hükmü çerçevesinde basit ya da genel anlamı ile temerrüt, borçlunun muaccel ve ifası mümkün olan borcunu vade sonunda geçerli hukuki sebep bulunmadan ifa etmemesidir². Buna göre genel anlamda borçlu temerrüdün dört şartı bulunur: *Borcun Muaccel Olması, Edimin İfasının Mümkün Olması, Alacaklının İhtarı ve İfa Edilmemenin Geçerli Hukuki Sebebe Dayanmaması*.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler yönünden TBK. m.123 hükmü ile kanun koyucu, borçlu temerrüdünü genel koşullar yanında bazı özel koşulların varlığına da bağlamaktadır. Bu durumun temel sebebini karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde edim-karşı edim arasında ifa açısından mevcut fonksiyonel karşılıklılık ilişkisi oluşturur³. Nitekim edimlere ilişkin taahhüt ile taahhüdün ifası arasındaki bağlantı temerrüt durumunda karşı edimin hukukî sebebini de etkilemekte; bu etki hukuki sebebin ortadan kalması şeklinde olmasa da zedelenmesi şeklinde doğmaktadır. Sonuçları, genel borçlu temerrüdüne kıyasen çok daha ağır düzenlenen karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt doğduğunda, bu muhtemel ağır sonuçlar öncesinde borçluya edimini tekrar ifa edebilmesi için son bir şans daha verilmek istenir. TBK. m. 125 hükmü uyarınca seçimlik haklarını kullanabilmesi için de gerekli olan bu özel şartlar ise *karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin varlığı, borçluya ek süre verilmesi ve verilen süre içinde ya da süre verilmesini gerektirmeyen hallerde borçlunun edimini ifa etmemesidir*.

Borçlu temerrüdünün genel şartlarından birini oluşturan ihtar ile karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde seçimlik hakların kullanımının ön şartını oluşturan ek süre tayini birbirinden farklı kurumlardır. “İhtara gerek olmayan haller” ile “borçluya ek süre tayinine gerek olmayan haller” ilişkin değerlendirmelere konunun kapsamındaki genişlik ve doktrin tartışmalarının fazlalığı sebebiyle

¹ Pierre Tercier, *Le Droit des Obligations*, (3. Bası, Schullthess 2004), 231.

² Pascal Pichonnaz, *Le temps qui passe en droit privé de la construction. Réflexions en matière de demeure, de délai d’avis et de prescription des droits de garantie*, (2013), *JDC*, 65; Tercier (n 1) 231. Bu tanımdan yola çıkarak yazar basit temerrüdün şartlarını: *Muacceliyet, Vade Sonunun Gelmesi, Borcun Yerine Getirilmemesi ve Geçerli Hukuki Sebebin Yokluğu* şeklinde sıralamaktadır. Bkz. s. 232-233.

³ Karşılıklılık ilişkisinin farklı görünümleri için bkz. Derya Ateş, *Borçlunun Temerrüdünde Aynen İfa*, (1. Bası, Beta 2021), 22 vd.

bu çalışmada girilmemiş olup, aşağıda her iki kurumun hukuki niteliği, tarafları, içeriği, şekli ve zamanı yönünden değerlendirme yapılarak her iki müessesenin temel farklılıkları ortaya konulacaktır⁴.

I. BASİT TEMERRÜD ŞARTI STATÜSÜNDE İHTAR

TBK. m. 117/I hükmü açıkça muaccel borcun borçlusunun alacaklının ihtarı ile temerrüde düştüğünü düzenlemektedir. Nitekim muaccel ve ifası mümkün bir borcun zamanında ifa edilmemesi, ihtar ya da ihtar yerini tutan olgularla desteklenmiyorsa zaman zaman borçlu temerrüdüne yol açmayabileceği gibi alacaklı temerrüdüne dahi dönüşebilir⁵. Bu sebeple alacaklı tarafından yapılması gereken ihtar kural olarak borçlu temerrüdünün şartlarından biridir. Bu hükümlerle kanun koyucu “*ifa anını bilmediğinde ya da ifa anı kendisi için belirsiz olduğunda karşılaşılabileceği sert ve katı muamelelere karşı borçluyu korumayı*” istemektedir⁶.

A. İhtar Kavramı ve Hukuki Niteliği

İhtar kelime anlamı olarak “*bir şeyi birine hatırlatma, uyarma, dikkat çekme*” anlamları taşır⁷. Borçlunun temerrüde düşmesi için kanun koyucunun aradığı ihtar şartı ise bu yönde; alacaklının, ifa zamanı gelen borcun borçlusuna, açık, kesin ve net bir şekilde borcunu hatırlatması ve kendisinden gecikmeksizin borcunu yerine getirmesini istemesidir. Alacaklı tarafından borçluya yapılan bu hatırlatma aynı zamanda borcunu ifa etmemesi durumunda temerrüt sonuçlarının gerçekleşeceği yönünde bir uyarı niteliği de taşır⁸. Bu uyarı karşısında borçlunun iki seçeneği vardır. Borçlandığı edimi yerine getirerek temerrüde düşmeden edim yükümlülüklerine uygun hareket etmek ya da ihtara rağmen edimi yerine getirmeyerek temerrütten doğan hukuki sonuçlara katlanmak.

İhtar, alacaklının borcun muaccel olmasından sonra borçluya *borcunu ifa etmesi hususunda* yönelttiği tek taraflı irade beyanıdır⁹. Bu irade beyanının

⁴ İhtara gerek olmayan haller için bkz. Ateş (n 3) 84 vd.; ek süre tayinine gerek olmayan haller için ise 116 vd.

⁵ Necip Kocayusufpaşaoğlu vd., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.III, Prof. Dr. Rona Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, (7. Bası, Filiz 2016), 52, 53. Serozan bu nedenle temerrüt deyiminin “edimi geciktirme” sözcükleriyle tanımlanamayacağını, temerrüdün “*koşullu ve nitelikli bir gecikme*” olduğunu vurgulamaktadır.

⁶ Luc Thévenoz, De l’extinction des obligations, art 97-109, Thévenoz, Luc/Werro, Franz, *Code des obligations, I Commentaire Romand*, (1. Bası, Helbing, Lichtenhahn 2003), 609; Claude Ramoni, *Demeure du débiteur et contrats de droit suisse*, (1. Bası, Schulthess 2002), 6; Albert Comment, *De la demeure du débiteur dans les contrats bilatéraux, art. 107-109 CO*, (1. Bası, Courtelary, H. Strahm-Liengme 1924), 685; ATF 97 II 58, c. 3.

⁷ *Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük*, (TDK 2005), 942.

⁸ Ramoni, (n 6) 5; Comment, (n 6) s. 54; Engel, (n 6) 685; Thévenoz, (n 6) 609.

⁹ Comment, (n 6) 54; Sylvie Chavanne, *Le retard dans l’exécution des travaux de construction*, (1. Bası, Bâle: Helbing & Lichtenhahn) 6; Engel, (n 6) 685; Thévenoz, (n 6) 609.



hukuki niteliği ise doktrinde tartışmalıdır. Tartışmalar genel olarak; ihtarın geniş anlamda sadece varması gereken irade açıklaması; bilgi açıklaması, tek taraflı bir hukuki işlem ve hukuki işlem benzeri bir fiil olduğu görüşleri üzerinde toplanır¹⁰. Baskın görüş ise, temerrüt ihtarının, borçluyu alacaklının hukuki sonuca yönelik iradesinden bağımsız olarak temerrüde düşürdüğü için hukuki işlem değil, hukuki işlem benzeri fiil olduğu yönündedir¹¹.

Gerçekten alacaklı ihtar ile muaccel bir edimin yerine getirilmesini borçluya bildirir. Alacaklının ne temerrüdün hukuki sonuçlarını ne de bu sonuçları yerine getirme isteğini ihtarda gösterme zorunluluğu yoktur. İhtarın hukuki hükmü ve sonucu olan temerrüt alacaklının irade açıklamasının içeriğinden doğmadığı gibi alacaklının bunu istemiş veya bilmiş olup olmadığını aramaya da ihtiyaç göstermeden oluşur. Bu sebeple ihtar, tam anlamı ile hukuk işlem olmayıp hukuki işlem benzeri fiil ve kendisine hukuki işleme ait kurallar uygulanan irade beyanıdır¹².

B. İhtarın Tarafları

İhtar muhatabına ulaşması gereken bir irade beyanıdır ve *bizzat alacaklı ya da yetkili temsilcisi* tarafından yapılması gerekir¹³. İhtarın geçerliliği için ihtarı yapan kişinin fiil ve işlemlerinin güdüsünü, sonuçlarını, kapsamını ve etkilerini seçebilme ve bunlara uygun hareket edebilme yeteneğine yani ayırt etme gücüne sahip olması yeterlidir¹⁴. Bu sebeple tam ehliyetli ve sınırlı ehliyetliler gibi sınırlı ehliyetsizler tarafından da kendilerini borç altına sokmayan ihtarın gönderilmesi mümkündür.

¹⁰ Engel, (n 6) 685; Andreas Von Tuhr, *Borçlar Hukuku, C.1-2, Çev. Cevat Edege*, (2. Bası, Yargıtay 1983) 168, Thévenoz, (n 6) 609. Alman Hukuku yönünden bu tartışmalar hakkında bkz. Murat Tümerdem, *Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü ve Sonuçları*, (1. Bası, Seçkin 2018) 129 vd.

¹¹ Thévenoz, (n 6) 609.

¹² Von Tuhr, (n 10) 168; Haluk Tandoğan, *La Nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats- Contribution à l'étude de l'inefficacité partielle des actes juridiques*, (1. Bası, Kundig 1952), 71; Chavanne, (n 9) 50, dpn. 58; Ayşe Havutçu, *İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini*, (1. Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi 1995), 27; Halil Akkanat, *Alacaklı Temerrüdü Dışında, Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilemediği Başlıca Durumlar ve Sonuçları*, (1. Bası, Filiz 1996) 21. Ayrıca bkz. Von Tuhr, (n 10) 606; Kemal Oğuzman - Nami Barlas, *Medeni Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, (24. Bası, Vedat 2020) 118-119; Selahattin Sulhi Tekinay vd *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, (7. Bası, Filiz 1993), 914; Laurent Huillier, *La Notion du droit formateur en droit prive*, (thèse , Genf, 1947), 173; Kemal Oğuzman – Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*; I, (16. Bası, Vedat 2018), 462, Kocayusufpaşaoğlu vd., (n 5) s. 219; Havutçu, (n 12) 26.

¹³ Engel, (n 6) 685; ATF 103-1977 II s. 102, 105= JT 1978 I s.66, 69; Thévenoz, (n 6) 610; Von Tuhr, (n 10) 607; Yetkili temsilci için genel temsil yetkisi yeterli olup, özel temsil yetkisine ihtiyaç yoktur. Oğuzman-Öz, (n 12) 462.

¹⁴ Jale Akipek – Turgut Akıntürk – Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku*, (17. Bası, Beta 2021), 290. Ayrıca bkz. Von Tuhr, (n 10) 607, dpn. 19.

Elbirliği ile alacaklılık halinde, birbirlerini yetkilendirmediler ise, alacaklıların tamamının birlikte ihtarda bulunması gerekirken; *müteselsil alacaklılık* olasılığında alacaklıların her biri diğerlerinden bağımsız olarak alacak miktarının tamamını talep edebilir¹⁵. Buna karşılık *kısmi alacaklılık* durumunda her alacaklı kendi alacak miktarına ilişkin talepte bulunmalıdır.

İhtarın yapılacağı kişi, *borçlu ya da ihtarı kabule yetkili temsilcisidir*. İhtarı yapan kişinin aksine ihtarın yapıldığı kişinin ayırt etme gücüne sahip olması tek başına yeterli olmayıp tam ehliyetli ya da sınırlı ehliyetli olması gerekir. Tam ehliyetsizler ve sınırlı ehliyetsizler yönünden ihtarın yasal temsilcilerine yapılması esastır¹⁶. İhtarı kabule yetkili bir temsilcinin belirlenmiş olması, asıl borçlu yönünden alacaklının bizzat kendisine ihtar veya diğer herhangi bir hukuki beyan gönderme yetkisini ise ortadan kaldıramaz¹⁷.

Elbirliği ile borçluluk halinde, alacaklı borcun ifasını borçluların tamamından talep ederken; *müteselsil borçlulukta* alacaklı borç miktarının tamamını borçluların birinden veya hepsinden ayrı ayrı ya da birlikte talep edebilir¹⁸. *Kısmi borçluluk* durumunda ise alacalıya borçlulara ancak kendi alacak miktarları ile sınırlı talepte bulunma imkânı verir.

C. İhtarın İçeriği

Alacaklının borçla ilgili olarak yaptığı her türlü beyan ihtar niteliği taşımadığı gibi alacaklının yaptığı ihtarın doğrudan doğruya borçluyu temerrüdü düşürme amacı taşıması da gerekmez¹⁹. Burada belirleyici olan yapılan ihtarın “*açık şekilde borçlanılan edimin ifası talebini*” içerip içermediğidir. O halde, borçlanılan edimden farklı bir edim isteği yönündeki irade açıklamasının ihtar olarak nitelendirilmesi düşünülemez²⁰. Aynı şekilde ihtarın hangi borç için yapıldığının anlaşılamadığı durumlarda ya da ifa yeri değişikliği yönündeki

¹⁵ Müteselsil alacaklılıkta alacaklılardan birinin ihtarının borçluyu diğer alacaklılara karşı da temerrüde düşürdüğü kabul edilir. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (24. Bası, Yetkin 2019), 1221.

¹⁶ Tam ehliyetsizler yönünden ayırt etme gücünün yokluğu, sınırlı ehliyetsizler yönünden ise kendilerine borç yükleyen bir işlemle karşı karşıya bulunmaları sebebiyle ihtarın geçersizliği söz konusudur. Bkz. Akipek-Akıntürk-Ateş, (n 14) 306 vd.; s. 328.

¹⁷ Von Tuhr, (n 10) 608.

¹⁸ Davut Armağan, “*Sözleşmesel Çerçeve de Meydana Gelen Müteselsil Borçlulukta Borçlu Temerrüdü*”, (2019) (77) (2), *İHM*, 617–667; Ayşe Arat, “*Müteselsil Borçlarda Alacaklı ile Borçlular Arasındaki İlişkinin Hüküm ve Sonuçları*”, (2018) (26) (2) *SÜHFD*, 325-366; Kadir Berk Kapancı, *Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler*, (1. Bası, Vedat 2015) 7-139; Nurcihan Özdoğan, *Müteselsil Sorumluluk*, (1. Bası, Seçkin 2016), 55-58; Ayşenur Şahin, *Türk Borçlar Kanunu'nda Müteselsil Borçluluk*, (1. Bası, Oniki Levha 2017); Ayrıca bkz. Turgut Akıntürk, *Müteselsil Borçluluk*, (1. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1971).

¹⁹ Thévenoz, (n 6) 609; Ramoni, (n 6) 7.

²⁰ ATF 46 II 85. Thévenoz, (n 6) 609; Oğuzman-Öz, (n 12) 461.



irade açıklamalarında da sonuç aynıdır²¹. *Açık ve kesin* olması gereken ihtarla ilişkin taraflar arasında doğabilecek ihtilaflar hâkimin güven ilkesi uyarınca taraf iradelerini yorumlaması ile çözümlenir²².

İhtar alan borçlunun, “*sebepten olduğu gecikmenin alacaklı tarafından borcun ihlali olarak kabul edildiğini*” anlayabilmesi gerekir²³. Borcun ifa edilmesi yönündeki ihtarın hukuki sonuçlarının düşünülüp, tasarlanarak yapılması ise mühim değildir. İhtarda ifa talep ve isteği dışında ayrıca başka bir hususa yer verilme zorunluluğu bulunmadığından borçlunun alacaklının dikkatini temerrüdün sonuçlarına çekmiş olması gerekmez. Ayrıca ihtarın borçlunun isteğine bağlı kılınmamış olması da gerekir²⁴.

Para borçları yönünden, borçlunun sorumlu olduğu alacak miktarının bilinmesi gerekir. Dolayısıyla alacaklı borçluya gönderdiği ihtarla net olarak alacak miktarını belirtmelidir²⁵. Temerrüt borcun tartışmalı olmayan kısmını ilgilendirirken, tartışmalı kısımlar yönünden hüküm ve sonuç doğurmaz²⁶. Alacaklının fazlaya ilişkin hakları bulunduğu iddiasında ise borçlu sadece ihtarla belirtilen tutarı ödemekle yükümlü olup fazlaya ilişkin bu haklar bakımından sadece ödeme zamanı gelenler ile sorumlu tutulabilir²⁷.

Alacaklının borçluya *fatura* göndermesi genel olarak ihtar değildir ve alacağın miktarını borçluya bildirmeye, halen mezkûr miktarda bir borcunun bulunduğunu kendisine hatırlatmaya yarayan bir belgedir²⁸. Buna karşılık ihtar alacaklının borçludan derhal belli bir miktarda ödemeyi gerçekleştirmesi yönünde bir kayıt içeriyorsa artık ihtar teşkil eder²⁹. Aynı şekilde alacaklının gecikme faizi yürüteceği veya icra takibine başlayacağı gibi hususları içeren faturalar da yine ihtar niteliği taşır³⁰.

²¹ Stéphane, Spahr, L’interet moratoire, consequence de la demeure, (1990), *RJ*, 351, 358.

²² Ramoni, (n 6) 7; TF SJ 1953 17 c.3; ATF 103 II 102 c.1a, JdT 1978 I 66; Thévenoz, (n 6) 609.

²³ Thévenoz, (n 6) 609.

²⁴ Von Tuhr, (n 10) 607; Kocayusufpaşaoğlu vd., (n 5) 219.

²⁵ Thévenoz, (n 6) 609; Ramoni, (n 6) 7; Sphare, (n 21) 357; Engel, (n 6) 686. Bu konuda ayrıca bkz. Nami Barlas *Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar*, (1. Bası, Kazancı Hukuk 1992).

²⁶ Spahr, (n 21) 351, 358.

²⁷ Bununla birlikte tazminat, nafaka, sebepsiz zenginleşme, haksız fiil alacakları gibi bazı alacaklar yönünden doktrin ve yargı alacak miktarının belli ya da belirlenebilir olması gerektiği eğilimindedir. Bu görüş eleştiriye açıktır, çünkü temerrüt ile amaçlanan, her ay asgari ne kadar ödemesi gerektiğini bilmeyen borçlunun durumunun ağırlaştırılması olmamalıdır. Thévenoz, (n 6) 609, 610.

²⁸ Ramoni, (n 6) 7; Engel, (n 6) 686; Thévenoz, (n 6) 611.

²⁹ Engel, (n 6) 689; Thévenoz, (n 6) 611; Ramoni, (n 6) 7; Von Tuhr, (n 10) 606; Haluk Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, (1. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1961), 471, 472; Oğuzman-Öz, (n 12) 461. Örneğin “*derhal ödenmesine*” ya da “*ödenmiştir*” gibi kayıt içeren bir faturanın ibrazı gibi

³⁰ Spahr, (n 21) 351, 357; Thévenoz, (n 6) 611.

Muaccel borcun alacaklısı tarafından derhal ifayı talep imkânı varken borçluya uygun süre tanınması; yine borçluya gönderilen ödeme emri veya borcun ifası talep edilerek açılan ifa davası da ihtar niteliğindedir³¹. Buna karşılık, ifa talebi içermeyen tespit davaları ihtar niteliği taşımaz.

Borcun tahsili için tek başına hesap numarası gönderiminin ihtar oluşturmayacağı ancak ödemeye yönelik çağrı da içeriyorsa bu durumun ihtar olarak nitelendirilebileceği kabul edilir³². Aynı şekilde borçluya gönderilen posta veya ödeme çeki faturayı kendiliğinden ihtar niteliğine büründürmez. İhtar olarak kabul edilebilmesi için ayrıca ek bildirimlerle birlikte ödemeye yönelik bir çağrı da içeriğinde barındırmalıdır. Bunlara karşılık bir defa yoluyla alacağın ileri sürülmesi ya da takas talebi ihtar değildir³³. Alacaklının borcun ifasını talep yetkisine sahip olduğu ifa zamanı geldiğinde borçlunun sahip olduğu defilerle karşılık vermesi alacağın muaccel olmasını ve dolayısıyla borçlunun temerrüdünü ortadan kaldırmamakla birlikte, temerrüdün borçlu aleyhine doğurabileceği sonuçları engelleyebilir³⁴. Nitekim alacağın talep edilmesi karşısında savunma talebinin defa şeklinde ileri sürülmesi de ihtar olarak nitelendirilebilir. Tıpkı karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ileri sürülen ödemelik definde olduğu gibi³⁵. Diğer yandan unutmamak gerekir ki bu sözleşmelerde taraflardan birinin kendi yükümlülüğünü ifa etmesi, karşı edim için çağrı niteliği taşımaz³⁶.

İhtarda yapılan ifa talebinin içerik olarak borca uygun olması gerekir. Alacaklı talep edeceği edimden başka edimin yerine getirilmesi için haksız bir yer tespit ederse ihtar hükümsüz olur³⁷. Alacaklının borca uygun olmayan ifayı reddetmesi, açıkça uygun ifanın talebi yönünde bir ihtar oluşturabilir. Borçtan az miktar için talepte bulunulan ihtar yönünden talep edilen kısımla sınırlı olarak ihtarın hüküm ifade ettiği, borçtan fazla bir miktar için yapılan taleplerde ise gerçek borç miktarı ile sınırlı sonuç doğduğu kabul edilir³⁸. Zira alacaklı borcun ihtilafı olmayan kısmının ifasını kabule mecburdur.

³¹ Von Tuhr, (n 10) 606, 607; Barlas, (n 12) 38; Eren, (n 15) 1093; Havutçu, (n 12) 26; Alman Hukuk yönünden bu durum BGB § 286 hükmünde açıkça metne alınmıştır. Michel Pedamon, *Le Contrat en Droit Allemand*, (1. Bası, LGDJ 2002), 179, 180.

³² Akkanat, (n 12) 29, 30; Barlas, (n 12) 43, 44; Eren, (n 15) 1095; Tümerdem, (n 10) 127 vd. Aksi yönde bkz. Von Tuhr, (n 10) 606.

³³ Von Tuhr, (n 10) 606, 607.

³⁴ Thévenoz, (n 6) 608; Von Tuhr, (n 10) 605; Eren, (n 15) 1225.

³⁵ Engel, (n 6) 685; ATF 68-1942 II s.220, 227 = JT 1943 I s.201,207, c.3.

³⁶ Engel, (n 6) 689.

³⁷ Von Tuhr, (n 10) 607.

³⁸ Alacaklının daha fazlası için ihtarda bulunması durumunda doktrinde yer alan diğer görüşler; ihtarın geçerliliği üzerinde herhangi bir etkisi bulunmayacağı ve böyle bir ihtarın ancak alacaklının gerçek borcun ifasını talep etmek istemesi halinde geçerli olacağı yönündedir. Bu görüşler hakkında bkz. Tümerdem, (n 10) 124, 125.



Alacaklının ihtilafı olmayan kısmı kabule hazır olması durumunda ise borçtan fazlaya yönelik ihtar da hüküm doğurabilir³⁹.

İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, ihtarın dürüstlük ilkesi (MK. m. 2) uyarınca uygun yer ve zamanda yapılması gerektiği, aksi yönde yapılan ihtarın hükümsüz olmamakla birlikte "dürüstlük kurallarına uygun olarak yapıldığı kabul edilecek ilk an ve zamanda hüküm ifade edeceği" kabul edilir⁴⁰. Bu durum ihtarın içeriği için de geçerlidir. Alacaklı tarafından yapılan ihtarın içeriğinde yanlışlıklar ortaya çıksa dahi, alacaklının gerçek iradesi borçlu tarafından anlaşılabilir ya da anlaşılması gerekiyor ise yapılan ihtar sonuç doğurur.

Alacaklı muaccel olan edimi ihtarla derhal talep edebileceği gibi, borçluya ifanın gerçekleştirilmesi için bir süre de verebilir. Alacaklının belirlediği ileriki bir zamanda edimin yerine getirilmesi talep edilirse ihtar vadedir ve bu durum erteleme önerisi yerine de geçebilir⁴¹. Borçluya ihtar da bir süre tanınmış ise ihtar hukuki sonucunu sürenin sonunda, meydana getirir ve temerrüt belirlenen süre bitiminde gerçekleşir. Bununla birlikte ihtarın bir süreye bağlanması durumu ile karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde seçimlik hakların kullanılabilmesi için tanınan ek sürenin (TBK. m. 123) birbirinden farklı olduğu da unutulmamalıdır⁴².

Muaccel alacak yönünden alacaklının yapacağı ihtarın şarta bağlı yapıp yapılamayacağı meselesi ise doktrinde tartışmalıdır. Şartlı ihtarın yeteri kadar kesin olmaması sebebiyle, açık ve net şekilde borçlunun borcunu yerine getirmesine yönelik olmadığı görüşünü savunan yazarlar ihtarın şarta bağlanmasına karşıdır⁴³. Hâkim görüş ise alacaklının ihtarını şarta bağlı yapabileceği ve böylesine ihtar da borçlunun şartın gerçekleştiği anda temerrüde düşeceği yönündedir⁴⁴. Bu durumda temerrüt borçlunun şartın gerçekleşmesi hakkında kesin bilgiye sahip olmasından itibaren hüküm ve sonuç doğurur. Bir başka deyişle şarta bağlanmış ihtar ile borçlunun edimi ne zaman yerine getirmek zorunda olduğu açık olarak anlaşılabilir.

³⁹ Ramoni, (n 6) 391; ATF 116 II 225; Von Tuhr, (n 10) 607; Oğuzman-Öz, (n 12) 462; Akkanat, (n 12) 30.

⁴⁰ Tercier, (n 1) 232, ATF 103 II 102, Tandoğan, (n 12) 473, 474; Oğuzman-Öz, (n 12) 462.

⁴¹ Bu durumda ihtar çoğu zaman bir süre-mehil önerisini içerir, eğer bu teklif kabul edilirse ki kabul genellikle zimni olur, alacaklı kendi ihtarında tayin ettiği süreden önce edimin ifası talebinde bulunamaz. Von Tuhr, (n 10) 607, dpn. 15; Kocayusufoğlu vd., (n 5) 219; Havutçu, (n 12) 28.

⁴² Engel, (n 6) 688, 689. İhtar da tanınan süre TBK. m. 123 anlamında verilmişse borçlu ihtar anında temerrüde düşer. Sürenin dolması ise gecikme tazminatı isteme dışındaki seçimlik haklara başvurma olanağı verir. JdT 1978 I 69; Oğuzman-Öz, (n 12) 463 dpn. 424. Havutçu, (n 12) 26.

⁴³ Akkanat, (n 12) 31; Havutçu, (n 12) 27; Tümerdem, (n 10) 120 vd.

⁴⁴ Thévenoz, (n 6) 610, ATF 111 II 421, JdT 1986 I 621.

D. İhtarın Şekli ve Zamanı

İhtar, hukuki işlem benzeri fiil niteliği ile TBK. m. 12/I hükmünün kıyasen uygulandığı ve geçerliliği şekil şartına bağlı olmayan bir irade açıklamasıdır⁴⁵. Bu durum borcun kendisinin geçerlilik şekline tabi olduğu hukuki işlemler yönünden de farklılık yaratmaz⁴⁶. Ticaret hukukunda olduğu gibi kanun koyucunun özel olarak borçlunun temerrüde düşürülebilmesi için şekil şartı öngördüğü istisnalar ise saklıdır⁴⁷.

İhtarın şekle tabi olmaması yazılı, sözlü, açık ya da zımni olarak yapılabilmesine imkân tanımakta olup ihtarın yapıldığı yer ve zamanın da bu anlamda kural olarak önemi yoktur⁴⁸. Ancak zımni ihtarın geçerliliğindeki sınır, *dürüstlük ilkesidir*. (MK. m. 2) Buna göre makul alacaklının; borçlunun davranışından veya sözlerinden borcun ifası yönünde talep hakkını kullandığını anlaması veya anlayabilecek durumda olması esastır. Aynı sınır şüphesiz ihtarın yapıldığı yer ve zaman için de belirleyicidir.

Şekil şartına bağlı olmayan, açık ya da zımni yapılabilen ihtarın geçerli hüküm ve sonuç doğurabilmesinde belirleyici olan alacaklının bu yöndeki talebini açık, kesin ve tereddüte yer bırakmayan şekilde ortaya koyup koymadığıdır⁴⁹. Şüphesiz taraflar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde temerrüt ihtarını özel şekle tabi kılabilir ve bu durumda ihtar ancak karşılaştırılan şekle uygun yapıldığı takdirde hüküm ve sonuç doğurur⁵⁰.

Borçlu temerrüdü kural olarak ihtar şartına bağlı olduğundan, *borcun muaccel olmasından önce ihtarın yapıp yapılmadığı* meselesi de yine doktrindeki tartışmalı konulardan biridir. İhtarın ancak muacceliyet

⁴⁵ İhtarın hukuki işlem olarak kabul edilmemesinden hareketle, ispatının da HMK. m. 200'e ve senetle ispat zorunluluğuna tabi bulunmadığı da ifade edilmektedir. İlhan Postacıoğlu, *Şehadetle İspat Memnuniyeti ve Hudutları*, (1. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1964), 43.

⁴⁶ Engel, (n 6) 689; Tercier, (n 1) 232; Thévenoz, (n 6) 610; Tekinay vd., (n 12) 909; Oğuzman-Öz, (n 12) 462.

⁴⁷ TTK.m.18-b.3: "Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır." TTK.m.1434-b.3: "İzleyen primlerden herhangi biri zamanında ödenmez ise, sigortacı sigorta ettirene, noter aracılığı veya iadeli taahhütlü mektupla on günlük süre vererek borcunu yerine getirmesini, aksi hâlde, süre sonunda, sözleşmenin feshedilmiş sayılacağını ihtar eder. Bu sürenin bitiminde borç ödenmemiş ise sigorta sözleşmesi feshedilmiş olur. Sigortacının, sigorta ettirenin temerrüdü nedeniyle Türk Borçlar Kanunundan doğan diğer hakları saklıdır". Bu konuda ayrıca bk. Ünver Aydın, "Tacirler arası İhbar ve İhtarlar İlişkin Şeklin Hukuki Niteliği", Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, (1. Bası, Der 2015) 861 vd.; Bulut Karabağ "Tacirler Arası İhbar ve İhtarlar Bakımından Getirilen Şeklin Geçerlilik veya İspat Şartı Şeklinde Nitelendirilmesine Bağlı Olarak Doğuracağı Hukuki Sonuçlar, Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, (1. Bası, Der 2015), 213 vd.

⁴⁸ Thévenoz, (n 6) 610.

⁴⁹ ATF 32 II 186; Von Tuhr, (n 10) 606.

⁵⁰ Chavanne, (n 9) 51.



gerçekleştikten sonra yapılması gerektiğini savunan yazarlar bulunmakla birlikte; bizim de katıldığımız görüşe göre ihtara zaten belirli vadenin yokluğunda ihtiyaç duyulduğu bu sebeple muacceliyetin gerçekleşmesi için tam bir zamanın belirlenmesi şartı ile önceden de yapılabileceği görüşünde olan yazarlar da vardır⁵¹. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesinin, ihtarın borcun muaccel olmasından önce yapılabileceği, ancak hüküm ve sonuç doğurmasının muacceliyet sonrası olabileceği yönünde kararları bulunmaktadır⁵². Aynı şekilde ifanın uzun bir zamana yayıldığı ve vaktinde ifa için borçlunun önceden hazırlıklara başlaması gereken durumlarda da borcun muaccel olmasından önce ihtarın yapılabileceği kabul edilir⁵³.

E. İhtarın Sonuçları

İhtarın etkilerini meydana getirdiği an da doktrinin tartışmalı konularından biridir. Bir görüşe göre ihtar, borçlunun hakimiyet alanına ulaşır ulaşmaz hüküm ve sonuçlarını doğurur⁵⁴. Bu sebeple alacaklının borçluya ifaya başlaması için herhangi bir zaman tanınmasına gerek yoktur ve borçlu derhal ifada bulunmaz ise ihtarla birlikte temerrüde düşeceği kabul edilir. Aslında bu görüşün temelinde yatan, muacceliyet ve ihtarın işlevsel olarak farklı kabul edilmesidir. Zira muacceliyet alacaklıya borçludan ifayı talep etme yetkisi verirken, muaccel borcu ifa etmeyen borçlu sözleşmeden doğan yükümlülüklerine aykırı davranmakta ve söz konusu aykırılığın yaptırımını ise kural olarak ancak ihtarla doğmaktadır.

Bir diğer görüşe göre ise ihtar borçlu temerrüdünü doğrudan gerçekleştirilmemektedir ve borçlu ifaya başlayana kadar belli bir süreye ihtiyaç duyabilir. Bu süre edimin niteliğine göre farklılık gösterir ve ihtarın gerçekleşmesinden itibaren başladığı kabul edilir. Borçlu edimi *gecikmeksizin* yerine getirmek zorunda olup, her somut olaya göre bunu belirleyecek olan kişi ise hâkim ve ona tanınan takdir yetkisidir (TMK. m. 4). Borçluya ifa için *uygun ve makul bir süre (un bref délai) (temps de réaction)* tanınması gerektiği fikrini benimseyen bu görüşe göre temerrüt, ancak söz konusu sürenin dolması ile gerçekleşir⁵⁵.

Kural olarak temerrüt ve bunun borçlu için olan sonuçları alacağın muacceliyetinden itibaren değil, ancak alacaklının iharda bulunmak suretiyle edayı kabule hazır olduğunu borçluya bildirmesinden itibaren meydana gelir.

⁵¹ Bu konuda bkz. Barlas, (n 12) 39; Tümerdem, (n 10) 136, 137.

⁵² Örnek olarak bkz. ATF 103 II 102 = JdT 1978 I 66; Ramoni, (n 6) 7.

⁵³ Barlas, (n 12) 40.

⁵⁴ Engel, (n 6) 689; Vedat Buz, *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, (1. Bası, Yetkin 1998), 102.

⁵⁵ Tercier, (n 1) 232; Buz, (n 54) 102 dpn. 166; Von Tuhr, (n 10) 138; Leyla Müjde Kurt, *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü*, (1. Bası, Yetkin 2012), 176; Tümerdem, (n 10) 114, 115.

Borçlunun ifa zamanını bilmediği veya bu zaman muayyen olmadığı takdirde ihtar yapılması, kendisini temerrüdün sert ve zararlı sonuçlarından kurtarması bakımından önem taşır⁵⁶. Muaccel borç ifasının talep edildiği ve ayrıca bir sürenin verilmediği ihtarlar bakımından ihtar, borçlunun hakimiyet alanına ulaştığı anda hüküm doğurur⁵⁷.

Amacı ve işlevi göz önünde tutulduğunda borçlu tarafından ihtarın öğrenilmesi gerekmele birlikte kusuru yüzünden veya kendi hukuki alanını ilgilendiren herhangi sebeple ihtar beyanı bilgisine sunulamıyorsa, alacaklının borçlunun öğrenebilmesi için gerekli önlemi alması da gerekir⁵⁸. Bununla birlikte ihtarın hüküm doğurması için ayrıca borçlu tarafından içeriğinin öğrenilmesi ise zorunlu değildir⁵⁹.

II. NİTELİKLİ TEMERRÜD ŞARTI OLARAK EK SÜRE TAYİNİ

A. Ek Süre Kavramı ve Hukuki Niteliği

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, borçlu temerrüdü için aranan bir diğer özel koşul, ek süre (*mehil/önel*) (*Nachfristsetzung/Délai de grâce*) verilmesidir. TBK. m. 123 hükmü uyarınca, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde diğeri, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyebilir. Ek süre verilmesi, alacaklının borçluyu temerrüdün ağır sonuçlarından kurtarmak için son bir imkân vererek belirli bir tarihe kadar borcunu ifaya davet etmesi yönünde irade açıklamasıdır⁶⁰. Bu irade açıklaması temerrüde düşen borçlunun verilen süre içinde borcunu ifa etmemesi ya da süre verilmesini gerektirmeyen bir durumun varlığı halinde seçimlik haklara imkân tanıyan TBK. m. 125 hükmünün de *ön şartını* oluşturur.

Sözleşmeler ve ilişkinin içeriğini oluşturan borçlar nihai olarak ifa edilmek üzere kurulur. Bunun sonucu olarak alacaklı borcunun yerine getirileceği düşüncesinden hareket eder ki bu düşünce aslında borçlu temerrüde düştüğünde dahi aynen ifa talebi ile geçerliliğini korur. Elbette ki alacaklının aynen ifa yönündeki beklentisi sınırları belli olmayan, muğlak bir zaman diliminin ifadesi olamaz. Bu sebeple ek süre taraflar arasındaki hukuki durumun açıklığa kavuşturulmasına da hizmet eden ve hem alacaklıyı hem de borçluyu etkileyen iki yönlü işleve sahiptir. Borçlu açısından borcunu ifa ederek sözleşmeyi ayakta

⁵⁶ Von Tuhr, (n 10) 606.

⁵⁷ Engel, (n 6) 688, 689; Thévenoz, (n 6) 610; ATF 118 II 42, c.3b, JdT 1993 I 140; Oğuzman-Öz, (n 12) 462; Tandoğan, (n 12) 474.

⁵⁸ Tandoğan, (n 12) 473, 474; Oğuzman-Öz, (n 12) 74, 462, 463.

⁵⁹ Thévenoz, (n 12) 610.

⁶⁰ Engel, (n 6) 728; Tercier, (n 1) 236; Ramoni, (n 6) 25; Thévenoz, (n 6) 633; Eren, (n 15) 1245; Von Tuhr, (n 10) 620; Oğuzman-Öz, (n 12) 506; Kocayusufpaşaoğlu vd., (n 5) 230; Havutçu, (n 12) 44, 45.



tutmak ve doğabilecek ağır sonuçlardan kurtulmak; alacaklı açısından ise seçimlik haklarını kullanılabilme imkânı tanır. Borçlunun belirlenen ek süre içinde borcunu ifa etmemesi durumunda seçimlik hakkını kullanan alacaklı, aynı zamanda kendi edimini ifaya hazır şekilde bulundurmaktan da kurtulmuş olur⁶¹.

Ek süre tayininin hukuki niteliği de tıpkı ihtar gibi tartışmalıdır. Tartışmalar genel olarak; ek süre verilmesinin yenilik doğurucu bir hak; geniş anlamda sadece varması gereken bir irade açıklaması; tek taraflı bir hukuki işlem veya hukuki işlem benzeri bir fiil olduğu yönündeki görüşler üzerinde toplanır⁶². Bu görüşlerden bilhassa yenilik doğurucu hak görüşü⁶³, ek süre tayininin TBK. m. 125 hükmünde yer alan seçimlik hakların kullanılabilmesinin yasal şartı olması ve tek başına borçlunun hukuki durumunu değiştirmemesi sebepleriyle kabul edilmemekte; hukuki işlem görüşü ise yeni bir hukuki işlem kurma, değiştirme ya da sona erdirmeye iradesini kapsamadığından çok fazla taraftar bulmamaktadır.

Baskın görüş, ek süre tayininin tıpkı temerrüt ihtarındaki gibi hukuki işlem benzeri bir fiil olduğu yönündedir⁶⁴. Alacaklının verilen ek süre içinde borçlunun edimi ifa etmemesi halinde doğacak sonuçlar hakkında onu uyarması gerekmeyen bu irade açıklaması alacaklının hukuki sonuca yönelik iradesinden bağımsızdır⁶⁵. Zira meydana gelecek sonuçlar bizzat kanun tarafından düzenlenmiş olup alacaklı istemese de kendiliğinden gerçekleşir⁶⁶. Bu nedenle hukuki işlem değil, hukuki işlem benzeri bir fiil olduğu kabul edilir⁶⁷. Nitekim verilen ek süre içerisinde borçlu borcunu ifa etme imkanına sahip olduğu gibi alacaklı da borçlunun usulüne uygun olarak kendisine teklif ettiği ifayı kabul etmek zorundadır. Dikkat edilirse taraflar arasındaki hukuki ilişki ek süre verilmesi ile değil, ek sürenin geçmesinden sonra alacaklının seçimlik hakkını kullanmasıyla değişir.

Tayin edilen ek süre borçlunun hakimiyet alanına ulaştığı anda hüküm doğurur⁶⁸. Amacı ve işlevi göz önünde tutulduğunda borçlu tarafından ek sürenin

⁶¹ Bu durumun değişim ve fark teorilerine göre doğabilecek sonuçları yönünden bkz. Ateş, (n 3) 230 vd.

⁶² Thévenoz, (n 6) 633. Alman Hukuku yönünden bu tartışmalar hakkında bkz. Tümerdem, (n 12)194 vd.

⁶³ Yenilik doğurucu hak görüşü için bkz. Huillier, (n 12)174.

⁶⁴ Comment, (n 6) 69; Von Tuhr, (n 10) 620; Thévenoz, (n 6) 633; Tekinay vd., (n 12) 1264; Buz, 1998, s. 107; Kocayusufpaşaoğlu vd., (n 5) 230; Oğuzman-Öz, (n 12) 506; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (21. Bası, Turhan 2017) 873; Tandoğan, (n 12) 495; Eren, (n 15) 1246.

⁶⁵ Thévenoz, (n 6) 633.

⁶⁶ Havutçu, (n 12) 47.

⁶⁷ Thévenoz, (n 6) 633.

⁶⁸ Thévenoz, (n 6) 633; ATF 118 II 42, c.3b, JdT 1993 I 140; Havutçu, (n 12) 45; Oğuzman-Öz, (n 12) 508.

öğrenilmesi gerekmektedir birlikte kusuru yüzünden veya kendi hukuki alanını ilgilendiren sair sebeple ek süre beyanı borçlunun bilgisine sunulmıyorsa, alacaklının borçlunun öğrenebilmesi için gerekli önlemi alması gerekir⁶⁹.

B. Ek Sürenin Tarafları

Ek süre, muhatabına ulaşması gereken bir irade beyanıdır ve ek süre tayininin hâkimden istenmesi bizzat alacaklı ya da yetkili temsilcisi tarafından yapılır⁷⁰. Ek süre tayininin TBK. m. 123 hükmü uyarınca hâkimden istenmesi ispat yönünden alacaklının elini kuvvetlendirirken, borçluya belirli bir tarihe kadar borcunu ifa etmesi hususunda yapılan davetin yetkili makamlar vasıtası ile ulaştırılmasını da sağlar.

Ek sürenin geçerliliği için ek süre tayin eden *kişinin fiil ve işlemlerinin güdüsünü, sonuçlarını, kapsamını ve etkilerini seçebilme, bunlara uygun hareket edebilme yeteneğine, yani ayırt etme gücüne* sahip olması yeterlidir⁷¹. Bu sebeple tam ehliyetli ve sınırlı ehliyetliler gibi sınırlı ehliyetsizler tarafından da kendilerini borç altına sokmayan ek süre tayini mümkündür.

Tıpkı ihtardaki gibi müteselsil alacaklılık halinde de alacaklıların her biri diğerlerinden bağımsız ek süre tayin edebilirken⁷²; elbirliği ile alacaklılıkta birbirlerini veya bir üçüncü kişiyi yetkilendirmediler ise, alacaklıların tamamının birlikte ek süre tayininde bulunması gerekir. Buna karşılık kısmi alacaklılık durumunda alacaklıların kendi alacak miktarlarına ilişkin talepte bulunmaları esastır.

Ek sürenin verileceği kişi ise, borçlu ya da ek süreyi kabule yetkili temsilcisidir. Ek süreyi belirleyen kişinin aksine, ek süre tayin edilen kişinin ayırt etme gücüne sahip olması tek başına yeterli olmayıp tam ehliyetli ya da sınırlı ehliyetli olması gerekir. Tam ehliyetsizler ve sınırlı ehliyetsizler yönünden ek sürenin yasal temsilcilerine verilmesi esastır⁷³. Ek süreyi kabule yetkili bir temsilcinin belirlenmiş olması, asıl borçlu yönünden alacaklının bizzat kendisine ek süre verilmesi veya diğer herhangi bir hukuki beyan gönderme yetkisini ortadan kaldıramaz⁷⁴.

⁶⁹ Tandoğan, (n 12) 7; Oğuzman-Öz, (n 12) 74.

⁷⁰ Engel, (n 6) 728; ATF 103-1977 II s. 102, 105= JT 1978 I s. 66, 69; Thévenoz, (n 6) 633; Von Tuhr, (n 10) 621. Ek süre tayini yönünden yetkili temsilci için genel temsil yetkisi yeterli olup, özel temsil yetkisine ihtiyaç yoktur.

⁷¹ Akipek-Akıntürk-Ateş, (n 14) 290.

⁷² Müteselsil alacaklılıkta alacaklılardan birinin ihtarıyla borçlu tüm alacaklılara karşı temerrüde düşer. Eren, (n 10) 1221.

⁷³ Ek süre tayin edilen tam ehliyetsiz yönünden ayırt etme gücünün yokluğu, sınırlı ehliyetsiz yönünden ise kendisine borç yükleyen işlemin varlığı sebebiyle ek sürenin geçersizliği söz konusu olur. Bkz. Akipek-Akıntürk-Ateş, (n 14) 306 vd., s. 328.

⁷⁴ Von Tuhr, (n 10). 608.



Elbirliği ile borçluluk halinde, alacaklı belirli bir tarihe kadar borcun ifası yönündeki talebini borçluların tamamına yönlendirirken; müteselsil borçluluk halinde alacaklı borçluların birine veya hepsine ayrı ayrı ya da birlikte ek süre verebilir⁷⁵. Ek sürenin müteselsil borçlulardan sadece bir kısmına verilmesi durumunda, seçimlik hakların kullanılabilmesi borçlular kendilerine ek süre tayin edilenler ile sınırlıdır. Ancak böyle bir durumda müteselsil borçlulardan birinin kendi davranışı ile diğer borçluların durumunu ağırlaştıramayacağı göz önünde bulundurulduğunda (TBK. m. 165), sözleşmenin sona erdirilmesi yönündeki seçimlik hakların kullanılabilmesi için tüm müteselsil borçlulara ek süre verilmesinin gerekeceği açıktır. Kısmi borçluluk durumunda ise her borçluya kendi borcu oranında talepte bulunulması esastır. Bu sebeple ek sürenin tüm borcu kapsayacak şekilde tayin edilmesi durumunda verilen ek süre her borçlu için sorumlu olduğu kısım için geçerli kabul edilmelidir.

C. Ek Sürenin İçeriği

Ek süre tayininde amaç borçlunun sözleşmeden doğan edimini yerine getirmesidir. Bu sebeple ek süre tayininde, borçlunun edimini ne zamana kadar ifa etmesi gerektiği tereddüte yer vermeyecek şekilde açık ve kesin ifadeler ile anlaşılabilir olmalıdır⁷⁶. Zira verilen ek sürenin sona ermesi, aslında aynen ifa ve gecikme tazminatı talebi yönündeki genel borçlu temerrüdü sonuçlarından seçimlik hakların kullanım alanına geçildiği anlamı da taşır.

Alacaklının borçluyu temerrüdün ağır sonuçlarından kurtarmak için son bir imkân vererek tanıdığı ek süre, borca uygun ifanın yapılması yönünde irade açıklaması içermelidir. Buna karşılık alacaklının süre bilgisi içeren her türlü beyanı, ek süre tayini olarak değerlendirilemez ve beyanın içeriğinde borcun ifa edilmemesinin kanundan doğan sonuçlarına ilişkin bir uyarı bulunması da gerekli değildir.

Borçluya temerrüde düştüğü borcun tamamından az bir miktar için ek süre verilmiş olması, talep edilen kısım için hüküm ifade etmeli; borçlu tarafından gerçekleşmeyen ifa neticesinde seçimlik haklar borcun bu kısmı ile sınırlı hüküm ve sonuç doğurmalıdır. Buna karşılık borçtan fazla miktar için verilen ek süre, talebin gerçek borca özgülennesinden ibarettir.

⁷⁵ Davut Armağan, “Sözleşmesel Çerçevde Meydana Gelen Müteselsil Borçlulukta Borçlu Temerrüdü”, (2019) (77) (2), *İHM*, 617–667; Ayşe Arat, “Müteselsil Borçlarda Alacaklı ile Borçlular Arasındaki İlişkinin Hüküm ve Sonuçları”, (2018) (26) (2) *SÜHFD*, 325-366; Kadir Berk Kapancı, *Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler*, (1. Bası, Vedat 2015) 7-139; Nurcihan Özdoğan, *Müteselsil Sorumluluk*, (1. Bası, Seçkin 2016), 55-58; Ayşenur Şahin, *Türk Borçlar Kanunu’nda Müteselsil Borçluluk*, (1. Bası, Oniki Levha 2017); Ayrıca bkz. Turgut Akıntürk, *Müteselsil Borçluluk*, (1. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1971).

⁷⁶ Engel, (n 6) 728; Von Tuhr, (n10) 620; Tandoğan, (n 12) 495; Havutçu, (n 12) 45; Eren, (n 15) 124; Thévenoz, (n 6) 633; Oğuzman-Öz, (n 12) 507; Kılıçoğlu, (n 64) 872; Kocayusufpaşaoğlu vd., (n 5) 230.

Ek süre tayinine ilişkin irade açıklamasının içeriğinde yanlışlıklar ortaya çıksa dahi, alacaklının gerçek iradesi borçlu tarafından anlaşılabilir ya da anlaşılması gerekiyor ise belirlenen ek sürenin dürüstlük kuralları gereğince hüküm ve sonuç doğurması gerekir. Bununla birlikte ek süre tayininde ifadelerin açık ve kesin olmadığı ya da bu konuda taraflar arasında ihtilaf doğduğu hallerde ise mesele hâkimin yine güven ilkesi uyarınca taraf iradelerini yorumlaması ile çözümlenir⁷⁷. Açık ve kesin ifadeler yerine borçluyu ifaya davet eder nitelikteki beyanlar ek süre tayini olarak yorumlanmamalıdır⁷⁸. Ek sürenin hangi borç için verildiğinin anlaşılmadığı durumlarda ya da ifa yeri, ifa zamanı değişikliği yönündeki irade açıklamalarında da sonuç aynıdır⁷⁹.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüde düşen borçluya alacaklı tarafından verilen ek sürenin şarta bağlı yapıp yapılamayacağı meselesi üzerinde de durmak gerekir. Bu durum borçluya son bir şans olarak verilen ek sürenin açık, net ve kesin bir ifade içermemesi sebebiyle mümkün olmayacak gibi görünse de bizim görüşümüz alacaklının şarta bağlı olarak sunduğu ek sürenin, borçlu yönünden şartın gerçekleştiği andan itibaren hüküm ve sonuç doğuracağı; dolayısıyla alacaklının seçimlik haklarını kullanabilme imkanının da bu andan itibaren doğacağı yönündedir. Elbette böyle bir ihtimalde dahi şarta bağlanmış ek sürede, temerrüde düşmüş olan borçlunun edimini en son ne zamana kadar yerine getirmek zorunda olduğunun açıkça anlaşılabilir olması gerekir.

Borçluya tanınan ek süre, edimin ifası için “*uygun bir süre*” olmalıdır. Sürenin uygunluğu, temerrüt sonucunda alacaklı ve borçlu menfaatleri arasındaki dengenin kurulabilmesi yönünden önem taşır. Uygun sürenin takdiri ve tayini bizzat alacaklı tarafından yapılabileceği gibi hâkim tarafından belirlenmesi de talep edilebilir. Ek süre ihtardan farklı olarak borcun muaccel olmasından sonra borçluya borcunu ifa etmesi hususunda yöneltlen bir irade açıklaması değil; halihazırda temerrüde düşmüş olan borçlunun hazır olması gereken edimini artık ifa etmesi için son bir imkân verilmesidir. Bu sebeple belirlenecek olan ek sürenin uygunluğu her somut olayın niteliğine göre değişiklik gösterir. Bu tespit, ifa edilecek edimin niteliği, şartları, varsa ilgili kanun hükmü, alacaklı ve borçlunun durumları, menfaatleri ile son tahlilde dürüstlük kuralları göz önünde bulundurulur⁸⁰. Alacaklının temerrüde düşmüş borçlu karşısında hızlı

⁷⁷ Engel, (n 6) 729; TF SJ 1953 17 c.3; ATF 103 II 102 c.1a, JdT 1978 I 66; Thévenoz, (n 6) 633.

⁷⁸ Bu sebeple doktrinde “*derhal*”, “*vakit geçirmeksizin*”, “*uygun bir süre içinde*”, “*münasip bir mehil*”, “*sizi doğacak zararlardan mesul tutacağım, fesih hakkımı mahfuz tutuyorum, sizi dava edeceğim*” şeklinde borçluyu ifaya davet eden ek süre verilmesine ilişkin beyanlar geçersiz sayılmaktadır. Von Tuhr, (n 10) 620; Eren, (n 15) 1246; Tandoğan, (n 12). 495.

⁷⁹ Spahr, 1990, s. 351, 358.

⁸⁰ Comment, (n 6) 67; Ivan Cherpillod, *La fin des contrats de durée*, (1. Bası, Cedidac 1998), 75; Ramoni, (n 6) 26; Engel, (n 6) 729; ATF 105 II 33; ATF 103 I 106; Thévenoz, (n 6) 633; Von Tuhr, (n 10) 621; Tandoğan, (n 12) 495; Tekinay vd. (n 12) 947; Oğuzman-Öz, (n

ifa menfaati olduğu sürece uygun sürenin kısa hesaplanması gerekir. Zira ek sürenin belirlenmesi, temerrüt halindeki borçlunun menfaatlerini korumaya yönelik bir tedbir olmaktan ziyade sözleşmeye bağlılığını sürdüren alacaklının korunması amacıyla hizmet etmelidir.

Verilen ek sürenin uygunluğu belirlenirken zaten bir ifa başlangıcının var olduğu, yani ifa için hazırlıklara başlandığı fikrinden de hareket etmek gerekir⁸¹. Ek süre tayininde amaç borçlunun henüz ifa etmeyerek temerrüde düştüğü borcu ifa edebilmesi için baştan bir süre hesaplanarak kendisine sunulması değil; alacaklının menfaatlerini de göz önünde bulundurarak var olan gecikmeyi telafi edebilmesi amacıyla kendisine son şans tanımaktır⁸². Dolayısıyla zaten temerrüde düşmüş olan borçlu henüz ifa hazırlıklarına dahi başlamamış ise kendisine borcunu ifa edebilmesi için uygun bir süre hesaplayarak böyle bir süre tanınmasına artık gerek yoktur. Bu yönde bir yaklaşım hem dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturur hem de ek süre tayininin artık faydasız olduğu bir durum yaratır (TBK. m. 124/I)⁸³.

O halde alacaklının ifadan ne kadar menfaati varsa ya da borçlunun ifada bulunmaya hazır hale gelmesi ne kadar çabuk gerçekleşiyor ise ek sürenin de bu durumlara paralel olarak o kadar kısa tutulması doğrudur. İsviçre Federal Mahkemesi bu tespiti yaparken “*alacaklının menfaati ne kadar fazla ve borcun ifası ne kadar kolay ise, verilecek ek süre de aksine o kadar kısa tutulmalıdır*” kuralını uygular⁸⁴. Bununla birlikte borçluya tanınan ek sürenin çok kısa olduğu durumlarda sürenin geçersizliğinin mi; borçlu tarafından yeni bir ek süre tayininin mi yoksa objektif şartlar ile dürüstlük kurallarına göre belirlenecek uygun sürede ifanın mı gerekeceği ise doktrinde tartışmalıdır⁸⁵. Böyle bir durumda şüphesiz ki borçlu kendisine tanınan ek sürenin uzatılmasını isteyebilir. Hatta kendisine tanınan kısa süreye itiraz etmeyen borçlunun bu süreyi yeterli bulduğu da varsayılmaktadır⁸⁶. Federal Mahkeme

12) 507; Havutçu, (n 12) 46; Eren, (n 15) 1246. Kanun koyucunun bazı borç ilişkilerinde özellikle sözleşmenin zayıf tarafını korumak ve tereddüte yer vermemek adına açık sürelere yer verdiği de görülmektedir. TBK. m. 315; FKK. m. 23; DİK. m. 62 bu durumlara örnek olarak gösterilebilir. Kılıçoğlu, 2017, s. 873. İsviçre Hukuku yönünden Tercier, (n 1) 325; Thévenoz, (n 6) 631, 634.

⁸¹ Comment, (n 6) 67; Cherpillod, (n 80) 75; Engel, (n 6) 729; Ramoni, (n 6) 26; Von Tuhr, (n 10) 621.

⁸² Nitekim İsviçre Federal Mahkemesinin somut olayın özelliklerine göre iki gün, altı gün, on dört gün gibi kısa tuttuğu ek süre örnekleri için bkz. ATF 103 II 102, c1a, JdT 1978 I 66; ATF 43 II 170 c2, JdT 1997 I 583; ATF 91 II 350 c.3B, JdT 1966 I 530; ATF 105 II 28 c.3, JdT 1979 I 314, TF, SJ 1994 729, 738; Thévenoz, (n 6) 633, 634.

⁸³ Thévenoz, (n 6) 633; Oğuzman-Öz, (n 12) 519, 529.

⁸⁴ ATF 103 II 102 c. 1b, JdT 1978 I 66; Thévenoz, (n 6) 633; Chavanne, (n 9) 68.

⁸⁵ Alman hukuku yönünden bu tartışmalar hakkında bkz. Tümerdem, (n 10) 200, 201.

⁸⁶ Cherpillod, (n 80) 75; Comment, (n 6) 68; Ramoni, (n 6) 27; Von Tuhr, (n 10) 621. Aynı yönde ATF 105 II 34. Bu konuda *Serozan*, borçlunun itirazının gerekmediği ancak borçlu

borçlunun kendisine tanınan ek süreyi yeterli bulmadığı durumda derhâl alacaklıya itirazda bulunması ve kendisine tanınan ek süreyi kabul etmediğini bildirmesi gerektiğini; bununla birlikte kendisine tanınan uygun ek süre içinde borcunu ifa etmesi ya da ifayı önermesi halinde itirazının ciddiye alınarak değerlendirilebileceğini eklemektedir⁸⁷. Dolayısıyla hali hazırda temerrüde düşmüş olan borçlunun itirazı, ifa önerisini uygun süre içinde yerine getireceği yönünde alacaklıyı inandıracak olgularla desteklenmelidir.

Öte yandan verilen ek sürenin çok kısa tutulması sebebiyle geçersiz kılınması, alacaklı yönünden seçimlik hakların kullanımına da engel oluşturacak böylece halihazırda temerrüt içinde bulunan borçlu ile aralarında kurulması gereken menfaat dengesi bozulacaktır. Ek süreyi çok kısa bulan borçlunun alacaklıya başvurması ya da hâkim kararı ile sürenin uygun hale getirilmesi yönündeki talebi her ne kadar mümkün görülse de sürenin kısalığı borçlunun hak kaybına uğramasına sebep olabilir. Diğer yandan bu yöndeki bir başvuru ifayı uygun süre olarak nitelendirilecek bir zaman dilimine uzatacağından hem alacaklı yönünden belirsizlik yaratacak hem de ifayı reddeden alacaklının temerrüde düşüp düşmediği sorununun doğmasına neden olacaktır.

Baskın görüş, ek sürenin çok kısa olduğu durumlarda borçlunun objektif şartlara göre belirlenecek olan uygun süre içinde ifada bulunabilmesi yönündedir. Böyle bir durumda verilen çok kısa sürenin “*uygun bir süre şeklinde*” yorumlanması ve borçlunun kendisine tanınan kısa süre geçtikten sonra yine uygun süre içinde kalmak kaydı ile borcunu ifa edebilmesi baskın görüş olarak kabul edilir⁸⁸. Oğuzman/Öz ise bu çözümü kanuna uygun görmemekte ve kanunun beyanını uygun bir süre için hüküm ifade etmesini değil, verilen sürenin uygun olmasını aradığını; bu nedenle uygun olmayan sürenin alacaklıya TBK. m. 125’deki hakları kullanma imkânı vermeyeceğini ifade eder. Bu durumda alacaklının hatasını düzeltip yeniden uygun ek süre vermesi ve sürenin geçmesinin beklenmesi gerektiğini vurgular. Ek sürenin uygun olmadığını anlayan borçlunun ise ilk uygun zamanda alacaklıya durumu bildirmesi, aksi takdirde artık sürenin yetersizliğini ileri sürememesi gerektiğini de ifade eder⁸⁹.

sürenin kısalığına karşı çıkarsa, süre verme bildirimini geçersiz saymak ve alacaklıyı yeniden süre vermeye zorlamanın borçluyu koruma amacına hizmet edeceği görüşündedir. Kocayusufoğlu vd., (n 5) 230.

⁸⁷ ATF 46 II 248, c.3, JdT 1921 I 34; ATF 29 II 266, c.5, JdT 1904 I 163. Doktrinde baskın görüş de bu yöndedir. Comment, (n 6) 68; Engel, (n 6) 729; Ramoni, (n 6) 26; Thévenoz, (n 6) 634, dpn. 38; Peter Gauch -Walter Schluop – Jörg Schmid, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil: ohne außervertragliches Haftpflichtrecht, II*, (1. Bası, Schulthess 1998), N. 3015.

⁸⁸ Engel, (n 6) 729; ATF 91 II 351; ATF 116 II 440; Thévenoz, (n 6) 633; Von Tuhr, (n 10) 621; Tekinay vd., (n 12) 947; Eren, (n 15) 1247; Kocayusufoğlu vd., (n 5) 230; Havutçu, (n 12) 46.

⁸⁹ Oğuzman-Öz, (n 12) 507.



Borçlunun alacaklıya başvurmasına gerek kalmadan uygun sürenin belirlenebildiği ve ifanın mümkün olduğu bu görüş uyarınca, dürüstlük kurallarından hareketle, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere ait temerrüt şartlarının oluşmaması mümkün olabilir. Belirlenen uygun süre içinde yapılan ifanın alacaklı tarafından kabul edilmemesi artık alacaklıyı temerrüde düşürür. Buna karşılık borçlunun ek süreyi uygun süreden daha uzun tutarak gerçekleştirdiği ifalar yönünden alacaklının kabul yükümlülüğü bulunmadan seçimlik haklarını kullanabilmesi gerekir. İsviçre Federal Mahkemesi ek sürenin uzayabilmesi için borçlunun kendisine verilen sürenin kısalığına karşı çıkması ve borcunu ifa etme konusunda niyetli ve kararlı olduğunu göstermesi koşullarını arar. Aksi halde susan kabul etmiş sayılacağından, kendisine verilen ek sürenin borçlu için yeterli olduğu varsayılır⁹⁰.

Alacaklı uygun süreyi hayatın olağan akışı içinde gereken zaman diliminden daha *uzun* da tutabilir. Ancak böyle bir durumda alacaklının da gereğinden fazla uzunluktaki süre ile bağlı olduğunu ve kendi tayin ettiği sürenin daha sonra uygun bir süreye dönüştürülmesini isteyemeyeceği unutulmamalıdır⁹¹. O halde bu ihtimal mümkün olmakla birlikte; alacaklının süreyi uzun tutmasındaki amaç borçludan daha fazla temerrüt faizi alabilmek, ifaya eklenen cezai şart ya da daha yüksek tazminattan faydalanabilmek gibi amaçlar taşıyor ise şüphesiz ki hakkın kötüye kullanımı sınırı aşılamamalıdır.

Burada üzerinde düşünülmesi gereken bir diğer husus da ek sürenin *hâkim tarafından* belirlendiği durumlarda tespit edilen sürenin her zaman uygun süre olup olmayacağıdır. Zira böyle bir durumda tayin edilen ek süreye borçlunun itiraz hakkı olmaması, ek sürenin her zaman uygun olacağına dair adi bir karinenin de ifadesidir. İlk derece mahkemelerinin kararlarına karşı kanun yollarının her zaman açık olması ve hukuki güvenlik ilkesi⁹² uyarınca bizim de görüşümüz hâkim tarafından tespit edilen sürelerin her iki tarafın da menfaatini dikkate alarak verildiğinden uygun süre olarak kabulü yönündedir⁹³.

D. Ek Sürenin Şekli ve Zamanı

Ek süre verilmesinin şekline ilişkin olarak TBK. m. 123 hükmünde özel bir düzenleme getirilmemiştir. Bununla birlikte ek süre tayini hukuki işlem benzeri fiil niteliği ile TBK. m. 12/I hükmünün kıyasen uygulandığı ve geçerliliği

⁹⁰ Engel, (n 6) 729; ATF 91-1965 II s. 344, 351 = JT 1966 I s.530, 536, 537; ATF 105-1979 II s. 28, 34 = JT 1979 I s.314, 319, AF 116-1990 II, s. 436, 440 = JT 1991 I S. 189, 190; ATF 105 II 34.

⁹¹ Thévenoz, (n 6) 634.

⁹² Hukuki güvenlik ilkesi yönünden ayrıca bkz. Adrien Vion, *L'étendue minimale de l'accord en droit suisse des contrats* (art. 1 et 2 CO), (1. Bası, Lausanne Üniversitesi 2019), 121-129.

⁹³ Ramoni, (n 6) 27; Oğuzman-Öz, (n 12) 507; Tümerdem, (n 10) 204; aksi yönde bkz dpn. 563.

şekil şartına bağlı olmayan, dolayısıyla yazılı ya da sözlü yapılabilen bir irade açıklamasıdır. Bu sebeple tıpkı ihtar gibi, ek süre tayininin de ispatı HMK. m. 200'e ve senetle ispat zorunluluğuna tabi değildir. Ancak doğması muhtemel uyuşmazlıkları önleyebilmek adına yazılı şekilde yapılması ya da hâkimden ek süre tayininin talep edilmesi imkanına başvurulması daha uygun sonuçlar doğurabilir. Ek süre tayininin şekle tabi olmaması, bizzat kendisi geçerlilik şekline tabi olan hukuki işlemler yönünden de farklılık yaratmaz⁹⁴. Bununla birlikte Ticaret hukukunda olduğu gibi kanun koyucunun özel olarak borçlunun temerrüde düşürülebilmesi için şekil şartı öngördüğü istisnalar ise saklıdır⁹⁵.

Burada önemli olan, alacaklının borçluyu temerrüdün ağır sonuçlarından kurtarmak için son bir imkân vererek belirli bir tarihe kadar borcunu ifaya davet etmesi yönündeki irade açıklamasının açık, kesin ve tereddüte yer bırakmayan şekilde anlaşılabilir olmasıdır. Elbette tarafların sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ek süre tayini hususunda özel bir şekil şartı öngörmeleri ve böyle bir durumda ek süre tayininin ancak belirlenen şekle uygun olarak ya da bizzat hâkim tarafından yapılabileceğini kararlaştırmaları mümkündür⁹⁶.

Ek süre tayini hususunda kanun koyucunun özel bir şekil şartı öngörmemiş olması, ek süre tayininin yapıldığı yer ve zaman yönünden de kanun koyucunun özel bir sınırlama getirmediği anlamı taşır. Bununla birlikte belirlenen ek sürenin geçerliliği için elbette ki *dürüstlük ilkesi* sınırları aşılabilir.

Borçlu temerrüdünün genel sonuçları gerçekleştiikten sonra alacaklı dilediği zaman ek süre tayin ederek özel koşulların gerçekleşmesinin ve sonrasında seçimlik hakları kullanabilmesinin yolunu açabilir. Zira kanun koyucu TBK. m. 123 hükmünde, “*taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde*” ifadesi ile bu hususta bir süre sınırlaması getirmemekte; alacaklı genel koşullar gerçekleştiğinde her zaman aynen ifayı ve gecikme tazminatını talep edebilmekte; bunun yanında seçimlik hakların kullanımı ise ek süre tayin edilmesi yasal koşuluna bağlanmaktadır.

Borçlunun temerrüde düşmesinden önce ek süre tayininin mümkün olup olmadığı hususunda ise doktrinde farklı görüşler yer alır⁹⁷. Bu görüşlerden ilki, borçlu temerrüdünün, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde seçimlik hakların kullanımı için özel bir şart olduğu ve temerrüt öncesinde ek süre tayininin etki doğurmadığı yönündedir. Bir diğer görüş ek süre verilmesinin borçlu temerrüdünden sonra gerçekleşebileceğini, ancak istisnai olarak ihtarla birlikte

⁹⁴ Thévenoz, (n 6) 633; Oğuzman-Öz, (n 12) 508. Aksi yönde bkz. Tümerdem, (n 10) 197.

⁹⁵ TTK. m. 18-b.3; TTK. m. 1434 b.3 düzenlemelerinde olduğu gibi. Oğuzman-Öz, (n 10) 508; Kocayusufpaşaoğlu vd., (n 5) 230. Bu konuda ayrıca bk. Aydın, (n 47) 861 vd.; Karabağ, (n 47) 213 vd.

⁹⁶ Chavanne, (n 9) 68.

⁹⁷ Bilhassa Alman hukukundaki bu farklı görüşler ve savunan yazarlar hakkında bkz. Tümerdem, (n 10) 197, 198.



ek süre tayininin de mümkün olduğunu savunur. Son görüş ise, ek sürenin borçlunun temerrüde düşmesinden önce de verilebileceği zira bu hususta kanun koyucunun bir yasak getirmediği yönündedir. Katıldığımız görüşe göre borçluya ek süre tanınması, borcun ertelenmesi anlamı taşımadığı gibi borçlu temerrüdünün doğurduğu hüküm ve sonuçları da kesintiye uğratmaz. Kanun koyucu madde metninde açıkça borçlunun temerrüde düşmüş olması sonrasında ek süre tayinini öngörmüş olsa da edimin muaccel olması kaydı ile temerrütten önce ihtarla birlikte de ek süre verilebileceği kabul edilmelidir⁹⁸.

Alacaklının, borçluya bildirmiş olduğu ek sürenin ne zaman başladığı söz konusu beyandan anlaşılamiyor ise verilen sürenin, beyanın borçluya ulaştığı andan itibaren başladığı kabul edilmelidir⁹⁹. Bununla birlikte ek sürenin ne zamana kadar verilebileceği de kanun koyucu tarafından özel olarak hükme alınmamış; borçlu temerrüdü sonrasında derhal yerine getirilme zorunluluğuna benzer düzenleme de öngörülmemiştir. Bu sebeple ek sürenin tayini yönündeki zaman diliminin, talep hakkı ile bağlantılı olarak değerlendirilmesi gerekir. Buna göre muaccel bir alacağın talep edilebilirliği zamanaşımı süresiyle sınırlıdır (BK. m. 149/I) ve bu süre kural olarak alacağın muaccel olması ile başlar¹⁰⁰. Talep hakkının borcun muaccel olması ile zamanaşımı defii arasındaki zaman diliminde kullanılabilir olması alacak zamanaşımına uğramadığı sürece ek süre verilebilmesini mümkün kılar. Kural olarak ifa edilebilirlik borcun muaccel olmasından önce başlayıp zamanaşımı süresini dahi aşabilen şekilde esneyebildiğinden, borçlu tarafından edimin ifası hali hazırda mümkündür. Buna karşılık alacaklı yönünden ek süre tayinine bağlı seçimlik hakların kullanım imkânı artık sona erer.

SONUÇ

Borçlu temerrüdünün genel şartlarından birini oluşturan ihtar ile karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde seçimlik hakların kullanımının yasal şartını oluşturan ek süre tayini birbirinden farklı kurumlardır. İhtar, alacaklının borcun muaccel olmasından sonra borçluya *borcunu ifa etmesi hususunda* yönelttiği tek taraflı irade beyanı iken; ek süre tayini, alacaklının *borçluyu temerrüdün ağır sonuçlarından kurtarmak için son imkân vererek belirli tarihe kadar borcunu ifaya davet etmesi* yönünde irade açıklamasıdır. Dolayısıyla ihtar ile muaccel borcun ifa edileceği zaman belirlenirken, ek süre tayininde

⁹⁸ Engel, 1997, s. 728; JdT 1978 I 69; Ramoni, (n 6) 25; Comment, (n 6) 69; Tercier, (n 1) 236; Thévenoz, (n 6) 633; ATF 103 II 102 c.1A, JdT 1978 I 66; TF, SJ 2000 I 499; SJ 1994 729, c. 3c; Von Tuhr, (n 10) 620; Oğuzman-Öz, (n 12) 507; Tandoğan, (n 12) 496; Kılıçoğlu, (n 64) 874; Kocayusufpaşaoğlu vd., (n 5) 230; Havutçu, (n 12) 48; Eren, (n 15) 1245.

⁹⁹ Havutçu, (n 12) 45; Oğuzman-Öz, (n 12) 508.

¹⁰⁰ ATF 69 II 24, ATF 110 II 239, Fabienne Hohl, De l'exécution des obligations, art 68-83, Thevenoz, Luc/Werro, Franz, *Code des obligations, I Commentaire Romand*, (1.Bası, Helbing, Lichtenhahn 2003), 478.

alacaklı yeni ifa zamanı tayin etmemekte, borcunu ifa etmesi ve temerrüdün ağır sonuçlarından kurtulabilmesi için borçluya son şans tanımaktadır.

İhtar, karşılıklı borç yükleyen sözleşme niteliğinde olmayan tüm borç ilişkilerinde temerrüdün genel koşulunu oluştururken ek süre tayini karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde temerrüdün yasal koşulunu oluşturur. Başka deyişle seçimlik haklardan yararlanmak istemeyen alacaklı sadece ihtar çekerek borçluyu temerrüde düşürebilme imkanına sahiptir. Ancak bu durumda talebi aynen ifa ve gecikme tazminatı ile sınırlı kalır ve TBK. m. 123 hükmünün kendisine tanıdığı seçimlik haklardan mahrum kalır.

Belirli vadeli sözleşmelerde ise ek süre tayini belirli vadede ifanın gerçekleşmemesiyle artık mümkün olur. Bununla birlikte ek süre verilmesini gerektirmeyen haller ihtar çekilmesini de gereksiz kılar; ihtarda bulunulmasını gerektirmeyen her durum aynı zamanda ek süre tayinini etkisiz hale getirmez. Nitekim borcun vadesinin açık ve belirli bir gün olarak belirlendiği durumlarda ihtara gerek olmamasına rağmen kesin vadeli borçlar dışında seçimlik hakların kullanılabilmesi için borçluya ek süre tayini yine de gereklidir.

KAYNAKÇA

Akıntürk, T, *Müteselsil Borçluluk*, (1. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1971).

Akıpek, J ve Akıntürk T ve Ateş, D, *Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku*, (17. Bası, Beta 2021).

Akkanat, H, *Alacaklı Temerrüdü Dışında, Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilemediği Başlıca Durumlar ve Sonuçları*, (1. Bası, Filiz 1996).

Arat A, “Müteselsil Borçlarda Alacaklı ile Borçlular Arasındaki İlişkinin Hüküm ve Sonuçları”, (2018) (26) (2) *SÜHFD*, 325-366.

Armağan, D, “Sözleşmesel Çerçeve de Meydana Gelen Müteselsil Borçlulukta Borçlu Temerrüdü”, (2019) (77) (2), *İHM*, 617-667.

Ateş, D, *Borçlunun Temerrüdünde Aynen İfa*, (1. Bası, Beta 2021).

Aydın, Ü, “Tacirler arası İhbar ve İhtarlar İlişkin Şeklin Hukuki Niteliği”, *Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan*, (1. Bası, Der 2015).

Barlas, N, *Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar*, (1. Bası, Kazancı Hukuk 1992).

Buz, V, *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, (1. Bası, Yetkin 1998).

Chavanne, S, *Le retard dans l'exécution des travaux de construction*, (1. Bası, Bâle: Helbing & Lichtenhahn, 1993).



- Cherpillod, I, *La fin des contrats de durée*, (1. Bası, Cedidac 1998).
- Comment A, *De la demeure du débiteur dans les contrats bilatéraux, art. 107-109 CO*, (1. Bası, Courtelary, H. Strahm-Liengme 1924).
- Engel P, *Traite Des Obligations En Droit Suisse*, (2. Bası, Saempfli 1997).
- Eren, F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (24. Bası, Yetkin 2019).
- Gauch, P ve Schluep, W ve Schmid, J, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil: ohne außervertragliches Haftpflichtrecht, II*, (1. Bası, Schulthess 1998).
- Havutçu, A, *İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini*, (1. Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi 1995).
- Hohl, F, *De l'exécution des obligations, art 68-83, Thevenoz, Luc/Werro, Franz, Code des obligations, I Commentaire Romand*, (1.Bası, Helbing, Lichtenhahn 2003), 500-540.
- Huillier, L, *La Notion du droit formateur en droit prive*, (thèse , Genf, 1947).
- Kapancı, K B, *Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler*, (1. Bası, Vedat 2015).
- Karabağ, B, "Tacirler Arası İhbar ve ihtarlar Bakımından Getirilen Şeklin Geçerlilik veya İspat Şartı Şeklinde Nitelendirilmesine Bağlı Olarak Doğuracağı Hukuki Sonuçlar, *Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan*, (1. Bası, Der 2015).
- Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (21. Bası, Turhan 2017).
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip vd., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.III, Prof. Dr. Rona Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, (7. Bası, Filiz 2016).
- Kurt, L M, *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü*, (1. Bası, Yetkin 2012).
- Oğuzman K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, I, (16. Bası, Vedat 2018).
- Oğuzman K ve Barlas, N, *Medeni Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, (24. Bası, Vedat 2020).
- Özdoğan, N, *Müteselsil Sorumluluk*, (1. Bası, Seçkin 2016).
- Önen, T, *Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler*, (1. Bası, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınlar 1975)
- Pedamon M, *Le Contrat en Droit Allemand*, (1. Bası, LGDJ 2002).

Pichonnaz, P, Le temps qui passe en droit privé de la construction. Réflexions en matière de demeure, de délai d'avis et de prescription des droits de garantie, (2013), *JDC*, 63-92.

Postacıoğlu, İ, *Şehadetle İspat Memnuniyeti ve Hudutları*, (1. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1964).

Ramoni, C, *Demeure du débiteur et contrats de droit suisse*, (1. Bası, Schulthess 2002).

Spahr, S, L'interet moratoire, consequence de la demeure, (1990), *RVJ*, 361 vd.

Şahin, A, *Türk Borçlar Kanunu'nda Müteselsil Borçluluk*, (1. Bası, Oniki Levha 2017).

Tandoğan, H, *La Nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats- Contribution à l'étude de l'inefficacité partielle des actes juridiques*, (1. Bası, Kundig 1952).

Tandoğan, H, *Türk Mesuliyet Hukuku*, (1. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1961).

Tekinay S S vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, (7. Bası, Filiz 1993).

Tercier P, *Le Droit des Obligations*, (3. Bası, Schullthess 2004).

Thevenoz, L ve Werro F, *Commentaire Romand, Code Des Obligations I*, (1.Bası, Helbing, Lichtenhahn 2003).

Thévenoz, L, De l'extinction des obligations, art 97-109, Thévenoz, Luc/Werro, Franz, *Code des obligations, I Commentaire Romand*, (1.Bası, Helbing, Lichtenhahn 2003), 541-651.

Tümerdem, M, *Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü ve Sonuçları*, (1. Bası, Seçkin 2018).

Vion, A, *L'étendue minimale de l'accord en droit suisse des contrats* (art. 1 et 2 CO), (1. Bası, Lausanne Üniversitesi 2019).

Von Tuhr, A, *Borçlar Hukuku, C.1-2, Çev. Cevat Edege*, (2. Bası, Yargıtay 1983).



ZAMANAŞIMINA UĞRAMIŞ BONODAKİ TEMERRÜDÜN YİBHGGK KARARI İŞİĞİNDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Evaluation of the Default on Promissory Note on which the Statute of Limitation has ended under the Perspective of the General Assembly of Civil Chambers' Decision

Sedat KAYA*

Özet

Yenileme, Türk Borçlar Kanunu'nun 133'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, temel ilişkiden kaynaklanan bir borç için bono düzenlenmesi, kural olarak, borcun yenilenmesi olarak kabul edilmez. Bu durumda temel borç ilişkisi sona ermez ve alacaklı yarışan taleplere sahip olur. Bu sebeple bonodan kaynaklanan alacağın herhangi bir nedenle elde edilememesi halinde alacaklı temel borç ilişkisine dayalı olarak talepte bulunabilmektedir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, 25.12.2019 tarih E. 2019/1, K. 2019/8 sayılı kararıyla zamanaşımına uğramış bonodaki vadenin temel ilişkiye dayalı olarak başlatılacak takip veya açılacak davada temerrüde esas alınmayacağına karar vermiştir. Bu karara dayanak yapılan hukuki argümanlar oldukça tartışmalıdır. Örneğin, kararda temel borç ilişkisi ile bono düzenlenmesiyle ortaya çıkan ilişki yeterince dikkate alınmamıştır. Ayrıca kararda usulî talep kavramı gözardı edilmiştir. Usulî talep bir hukukî sonucun kesin bir biçimde belirlenmesini, yani belli bir hukukî himayenin sağlanmasını konu alan ve mahkemeye yöneltilmiş bulunan istektir. Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer. Ancak kararda muacceliyet ve temerrüt kavramları hatalı kullanılmıştır. Yine bononun ödeme için ibraz edilip edilmediği belirsiz olduğundan hüküm yeterince açık değildir ve tavzihe muhtaçtır. Bu çalışmada inceleme konusu karardaki hukuki meseleye medeni usul hukuku, medeni hukuk ve ticaret hukuku bakış açılarıyla yaklaşılarak çeşitli değerlendirmelerde bulunulmuştur. Ayrıca kararda tartışılan kurum ve kavramlara ilişkin çeşitli değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Anahtar kelimeler: Bono, vade tarihi, temerrüt, davaların yığılması, hükmün tavzihi.

➤ Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 13.04.2022

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 06.09.2022

* Arş. Gör., Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı, sedat.kaya@gop.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-5704-2058>



Abstract

Novation is regulated under articles 133 of the Turkish Code of Obligations. Nonetheless, as a rule, if a promissory note is issued for a debt arising from the basic debt relationship, the basic debt relationship is not considered to be renewed. In this case the basic debt relationship does not terminate and the creditor has competing requests. Therefore, if the credit arising from the promissory note cannot be obtained for any reason, the creditor may demand his/her credit based on the underlying basic debt relationship. The General Assembly of Civil Chambers on the Unification of Judgements of the Court of Cassation has a decision dated 25.12.2019, numbered E. 2019/1, K. 2019/8. At that adjudication, the maturity date in a time promissory note can not be considered in the context of the default in actions or execution proceedings based on the underlying basic debt relationship. The legal arguments established in this decision are considerably controversial. For example, the connection between the relationship arising from the issuance of the promissory note and the basic debt relationship is not considered enough in the decision. Besides the concept of procedural request was ignored in the decision. Procedural request is the demand which is directed to the court, which is a definite determination of a legal conclusion, that is the provision of a certain legal protection. Where the debt is due, the obligor falls in default by the notification of the obligee. But the concepts of maturity and default are used incorrectly. Because it is unclear whether the promissory note has been presented for payment, judgment is not adequately clear and needs clarification. In this study, various evaluations were made by approaching the legal issue in the decision from the points of view of civil procedure law, civil law and commercial law. In addition, various evaluations were made regarding the institutions and concepts discussed in the decision.

Keywords: Promissory note, maturity date, default, accumulation of claims, clarification of judgement.

GİRİŞ

Temyiz kanun yolunun temel amacı hukukun ülkenin bütün mahkemelerinde yeknesak bir şekilde uygulanmasını (içtihat birliğini) sağlamaktır¹. Bu amaç, öncelikle Yargıtay dairelerinin temyiz başvuruları hakkında verdikleri kararlarla sağlanır. Şayet bir Yargıtay dairesinin kendi kararları arasında veya kendi kararları ile diğer Yargıtay daireleri kararları arasında süregelen içtihat uyumsuzlukları bulunmaktaysa, bunun giderilmesi için içtihatların birleştirilmesi yoluna başvurulur ve içtihadı birleştirme kararları, benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar (bkz.

¹ A. Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku* (5. Baskı, Filiz 2021) 393 kn. 5; Selçuk Öztekin, 'Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf Kanun Yolu, Amacı ve Felsefesi' *Temyiz İncelemesinde Hukuki Denetimin Sınırları, Türk Hukuku İstinaf Reformu Sonrası Mukayeseli Hukuk Sempozyumu*, Bildiriler Kitabı (2018) 176; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet, Özekes, *Medeni Usul Hukuku* (9. Baskı, Oniki Levha 2021) 475; Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet, Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku* (10. Baskı, Yetkin 2021) 681. Temyiz kanun yolunun çeşitli amaçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İbrahim Özbay, *Hakem Kararlarının Temyizi* (Yetkin 2004) 23-24.

Yar. K. m. 15/f.2, b ve c bendi; m. 45/f. 5). Bu bağlayıcılık, içtihadı birleştirme kararının yalnızca sonuç kısmına ilişkindir. Kararda değinilen gerekçeler ise açıklayıcı ve yol gösterici niteliktedir².

Gerekçe, yargı organlarının vermiş oldukları kararlarda keyfi hareket edip etmedikleri, kanuna ve hakkaniyete uygun karar verip vermedikleri gibi hususlarda bütün ilgililerin yararlanabileceği vazgeçilmez bir kaynaktır³. Sözü edilen ilgililer, başta uyuşmazlığın tarafları olmak üzere, hukukçular ve (varsayımsal olarak) bütün bir kamuoyudur. Bu çerçevede, yargı organları mantıksal geçerlilik kuralları ve kabul edilebilirlik kriterlerini göz önüne alarak kararlarında gerekçe sunmak zorundadır⁴.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu da inceleme konusu kararında kıymetli evrak hukukunun temel ilkeleri, delil başlangıcı ve borçlu temerrüdüne ilişkin kavram ve kurumlardan hareketle oluşturduğu hukuki argümanlar neticesinde zamanaşımına uğramış bonodaki vade tarihinin temel ilişki bakımından temerrüde esas alınamayacağına karar vermiştir. Bu çalışmada inceleme konusu kararda çözümü gereken hukuki mesele, medeni

² Hakan Pekcanitez, 'Yargıtay Yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Değerlendirilmesi' (2019) 144 TBBD 383, 394. "Kural olarak Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararları konuları ile sınırlı, gerekçeleri ile aydınlatıcı ve sonuçları ile bağlayıcıdır." Yar. HGK, E 1994/11248, K 1994/538, 21.9.1994 (e-uyar E.T. 31.03.2022).

Doktrinde bir görüşe göre ise, içtihadı birleştirme kararının sonuç kısmına sıkı sıkıya bağlı olan gerekçedeki ilkeler de benzer hukuki konularda bağlayıcı sayılmalıdır. Bkz. Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü* C. 5 (6. Baskı, Demir-Demir Yayıncılık 2000) 4960-4961. Benzer bir görüşe göre de içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcılığının kapsamının belirlenmesinde hükmün verilmesine etki eden gerekçenin (*ratio decidendi*) dikkate alınması gerekir. Bu görüşe göre, kararda dayanılan hukuk kuralının ya da ilkesinin anlamlandırılması ve uygulanmasına ilişkin düşünceler içtihadı birleştirme kararının bağlayıcılığı kapsamına dahildir. Bkz. Nurbanu Erzurumlu Işık, 'Mahkeme İçtihatları Yoluyla Medeni Usul Hukukunun İnşası', (Yayımlanmamış doktora tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi 2020) 216. Hükmün verilmesine etki eden gerekçeyi ifade eden ratio decidendi kavramına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Erzurumlu Işık 153.

³ Yaşar Karayalçın ve Aynur Yongalık, *Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metod Problem Çözme* (7. Baskı, BTHAE 2008) 157; İbrahim Özbay, 'Hakem Kararlarında Gerekçe' (2001) C. XXI (2), BATİDER 299, 299; Çetin Aşçıoğlu, 'Yargıda Gerekçe Sorunu' (2003) (43) TBBD 109 111. Gerekçenin amacı ve işlevlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Nilüfer Boran Güneysu, *Medeni Usul Hukukunda Karar* (Adalet Yayınevi 2014) 233-234.

⁴ Ertuğrul Uzun, 'Yargıtay Kararlarından Örneklerle Yargı Kararlarında Gerekçeleştirme Zafiyeti' (2007) 2007/2(7) MİHBİR 359, 360. Mahkeme kararlarında bu zorunluluğa uyulmayarak gerekçesiz hüküm verilmesinin doğuracağı sonuçlara ilişkin tartışmalar için bkz. Özbay (n 3) 302-303. Yazar, HMUK döneminde mahkeme kararlarında gerekçe bulunmaması halini mutlak temyiz sebebi olarak kabul etmektedir. Biz de bu görüşe katılıyoruz. Ayrıca, 20 Temmuz 2016 itibarıyla uygulanmaya başlanan istinaf kanun yolu sisteminde ilk derece mahkemesinin gerekçesiz karar vermesi dereceli yargılanma hakkını ihlal eden ağır usul hatası kabul edilerek HMK m. 353/f.1 (a) b. 6 kapsamında değerlendirilmelidir.



usul hukuku, medeni hukuk ve ticaret hukuku perspektifinden incelenecektir. Ayrıca kararda tartışılan kurum ve kavramlara ilişkin çeşitli değerlendirmelerde bulunulacaktır.

I. YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME HUKUK GENEL KURULU KARARININ ÖZETİ

İnceleme konusu karar, 25.12.2019 tarih E. 2019/1, K. 2019/8 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu kararıdır⁵. Bu karara dayanak içtihadı birleştirme başvurusunda imzası inkâr edilmeyen ancak zamanaşımına uğrayan bononun takibe konulması hâlinde faizin bonodaki vade tarihinden itibaren mi, yoksa takip tarihinden itibaren mi işlemesi gerektiği, borçluya ayrıca temerrüt ihtarı gerekip gerekmediği konusunda Yargıtay 11. Hukuk Dairesi ile Yargıtay 13. 15. ve 19. Hukuk Daireleri kararları arasında görüş ayrılığının bulunduğu belirtilerek içtihatların birleştirilmesine karar verilmesi talep edilmiştir.

Daha sonra Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yazısına istinaden Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu, içtihadı birleştirme konusunun “zamanaşımına uğrayan ve bu nedenle kambiyo senedi vasfını kaybederek (yazılı) delil başlangıcına dönüşen bonodaki vade tarihinin; temel ilişkiye dayanılarak yapılan bir takip veya açılan bir davada temerrüde esas alınıp alınmayacağı” şeklinde değiştirilmesinin, ihtiyacı daha iyi karşılayacağını öngörmüştür⁶.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu kararında öncelikle aralarında içtihat farklılığı bulunan dairelerin görüşlerini özetlenmiş ve bono, delil başlangıcı ile borçlu temerrüdüne ilişkin teorik açıklamalarda bulunulmuştur. Akabinde şu açıklamalara yer verilmiştir:

“(…) Kambiyo senedi niteliğindeki bonodan doğan alacak muaccel olunca, temel borç ilişkisinden doğan alacak da muaccel hâle gelir. Başka bir deyişle temel ilişkiden doğan borcun muacceliyet tarihi bononun vadesine

⁵ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, E 2019/1, K 2019/8, 25.12.2019 (RG. 14.07.2020, S. 31185).

⁶ Zamanaşımına uğramış bonoya dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takibe başvurulduğunda borçlunun zamanaşımı muhalefeti ileri sürmesi üzerine icra mahkemesince borca itirazın kabulü kararı verilir ve bu kararlar birlikte, daha önce geçici durdurma kararı verilmemişse, icra takibi durur (bkz. İİK m.169a/f. 5). Benzer şekilde, zamanaşımına uğramış bonoya dayalı olarak genel haciz yoluyla takip yoluna başvurulması halinde de borçlunun ödeme emrine itiraz etmesi üzerine takip durur (bkz. İİK m. 66). Böyle bir durumda itirazın (kesin) kaldırılması yoluyla takibe devam edilmesi mümkün değildir. Zira zamanaşımına uğramış bono, İİK m. 68 hükmünde öngörülen itirazın kesin kaldırmasını sağlayan belgelerden biri değildir. Dolayısıyla zamanaşımına uğramış bonoyla icra takibine başvuran alacaklının süreç içinde dava açması gerekeceği açıktır. Bu çerçevede, kanaatimizce, içtihadı birleştirme konusu belirlenirken bu husus gözetilerek icra takibinin kapsam dışında bırakılması daha uygun olurdu. Bu çalışmada dava kurumu esas alınarak açıklamalarda bulunulacaktır.

kadar ertelenmiş olur. Dolayısıyla temel ilişkiden doğan borcun tabi olduğu zamanaşımı süresi, borcun muacceliyet tarihi olan bononun vadesinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Bu durumda alacaklı vadeden itibaren isterse temel borç ilişkisinden doğan talep hakkını, isterse bonodan kaynaklanan talep hakkını kullanabilecektir.

Temel borç ilişkisi kambiyo hukukunun dışında kalan bir husustur. Bu sebeple kambiyo senetlerine mahsus zamanaşımı hükümleri temel borç ilişkisine uygulanmaz. Temel borç ilişkisine dayanılabilecek hâllerde o ilişkinin tabi olduğu zamanaşımı süresi uygulanır. Başka bir deyişle temel ilişkiye dayanıldığı durumlarda bonoya dayalı bir kambiyo talep hakkının ileri sürülmesi söz konusu olmadığından, zamanaşımı hakkında da TTK'nın 749. maddesi değil, temel borç ilişkisinin tabi olduğu zamanaşımı süreleri uygulama alanı bulacaktır.

(...) Kambiyo senedi niteliğindeki bononun ödenmemesi hâlinde başvurma hakkının kapsamına dair TTK'nın 778/1-d maddesinin atfıyla TTK'nın 725. maddesi uygulanacaktır. Başvuru hakkının kapsamı müracaat alacaklısının başvuru borçlusundan talep edebileceği miktara ilişkin olup, müracaat alacaklısının neler talep edebileceği TTK'nın 725/1 maddesinde sınırlayıcı bir biçimde gösterilmiştir, Bunlar arasında vadenin gelmesinden itibaren işleyecek faiz de yer almaktadır (TTK, m. 725/1-b). Buna göre bir bonoda hamilin vadeden itibaren temerrüt faizi talep edebilmesi için bononun kambiyo senedi vasfını kaybetmemiş olması şarttır. Zamanaşımına uğramış bir bono kambiyo senedi vasfını kaybettiği için vade tarihi sadece temel ilişkinin muacceliyet tarihi olarak dikkate alınabilecek, borçlu temerrüde düşürülmeden faiz talep edilebilmesi de mümkün olmayacaktır.

Borçlunun temerrüde düşürülebilmesi için sadece borcun muaccel olması yetmemekte kural olarak alacaklının, borcu muaccel olan borçlusuna borcunu ifa etmesi hususunda ihtar göndermesi gerekir. Bu itibarla zamanaşımına uğrayan ve kambiyo senedi vasfını kaybederek (yazılı) delil başlangıcına dönüşen bonodaki vade tarihi temel ilişkiden doğan borcun muacceliyet tarihi olacağı için, TBK'nın 117/1 maddesinde belirtildiği üzere borçlunun temerrüde düşürülmesi için ayrıca alacaklı tarafından borçluya ihtar gönderilmesi gerekmektedir.

(Ayrıca), temel borç ilişkisinin taraflarından birinin bir bono düzenleyip lehtara vermesiyle taraflar arasında kambiyo hukukuna dayalı ikinci bir borç ilişkisi doğar. İşte bono üzerinde yer alan ve TTK'nın 749. maddesi ile düzenlenen vade, taraflar arasındaki temel borç ilişkisinin vadesi değil, kambiyo hukukuna dayalı borç ilişkisinin vadesidir. Zira zamanaşımına uğrayarak kambiyo senedi vasfı kaybedildikten sonra bonodaki vade tarihinin, taraflar arasındaki temel ilişki kapsamında birlikte tespit edildiğinden veya taraflardan biri tarafından kendisine tanımış olan ihbarda bulunmak suretiyle



belirlendiğinden bahsedilemeyecektir. O hâlde temel ilişkiye dayanılarak yapılan bir takip veya davada zamanaşımına uğrayan ve bu nedenle kambiyo senedi vasfını kaybederek (yazılı) delil başlangıcına dönüşen bonodaki vade tarihi, TBK'nın 117/2 maddesi ile belirlenen temerrüt için ihtara gerek olmayan durumlar kapsamında olmadığından borçlunun temerrüde düşürülmesi için TBK'nın 117/1 maddesi gereğince ihtar gereklidir.

Zamanaşımına uğrayan ve delil başlangıcı olma dışında hukuken hiçbir sonuç bağlanmayan hatta asıl alacağın varlığının ispatında bile tek başına delil kabul edilmeyen bir belgede yazılı vadenin, temerrüt ihtarına gerek olmaksızın temerrüt tarihi olarak kabul edilmesi hakkaniyete de aykırı olacaktır. Aksi hâlde zamanaşımına uğrayan bononun hamili, kambiyo senedinden doğan haklarını korumak için zamanaşımı süresi içinde Kanun'un kendisine yüklediği yükümlülükleri yerine getirmemesine rağmen, temel ilişkiye dayalı olarak yapacağı takip ya da açılan davada vade tarihinden itibaren faize hükmedilmesi yükümlülüklerini yerine getirmeyen hamilin hiçbir kayba uğramayacağı sonucunu doğurur ki, hukuk sisteminin buna cevaz vermesi mümkün değildir.

Hâl böyle olunca zamanaşımına uğrayan ve bu nedenle kambiyo senedi vasfını kaybederek (yazılı) delil başlangıcına dönüşen bonodaki vade tarihinin; temel ilişkiye dayanılarak yapılan bir takip veya açılan bir davada temerrüde esas alınamayacağına dair, 25.12.2019 tarihinde yapılan ikinci oturumda üçte ikiyi aşan oy çokluğu ile karar verilmiştir.”

II. KARARIN GEREKÇESİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

A. Dava Sebebi Bakımından

Dava sebebi kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK)⁷ açık bir düzenleme yoktur. Söz konusu kavram; iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı, derdestlik, kesin hüküm, davaların yığılması, ıslah gibi pek çok usul hukuku kurumuyla yakın ilişki içindedir.

Dava sebebi kavramına ilişkin Türk hukukunda iki farklı teori ileri sürülmüştür.

Bu teorilerden ilki olan ferdileştirme teorisine göre, dava sebebi kavramından, talep sonucuna dayanak teşkil eden maddi vakıaların hukuki niteliği, yani onların bulunduğu hukuk kategorisi (hukuki sebep) anlaşılmalıdır⁸.

⁷ Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG 04.02.2011/ 27836.

⁸ Türk hukukunda dava sebebine ilişkin ferdileştirme teorisinin en önemli savunucusu Postacıoğlu'dur. Bkz. İlhan Postacıoğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (6. Baskı, Sulhi Garan Maatbası 1975) 234-235; İlhan Postacıoğlu 'Davanın ve Kaziyei Muhkemenin Unsuru Olarak Hukukî Sebep' *A. Recai Seçkin'e Armağan*, Ankara 1974, ss.497-527; İlhan

Bu çerçevede iddia edilen talebin dayanağı olan hukuki ilişki teknik olarak ileri sürülmeli ve dava dilekçesinde açıkça yer almalıdır. Bu görüşe göre, esas olan kriter hukuki sebep olduğundan davacının usuli talebinin ferdileştirilmesi ve diğer iddialarından ayırt edilerek sınırlarının çizilebilmesi amacıyla davacının dilekçesinde dayandığı hukuki sebebi açıkça belirtmesi gerekir⁹.

Doktrinde bizim de katıldığımız ve Türk hukukunda baskın olan diğer görüşe göre ise, dava sebebi, hukukun kendisine sonuç bağladığı hayat olayları yani maddi vakialardır¹⁰. Diğer bir deyişle, dava sebebi, davacının talep sonucunu dayandırdığı maddi fiil veya hukuki işlemler şeklinde ortaya çıkan vakialardır¹¹. Zira HMK m. 119/f.1, e bendinde davacıya iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların açık özeti bildirme zorunluluğu getirilerek, vakıaların dava dilekçesinde mutlaka yer alması gerektiği vurgulanmıştır. Bu durum, ferdileştirme teorisinin belirttiğinin aksine, salt somut hukuki ilişkinin dava dilekçesinde belirtilmiş olmasının davanın geçerli bir şekilde inşası için yeterli olmayacağını açık bir göstergesidir. Nitekim, HMK m. 119/f.1, g bendindeki hukuki sebeplerin dava dilekçesinde belirtilmesi gerektiğine ilişkin düzenleme dava sebebi kavramının hukuki sebep kavramından farklılığını ortaya koyan diğer bir işarettir¹².

Ayrıca, hâkimin taraflarca getirilen vakılara uyan hukuk kuralını kendiliğinden bulup uygulaması ilkesi (*iura novit curia*, HMK m. 33) hukuki sebebin dava sebebi olarak değerlendirilemeyeceğinin; ancak talep sonucunun dayanağı olan maddi vakıaların (hayat olayının) dava sebebi olarak kabul

Postacıoğlu ve Sümer Altay, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (8. Baskı, Vedat Kitapçılık 2020) 465 kn. 917. Benzer yönde görüş için bkz. ve karşı. Mustafa Reşit Belgesay, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi C.II* (Güven Basımevi 1939) 56. Kesin hükmün dava sebebi olarak hukuki sebebin dikkate alınması gerektiğine ilişkin benzer yönde diğer bir görüş için bkz. Necmettin Berkin, *Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi* (Filiz Kitabevi 1981) 384; Hayri Domaniç, *Hukukta Kazıyyei Muhkeme ve Nisbi Kuvveti* (Fakülteler Matbaası 1964) 83-84.

⁹ Hamide Özden Özkaya-Ferendeci, *Kesin Hükmün Objektif Sınırları* (On İki Levha 2009) 44; Levent, Börü, *Medeni Usul Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü* (Yetkin 2016) 79.

¹⁰ Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku* (7. Baskı, Yetkin 2021) 335; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku C. 1* (2. Baskı, Yetkin 2018) 494; İbrahim Ermenek, *Medeni Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması* (Yetkin 2014) 147; Muhammet Özkes, 'Dava Dilekçesinde Hukuki Sebep Bildirmek Zorunludur' Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, (Yetkin 2009) 749, 751 vd.; Muhammet Özkes, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku C. 2* (On İki Levha 2017) 1430.

¹¹ Tolga Akkaya, *Medeni Usul Hukuku Bakımından Boşanma Davası* (Yetkin 2017) 156 Ejder Yılmaz, *Medeni Yargılama Hukukunda Islah* (4. Baskı, Yetkin 2013) 147 vd.; Saim Üstündağ, *İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı* (Cezaevi Matbaası 1967) 51; Özkaya-Ferendeci (n 9) 45-46.

¹² Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı* (2. Baskı, Yetkin 2007) 94; Börü, Somutlaştırma Yükü (n 9), 82; Osman Duran, *Medeni Usul Hukukunda Taleple Bağlılık İlkesi* (Seçkin 2020) 103-104.



edildiğinin göstergesidir¹³. Nihayet, vurgulamak gerekir ki, dava sebebine ilişkin ferdileştirme teorisinin kabulü hâlinde aynı hayat olayının tekrar tekrar yargılamaya konu edilmesi gibi usul ekonomisi ilkesi ve hukuki güvenlik ilkesiyle bağdaşmayacak bir sonucun ortaya çıkması mümkün olur¹⁴.

Dava sebebine ilişkin olarak yapılan bu açıklamalar inceleme konumuz bakımından oldukça önemlidir. Zira temel borç ilişkisinden doğan alacak hakkının yanında bono düzenlenip lehtara verilmesiyle birlikte birden fazla (iki) dava sebebi ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki:

Kambiyo senedinden doğan borcun, temel borç yerine geçmesi mümkündür. Böyle bir hâlde borç yenilenir¹⁵ ve temel borç ilişkisi sona erer¹⁶. Bu durumda bu kambiyo senedinin düzenlenmesi ifa yerine edim niteliği taşır. Buna karşılık, taraflar açık bir şekilde kambiyo taahhüdünün ifa yerine geçeceği hususunda anlaşmamışlarsa kambiyo taahhüdünün “*ifa uğruna*” (mevcut bir borcu ifa etmek için) yapılmış olduğu kabul edilir (bkz. TBK m. 133/f. 2). İfa uğruna edim hâlinde temel borç ilişkisi sona ermeyeceğinden biri temel ilişkiden doğan alacak hakkı diğeri kambiyo ilişkisinden doğan alacak hakkı olmak üzere birbirinden bağımsız ve birbirine paralel iki talep hakkı ortaya çıkar.

Temel borç ilişkisinden kaynaklanan para alacağının yanında ifa uğruna bono düzenlenmesiyle birlikte alacaklı (lehtar), temel ilişkiden doğan alacakla yarışan bağımsız ikinci bir alacak hakkı elde eder¹⁷. Kambiyo taahhüdünden doğan bu ikinci alacak hakkı ayrı bir sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Zira hukukumuzda kıymetli evraka dair teorilerden baskın görüş olan sözleşme teorisine göre, kıymetli evrakın doğumu için kambiyo senedinin düzenleyen

¹³ Yılmaz, *Islah* (n 11) 153; Tanrıver, *Derdestlik* (n 11) 94; Börü, Somutlaştırma Yükü (n 9) 83; Özkaya-Ferendeci (n 9) 45; Duran (n 12) 104.

¹⁴ Ermenek, *Birleştirme* (n 10) 150.

¹⁵ İfa yerine edim şeklinde borcun yenilenmesinin söz konusu olabilmesi için tarafların kambiyo taahhüdünde bulunmak suretiyle asıl borcun sona ereceği konusunda açık biçimde anlaşmaları gerekir. Nitekim, TBK m. 133/f. 1 hükmüne göre, “Mevcut bir borç için kambiyo taahhüdünde bulunulması tarafların açık yenileme iradeleri olmadıkça yenileme sayılmaz.” Dolayısıyla tarafların borcun yenilenmesi konusunda anlaşmaları kesin olarak belli değilse, karine olarak, kambiyo taahhüdünün ifa uğruna yapılmış olduğu kabul edilir.

¹⁶ Ali Bozer ve Celal Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku* (10. Baskı, BTHAE 2021) 68; Reha Poroy ve Ünal Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları* (22. Baskı, Vedat 2018) 136; Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (2. Baskı, Turhan 1997) 376.; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya ve Füsün Nomer Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (13. Baskı, Vedat, 2021) 100.

¹⁷ Rona Serozan, Başak Baysal ve Kerem Sanlı, *Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (On İki Levha 2022) 128 kn. 36; Ezgi Başak Demirayak Ünal, ‘Zamanaşımına Uğrayan Kambiyo Senedinin Temel Borç İlişikisine Dayalı Dava ve Takiplerdeki Rolü’ (2021) 16(199-200) Bahçeşehir ÜHFD 553, 558. Karş. Baki İlkay Engin, ‘İfa Uğruna Edim’ (1999) Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, 839 843.

tarafından lehtara verilmesi başlı başına bir borçlar hukuku sözleşmesidir¹⁸. Ayrıca, soyut borç ikrarı, maddi anlamda (alacak hakkı kuran) soyut borç sözleşmesi niteliğindedir. Bu sözleşmeyle, alacaklı, temel ilişkideki alacaktan ayrı, onunla yarışan, bağımsız ve yeni bir alacak hakkı elde eder ki, bu ikinci alacak birincisinin ifasını hedef alır¹⁹. Bu sebeple temel borç ilişkisinin yanında kambiyo ilişkisinin kurulması hâlinde iki farklı sözleşme ve dolayısıyla iki farklı dava sebebi (vakıa, hayat olayı) söz konusu olmaktadır. Şu hâlde, temel ilişkiye dayanılmaksızın yalnızca soyut borç ikrarı niteliğindeki bonoya dayalı olarak açılan dava bononun zamanaşımına uğraması sebebiyle esastan reddedilse dahi bu kez temel borç ilişkisine dayalı olarak ikinci bir davanın açılabilmesi mümkündür²⁰. Zira her iki davanın dava sebepleri farklı olduğundan birinci davada verilen hüküm ikinci dava açısından kesin hükmün olumsuz etkisini ortaya çıkarmaz (karş. HMK m. 114/f.1, i bendi; m. 303/1).

Kanaatimizce, inceleme konusu İBK'da zamanaşımına uğramış bonodaki vade tarihinin temel ilişki bakımından temerrüde esas alınmamasının hukuki gerekçesi temel ilişkiden doğan alacak hakkıyla kambiyo ilişkisinden doğan alacak hakkının farklı dava sebeplerine (vakıalara, hayat olaylarına) dayanmasıdır. Diğer bir deyişle, temel ilişkiden doğan alacak hakkıyla kambiyo taahhüdünden doğan alacak hakkı birbirinden farklı ve bağımsız maddi taleplere vücut vermektedir²¹. Bu farklı maddi taleplere ilişkin gerçekleştirilecek yargılama ve ispat faaliyeti de yalnızca o dava sebebi (vakıa, hayat olayı) bakımındandır. Bu çerçevede kambiyo taahhüdünden doğan bono borcunun ödenmemesi sebebiyle ortaya çıkan temerrüt kendiliğinden temel borç

¹⁸ Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 16) 97. Doktrinde bu sözleşmeyi ifade etmek üzere, "kambiyo (oluşum) sözleşmesi" (Poroy ve Tekinalp (n 16) 71), "teslim sözleşmesi" (Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 16) 96), "senedin verilmesine ilişkin anlaşma" (Öztaş, (n 16) 111), "tedavüle (dolaşıma) çıkarma sözleşmesi yahut tedavül (dolaşım) sözleşmesi" (Abuzer Kendigelen ve İsmail, Kırcı, *Kıymetli Evrak Hukuku* (5. Baskı, On İki Levha, 2021) 38 kn. 85) kavramları kullanılmaktadır.

¹⁹ Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1*, (10. Baskı, Vedat 2012) 211; Gökhan Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu - Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1*, 1 (2. Baskı, Seçkin 2019); 446-447; Engin, İfa Uğruna Edim (n 17) 840 dn.2. Bizim de katıldığımız bu görüş doktrinde *alacak hakkı kuran görüş* olarak da ifade edilmektedir. Bu görüşün temel dayanağını ise TBK m. 82/f.2 hükmü oluşturmaktadır. Zira mezkur hükmün anlam taşıyabilmesi için sebebi geçerli değilken bir alacak kazanılmış olmalıdır. Doktrinde katılmadığımız aksi yöndeki ispat soyutluğu görüşüne göre ise, soyut borç ikrarı, soyut ispat sözleşmesi niteliğinde olup, maddi yönden yeni bir borç doğurmaz. Bu sebeple soyut borç ikrarı yalnızca bir ispat aracıdır ve alacağın varlığı ve geçerliliği lehine bir karine oluşturur. bkz. Bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Baskı, Yetkin 2019) 205 kn.547; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku* (7. Baskı, Filiz 1993) 140. Karş. Sema Taşpınar, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri* (Yetkin 2001) 125-126.

²⁰ Öztaş (n 16) 903; Özkaya-Ferendeci (n 9) 168-169.

²¹ Maddi talep usuli talep ayırımına ilişkin olarak aşağıda ayrıca bilgi verilecektir.



ilişkisi bakımından da temerrüde sebep olmaz²². İctihadı birleştirme kararı'nda benimsenen gerekçeden farklı olarak, *kanaatimizce* inceleme konusu kararda dava sebeplerinin farklı olması dolayısıyla borçlunun temel ilişki bakımından temerrüde düşürülmesi için alacaklı tarafından ihtar çekilmesi gerekmektedir (bkz. TBK m. 117).

B. Dava Konusu Bakımından

Hukuk tarihi bakımından yakın sayılabilecek bir zamana kadar talep kavramı ya alacak hakkı kavramının eş anlamlısı olarak ya da dava etmek hakkının karşılığı olarak kullanılmıştır²³. Nitekim, Alman Medeni Kanun'u (BGB) § 194 hükmünün ilk fıkrasına göre talep, bir başkasından bir şeyi yapmasını ya da yapmamasını (içtinabını) istemek hakkıdır ve bu hak zamanaşımına tabidir²⁴. Bu düzenlemedeki talep (Anspruch) kavramı maddi hukuka ilişkindir ve alacak hakkı kavramının karşılığı olarak kullanılmıştır²⁵. Ancak alacak hakkı kavramından ayrı bir talep hakkının var olabileceği gözden kaçırılmamalıdır²⁶. Sözgelimi vadeye bağlı borçlarda talep hakkı vade tarihinden itibaren doğar. Buna karşılık, vadeden önce alacak hakkı mevcuttur. Bu örnek alacak hakkı ile talebin farklı kavramlar olduğunun açık bir göstergesidir²⁷.

Alacak hakkı ile talep hakkının kavramsal olarak birbirinden ayrılmasını takiben talep kavramı da kendi içinde maddi talep ve usuli talep şeklinde bir ayrıma tabi tutulmuştur²⁸. Zira usul hukukunda talep kavramı, maddi hukuk anlamında talep kavramıyla açıklanmaya çalışıldığında tespit davaları ile inşâî davalar bakımından birtakım sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple, doktrinde maddi hukuktaki talep kavramından bağımsız ve daha geniş bir

²² Serozan, Baysal ve Sanlı (n 17) 128 dn. 83.

²³ Budak ve Karaaslan (n 1) 189 kn. 1a.

²⁴ BGB § 194 “Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (Anspruch), unterliegt der Verjährung.” <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BGB.pdf> (Ausfertigungsdatum: 18.08.1896).

²⁵ Özer Seliçi, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi* (Fakülteler Matbaası 1976) 2 dn. 3; Meltem Ercan Özler, *Medeni Usul Hukukunda Dava Konusu* (On İki Levha 2019) 179.

²⁶ Alacak hakkı ile talep hakkı arasındaki ilişki hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Antalya (n 19) 76-77.

²⁷ Oğuzman ve Öz, (n 19) 15; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Borçlar* (n 19) 13; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (21. Baskı, Turhan, 2017) 39.

²⁸ Modern usul hukukunu da etkileyen kavram hukukçuluğu hukuki sorunun çözümü için hukuk normunun daima daha soyut bir duruma ve genelliğe taşımak gerektiğini öngörmektedir. Böylece, hukuk normu kavramsallaştırıldıkça daha yüksek bir soyutluk kademesine getirilecek ve böylece hukuki kavramların kapalı bir sistemi oluşturulacaktır. Bu bakımdan temel hukuk kavramlarının kesin biçimde tanımlanması ve birbirinden ayrılması gerekir. Böylece her hukuki durum hiç değilse daha yüksek bir soyutlama kademesi üzerinden altlanabilecektir (subsumtion). Bkz. Yasemin Işıқтаç ve Sevtap Metin, *Hukuk Metodolojisi* (5. Tıpkı bası, Filiz 2016) 69-70.

kapsama sahip olan usuli talep kavramı geliştirilmiştir²⁹. Usuli talep, bir hukuki sonucun kesin biçimde belirlenmesini ve belirli bir hukuki himayenin sağlanmasını konu edinen, mahkemeye yöneltilmiş bulunan istek,³⁰ yani dava konusudur³¹. Bu kavramın belirlenmesi bakımından talep sonucunun yanında vakıalar karışımının da göz önüne alınıp alınmaması gerektiğine ilişkin doktrinde iki farklı teori ön plana çıkmaktadır³².

Bu teorilerden ilki olan çift unsurlu dava konusu teorisini savunan yazarlara göre, dava konusunun belirlenmesinde vakıalar (hayat olayı, dava sebebi) ile talep sonucu (netice-i talep) birlikte ele alınmalı ve her iki unsurun dava konusuna eşit derecede etki ettiği kabul edilmelidir³³. Bu görüşe göre, dava konusu (olan usuli talep), talep sonucu ve talep sonucunun dayanağı olan vakıalar kompleksinden meydana gelir³⁴. Bu görüşün kabul edilmesi hâlinde vakıalar kompleksinde meydana gelecek bir yığılma usuli talepte ve dolayısıyla dava konusunda yığılmaya yol açacaktır³⁵. İnceleme konusu karar bu görüşe göre değerlendirilirse, ortada farklı iki vakıa (dava sebebi, sözleşme) bulunduğundan, iki farklı dava konusunun (usuli talebin) mevcut olduğu ileri sürülebilir³⁶. Bu durum ise davaların yığılmasına (HMK m. 110) vücut verir.

²⁹ Tanrıver, *Derdestlik* (n 11) 73; Yılmaz, *Islah* (n 11) 186; Ercan Özler (n 25) 186; Budak ve Karaaslan (n 1) 192 kn. 1d.

³⁰ Tanrıver, *Derdestlik* (n 11) 81; Üstündağ, *Yasak* (n 11) 142.

³¹ Ercan Özler, (n 25) 88; Özkaya-Ferendeci (n 9) s. 140.

³² Dava konusuna kavramına verilecek anlam mukayeseli hukukta da oldukça tartışmalı bir meseledir ve bu hususta çok çeşitli teoriler ortaya atılmıştır. Bu teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ercan Özler (n 25) 175 vd.; Ömer Ulukapı, *Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı* (Mimoza 1991) 19-20; Tanrıver, *Derdestlik* (n 11) 72 vd.; Levent Börü, *Dava Konusunun Devri*, (Yetkin 2012) 214 vd.; Yılmaz, *Islah* (n 11) 184 vd.; Özkaya-Ferendeci (n 9) 142 vd.

³³ Yavuz Alangoya, Kâmil/Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları* (8. Baskı, Beta, 2011) 242; Özkaya-Ferendeci (n 9) 177.

³⁴ Timuçin Muşul, *Medeni Usul Hukukunda Terdit İlişkileri* (2. Baskı, Yetkin 2009) 102; Nedim Meriç, *Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi* (Yetkin 2011) 94.

³⁵ Muşul, *Terdit* (n 33) 102.

³⁶ Muşul, *Terdit* (n 33) 120; Özkaya-Ferendeci (n 9) 168-169. Belirtmek gerekir ki, her ne kadar inceleme konusu karar ve aralarında içtihat farklılığı bulunan Yargıtay daireleri kararlarından açıkça anlaşılammakta ise de alacaklının mezkur bonoyu, dava sebebi olarak dayanmadan, yalnızca temel ilişkiden doğan alacağın elde edilmesine yönelik ispat aracı olarak kullanıp kullanamayacağı değerlendirilmelidir. *Kanaatimizce*, bunun önünde usul hukuku bakımından herhangi bir engel yoktur. Zira, tasarruf ilkesine göre, davacı dava sebeplerinde eleme yapma hakkını haizdir. Diğer bir deyişle, davacı birden fazla dava sebeplerinden yalnızca birini ileri sürerek hakimin karar verme yetkisini bu dava sebebiyle sınırlandırabilir (bkz. ve karşı. Meriç (n 34) 110; Duran (n 12) 164). Buna karşılık kıymetli evrak hukuku bakımından farklı değerlendirme yapılmalıdır. *Kanaatimizce*, uyuşmazlık tarafları arasında ifa uğruna düzenlenen bononun bulunması halinde alacaklı alacağını elde etmek için öncelikle bu bonoya başvurmak zorundadır. Aksi bir kabulde taraflar arasında temel alacağın ifasını hedef tutan anlaşmaya aykırı davranılmış olacaktır (karş. yuk dn. 18). Ayrıca, TBK m. 556/f.2 (818 sayılı BK m. 458/f.2) hükmünde benzer bir durum için



Şu hâlde, borçlu/düzenleyen tarafından bononun zamanaşımına uğraması sebebiyle zamanaşımı def'inde bulunulması üzerine mahkemece kambiyo alacağı bakımından esastan ret şeklinde kısmi karar³⁷ verilmesi gerektiği söylenebilir³⁸.

Doktrinde, bizim de katıldığımız tek unsurlu dava konusu teorisine göre ise, dava konusu (olan usuli talep) yalnızca talep sonucuna göre belirlenir³⁹. Vakıalar (hayat olayı) ise, dava konusunun asli bir unsuru olmayıp, dava konusunun belirginleştirilmesi, yorumlanması ve diğer taleplerden ayrılması bakımından önem taşır⁴⁰. Bu görüş çerçevesinde, *kanaatimizce*, temel ilişkinin yanında kambiyo ilişkisinin kurulmuş olduğu bir uyumsuzlukta davacı, talep sonucunu birden fazla vakiyayla (dava sebebiyle) temellendirmiş ve birden fazla maddi talep ileri sürmüş olsa dahi dava konusu (olan usuli talep) salt talep sonucuna göre belirleneceğinden ortada tek bir dava söz konusudur⁴¹. Diğer bir deyişle, talep sonucunun birden fazla dava sebebine (vakiyaya) dayandırılabilmesi ortada HMK m. 110 hükmüne göre birden fazla dava olduğunu göstermez⁴².

İnceleme konusu kararda temel borç ilişkisinden doğan alacak hakkı ile kambiyo ilişkisinden doğan alacak hakkı yarışmaktadır⁴³. Ancak yarışan

Kanunda açıkça düzenleme öngörülmüştür ki, bu kural kıyasen zamanaşımına uğramış bono hakkında da uygulanmalıdır. Bu hususta benzer yönde kapsamlı değerlendirme için bkz. ve karşı. İsmet Sungurbey, *Borç İkrarı ve Borç Vaadi* (İsmail Akgün Matbaası 1957) 188; Öztan (n 16) 381; Kendigelen ve Kırcı (n 18) 26 kn. 56.

³⁷ Bölünebilen ve bağımsız olarak bir hükme konu olacak şekilde sınırlandırılabilen dava konusunun, karar verme olgunluğuna ulaşmış bir kısmı hakkında yargılamayı nihai olarak sona erdiren karara kısmi karar denir. Kısmi karar, uyumsuzluğun belirli bir bölümünü kesin olarak çözüme kavuşturduğundan nihai karar niteliğindedir. Bkz. ve karşı. Boran Güneysu (n 3) 129 vd.; Atalı, Pekcanitez Usul C. 3, s. 1975; Zeynep Bahadır, *Medeni Usul Hukukunda Kısmi Karar* (Yetkin 2018) 22.

³⁸ Uğur Bulut, *Medeni Usul Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi)* (Adalet 2017) 413-414; Bahadır, (n 36) 138. Doktrinde benzer yöndeki bir görüşe göre, objektif dava birleşmesinde bu davaların dava sonuna kadar birlikte görülmesi taraf sıfatının veya dava takip yetkisinin varlığına bağlıdır. Mahkeme yargılamanın herhangi bir aşamasında husumet ya da dava takip yetkisinin bulunmadığını tespit ederse ilk hâlde esastan ikinci hâlde usulden davayı reddetmelidir. Ermenek, *Birleştirme* (n 10) 169-170.

³⁹ Yılmaz, *Islah* (n 11) 190; Tanrıver, *Derdestlik* (n 11) 81-82; Postacıoğlu ve Altay (n 8) 404 kn.796; Özekes, Pekcanitez Usul, s. 1402; *Birleştirme* (n 10) 165 vd.; Ulukapı (n 31) 19-20; Börü, *Dava Konusu* (n 31) 232-233.

⁴⁰ Bulut, (n 37) 299; Ercan Özler (n 25) 358.

⁴¹ Karş. Karl Heinz Schwab, 'İhtilâf Konusu (Müddeabih) Hakkındaki Doktrinin Durumu' (çev. Yavuz Alangoya), *Yavuz Alangoya Makaleler* (Beta 2012) 13 ; Ercan Özler (n 25) 204.

⁴² Ulukapı (n 31) 16; Muşul, (n 33) 96.

⁴³ Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 16) 100; Öztan, (n 16) 380. Nitekim inceleme konusu kararda da temel borç ilişkisinin varlığını koruduğu ifa uğruna edim durumunda temel borç ilişkisinin varlığını korumaya devam edeceği ve temel borç ilişkisinden doğan talep hakkına paralel ve onunla yarışan bir kambiyo talep hakkının doğacağı vurgulanmıştır. Karş. yuk. dn 17.

bu haklar aynı amaca hizmet ettiğinden borçlu bir defa ödeme yapmakla borcundan kurtulabilecektir⁴⁴. Nitekim, yarışan haklara dayalı (mütelahik) davada tek bir talep sonucunu haklı kılan birden fazla dava sebebi (vakıa, hayat olayı, somut olayda sözleşme) ve bu dava sebeplerine uygulanacak birden fazla hukuki sebep mevcuttur⁴⁵. Diğer bir deyişle, mütelahik davada tek bir usuli talep birden fazla hukuki sebeple altlanabilmekte (*subsumption*)⁴⁶ ve davaya getirilen vakıalar talep sonucunu haklı kılan birden fazla hukuk kuralının uygulanmasına imkân vermektedir⁴⁷. Dolayısıyla, inceleme konusu kararda temel ilişkiden kaynaklanan dava sebebi (ve maddi talep) ile kambiyo ilişkisinden kaynaklanan dava sebebi (ve maddi talep) olmak üzere birden fazla vakıalar kompleksi bulunmasına rağmen usuli talep çokluğundan bahsedilemez⁴⁸. Nitekim, asıl olan hukuki himayeyi elde etmek olduğuna göre dava konusuna verilecek anlamda usuli talep dikkate alınmalı ve vakıaya ancak (dava konusu olan) usuli talebin ferdileştirilmesi için başvurulmalıdır⁴⁹.

Gelinen bu noktada inceleme konusu kararda çözümlenmesi gereken diğer bir hukuki mesele yarışan haklara dayalı (mütelahik) davada hâkimin hukuku re'sen uygulaması (HMK m. 33) ilkesinin hangi kapsamda ve nasıl uygulanması gerektiğine ilişkindir.

Yarışan haklara dayalı (mütelahik) davada taraf, yarışan kanun hükümlerinden yalnızca bir tanesine dayanmış olsa da hâkimin yarışan kanun hükümlerinden onun için daha uygun olanı re'sen bulup uygulaması gerekir⁵⁰. Diğer bir deyişle, hâkim, davacının bildirmiş olduğu hukuki sebeple bağlı olmadan yarışan kanun hükümlerinden davacı için daha elverişli olanı kendiliğinden nazara alıp uygulamalıdır⁵¹. Bu yapılırken de yürütülen yargılama sonucu verilen kararın taraflar için beklenmedik ve öngörülemez olmaması,

⁴⁴ Bozer ve Göle, (n 16) 69; Öztan, (n 16) 380-381; Serozan, Baysal ve Sanlı, (n 17) 128.

⁴⁵ Bulut, (n 37) 155-156. Belirtmek gerekir ki, Türk hukukunda baskın görüş, yarışan haklara dayalı (mütelahik) davada yarışan taleplerin aynı vakıadan (dava sebebinden) kaynaklanması gerektiği şeklinde anlaşılabilir bir tanım vermektedir. Hepsini yerine bkz. ve karşı. Derya Bütün Yılmaz, 'Mütelahik (Hakların Yarıştığı) Dava' (Yayınlanmamış YLT, Ankara Üniversitesi 2017) 20 vd.

⁴⁶ Karş. Nur Bolayır, *Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulaması İlkesi* (On İki Levha 2019) 284; A.Cahit, İyilikli, 'Hakların Yarışması Bağlamında Doğru Hükümün Yetersiz Gereğe Fedâ Edilmesi' 2021 12 (48) TAAD 245, 253-254.

⁴⁷ Meriç, (n 32) 106.

⁴⁸ Karş. Üstündağ, *Yasak* (n 11) 146; Necip Bilge ve Ergün, Önen, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri* (3. Baskı, Sevinç Matbaası 1978) 396; Bulut, (n 37) 155-156.

⁴⁹ Ercan Özler (n 25) 351 dn. 357.

⁵⁰ Yılmaz, *İslah* (n 11) 153-154; Abdurrahim Karılı, *Medeni Muhakeme Hukuku* (5. Baskı, Filiz 2020) 326; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 10) 310.

⁵¹ Kuru, (n 2) 1504; Meriç, (n 32) 106. Aksi yöndeki bir görüşe göre, yarışan haklara dayalı davada sadece dilekçede açıkça belli olan hukuk kuralı inceleme konusu yapılmalıdır. Bkz. Bolayır, (n 45) 288-289.



yani sürpriz karar yasağına aykırılık oluşturulmaması gerekir (karş. ZPO § 139). Bu gereklilik çerçevesinde, *kanaatimizce*, hâkimin yargılama sırasında ara karar vererek somut uyuşmazlıkta bononun zamanaşımına uğradığına yönelik def'i ileri sürülmesi sebebiyle kambiyo taahhüdünden kaynaklanan taleplerin zamanaşımından dolayı esastan reddedildiğine karar vermesi ve bu kararı taraflara bildirmesi gerekir⁵². Nitekim, taraflar yargılama sonunda verilen hükmün hukuki dayanaklarını sürpriz şekilde ilk defa gerekçeli kararda görmek durumunda kalmamalıdır⁵³. Bu husus hâkimin davayı aydınlatma ödevi (HMK m. 31) ve hukuki dinlenilme hakkının (HMK m. 27) yanı sıra hukuki güvenlik ilkesinin de bir gereğidir⁵⁴.

C. Zamanaşımı Def'inin Kambiyo Senedi Vasfını Kaybettirip Kaybettirmediği Bakımından

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun inceleme konusu kararında “zamanaşımı def'inin kaybettirici etkisi” şeklinde bir kavram ortaya atılmıştır ve bu kavramdan hareketle borçlunun zamanaşımı def'inde bulunması hâlinde bononun kambiyo senedi vasfını kaybedeceği ileri sürülmüştür. Kararda benimsenen görüşe göre, borçlunun zamanaşımı def'inde bulunmasıyla zamanaşımı def'inin kaybettirici etkisi ortaya çıkmaktadır. Halbuki hamilin vadeden itibaren temerrüt faizi talep edebilmesi için, bononun kambiyo senedi vasfını kaybetmemiş olması şarttır⁵⁵.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nda çoğunluk tarafından benimsenen görüşe göre zamanaşımına uğramış bir bono⁵⁶ kambiyo senedi

⁵² Benzer yönde görüş için bkz. ve karş. Postacıoğlu (n 8) 245. Belirtmek gerekir ki, çift unsurlu dava teorisi benimsenseydi burada verilecek karar ara karar değil kısmi karar olacaktı.

⁵³ Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı* (Yetkin 2003) 188.

⁵⁴ Karş. Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi* (2. Baskı Adalet 2019) 147. Ayrıca bkz. a.g.e., s. 278; Bolayır, (n 45) 109-110; Postacıoğlu (n 8) 245; Ermenek, *Birleştirme* (n 10) 152-154.

⁵⁵ Kararda aynen şu ifadelere yer verilmiştir: “Bono Kanun'da belirtilen zamanaşımı süresinin geçmesi ile birlikte kendiliğinden kambiyo senedi vasfını kaybetmez. Ancak borçlunun zamanaşımı definde bulunması halinde bono, kambiyo senedi vasfını kaybeder. (...) Borçlunun zamanaşımı definde bulunması üzerine bononun hamili, kambiyo hukukundan kaynaklanan haklarını kaybeder. Görüldüğü üzere burada bononun kambiyo senedi vasfını kazanmasından sonra zamanaşımı definin kaybettirici etkisi söz konusudur. Bu itibarla zamanaşımı definin kaybettirici etkisi nedeniyle zamanaşımı uğrayan bono alacağının adı borca dönüşmesine imkân bulunmadığı gibi zamanaşımına uğrayan bononun da adı senede dönüşmesi mümkün değildir.”

⁵⁶ Kambiyo senetlerinden kaynaklanan borçların tabi olduğu zamanaşımı süreleri ticari hayattaki istikrarın korunması ve kambiyo senetlerinin kendine has özellikleri de gözetilerek özel nitelikte ve daha kısa sürelerle tabi kılınmıştır. Bu çerçevede, bonoda zamanaşımı sürelerini belirlerken kambiyo taahhüdünde bulunanların sorumluluk derecesi ve hak sahibi olan alacaklının himaye koşulları olmak üzere iki hususu esas alınarak 3 (üç) yıl, 1 (bir) yıl ve 6 (altı) ay olmak üzere çeşitli zamanaşımı süreleri öngörülmüştür (bkz. TTK m.

vasfını kaybettiği için vade tarihi sadece temel ilişkinin muacceliyet tarihi olarak dikkate alınabileceğinden, borçlu ayrıca temerrüde düşürülmeden faiz talep edilebilmesi mümkün değildir⁵⁷.

Doktrinde isabetle belirtildiği üzere, kavram içtihadının en fazla güçlülere yol açtığı alan belki de eski hukuka ait kavramlar üzerine inşa edilmiş akıl yürütmelerle hukuki meseleleri çözmeye gayretidir⁵⁸. Hâlbuki, hukuki terimlerin lafzi anlamlarına bakılmaksızın, bunların bazen yirmi yüzyıllık bir hukuki dönüşümün sonuçları oldukları gözden kaçırılmamalıdır⁵⁹. Diğer bir deyişle, dikkatsizlikle kullanılan terimlere fazla bağlılık gösterilmeyerek amaca odaklanılmalıdır. Amacın belirlenmesinde ise terimlerden ziyade mantiki çıkarım ve düşünceler hâkim olmalıdır⁶⁰. Nitekim, söze anlam yüklemeye ilgili temel bir ilkeye göre “*manayı hakiki müteazzir oldukta mecaza gidilir.*” (Mecelle, m. 61) Yani bir sözün gerçek manada anlaşılması veya yorumlanması imkânsız ya da çok zor ise yahut mantıken kabul edilemez bir sonuç doğuruyorsa o sözün mecazi anlamı esas alınır ve bu mecaz anlam, gerçek anlamın yerine geçer⁶¹.

778/f.1, h bendi atfıyla m. 749). Ayrıntılı bilgi için bkz. Kağan Susuz, *Kambiyo Senelerinde Zamaşımı*, (Vedat 2008) 7-8.

⁵⁷ Zamaşımının kaybettirici etkisi kavramına benzer bir kavram yakın tarihli bir Anayasa Mahkemesi kararında da kullanılmıştır. “Düşürücü zamaşımı, hukuk güvenliğini sağlamak amacıyla öngörülen genel hukuk kurallarından biridir. Düşürücü zamaşımının gerçekleşmesiyle birlikte söz konusu alacak hakları, eksik borç hâlini almaktadır. Eksik borçta taraflar arasındaki borç ilişkisi sona ermemekle birlikte borçlunun zamaşımı defini ileri sürmesi mümkün hâle gelmektedir.” 15.paragraf Anayasa Mahkemesi, E 2018/136, K 2019/21, 10.04.2019 RG. 20.06.2019/30807). Benzer şekilde Yargıtay 20. Hukuk Dairesi “Zamaşımına uğrayan ve imzası inkâr edilmeyen bono, temel borç ilişkisi bakımından yazılı delil başlangıcı niteliğindedir. Buna göre zamaşımına uğramış bir bono kambiyo senedi vasfını yitireceğinden, eldeki uyumsuzluğun da kambiyo senedinden kaynaklandığı kabul edilemeyecektir. Bu durumda davanın mutlak ticari nitelikte bulunmamasına ve temel ilişkiden kaynaklı olarak talep edildiğine göre uyumsuzluğun, genel hükümler çerçevesinde asliye hukuk mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir.” görüşündedir. Karar için bkz. Ali Paslı, ‘Yargıtay Kararları Bağlamında Ticari Dava’ *Yürürlüğünün 8. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu IV, 23 Ekim 2020* (On İki Levha 2021) 38-39.

⁵⁸ Ali Cem Budak, *Medeni Usul Hukukunda Kavram İctihadı ve Menfaat İctihadı* (Filiz 2021) 172-173. Türk hukukunda kavram hukukçuluğuna en önemli eleştirileri getiren Serozan’a göre, kavram hukukçuları kavrama körü körüne bağlı kalarak kavramları amaçsız, renksiz metinler olarak okurlar; kuralların ardındaki maddi çıkarları, gereksinimleri ve amaçları sorgulamazlar. Bu apolitik, duyarsız kavram fetişizminin tutsaklığında yarattıkları kavramlar aleminin içinde anlamsız polemiklerini somut çıkar çatışmalarından ve somut olay adaletinden kopuk sanal kavramlar dünyasında sürdürmektedirler. Bkz. Rona Serozan, *Hukukta Yöntem* İstanbul, (Vedat 2015) 83-84.

⁵⁹ Ernest Hırş, *Pratik Hukukta Metot* (4. tıpkı basım, BTHAE 2012) 89.

⁶⁰ Mustafa Reşit Belgesay, *Zamaşımı ve Hakkı Düşüren Süreler; Genel Prensipler* (Cumhuriyet Matbaası 1946) 8.

⁶¹ Kemal Gözler, *Hukuka Giriş* (8. Baskı, Ekin 2021) 333.



Kanaatimizce, “zamanaşımı def”inin kaybettirici etkisi” kavramının oluşturulmasının temelinde eski hukukta zamaşımı kavramını karşılamak üzere kullanılan “ıskatî müruruzaman” kavramı bulunmaktadır. Gerçekten de bu söz öbeğinde geçen ıskat: düşürme, hükümden düşürme, yok etme, iptal silme, varlığını ortadan kaldırma, hükümsüz bırakma anlamına gelmektedir⁶². Mürur ise, (zaman için) geçip gitme, bitme, sona erme anlamında kullanılmaktadır⁶³. Şu hâlde, ıskatî müruruzaman kavramı zamanın geçip gitmesinin düşürücü etkisine işaret etmektedir⁶⁴.

ıskatî müruruzaman kavramının lafzından çıkan bu anlam kanun koyucuyu da etkilemiştir. Nitekim 818 sayılı (mülga) Borçlar Kanunu⁶⁵’nda zamaşımı kurumunun “Borçların Sukutu” başlıklı üçüncü bapta düzenlenmiş olması bu durumun açık bir göstergesidir. Ancak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu⁶⁶’nda zamaşımının borcu sona erdiren bir kurum olmadığı göz önüne alınarak üçüncü bölümün kenar başlığı “Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Zamaşımı” şeklinde değiştirilerek birinci ayırmda sona erme hâlleri, ikinci ayırmda ise zamaşımı kurumu düzenlenmiştir.

Gerçekten de zamaşımı, alacağı talep etme yetkisini zaman itibariyle sınırlar. Talep hakkını uzun süre kullanmayan alacaklı, alacak hakkını kaybetmez ve fakat borçlunun iradesi hilafına olarak bu alacağını (dava veya cebri icra vasıtasıyla) zorla elde etme imkânını kaybeder⁶⁷. Nitekim, İslam hukukçularına göre de zamaşımı bir hakkın özüne dokunmaz. Yani, şahsi veya aynı hak zamaşımıyla düşmez. Mecelle 1674 hükmünde “*Tekâdümü-zeman ile hak sâkût olmaz*” denilerek borcu zamaşımına uğrayan ve bu sebeple yargı yoluyla talep edilemeyen kişinin dini açıdan borçluluğunun devam edeceği vurgulanmıştır⁶⁸.

⁶² Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, (4. Baskı, Yetkin 2010,) 319 (ıskat); Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, 11. Baskı, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 2011, s. 1128; <http://lugatim.com/s/%C4%B1skat> (E.T.09.03.2022).

⁶³ Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, s. 1731 (mürur); <http://lugatim.com/s/M/%C3%9CRUR> (E.T. 09.03.2022).

⁶⁴ Aslınur Ak, *Davada ve İcra Takibinde Zamaşımı Def’i* (Filiz 2020) 3-4. Yılmaz bu kavramı “hak düşürücü zamaşımı” şeklinde ifade etmiştir. Bkz. Yılmaz, (n 61) 319.

⁶⁵ Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 818, Kabul Tarihi: 22.4.1926 RG 29.04.1926/359).

⁶⁶ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.1.2011 RG. 04.02.2011/27836).

⁶⁷ Andreas von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı 1-2* (çev: Cevat Edege) (Olgaç Matbaası 1983) 687; Eren, (n 19) 1115 kn. 3099.

⁶⁸ <https://islamansiklopedisi.org.tr/zaman-asimi> (E.T. 31.03.2022). Ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Kılınç, ‘Mecelleye Göre Zamaşımı: Uygulamada Görülen Aksaklıklar ve Çözüm Önerileri’ *Uluslararası Mecelle Sempozyumu*, Bursa, 2021, s. 137-138. Karş. Âdem Dölek ve İbrahim, Özbay, ‘Hadis Metinlerinde ve Türk Hukuk Mevzuatında Borçların Ödenmemesinin Sonuçları’ 46(1) Yargıtay Dergisi 15 15-54.

Yukarıda değinilen açıklamalar çerçevesinde, kanunda öngörülen zamanaşımı süresinin geçmesiyle birlikte alacak hakkı sona ermez. Ancak, borcun zamanaşımına uğramış olması alacak talep edildiğinde borçluya zamanaşımı def'i ileri sürerek bu talebi yerine getirmekten kaçınma imkân ve yetkisi verir⁶⁹. Dolayısıyla, borçlu tarafından zamanaşımı def'i ileri sürüldüğünde sona eren sadece alacağın dava veya cebri icra marifetiyle elde edilebilmesi imkânıdır⁷⁰ ki, bu durum alacağın, borçlunun iradesi olmaksızın, devlet zoruyla tahsil edilemez hâle gelmesine sebep olur⁷¹.

Borçlu tarafından zamanaşımı def'inin ileri sürülmesiyle birlikte alacak hakkı artık kesin olarak (usuli) talep edilemeyecek bir sebebe bağlı kılınmaktadır⁷². Dolayısıyla, zamanaşımına uğrayarak eksik borca (*obligatio naturalis*)⁷³ dönüşen borcunu zamanaşımı def'i ileri sürmek suretiyle ifa etmemeyi tercih eden borçluya karşı, devlet organları marifetiyle hukuki himaye sağlanması mümkün değildir⁷⁴.

Kanaatimizce, İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun belirttiğinin aksine *zamanaşımı def'inin kaybettirici etkisi* söz konusu değildir⁷⁵. Zira zamanaşımı süresi hak düşürücü nitelikte olmadığından zamanaşımına uğramış bono kambiyo senedi niteliğini kaybetmez⁷⁶. Şayet zamanaşımına uğramış bono kambiyo senedi niteliğini kaybetseydi kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takipte, takibe dayanak belgenin kambiyo senedi niteliğini haiz olup olmadığını re'sen incelemekle yükümlü olan icra müdüründen zamanaşımını re'sen gözetip takip talebini reddetmesi beklenirdi (karş. İİK m.167). Halbuki, Kanuna göre icra müdürünün bononun zamanaşımına uğramış olduğunu kendiliğinden gözetip takip talebini reddetmesi mümkün olmayıp, takip konusu bononun zamanaşımına uğradığı muhalefeti borçlu tarafından borca itiraz yoluyla yapılmaktadır (İİK m. 169; İİK m. 168/b. 5; karş. TBK m. 161).

⁶⁹ Mehmet Erdem, *Özel Hukukta Zamanaşımı* (On İki Levha 2010) 350-351; Kendigelen ve Kırca, (n 18) 268.

⁷⁰ Belgesay, (n 59) s. 7; Erdem, (n 68) 7.

⁷¹ Meliha Sermin Paksoy, *Zamanaşımından Feragat (TBK m.160)* (On İki Levha 2012) 33 vd.

⁷² Karş. Nedim Meriç, 'Zamanaşımı Def'ine İlişkin Bazı Medeni Yargılama Hukuku Problemleri' *Prof. Dr. Haluk Konuralp Anısına Armağan C. 1.*, (Yetkin 2009) 679.

⁷³ Eksik, davasız veya tabii borcu karşılamak için kullanılan *obligatio naturalis*'te alacaklı alacağını elde etmek için bir dava hakkına sahip olmamakla birlikte borçlu bu tür bir borcu ifa ederse yapılan bu ifa muteber olur ve geri istenemez. Bkz. Ziya Umur, *Roma Hukuku Lügatı* (Fakülteler Matbaası1983) 144-145 (*obligatio naturalis*).

⁷⁴ Ak (n 63) 6.

⁷⁵ Doktrinde aksi yöndeki bir görüşe göre ise, zamanaşımına uğramış kambiyo senetlerinde borçlu zamanaşımı def'inde bulunursa senet kambiyo senedi vasfını korumaz. Bkz. ve karş. Haluk Konuralp, *Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı* (Yetkin Ankara) 2009 67.

⁷⁶ Hayri Bozgeyik, *Poliçede Müracaat Hakkı* (Seçkin 2003) 176; Ferhat Kayış, 'Zamanaşımına Uğramış Kambiyo Alacaklarına Dayalı İhtiyati Haciz Talepleri' (2018) 13(144) Terazi Hukuk Dergisi 79; Öztan, (n 16) 876; Susuz (n 55) 156.



Ayrıca, bono zamanaşımına uğrasa dahi bu durumun senedin kıymetli evrak niteliğini ortadan kaldırmadığının diğer bir hukuki dayanağı zamanaşımına uğrayan bono hakkında kıymetli evrakın iptaline ilişkin TTK m. 651 vd. hükümlerinin uygulama alanı bulmasıdır⁷⁷.

Gelinen bu noktada, *kanaatimizce*, temel ilişki bakımından temerrüdün gerçekleşmemesinin gerekçesi, İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu kararında belirtilenin aksine, zamanaşımı def'inin kaybettirici etkisi bulunması değildir.

D. Muacceliyet ve Temerrüt Kavramlarına Verilen Anlam Bakımından

Arapça “inat” kökünden türeyen temerrüt kavramı, borçlunun borcunu ödememekte veya alacaklının alacağını almamakta direnmesi, ısrar etmesidir⁷⁸. Yine Arapça “ecel”⁷⁹ kökünden türemiş olan muacceliyet kavramı ise, alacaklının ifayı talep ve bu amaçla borçluyu dava edebileceği anın gelmesidir. Diğer bir deyişle, (acelesi olan) bir borcun alacaklı tarafından istenebilecek ve ödenmediği takdirde dava konusu olabilecek duruma gelmesi muacceliyettir. Buna göre, muacceliyet borçlunun temerrüdünün gerçekleşmesi için zamansal bir (ön) şart olup, ifanın talep edilebileceği zamansal anı (ifa, ödeme gününü) ifade eder⁸⁰.

İnceleme konusu içtihadı birleştirme kararı’nda daire kararları özetlendikten sonra “C. Borçlunun Temerrüdü” başlığı altında yapılan açıklamalarda “*borcun*

⁷⁷ Karş. Bozer ve Göle, (n 16) 48; Kendigelen ve Kırca, (n 18) 61 kn. 140; “Zayı nedeniyle kıymetli evrakın iptalini isteyebilmek için gerekli olan şartlardan birisi de, senette mündemiç olan hakkın varlığını sürdürmesidir. Bununla birlikte senetteki hakkın zamanaşımına uğramış olması iptal kararı verilmesine engel değildir. Somut olayda; iptali istenen çeklerin rıza hilafına kaybedildiğinin ileri sürüldüğü ve zamanaşımına uğramış olsa dahi yukarıda yapılan açıklamalar uyarınca iptal isteminde davacının hukuki yararı bulunduğu hususu gözetilerek, mahkemece işin esası incelenerek iptal kararı verilebilmesi için diğer şartların bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken..” Yar. 11.HD.22.09.2014 tarih E.2014/7763, K.2014/14244 (Hasan Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Genel Esasları* (9. Baskı, Adalet 2021) 109 dn. 70.

⁷⁸ Gizem Kılıç Öztürk, *Borçlar Hukukunda Borçlunun Temerrüdü* (Seçkin 2016) 20. Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, s. 2317 (temerrüt); Yılmaz, (n 61) 747. Arapça temerrüt kavramını karşılamak üzere önerilen “direnim, direngen” terimleri Türk hukuk terminolojisinde yerleşmemiştir. Karş. Ejder Yılmaz, *Hukuk Dilinin Gelişmesi ve Sadeleşmesi* (Yetkin 2022) 132.

⁷⁹ Ecel, zamanın miktarını ifade eder ve bir zaman dilimini karşılar. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu “ecel, müddet, vade, mehil, mühlet” terimlerinin tamamını karşılamak üzere “süre” kavramını kullanarak hukuk dilini fakirleştirmiştir. Karş. Kemal Gözler, *Hukuk Dilinin Öz Türkçeleştirilmesi Üzerine* (Ekin 2021) 83-84.

⁸⁰ Nami Barlas, *Para Borçlarının İfasında Borçlu Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar* (Kazancı 1992), 21-22; Murat Tümerdem, *Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü ve Sonuçları*, (Seçkin 2018) 101 vd.; Serozan, Baysal ve Sanlı, (n 17) 73.

muaccel olması alacaklının önceden bazı hazırlık çalışmalarını yapmasını gerektiriyor ise alacaklı bu fiilleri yerine getirmediği sürece borç muaccel olmayacaktır.” şeklinde bir ifadeye yer verilmiştir.

Kanaatimizce, yukarıda değinilen ifadeye katılmak mümkün değildir. Zira muacceliyet, temerrüdün gerçekleşmesi için zamansal bir (ön) koşuldur ve bu zamansal koşulun gerçekleşmesi için alacaklının (yetkili hamilin) yapması gereken herhangi bir yük veya yükümlülük bulunmamaktadır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, söz konusu İBK çerçevesinde, borçlunun kambiyo taahhüdü bakımından zamanaşımı def’i ileri sürme hakkının varlığı yahut bu hakkını kullanması borcun muaccel hâle gelmesini önlemez. Buna karşılık, def’i hakkını kullanan borçlu, borcu ifa yükümlülüğünden ve bu meyanda temerrüde düşmekten kurtulacaktır. Dolayısıyla, def’i hakkının kullanılması borçlu temerrüdünü engellemesine karşılık, borcun muacceliyeti üzerinde herhangi bir etkiye sahip değildir⁸¹.

Şayet inceleme konusu kararda yukarıda değinilen ifadeyle bononun yetkili hamil tarafından ödeme için ibraz edilmemesi durumu anlatılmak isteniyorsa bu hâlde yine muacceliyetten değil alacaklı temerrüdünden bahsetmek gerekirdi⁸².

E. Borcun İfa Edileceği Günün Birlikte Belirlenmesi Bakımından

İçtihadı birleştirme kararı’nın karşı oy yazılarından ilkinde göre, borçlunun hangi tarihte temerrüde düşmüş olduğu değerlendirilirken, TBK m. 117/f.2 hükmünde öngörülen “borcun ifa edileceği günün birlikte belirlenmiş olması” hâlinin, delil başlangıcı ile tanık ve diğer deliller çerçevesinde, göz önüne alınması gerekirdi. Bu görüşü benimseyen karşı oy sahiplerine göre, bononun zamanaşımına uğraması olgusu senet anlaşmasının hiç yapılmadığını yahut bu anlaşmanın sonradan geçersiz hâle geldiğini göstermez. Bu çerçevede temel borç ilişkisinden kaynaklanan para borcunun ifa gününün bono üzerine dercedilmek suretiyle birlikte kararlaştırıldığı tanıklarca doğrulanırsa borçluya ayrıca ihtar çekilmesi gerekmez ve borçlunun bonoda belirtilen ifa gününde temerrüde düştüğü kabul edilmelidir⁸³.

⁸¹ Barlas, *Temerrüt* (n 79) 26; Kılıç Öztürk, (n 77) 46. Doktrinde aksi yöndeki bir görüşe göre, def’i hakkının kullanılması borcun muacceliyetini önler. Eren, (n 19) 1124 kn. 3129.

⁸² Bu husus aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

⁸³ Bir kısım karşı oy sahipleri karardaki karşı oy yazısında aynen şu ifadelerle yer vermiştir: “ (...) karşı oy sahipleri olarak, borçlunun hangi tarihte temerrüde düşmüş olduğunu değerlendirirken, sadece genel kuralın değil TBK’nın 117/2. maddesinde zikredilen “borcun ifa edileceği günün birlikte belirlenmiş olması halinin de delil başlangıcı belge ve buna bağlı olarak ikame edilecek tanık ve diğer takdiri delillerin topluca değerlendirilmesi suretiyle ispatlanabileceği kanısındayız. Esasen bu husus, HMK’nın 202. maddesinde açıkça belirtilmiş olup belgedeki belirli vade tarihinin; belgenin düzenlendiği tarih itibarıyla bir senet anlaşmasına dayalı olduğu ve bono vasfının sonradan yitirilmesinin sadece kambiyo senetlerine mahsus müracaat haklarının kullanılmasını engelleyen bir olgu



Doktrinde bir görüşe göre zamanaşımına uğrayan ve temel ilişkiye dayalı bir davada delil başlangıcı niteliğinde olan bono, yalnız temel ilişkinin varlığının ispatına ilişkin değil, temel ilişkiden doğan borcun bono üzerinde yazılı vadeye kadar ertelenmesi bakımından da delil başlangıcı olarak kabul edilmelidir. Bu çerçevede borcun ifa edileceği günün birlikte belirlenmiş olup olmadığının tanık dâhil diğer takdiri delillerle ispat edilmesi hâlinde borçlunun bono üzerinde belirtilen vadede ihtara gerek olmaksızın temerrüde düştüğü kabul edilmelidir⁸⁴. Benzer görüşteki diğer bir yazara göre, İçtihadı Birleştirme Kararı'nın gerekçesinde bono üzerindeki tarihin birlikte kararlaştırıldığı muacceliyet tarihi bakımından benimsendiğine göre bu tarihin temerrüt tarihi bakımından da kabul edilmesi beklenirdi. Dolayısıyla TBK m. 117/f.2 çerçevesinde ihtara gerek olmayan hâl gerçekleşeceğinden bu tarih temel ilişki bakımından temerrüt tarihi olarak esas alınmalıdır⁸⁵.

Doktrinde benzer yöndeki bir görüşe göre ise, delil başlangıcı, içerdiği tüm unsurlar bakımından sınırlı etkili olarak değer taşıdığından, bu unsurların bir kısmı bakımından sınırlı delil niteliğini kabul edip diğer bir kısmını tartışmaya açmak isabetli değildir. Diğer bir deyişle, takdiri bir delil, bütünlüğü içinde ele alınmalı ve parçalanmamalıdır. Bu sebeple içtihadı birleştirme kararı'nda benimsenen sonuca katılmak mümkün değildir⁸⁶.

İlk olarak şu hususu belirtmek gerekir ki, inceleme konusu İBK'da zamanaşımına uğramış bononun alacaklı tarafından usulüne uygun şekilde ödeme için ibraz⁸⁷ edilmiş olup olmadığı konusunda bir açıklık yoktur⁸⁸. Buna karşılık kararda tartışılan hukuki mesele olan zamanaşımına uğramış bonodaki

olup senet anlaşmasının hiç yapılmamış yahut sonradan geçersiz hale gelmiş sayılmasını gerektirmeyeceği, buna bağlı olarak temel borç ilişkisinden kaynaklanan para borcunun ifa gününün, ifa uğruna düzenlenen senet üzerine dercedilmek suretiyle borç ilişkisinin taraflarınca birlikte kararlaştırıldığının kabulünü muhtemel kıldığı düşünüldüğünde, tanıklarca da doğrulanması halinde, borçlunun ayrıca ihtar çekilmesini gerektirmeyecek biçimde temerrüde düştüğü tarih olarak kabulü gerekir.”

⁸⁴ Demirayak Ünal (n 17) 566-567.

⁸⁵ Ayşe Albayrak Doğan, ‘Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu’nun 2019/1-8 Sayılı 25.12.2019 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi’ *Yürürlüğünün 8. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu IV, 23 Ekim 2020*, (On İki Levha 2021) 210.

⁸⁶ Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 16) 261.

⁸⁷ Ödeme için ibrazın kanunun öngördüğü sonuçları doğurabilmesi için usulüne uygun olarak yapılması gerekir. Bu çerçevede, müteselsil ve birbirine bağlı ciro zincirinden anlaşılan yetkili hamil tarafından (kim), asıl borçlu düzenleyene (kime), bononun aslını (neyi), ödeme gününde veya onu takip eden iki iş gününde (ne zaman), ödeme yerinde (nerede), bononun ödenmesi ve teslimi talebiyle (nasıl) gösterilmesi hâlinde usulüne uygun bir ibrazdan söz edilebilir. Bu şartlar doktrinde 4N2K formülüyle ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 16) 199 vd.

⁸⁸ Nitekim, Prof. Dr. Arslan Kaya da inceleme konusu karara ilişkin değerlendirmesinde “Biz de diyoruz ki sadece tümlenci değil, özneyi de söyle. Özne eksik.” ifadesiyle bononun usulüne uygun şekilde ibraz edilmiş bir bono olup olmadığı noktasında tereddüt yaşadığını vurgulamıştır. Bkz. Albayrak Doğan, (n 85) 60 (tartışmalar bölümü).

vade tarihinin temel ilişki bakımından temerrüde esas alınıp alınamayacağına tespiti bononun usulüne göre ibraz edilip edilmediğine göre farklılık gösterecektir. Karar bu haliyle açık değildir ve uygulamada tereddütlere sebebiyet verecek niteliktedir. Bu sebeple, *kanaatimizce*, mümkün olan en kısa zamanda HMK m. 305 hükmü çerçevesinde içtihadı birleştirme kararı'nın tavzihi yoluna başvurularak kararda tartışılan hukuki meseledeki bononun usulüne uygun olarak ibraz edilmiş olup olmadığı hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir⁸⁹. Karardaki bu belirsizlik hükmün tavzihi (HMK m. 305 vd.) yoluyla giderilebileceğinden, *kanaatimizce*, inceleme konusu kararda etkisiz hükümden (hüküm sakatlığından) bahsetmek mümkün değildir⁹⁰.

Yukarıda belirtildiği gibi inceleme konusu kararda bononun usulüne uygun olarak ibraz edilmiş olup olmadığı her türlü tereddütten uzak şekilde tespit edilemediğinden, aşağıda farklı ihtimaller çerçevesinde değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Bononun usulüne uygun şekilde ibraz edilmediği varsayımında, *kanaatimizce*, inceleme konusu İBK'da varılan nihai sonucun hukuka uygun olmadığına ilişkin görüşlere katılmak mümkün değildir. Zira, her ne kadar TBK m. 117 hükmünde açıkça ifade edilmese de borçlunun temerrüdünden söz edilebilmesi için alacaklının ifayı kabule hazır olması gerekir⁹¹. Şayet, alacaklı borçlunun borcunu ifa etmesi için üzerine düşen hazırlık fiillerini yapmazsa kendisi alacaklı temerrüdüne düşer⁹². Alacaklı temerrüdünün söz konusu olduğu bir durumda ise borçlunun temerrüde düşmesi söz konusu olmaz⁹³.

⁸⁹ Yargıtay içtihadı birleştirme kararı'na karşı tavzih yoluna başvurulabileceğine ilişkin doktrin görüşü için bkz. Kuru, (n 2) 4972. İctihadı birleştirme kararları bakımından ayrıca değerlendirme yapmamakla birlikte Yargıtay kararlarına karşı hükmün tavzihi yoluna başvurulmasının mümkün olduğuna ilişkin olarak benzer yönde görüş için bkz. Sümeyye Uyanık, *Hükümün Tavzihi ve Tashihi* (Yayınlanmamış YLT) Eskişehir, 2016, s. 33 vd. Nitekim, içtihadı birleştirme kararı hakkında hükmün tavzihine başvurulabileceği uygulamada da kabul edilmektedir. Bkz. 9699 sayılı Resmî Gazete ile münteşir 5/6/1957 tarihli ve 12/21 sayılı Tevhidi İctihat Kararının tashih ve tavzihine dair 21.3.1960 gün 19/6 sayılı İctihadı Birleştirme Kararı (RG. 30.05.1960/10515 (www.resmigazete.gov.tr/arsiv/10515.pdf) (E.T. 31.03.2022).

⁹⁰ Nitekim doktrinde bizim de katıldığımız bir görüşe göre, hükmün belirsizliği tavzih yoluyla giderilebiliyorsa etkisiz hükümden söz edilemez. Karş. Muhammet Özekes, 'Medeni Usul Hukukunda Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm' (2000) 26(4) Yargıtay Dergisi 661, 690.

⁹¹ Şahin Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi* (6. Baskı, Sayram Yayıncılık 2012) 41; Kılıçoğlu, (n 26) 849.

⁹² Arslan Kaya, 'Yargıtay Kararları Işığında Bono ve Poliçe Borçlusunun Tevdi Hakkı, Tevdi Etmeyen Borçlunun Temerrüdü ve Temerrüd Faizi Ödemesi Sorunu Üzerine Bir İnceleme' Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C. 1, (Vedat 2007) 712; Şahin Akıncı, 'Belirli Vadeli Bononun Süresinde İbraz Edilmemesi Halinde Temerrüt ve Temerrüdün Sonuçları' Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan (Yetkin 2006) 51-52. Serozan gerçek ve güncel alacaklının kim olduğunda duraksama halini "sanal alacaklı temerrüdü" olarak kavramsallaştırmaktadır. Bkz. Serozan, Baysal ve Sanlı, (n 17) 210 kn.13.

⁹³ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Borçlar* (n 19) 914; Oğuzman ve Öz, (n 19) 480.



Yukarıda açıklanan durum özellikle kambiyo taahhüdünden doğan borçlar bakımından önem taşır. Gerçekten de TBK m. 117 hükmü vade tarihinde borçlunun alacaklıyı bulup ödeme yapmak zorunda olduğu götürülecek borçlar bakımından uygulanır. Buna karşılık, aranacak borç⁹⁴ niteliğinde olan kambiyo taahhüdünden kaynaklanan borçlarda TBK m. 117 hükmü uygulanmaz⁹⁵. Bu sebeple, *kanaatimizce*, usulüne uygun ödeme için ibrazın yapılmadığı bir bonodan doğan borçlarda vade tarihinde borcun muaccel hâle gelmesi kendiliğinden borçlu temerrüdü sonucunu doğurmayacaktır. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de eski tarihli bir kararında yalnızca vade tarihinin gelmesiyle birlikte düzenleyen borçlu temerrüdüne düşmeyeceğini kabul etmiştir⁹⁶.

Gelinen bu noktada, *kanaatimizce*, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu inceleme konusu kararda hukukî argümantasyon anlamında oldukça tartışmalı gerekçeler ileri sürmüş olsa da bu ihtimalde, nihayetinde doğru ve hukuka uygun bir karar vermiştir. Bu karar tavzih yoluyla açıklığa kavuşturularak uygulamadaki tereddütlerin giderilmesi mümkün olduğundan inceleme konusu İBK etkisiz hüküm örneği değildir.

Bononun alacaklı tarafından vade tarihinde usulüne uygun biçimde ödeme için ibraz edildiği varsayımında ise, *kanaatimizce*, ödeme için ibrazın yapıldığı⁹⁷

⁹⁴ Kambiyo senetleri tedavül kabiliyetine sahip kıymetli evrak olduklarından çoğu kez ciro yoluyla el değiştirir. Bu sebeple vade tarihinde bononun kimin elinde olduğu borçlu tarafından çoğu kez bilin(e)mez. Bu hâlde, yetkili hamilin alacağını elde etmek için bonoyu düzenleyene ibraz etmesi gerekir. Bu nedenle, para borçlarında geçerli olan genel kuralın aksine, bonodan kaynaklanan borçlar aranacak borç niteliğindedir. Şu hâlde, kambiyo senetlerinden kaynaklanan borçlarda alacaklı borçlunun bulunduğu yere gitmek zorundadır (bkz. TTK m. 708; m. 755; karşı. TBK m. 89). Bkz. Sedat Kaya, *Bonoya Dayalı Kambiyo Senetlerine Mahsus Haciz Yoluyla Takip* (Adalet 2020) 181.

⁹⁵ Akıncı, (n 91) 48-49; Öztan, (n 16) 680; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 16) 211; Kaya, Arslan, (n 91) 721-722; Bozer ve Göle, (n 16) 144; Hikmet Sami Türk ‘Kambiyo Senetlerinde Temerrüt Faizi’ *Ticaret ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XI, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 13-14 Mayıs 1994* (BTHAE 1994) 219.

⁹⁶ “Bono niteliği itibarıyla aranan borç olup keşideci tedavüle çıkardığı bonoyu kime ödeyeceğini bilebilecek durumda olmadığından bono alacaklısı tarafından ödeme yolunda ikaz edilmesi ve böylece ödeyeceği kimseyi öğrenmesi gerekir. Buna rağmen ödememesi halinde temerrüt faizi borcu doğar. TTK.nun 637/2. (6102 s. TTK m. 725) maddesi hükmüne göre faiz istemi keşidecinin temerrüde düşürülmüş olmasına bağlı bulunmaktadır. Her ne kadar keşideci TTK.nun 624 (6102 s. TTK m. 712). maddesine göre kendisine süresinde ibraz edilmeyen bononun bedelini Noter’e (6102 s. TTK gereği bankaya) tevdi edebilir ise de, bu kendisine tanınmış bir yasal imkan olup bir mecburiyet değildir. Binnetice bu imkânı kullanmayan keşidecinin kendiliğinden temerrüde düştüğü kabul edilemez.” Yar. 11. HD. 19.11.1991 tarih 1990/4233 E., 19916174 K. Benzer yönde bir karar için bkz. “Alacaklı para alacağıyla ilgili bonoyu ödeme için borçluya ibraz etmediği sürece, bononun vadesi gelse (yan borç muaccel olsa) bile borçlu temerrüde düşmüş sayılmaz.” Yar. 13. HD. 22.12.1986 tarih 1986/5621 E., 1986/6497 K. (KİBB, E.T.31.03.2022).

⁹⁷ Kanaatimizce, bu halde temerrüt tarihi bonodaki vade tarihi değil ödeme için ibrazın

bu tarihte borçlu temel ilişki bakımından temerrüde düşer.⁹⁸ Zira ibrazla birlikte borçlu (düzenleyen), borcun kime ödenmesi gerektiğini (kendisinden kimin para talep ettiğini) öğrendiğinden götürülecek-aranacak borç ayırımının temerrüde ilişkin ortaya çıkardığı farklılığı haklı kılan bir dayanak kalmamıştır. Diğer bir deyişle, ödeme için ibrazla birlikte bono alacaklısı teşhis edilmiş olduğundan artık bono borcu aranılacak borç olmaktan çıkar ve götürülecek borç halini alır⁹⁹. Usulüne uygun ibrazla rağmen borç ödenmezse temel ilişki bakımından temerrüt gerçekleşecektir. Nitekim temel ilişkinin yanında kambiyo ilişkisinin kurulmasıyla birlikte temel ilişkiden doğan borcun muacceliyeti bonodaki vadeye kadar ertelenmektedir. Vade tarihinin gelmesiyle muaccel olmuş borcun borçlusu, kural olarak, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer (TBK m. 117).

Biz bononun ödeme için ibraz edildiği varsayımında ayrıca ihtar ve bu ihtarın senetle ispat kuralları çerçevesinde ispat edilmesine gerek olmadığı *kanaatindeyiz*. Zira alacaklının borçluya borcunu ifa etmesi gerektiğine ilişkin irade açıklaması olarak tanımlanan ihtar, alacaklının iradesinin hukukî sonuca yönelik olması gerekmez. Bu sebeple ihtar hukuki işlem benzeri fiildir ve senetle ispat zorunluluğuna tabi değildir¹⁰⁰. Bu çerçevede usulüne uygun yapılan ödeme için ibrazın ihtarla ortaya çıkabilecek hukuki sonuçları doğurmasının önünde herhangi bir engel olmaması gerekir. Nitekim, ödeme için ibraz, bononun düzenleyene ödenmesi talebiyle gösterilmesidir. Ödeme talebini içine alan bu fiil ise ihtar nitelikli bir şekli olarak değerlendirilmeli ve ihtarın ortaya çıkardığı hukuki sonuçlarla aynı hukuki sonuçları doğurmalıdır.

SONUÇ

Bono düzenlenip lehtara verilmesiyle birlikte, kural olarak, biri temel ilişkiden diğeri kambiyo ilişkisinden doğan iki (maddi) talep hakkı ortaya çıkar ve bu haklar birbiriyle yarışır. Yarışan bu haklara dayalı olarak dava açıldığında ise çözümü gereken bir takım hukuki meseleler ortaya çıkar. Bunlardan biri de zamanaşımına uğramış bonodaki vade tarihinin temel ilişki bakımından temerrüde esas alınıp alınamayacağına ilişkindir. İnceleme konusu

yapıldığı tarihtir. Nitekim mezkûr tarihlerin farklı günler olması mümkündür. Bu farklılık bakımından içtihadı birleştirme kararı'ndaki karşı oy sahiplerine ve doktrindeki baskın görüşteki yazarlara katılamamaktayız.

⁹⁸ Dr. Öğr. Üyesi İ. Cem Soykan da aynı görüştedir. Bkz. Albayrak Doğan, (n 85) 254-255 (tartışmalar bölümü). Aksi yönde görüş için bkz. Demiryak Ünal, (n 17) 563.

⁹⁹ Öztan, (n 16) 680; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 16) 212. Bkz. Çeke ilişkin benzer yönde bir karar için bkz. Yar. 11. HD. 13.09.2017 tarih ve 2488/4324 (Lexpera, E.T. 1.03.2022).

¹⁰⁰ Postacıoğlu ve Altay (n 8) 617 kn. 1178; Tanrıver, Usul (n 8) 870; Murat Yavaş, *Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kurulların İstisnaları*, (Turhan 2009) 191. Doktrinde aksi yöndeki bir görüşe göre, her ne kadar ihtar kanundan dolayı hukuk sonuç doğurmakta ise de ihtar edenin irade beyanı bu hukuki sonucu doğurmaya yöneliktir ve bu durumun senetle ispatı gerekir. Bkz. Kuru, (n 2) 2237.



kararda bu hukuki meselenin çözümüne ilişkin görüşler ortaya konulurken borçlar hukukunun temerrüde ilişkin kurum ve kavramları ile kıymetli evrak hukukunun temel ilkeleri çerçevesinde değerlendirmelerde bulunulmuştur. Ancak bu çalışmada söz konusu hukuki mesele medeni usul hukukunun en merkezi kavramlarından olan dava sebebi ve dava konusu kavramlarına verilecek anlam çerçevesinde değerlendirilmiştir.

Çalışmada temel ilişkiden kaynaklanan dava sebebi (ve maddi talep) ile kambiyo ilişkisinden kaynaklanan dava sebebi (ve maddi talep) olmak üzere birden fazla vakıalar kompleksi bulunmasına rağmen usuli talep çokluğunun söz konusu olmadığı sonucuna varılmıştır. Bu çerçevede çözümü gereken hukuki meselenin aslında yarışan haklara dayalı (mütelahik) davada hâkimin hukuku re'sen uygulaması (HMK m. 33) ilkesinin hangi kapsamda ve nasıl uygulanması gerektiğine ilişkin olduğu tespitinde bulunulmuştur.

Her ne kadar inceleme konusu kararda ulaşılan sonuç itibariyle hukuka uygun bir karar verildiği söylenebilir ise de benimsenen görüşün hukuka uygun ve doğru olduğuna ilişkin ortaya konulan gerekçeler tartışmaya oldukça açık argümanlardır. Sözelimi, zamanaşımı def'inin kaybettirici etkisi kavramı oluşturularak gerekçe oluşturulmaya çalışılmıştır. Çalışmada bu ve benzeri argümanların yerinde olmadığı vurgulanmıştır. Ayrıca kararda kullanılan hukuki terminolojinin de dikkatli seçilmediği ve oldukça özensiz kullanıldığı rahatlıkla görülebilir.

Son olarak, inceleme konusu kararda zamanaşımına uğramış bononun alacaklı tarafından usulüne uygun şekilde ödeme için ibraz edilmiş olup olmadığı konusunda bir açıklık bulunmadığından HMK m. 305 hükmü çerçevesinde içtihadı birleştirme kararı'nın tavihi yoluna başvurularak kararda tartışılan hukuki meseledeki bononun usulüne uygun olarak ibraz edilmiş olup olmadığı hususunun açıklığa kavuşturulması gerektiği kanaatindeyiz. Bu yola başvuru mümkün olduğundan içtihadı birleştirme kararı etkisiz hüküm örneği olarak kabul edilmemelidir.

KAYNAKÇA

Ak A, *Davada ve İcra Takibinde Zamanaşımı Def'i* (Filiz 2020).

Akıncı Ş, 'Belirli Vadeli Bononun Süresinde İbraz Edilmemesi Halinde Temerrüt ve Temerrüdün Sonuçları' *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan* (Yetkin 2006) 35 62.

Akıncı Ş, *Borçlar Hukuku Bilgisi* (6. Baskı Sayram 2012).

Alangoya Y, Yıldırım K ve Deren-Yıldırım N, *Medeni Usul Hukuku Esasları* (8. Baskı, Beta, 2011).

Albayrak Doğan A, 'Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun 2019/1-8 Sayılı 25.12.2019 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi' *Yürürlüğünün 8. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu IV, 23 Ekim 2020*, (On İki Levha 2021) 201-211.

Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S ve Hanağası E, *Medeni Usul Hukuku* (7. Baskı, Yetkin 2021).

Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, *Medeni Usul Hukuku* (4. Baskı, Yetkin 2021).

Aşçıoğlu Ç, 'Yargıda Gerekçe Sorunu' (2003) (43) TBBD 109-116.

Bahadır Z, *Medeni Usul Hukukunda Kısmi Karar* (Yetkin 2018).

Barlas N, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (14. Baskı, Beta 2015).

Barlas N, *Para Borçlarının İfasında Borçlu Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar* (Kazancı 1992).

Belgesay MR, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi C.II* (Güven Basımevi 1939).

Belgesay MR, *Zamanaşımı ve Hakkı Düşüren Süreler, Genel Prensipler* (Cumhuriyet Matbaası 1946).

Berkin N, *Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi*, (Filiz Kitabevi 1981).

Bilge N ve Önen E, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri* (3. Baskı, Sevinç Matbaası 1978).

Bolayır N, *Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulaması İlkesi* (On İki Levha 2019).

Boran Güneysu N, *Medeni Usul Hukukunda Karar* (Adalet Yayınevi 2014).

Bozer A ve Göle C, *Kıymetli Evrak Hukuku* (10. Baskı, BTHAE 2021).

Bozgeyik H, *Poliçede Müracaat Hakkı* (Seçkin 2003).

Börü L, *Dava Konusunun Devri*, (Yetkin 2012).

Börü L, *Medeni Usul Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü* (Yetkin 2016).

Budak AC ve Karaaslan V, *Medeni Usul Hukuku* (5. Baskı, Filiz 2021).

Budak, AC, *Medeni Usul Hukukunda Kavram İçtihadı ve Menfaat İçtihadı* (Filiz 2021).

Bulut U, *Medeni Usul Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi)* (Adalet 2017).



Bütün Yılmaz BY, ‘Mütelahik (Hakların Yarıştığı) Dava’ (Yayınlanmamış YLT, Ankara Üniversitesi 2017).

Demirayak Ünal EB, ‘Zamanaşımına Uğrayan Kambiyo Senedinin Temel Borç İlişkisine Dayalı Dava ve Takiplerdeki Rolü’ (2021) 16(199-200) Bahçeşehir ÜHFD

Domaniç H, *Hukukta Kazıyyei Muhkeme ve Nisbi Kuvveti* (Fakülteler Matbaası 1964).

Dölek A ve Özbay İ, ‘Hadis Metinlerinde ve Türk Hukuk Mevzuatında Borçların Ödenmemesinin Sonuçları’ 46(1) Yargıtay Dergisi 15 15-54.

Duran O, *Medeni Usul Hukukunda Taleple Bağlılık İlkesi*, (Seçkin 2020).

Engin Bİ, ‘İfa Uğruna Edim’ (1999) Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, 839-863.

Ercan Özler M, *Medeni Usul Hukukunda Dava Konusu* (On İki Levha 2019).

Erdem M, *Özel Hukukta Zamanaşımı* (On İki Levha 2010).

Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Baskı, Yetkin 2019).

Ermenek İ, *Medeni Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması* (Yetkin 2014).

Erzurumlu Işık N, ‘Mahkeme İçtihatları Yoluyla Medeni Usul Hukukunun İnşası’, (Yayınlanmamış doktora tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi 2020).

Görgün Ş, Börü L ve Kodakoğlu M, *Medeni Usul Hukuku* (10. Baskı, Yetkin 2021).

Gözler K, *Hukuk Dilinin Öz Türkçeleştirilmesi Üzerine* (Ekin 2021).

Gözler K, *Hukuka Giriş* (8. Baskı, Ekin 2021).

Hirş E, *Pratik Hukukta Metot* (4. tıpkı basım, BTHAE 2012).

Işıқтаç Y ve Metin S, *Hukuk Metodolojisi* (5. Tıpkı bası, Filiz 2016).

İyilikli AC, ‘Hakların Yarışması Bağlamında Doğru Hükmün Yetersiz Gerekçeye Feda Edilmesi’ 2021 12 (48) TAAD 245-274.

Karaaslan V, *Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi* (2. Baskı Adalet 2019).

Karayalçın Y ve Yongalık A, *Hukukta Öğretim-Kaynaklar- Metod Problem Çözme* (7. Baskı, BTHAE 2008).

Karlı Ö, *Sebebi Gösterilmeyen Borç Tanınması (Mücerret Borç İkrarı BK. m.17)* (Vedat 2008).

Karslı A, *Medeni Muhakeme Hukuku* (5. Baskı, Filiz 2020).

Kaya A, 'Yargıtay Kararları Işığında Bono ve Poliçe Borçlusunun Tevdi Hakkı, Tevdi Etmeyen Borçlunun Temerrüdü ve Temerrüd Faizi Ödemesi Sorunu Üzerine Bir İnceleme' *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan*, C. 1, (Vedat 2007) 705-726.

Kaya S, *Bonoya Dayalı Kambiyo Senetlerine Mahsus Haciz Yoluyla Takip* (Adalet 2020)

Kayış F, 'Zamanaşımına Uğramış Kambiyo Alacaklarına Dayalı İhtiyati Haciz Talepleri' (2018) 13(144) *Terazi Hukuk Dergisi* 70-80.

Kendigelen A ve Kırca İ, *Kıymetli Evrak Hukuku* (5. Baskı, On İki Levha, 2021).

Kılıç Öztürk G, *Borçlar Hukukunda Borçlunun Temerrüdü* (Seçkin 2016).

Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (21. Baskı, Turhan, 2017).

Kılınç A, 'Mecelleye Göre Zamanaşımı: Uygulamada Görülen Aksaklıklar ve Çözüm Önerileri' *Uluslararası Mecelle Sempozyumu* (Bursa, 2021)

Konuralp H, *Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı* (Yetkin 2009).

Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü* (6. Baskı, Demir-Demir Yayıncılık 2000).

Meriç N, 'Zamanaşımı Def'ine İlişkin Bazı Medeni Yargılama Hukuku Problemleri' *Prof. Dr. Haluk Konuralp Anısına Armağan C. 1* (Yetkin 2009) 679-704.

Meriç N, *Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi* (Yetkin 2011).

Muşul T, *Medeni Usul Hukukunda Terdit İlişkileri* (2. Baskı, Yetkin 2009).

Narbay Ş ve 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' (2020) 78(1) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 192-223.

Oğuzman K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1*, (10. Baskı, Vedat 2012).

Özbay İ, 'Hakem Kararlarında Gerekçe' (2001) C. XXI (2), *BATİDER* 299-322.

Özbay İ, *Hakem Kararlarının Temyizi* (Yetkin 2004).



Özekes M, 'Dava Dilekçesinde Hukuki Sebep Bildirmek Zorunludur' *Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 1*, (Yetkin 2009) 745-782.

Özekes M, 'Medeni Usul Hukukunda Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm' (2000) 26(4) *Yargıtay Dergisi* 661-699.

Özekes M, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı* (Yetkin 2003).

Özkaya-Ferendeci HÖ, *Kesin Hükümün Objektif Sınırları* (On İki Levha 2009).

Öztaş F, *Kıymetli Evrak Hukuku* (2. Baskı, Turhan 1997).

Öztek S, 'Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf Kanun Yolu, Amacı ve Felsefesi' *Temyiz İncelemesinde Hukuki Denetimin Sınırları, Türk Hukuku İstinaf Reformu Sonrası Mukayeseli Hukuk Sempozyumu, Bildiriler Kitabı* (2018)

Paksoy MŞ, *Zamanaşımından Feragat (TBK m.160)* (On İki Levha 2012).

Paslı A, 'Yargıtay Kararları Bağlamında Ticari Dava' *Yürürlüğünün 8. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu IV, 23 Ekim 2020* (On İki Levha 2021) 17-103.

Pekcanitez H, 'Yargıtay Yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Değerlendirilmesi' (2019 144 *TBB* 383 419).

Pekcanitez H, Atalay O ve Özekes M, *Medeni Usul Hukuku* (9. Baskı, On iki Levha 2021).

Pekcanitez vd., *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku* (On İki Levha 2017).

Poroy R ve Tekinalp Ü, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları* (22. Baskı, Vedat 2018).

Postacıoğlu İ ve Sümer Altay, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (8. Baskı, Vedat 2020).

Postacıoğlu P, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (6. Baskı, Sulhi Garan Matbaası 1975).

Pulaşlı H, *Kıymetli Evrak Hukukunun Genel Esasları* (9. Baskı, Adalet 2021).

Schwab KH, 'İhtilâf Konusu (Müddeabih) Hakkındaki Doktrin Durumu' (çev. Yavuz Alangoya), *Yavuz Alangoya Makaleler* (Beta 2012) 5 20.

Seliçi Ö, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi* (Fakülteler Matbaası 1976).

Serozan R, Baysal B ve Sanlı K, *Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (On İki Levha 2022).

- Sungurbey İ, *Borç İkrarı ve Borç Vaadi* (İsmail Akgün Matbaası 1957).
- Susuz K, *Kambiyo Senelerinde Zamanaşımı*, (Vedat 2008).
- Tanrıver S, *Medeni Usul Hukuku C. 1* (2. Baskı, Yetkin 2018).
- Tanrıver S, *Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı* (2. Baskı, Yetkin 2007).
- Taşpınar, S, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri* (Yetkin 2001).
- Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku* (7. Baskı, Filiz 1993).
- Tolga Akkaya T, *Medeni Usul Hukuku Bakımından Boşanma Davası* (Yetkin 2017).
- Tuhr AR, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı 1-2* (çev: Cevat Edege) (Olgaç Matbaası 1983).
- Tümerdem M, *Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü ve Sonuçları* (Seçkin 2018).
- Türk HS 'Kambiyo Senetlerinde Temerrüt Faizi' *Ticaret ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XI, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 13-14 Mayıs 1994* (BTHAE 1994)
- Ulukapı, Ö *Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı* (Mimoza 1991).
- Umur Z, *Roma Hukuku Lügatı* (Fakülteler Matbaası 1983).
- Uyanık S, *Hükümün Tavzihi ve Tashihi* (Yayınlanmamış YLT Osmangazi Üniversitesi) Eskişehir, 2016.
- Uzun E, 'Yargıtay Kararlarından Örneklerle Yargı Kararlarında Gerekçeleştirme Zafiyeti' (2007) 2007/2(7) MİHBİR 359-376.
- Ülgen H, Helvacı M, Kaya A ve Nomer Ertan F, *Kıymetli Evrak Hukuku* (13. Baskı, Vedat, 2021).
- Üstündağ S, *İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı* (Cezaevi Matbaası 1967).
- Yavaş M, *Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kurulların İstisnaları*, (Turhan 2009).
- Yılmaz E, *Hukuk Dilinin Gelişmesi ve Sadeleşmesi* (Yetkin 2022).
- Yılmaz E, *Medeni Yargılama Hukukunda Islah* (4. Baskı, Yetkin 2013).



KAMU HUKUKU

- 1. ÖTANAZİ VE HASTANIN KENDİ GELECEĞİNİ BELİRLEME HAKKI ARASINDAKİ İLİŞKİ**
Relationship Between Euthanasia and the Patient's Right to Self-Determination
Uğur AŞKIN; Korhan YEĞRİM
- 2. İDARİ YARGIDA 6459 SAYILI KANUN DEĞİŞİKLİĞİ SONRASI KISMİ DAVA İHTİMALİ**
Possibility of Partial Lawsuit After The Amendment of Law No. 6459 in Administrative Jurisdiction
Halil YOLAL
- 3. DANIŞTAY KARARLARINA KARŞI KANUN YARARINA TEMYİZ YOLUNA BAŞVURULMASININ MÜMKÜN OLUP OLMADIĞI SORUNU**
The Question of Whether it is Possible to Appeal for the Sake of Law Against the Decision of the Council of State
Tahir MURATOĞLU
- 4. YASAMA VE HUKUK BİLİMİ KONUSUNDAKİ TARİH ÜSTÜ GÖREV HAKKINDA**
Of the Ageless Vocation for Legislation and Jurisprudence
Osman Vahdet İŞSEVENLER

ÖZEL HUKUK

- 5. AKIL HASTASI KISITLININ ARACININ KAZAYA KARIŞMASI HALİNDE SORUMLULUK VE SİGORTACININ RÜCU HAKKI**
The Liability of in Accidents Restricted due to Mental Illness and Right of Recourse of Insurer
İsa AKANSEL
- 6. İFLÂS TASFİYESİNİN TATİLİ**
Suspension of the Bankruptcy Liquidation
Ali Fuat ÇİÇEKLİ
- 7. ŞİRKETLER TOPLULUĞU HUKUKU "TARİHÇE VE TERMİNOLOJİ"**
Law of Group Companies "History and Terminology"
Sinan MİSİLİ
- 8. ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKI**
The Right to Refuse Work
Gürcan ÖNOL

- 9. TÜRK İŞ HUKUKUNDA ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE MÜTESELSİL SORUMLULUK**
The Joint Liability in Contractor and Subcontractor Relationship in Turkish Labor Law
Seda ÖZGÜL EKİZ
- 10. ADİ ORTAKLIK İLİŞKİSİNDE ORTAKLARIN HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU BAĞLAMINDA ADAM ÇALIŞTIRAN SIFATININ TESPİTİ**
Determination of the Employer Status within Simple Partnership in the Context of Tort Liability of the Partners
Ferhat CANBOLAT; Dİla OKYAR
- 11. KEFİLİN ASIL BORÇ İLİŞKİSİNDEN DOĞAN SAVUNMA İMKÂNLARINA BAŞVURABİLMESİNİN SINIRLARI**
The Limits to the Surety's Defenses that Arise from the Principal Debt Relationship
Günhan GÖNÜL KOŞAR
- 12. OSMANLI DEVLETİ'NDE KAMBYO SÖZLEŞMELERİNİN TİCARET HUKUKUNA ETKİSİ**
The Effect of Exchange Contracts on Commercial Law in the Ottoman State
Mustafa ÇAKICI; Metin KIRATLI
- 13. 7223 SAYILI KANUN KAPSAMINDA ÜRÜN SORUMLULUĞU KAVRAMINA GENEL BİR BAKIŞ**
A General View to the Concept of "Product Responsibility" in the Scope of Law No 7223
Seda BAŞ
- 14. BORÇLU TEMERRÜDÜNDE İHTAR VE EK SÜRE KAVRAMLARI**
Concepts of Notice and Grace Period in Default of the Debtor
Derya ATEŞ
- 15. ZAMANAŞIMINA UĞRAMIŞ BONODAKİ TEMERRÜDÜN YİBHKG KARARI İŞİĞİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ**
Evaluation of the Default on Promissory Note on which the Statute of Limitation has ended under the Perspective of the General Assembly of Civil Chambers' Decision
Sedat KAYA

