

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Selçuk Law Review



Cilt
Volume
31

Sayı
Number
3

Yıl
Year
2023

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Selçuk Law Review

ISSN: 1306 – 8075 • E-ISSN: 2548 – 1177

Yayıncı | Publisher

Selçuk Üniversitesi Yayınları, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University Press, 42150, Konya, Turkey

Yayına Başlangıç: 1979

Start of Broadcast: 1979

Yayıncı Sertifika Numarası: 43463

Publisher Certificate Number: 43463

Sahibi | Owner

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Selçuk University, Faculty of Law

Dekan | Dean

Prof. Dr. Metin AKSOY

Baş Editör | Editor-in-Chief

Doç. Dr. Cemil GÜNER

cguner@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Editörler | Editors

Doç. Dr. Sezin ÖZTOPRAK

soztoprak@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Dr. Öğr. Üyesi Oğuz YOLAL

oguz.yolal@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Editör Yardımcıları | Deputy Editors

Arş. Gör. Aydın Furkan KAYNAK

af_kaynak@hotmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Rabia TEPEKAYA

rabiamacit26@gmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Abdussamed ATASOY

samedatasoy1109@hotmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Muhammed Furkan SOYLU

muhammedfurkansoylu@hotmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Enes EKŞİ

enes.eksi@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Nurtaç ENDES SELVİ

nurend@gmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Gökçe ALTINEL

altinelgokce@gmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Gülizar Feyza BAYRAK

gfeyzakendir@gmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Ahmet Can KUZUCUOĞLU

Ahmet.kuzucuoglu.selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Saliha HALICI

salihahl4@hotmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Emsalgül DOĞAN

emsalguldogan@gmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Yayın Kurulu | Editorial Board

Prof. Dr. Andreas Spickhoff
Faculty of Law, Ludwig-Maximilians-
Universität Munich (Germany)

Prof. Dr. Petra Butler
Faculty of Law, Victoria University of
Wellington (New Zealand)

Prof. Dr. Shobhalata Udupudi
Gujarat National Law University (India)

Prof. Dr. Furqan Ahmad
The Indian Law Institute (India)

Prof. Dr. Maleka Femida Cassim
Faculty of Law, University of Pretoria
(South Africa)

Prof. Dr. Nataliya E. Tyurina
Faculty of Law, Kazan Federal University
(Kazan)

Prof. Dr. Halûk Hâdi Sümer
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. Berrin Akbulut
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. Musa Aygöl
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. George A. Bermann
School of Law, Columbia University (USA)

Prof. Dr. Venkata Rao
National Law School, India University (India)

Prof. Dr. Sheela Rai
National Law School, University Odisha
(India)

Prof. Dr. Koos Malan
Faculty of Law, University of Pretoria
(South Africa)

Prof. Dr. Retselisitsoe Phooko
Faculty of Law, University of Johannesburg
(South Africa)

Asst. Prof. Monika Tomaszewska
Faculty of Law and Administration,
University of Opole (Poland)

Prof. Dr. Ramazan Yıldırım
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. Nezihe Binnur Tulukçu
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. Ümit Süleyman Üstün
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Danışmanlar Kurulu | Advisory Board*

Prof. Dr. Ekrem Ali Akartürk
Faculty of Law, Yeditepe University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Mustafa Aksu
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Şahin Akıncı
Faculty of Law, İstanbul Comm. University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Sevgi Gül Akyılmaz
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Ömer Anayurt
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Ramazan Arslan
Faculty of Law, Başkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Yavuz Atar
Faculty of Law, İbn Haldun University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Mustafa Avcı
Faculty of Law, Social Sci. University of Ankara
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Rıza Ayhan
Faculty of Law, Başkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Faruk Bilir
Personal Data Protection Authority
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Halil Cin
Faculty of Law, Ufuk University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Serkan Çınarlı
Faculty of Law, İzmir Bakırçay University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. Vahit Doğan
Faculty of Law, İstanbul Aydın University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Fikret Eren
Faculty of Law, Başkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Mustafa Akkaya
Faculty of Law, East. Mediterranean University
Famagusta, North Cyprus

Prof. Dr. Ahmet Nizamettin Aktay
Faculty of Law, Antalya Bilim University
Antalya, Turkey

Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Mehmet Altunkaya
Faculty of Law, Akdeniz University
Antalya, Turkey

Prof. Dr. Zekeriyya Arı
Faculty of Law, Bursa Uludağ University
Bursa, Turkey

Prof. Dr. Murat Atalı
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Leyla Ateş
Faculty of Law, Altınbaş University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Murat Aydoğdu
Faculty of Law, Dokuz Eylül University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. Mehmet Nusret Bedük
Faculty of Law, Tekirdağ N.K. University
Tekirdağ, Turkey

Prof. Dr. Halûk Burcuoğlu
Faculty of Law, İstanbul Aydın University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Hayrettin Çağlar
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Abdullah Dinçkol
Faculty of Law, Doğuş University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Ayhan Döner
Faculty of Law, Erzincan B.Y. University
Erzincan, Turkey

Prof. Dr. Ali Erten
Faculty of Law, Bilkent University
Ankara, Turkey

* Danışmanlar Kurulu, Unvan ve Soyadına göre alfabetik sıraya dizilmiştir.
Advisory Board is listed in alphabetical order by Title and Surname.

Prof. Dr. Fethi Gedikli
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Aydın Gülan
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Arslan Kaya
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Nuran Koyuncu
Faculty of Law, N.E. University
Konya, Turkey

Prof. Dr. Fevzi Rifat Ortaç
Faculty of Law, KTO Karatay University
Konya, Turkey

Prof. Dr. İbrahim Özbay
Faculty of Law, Gaziosmanpaşa University
Tokat, Turkey

Prof. Dr. Oğuz Sancakdar
Faculty of Law, Dokuz Eylül University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. İbrahim Subaşı
Faculty of Law, İstanbul Medeniyet University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Doğan Şenyüz
Faculty of Law, Bursa Uludağ University
Bursa, Turkey

Prof. Dr. İlhan Uluşan
Faculty of Law, İstanbul Kültür University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Sevilay Uzunallı
Faculty of Law, Yaşar University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. Yener Ünver
Faculty of Law, Özyeğin University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. İlhan Üzülmöz
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. M. Fadıl Yıldırım
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara Turkey

Prof. Dr. Müjgan Tunç Yücel
Faculty of Law, İstanbul Medipol University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Kadir Emre Gökyayla
Faculty of Law, Bahçeşehir University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Hüseyin Hatemi
Faculty of Law, İstanbul Comm. University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Mehmet Refik Korkusuz
Faculty of Law, Dokuz Eylül University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. Yüksel Metin
Faculty of Law, Süleyman Demirel University
Isparta, Turkey

Prof. Dr. M. Turgut Öz
Faculty of Law, İstanbul Kültür University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. İzzet Özgenç
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Doğan Soyaslan
Faculty of Law, Çankaya University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Cumhur Şahin
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Hasan Tunç
Faculty of Law, Cyprus Int. University
Nicosia, North Cyprus

Prof. Dr. M. Fatih Uşan
Faculty of Law, Ankara Y.B. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Mehmet Ünal
Faculty of Law, Başkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Hakan Üzeltürk
Faculty of Law, Yeditepe University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Cevdet Yavuz
Faculty of Law, İstanbul Medipol University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Ejder Yılmaz
Faculty of Law, Bilkent University
Ankara, Turkey

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Selçuk Law Review

ISSN: 1306 – 8075 • E-ISSN: 2548 – 1177

Hakkında

Amacı: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ile hukuk alanında özgün ve bilimsel makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamak amaçlanmaktadır.

Kapsamı: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yılda dört kez (Mart, Haziran, Eylül, Aralık) hem elektronik ortamda hem de basılı olarak yayımlanan ve uluslararası indekslerde taranan hakemli bir dergidir. Dergimiz ULAKBİM TR Dizin tarafından taranmakta olup Akademik Teşvik Ödeneği Yönetmeliğine uygundur. Kamu hukuku ve özel hukuk alanlardaki araştırma makalelerinin yanı sıra karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmesi, kitap incelemesi ve çeviriler de dergide yer almaktadır. Derginin yayın dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

Kısaltma: Dergiye yapılan atıflarda SÜHFD kısaltması kullanılmalıdır.

About

Aim: Selçuk Law Review aims to contribute to the national and international literature by publishing original and scientific articles in the field of law.

Scope: Selçuk Law Review is a peer-reviewed journal published four times a year (March, June, September, December) both electronically and in print and scanned in international indexes. In addition to research articles in the fields of public law and private law, decision-making, legislation review, book review and translations are also included in the review. The publication language of the review is Turkish or other European languages.

Abbreviation: SLR abbreviations shall be used in reference to the review.

Yönetim Yeri İletişim | Executive Office Contact

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, 42150, Konya, Turkey

+90 332 241 00 45 +90 332 241 01 05

selcuk.edu.tr/hukuk/tr & dergipark.org.tr/suhfd

hukukdergi@selcuk.edu.tr

Baskı ve Cilt | Printing Office

Selçuk Üniversitesi Basımevi, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University Printing House, 42150, Konya, Turkey

+90 332 241 18 47 selcukbasimevi@gmail.com

Basım Tarihi: Ekim 2023

Publication Date: October 2023

İndeksler ve Dizinler | Indexes and Platforms

SÜHFD., 2010 yılından itibaren TR DİZİN tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by TR DİZİN since 2010.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren ERIHPLUS tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by ERIHPLUS since 2020.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren EuroPub Index tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by EuroPub Index since 2020.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren DOAJ tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by DOAJ since 2020.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren HeinOnline tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by HeinOnline since 2017.
SÜHFD., 2016 yılından itibaren Asos Academia Social Science Index tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by Asos Academia Social Science Index since 2016.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren SOBİAD tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by SOBİAD since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren Google Scholar tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by Google Scholar since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren Crossref tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by Crossref since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren OpenAIRE tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by OpenAIRE since 2017.

Yayın İlkeleri

Makalenin Hazırlanma Aşaması

1. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber “**Adı SOYADI**” biçiminde yazılmalıdır. Yazarlar, “ORCID” numarası alıp bunu kişisel bilgileri (Ad-Soyad, Akademik veya Mesleki Unvan, E-posta Adresi) ile birlikte * işareti kullanarak dipnotta vermelidir. Derginin her sayısında bir yazara ait yalnızca bir makale yayınlanabilir.

2. Gönderilen makalelerde hem Türkçe hem de yabancı dilde çalışmanın ismi, en az 100 - en fazla 150 kelimelik özeti ve beş adet anahtar kelime bulunmalıdır. Çalışmanın sonunda kaynaklara yer verilmelidir.

3. **Sayfa yapısı:** Üstten, alttan ve yanlardan 2’şer cm. olmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar 12.000 kelimedenden fazla olmamalıdır. Kelime sayısına Kaynakça dahil değildir.

4. **Metin yazıları:** “Palatino Linotype” karakteri ile 11 punto tek satır aralığı, ilk satırı özel 1 cm değerinde paragraf, paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır. “Başlık 1” biçimi sadece yazının ana başlığı için kullanılmalıdır.

5. **Dipnotlar:** Makale ile aynı yazı karakteri, 9 punto, tek satır aralığı, 0,7 asılı, paragraf sonrası 2 nk boşluk biçiminde yazılmalıdır. Yazılarda dipnotlar otomatik olarak ve her sayfa altında verilmelidir. Dipnotların yazımında genel olarak KİTAPLARDA; Yazar SOYADI Adı, Kitap Adı, (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) SOYADI Adı, Basım yeri, yılı ve sayfa; MAKALELERDE; Yazar SOYADI, Adı, “Makale Adı” (tırnak içerisinde), Yayın Adı, Cilt, Sayı, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip

Publication Principles

Preparation Process of the Article

1. The name of the author should be written under the main title with the academic title as “**Name SURNAME**”. The information about the author is located on the right side of the page. Authors should take the “ORCID” number and this should be pointing in the footnote with the * sign along with their personal information (Name-Surname, Academic or Profession Title, E-mail Address). In each number of the SLR, only one article written by same authors may be published.

2. The title of article in Turkish and foreign languages, abstracts of minimum 100 - maximum 150 words in Turkish and foreign languages and five keywords should be added (belong to abstract) to the beginning of the submitted articles. Bibliography should be included at the end of the article.

3. **Page structure:** It should be 2 cm head and bottom and also each side. Articles prepared in this way cannot be exceed more than 12.000 words.

4. **Manuscripts:** Character fonts should be “Palatino Linotype” font and written in 11 size. The first line space should be 1 cm, but the following lines will be 1 cm. The spaces at the beginning and end of the paragraph should be 3 pt. “Style 1” format should only be used for the main title of the article.

5. **Footnotes:** Footnote characters in the same font as the article, but It should be 9 pt. It should be given automatically and bottom the page. IN BOOKS; Author SURNAME – Name, Book Name, (if any) Number of prints, (if any) Translator (or Editor) SURNAME Name, Place of publication, year and page; In ARTICLES; Author SURNAME, Name, “Article Name” (in quotation marks), Title, Volume, Number, year and page; In the second and subsequent references to the same study, the author's surname, a short

atıflarda Yazar soyadı, eserin kısaltılmış adı ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir.


Makale Gönderme Aşaması

6. Hazırlanan çalışmalar, “DergiPark” üzerinden sisteme yüklenmek suretiyle dergi editörlüğüne iletilmelidir. Hakem incelemesi dahil tüm aşamalar “DergiPark” sistemi üzerinden yürütülmektedir.

7. Gönderilen makalenin, daha önce hiçbir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.

8. Makale ile birlikte, telif hakkı devir formu da doldurularak gönderilmelidir. Bu çerçevede, yazarlara telif hakkı ödenmeyecektir. Yazarlar, yayınlanan eserler üzerinde, her türlü format dâhil olmak üzere tüm yayın haklarının ve mali hakların Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ne ait olduğunu kabul ederler.

Ön İnceleme Aşaması

9. Makaleler,  intihal programında incelenir. İntihal/benzerlik oranı en fazla % 20 olabilir. İntihal/benzerlik oranı % 20’ün üzerinde olan eserler, doğrudan editör kurulu tarafından reddedilir.

10. Makaleler öncelikle yukarıda belirtilen şartlar bakımından editör kurulu tarafından ön değerlendirmeye tabi tutulur. Ön değerlendirme aşamasında, eser sahiplerinin editör kurulu tarafından talep edilen düzeltmeleri 15 gün içinde tamamlaması gerekir. Aksi takdirde, editör kurulu eser sahibi ile iletişime geçmeksizin eseri reddetme hakkına sahiptir.

Hakem Değerlendirme Aşaması

11. Makaleler, gizli tutulan iki hakemin olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde makale üçüncü bir hakeme gönderilir. Herhangi bir gerekçe veya açıklama içermeyen bir raporun varlığı

name of article and page numbers may be used.


Submission Process of the Article

6. Prepared studies should be submitted to the review editor by uploading to the system via “DergiPark”. All stages, including the review of the referees, are carried out through the “DergiPark” system.

7. The article should not be published or submitted for publication in any other review.

8. The copyright transfer form must be filled out along with the article. In this context, authors will not be paid copyright. The authors acknowledge that all publication rights and financial rights, including any format, on the published works belong to the Selçuk University Faculty of Law.

Preliminary Examination Process

9. All articles are examined in the plagiarism program  Plagiarism/similarity ratio cannot be over 20 %. Articles with a plagiarism rate over 20 % are rejected directly by the editorial board.

10. The articles are firstly evaluated by the editorial board in terms of the above-mentioned conditions. At the preliminary evaluation stage, the authors are required to complete the corrections requested by the editorial board within 15 days. Otherwise, the editorial board has the right to reject the work without contacting the author.

Process of the Referee Evaluation

11. The articles shall not be published without obtaining the positive opinions of the two referees who are kept confidential or providing new text containing the corrections proposed by the referees. If one of the referees gives a positive and the other a negative opinion, the article is sent to a third referee. In the event of a report without any

halinde Editörlük'ün yeni hakem belirleme yetkisi saklıdır.

12. Değerlendirme için hakemlere tanınan süre 20 gün olup bu süre zorunluluk halinde 20 gün daha uzatılabilir. Süresi içinde hakem değerlendirme raporunun gönderilmemesi halinde, Editörlük hakem ile iletişime geçmeksizin yeni bir hakem atayacaktır.

13. Her iki hakemin verdiği puanların toplamı 50 veya altında olduğu takdirde, her iki hakem eserin yayınlanabilir olduğu yönünde görüş bildirirse dahi Editörlük'ün eseri yayımlamama yetkisi vardır.

Makale Düzeltme Aşaması

14. Hakem tarafından gönderilen değerlendirme raporunda belirtilen düzeltmelerin tamamlanması için eser sahiplerine tanınan süre 1 aydır. Eser sahibinin 1 ay içinde düzeltmeleri tamamlamaması halinde, editör kurulu eser sahibi ile iletişime geçmeksizin eseri reddetme hakkına sahiptir.

Dergi Dizgi Aşaması

15. Her iki hakemden yayımlanabilir raporu almış olsa bile, bir eser dergiye gönderim tarihinden itibaren bir aydan önce erken görünümüne alınamaz.

16. Her bir sayıda dizgi sırası bakımından makalenin kabul tarihi esas alınmaktadır. Her sayı için azami 20 araştırma makalesi yayımlanması planlanmaktadır.

justification or explanation, the Editorship's right to determine a new arbitrator is reserved.

12. The period of evaluation given to the referee is 20 days and can be extended 20 days if necessary. If referee's report is not sent within the period, the Editorial Board will appoint a new referee without contacting the former referee.

13. If the total number of points given by both referees is 50 or less, the Editorial Board is authorized not to publish the study even if both referees reported that the study can be published.

Process of the Article Correction

14. The time allowed for the authors to complete the corrections stated in the evaluation report sent by the referee is 1 month. If the author does not complete the revisions within one month, the editorial board has the right to reject the work without contacting the author.

Process of the Review Typographic

15. Even if both referees reported that the study can be published, the study cannot be published earlier than one month from the date its submission to the review.

16. The acceptance time of article is taken into consideration in the sequence of each issue. It is planning that maximum 20 research articles can be published in each Issue.

İçindekiler
Table of Contents

Araştırma Makaleleri

ResearchArticles

- Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerine Yüksek Enflasyonun Etkisi** 993-1037
The Impact of High Inflation on Lease Contract in Roofed
Business Premises
Ayşegül KÜÇÜKDAĞLI
- Anayasa Mahkemesi'nin E. 2022/48 K. 2022/93 Sayılı Kararı** 1039-1080
Uyarınca İdari Yargıda İstinaf Dilekçesi Üzerinde İlk İnceleme
The Preliminary Examination of The Appeal Petition in
Administrative Jurisdiction Pursuant to The Decision of The
Constitutional Court Numbered File No. 2022/48 Decision No.
2022/93
Sinan SEÇKİN
- Kendi Hesabına Çalışan (Esnaf) Kuryelerin Hukuki Statüleri** 1081-1108
ve Sendikalaşma Hakları
LEGAL STATUS AND UNIONIZATION RIGHTS OF SELF
EMPLOYED (TRADESMAN)COURIERS
Abdullah EROL
- İnsan Haklarının Korunmasında İdari Yargının Rolü** 1109-1135
The Role of Administrative Jurisdiction in The Protection of
Human Rights
Ramazan YILDIRIM / Hüseyin BİLGİN / Ayşegül ÇOBAN ATİK

- İş Yeri Dışında Kurulan Kefalet Sözleşmesinin Tüketici İşlemi Niteliğine ve Kefilin Kefaletten Cayma Hakkına İlişkin Alman Federal Mahkemesi Kararının Alman ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi** 1137-1184
Evaluation of The Decision of The German Federal Court of Justice on The Quality of The Consumer Transaction of The Surety Contract Concluded Outside The Workplace and The Right to Withdrawal of The Surety in Terms of German and Turkish Law
Fikriye Ceren SADIÖĞLU
- Bir İctihadı Birleştirme Kararı Işığında Mernis Adresine Yapılan Doğrudan Tebligat (Yargıtay İctihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, E. 2019/2, K. 2020/3, T. 20.11.2020)** 1185-1212
Direct Notification to The Mernis Address in Light of A Decision on The Unification of Case Law (Grand General Assembly of The Unification of Case Law of The Court of Cassation, Case No. 2019/2, Decision No. 2020/3, Dated 20.11.2020)
Hilal ÜNAL KAYA
- Legal Status and Indemnity, Veterinary- Epidemiological and Psychological Context of Stray Dogs in The Legal System of Bosnia and Herzegovina** 1213-1241
Lejla SULJEVIĆ / Muhamed KATICA / Belma BAJRIĆ / Safet KAPO / Nadža KAPO / Anida KAPO-GURDA / Amela BAJRIĆ
- Çekte Düzenleyen Tarafından Def'ilerin İleri Sürülmesi** 1243-1276
Assertion of Defenses by The Drawer in The Cheque
Muhammet Emin BİNGÖL
- Tasarruf Finansman Sözleşmesinin Feshi Sebebi ile Birikim ve Organizyon Ücretinin İadesi** 1277-1319
Return of Savings and Organizing Fee Due to Annulment of Saving Finance Agreement
Alper UYUMAZ

Anayasa Hukuku Açısından Konut Hakkı	1321-1356
The Right to Housing in Terms of Constitutional Law Bayram DOĞAN	
Yapay Zekânın Şirket Yönetiminde Yer Almasının Değerlendirilmesi	1357-1380
Valuation of Artificial Intelligence in Company Management Alkan ALTAŞ	
Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Özendirme Suçunda (TCK m. 190/2) Güncel Durumun Değerlendirilmesi	1381-1430
Current Issues on The Crime of Inciting The Use of Narcotic or Psychotropic Substances (TCK Art. 190/2) Melike ŞENTÜRK TUR	
Zarar Sigortalarında “Lütuf Ödemesi” (Ex Gratia) Kavramı ve Halefiyet İlişkisi ile Reasürans Sözleşmeleri Açısından Başlıca Hukuki Sonuçları	1431-1464
The Concept of “Ex Gratia” in Loss Insurances and Its Legal Consequences for The Insurer’s Subrogation Right and Reinsurance Contract Semih Sırrı ÖZDEMİR	

ÇATILI İŞYERİ KİRA SÖZLEŞMELERİNE YÜKSEK ENFLASYONUN ETKİSİ

Dr. Öğr. Üyesi Ayşegül KÜÇÜKDAĞLI *

Öz

Ani fiyat artışları, paranın değerinde meydana gelen azalma ve dolayısıyla enflasyonun yüksek seyretmesi kira bedellerinin kısa sürede artmasına neden olmuştur. Türkiye İstatistik Kurumu Mart 2023 verileri uyarınca on iki aylık ortalamalara göre Tüketici Fiyat Endeksi değişim oranı yüzde 70,20 olarak belirlenmiştir. Buna karşılık çatılı işyeri kira sözleşmeleri, 8 Haziran 2022 tarihli 7409 Sayılı Kanun'a eklenen 4'üncü maddesi ile 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na eklenen geçici maddenin öngördüğü yüzde 25'lik kira artış sınırlandırmasının kapsamı dışındadır. Ayrıca uygulamada kira bedellerinin tüketici fiyat endeksini dahi aşar şekilde işyeri kiracısına dayatıldığı bilinmektedir.

Bu çalışmada, enflasyon oranındaki aşırı artışın mevcut çatılı işyeri kira sözleşmelerine olası etkileri değerlendirilmektedir. Böylece hukuk uygulamasına katkı sağlamak amaçlanmaktadır. Çalışma kapsamında yüksek enflasyonun çatılı işyeri kira sözleşmelerine etkisi; kira bedeli artışı, sözleşmenin uyarlanması ve kira sözleşmesinin önemli sebeple olağanüstü feshine ilişkin hükümler uyarınca incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler

• Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesi • Enflasyon • Kira Bedeli • Sözleşmenin Uyarlanması • Önemli Sebep

* Dr. Öğr. Üyesi. Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Ana Bilim Dalı, Kahramanmaraş, Türkiye | Asst. Prof., Kahramanmaraş Sütçü İmam University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Department of Public Administration, Law Department, Kahramanmaraş, Turkey.

✉ aysegulkucukdagli@ksu.edu.tr • ORCID 0000-0001-6759-194X.

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: KÜÇÜKDAĞLI Ayşegül, "Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerine Yüksek Enflasyonun Etkisi", SÜHFD, C. 31, S. 3, 2023, s. 993-1037.

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

THE IMPACT OF HIGH INFLATION ON LEASE CONTRACT IN ROOFED BUSINESS PREMISES

Abstract

Sudden price increases, the devaluation of the currency and therefore the high course of inflation have caused rental prices to increase in a short period of time. According to the Turkish Statistical Institute March 2023 data, the rate of change in the Consumer Price Index according to twelve-month averages was determined as 70.20 percent. On the other hand, roofed business premises lease contracts are outside the scope of the 25 percent rent increase limitation stipulated by the provisional article added to the Turkish Code of Obligations No. 6098 with Article 4 added to Law No. 7409 dated June 8, 2022. In addition, it is known that in practice, rental prices are imposed on business premises lessees even exceeding the consumer price index.

In this study, the potential effects of the excessive increase in the inflation rate on existing roofed business premises lease contracts are evaluated. Thus, it is aimed to contribute to the legal practice. Within the scope of the study, the effect of high inflation on roofed business premises lease contracts is analysed in accordance with the provisions on rent increase, adjustment of the contract and extraordinary termination of the lease contract for significant reasons.

Key Words

• Leasing Roofed Business Premises • Inflation • Rent Price Increase • Adjustment of Contract • Significant Reason

GİRİŞ

Enflasyon kavramı çeşitli şekillerde tanımlanmaktadır¹. Yaygın kullanılan tanımı fiyatların genel seviyesinin devamlı biçimde artmasıdır². Son dönemlerde enflasyon sürekli artan bir ivme çizmektedir. Bu artış toplumun diğer kesimlerinin (tüketici, işçi, işveren vb.) olduğu gibi, kiracı ve kiralayanın davranışlarını da etkilemiştir. Neticede kira uyuş-

¹ Bu konuda bkz. **BİRİNCİ**, Yüksel: "Enflasyon, Para Politikası ve Stratejileri", İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, C. 47, S. 1-4, 1989, s. 19-30.

² **BİRİNCİ**, s. 19.

mazlıkları son dönemin yargıyı çokça meşgul eden konuları arasında yerini almıştır³.

8 Haziran 2022 tarihli 7409 sayılı Kanun'a eklenen 4. madde ile 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na (TBK)⁴ konut kira sözleşmelerinde kira artışını yüzde 25 oranı ile sınırlandıran geçici madde eklenmiştir. Böylece kanun koyucu konut kiracısını hızla ve aşırı yükselen enflasyona karşı korumayı seçmiştir⁵. Çatılı işyeri ve konut kiralaları, ağırlıklı biçimde kiracının korunmasını amaçlayan TBK 339-356 maddeleri ile ortak biçimde düzenlenmektedir. Buna rağmen benzer sınırlandırma çatılı işyeri kiralaları bakımından öngörülmemiştir. Neticede yenilenen dönemlerde çatılı işyeri kira sözleşmelerindeki bedel artışı yüksek seyretmekte ve hatta uygulamadan bilindiği üzere⁶ Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) tarafından belirlenen Tüketici Fiyat Endeksini (TÜFE) aşar şekilde kiracıya dayatılmaktadır.

Çatılı işyeri kiralardaki bu artış son tahlilde nihai tüketiciye yansıtılmakta ve dolayısıyla enflasyon oranları bakımından bir kısır döngü yaşanmaktadır. Bu bağlamda yükselen enflasyonun bu sözleşmeleri nasıl etkilediğinin değerlendirilmesi sözleşme dengesinin ve toplumsal barışın sağlanması bakımından önem arz etmektedir. Zira satın alma gücü kaybının önlenmesi ve kiracının korunması ile kiralayanın mülkiyet hakkı çatışmaktadır.

Çalışmada öncelikle genel yönleriyle çatılı işyeri kiralaları ele alınmaktadır. Sonrasında ise bu sözleşmelerde kira bedeli artışı, uyarlama

³ 7445 Sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 37. Maddesi ile 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na eklenen madde 18/B 1. fıkrası a bendi ile kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda arabulucuya başvurunun kural olarak dava şartı kapsamında olduğu öngörülmektedir.

⁴ R.G. 04.02.2011, S. 27836.

⁵ Sınırlamanın Anayasaya aykırılığı tartışmalıdır. Bu konuda bkz. **YENİOCAK**, Umur: Kira Bedelinin Belirlenmesi, Kira Tespit ve Kira Uyarlama Davaları, Ankara 2022, s. 55 vd.

⁶ Örneğin Mart ayında endeksteki yıllık artış TÜİK verilerine göre yüzde 50,51; İstanbul Ticaret Odasına göre (İstanbul'da) yüzde 74,22; Enflasyon Araştırma Grubu (ENAG) verilerine göre yüzde 112, 51 olmuştur. Dolayısıyla uygulamada kiralayanların kira artış oranında "orta yol (!)" bulmaya çalıştığı bilinmektedir.

ve önemli sebeple olağanüstü fesih konuları yüksek enflasyon bağlamında değerlendirilmektedir.

I. ÇATILI İŞYERİ KİRALARI

Çatılı işyeri kiralari, TBK'nın 339-356 maddelerinde konut kiralari ile birlikte yeni bir bölüm altında düzenlenmektedir⁷. Bu bölüm temeline bazı değişikliklerle birlikte⁸ mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiralari Hakkındaki Kanun⁹ (GKHK) ile yerleşik içtihatlar bulunmaktadır¹⁰. TBK m. 339-356 hükümlerinin amacı (ratio legis) zayıf olan kiracının korunmasıdır¹¹. Bu kapsamda yalnızca konut kiralari bakımından değil, aynı zamanda çatılı işyeri kiralari bakımından da kiracı özel olarak korunmak istenmektedir¹².

TBK'nın kira sözleşmelerine ilişkin hükümlerinin uygulanmasına zaman bakımından getirilen sınırlandırma çatılı işyeri kiralari doğrudan ilgilendirmektedir. 6101 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 1. maddesi çerçevesinde, TBK'nın yürürlüğe girmesinden önce akdedilmiş kira sözleşmelerinin bağlayıcı olup olmadıkları ve sonuçlarına 818 sayılı ETBK hükümleri,

⁷ Mülga 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda (ETBK) adi kira ve hasılat (ürün) kirasi olmak üzere iki alt ayrıma tabi tutulan kira sözleşmesi hükümlerine, TBK ile yeni bir bölüm eklenmiştir.

TBK m. 339-356 hükümleri belirtildiği üzere konut ve çatılı işyerleri hakkında uygulama bulmaktadır. Çalışma konusu çerçevesinde bundan sonraki incelemeler çatılı işyeri kira sözleşmeleri özelinde devam etmektedir.

⁸ Örneğin GKHK m.1 hükmündeki yer bakımından sınırlandırmaya TBK'da yer verilmemiştir.

⁹ R.G. 27.05.1955, S. 9013.

¹⁰ **GÖKYAYLA**, Emre: "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı (TBK m. 339)", Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi E-Dergisi, C. 8, Özel Sayı, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, C.II, 2013, s. 1203-1251.

¹¹ **GÖKYAYLA**, Emre: İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu – Yürürlük Kanunu, Özel Borç İlişkileri, C. 4-5, m. 207-392, ÖZ, Turgut/ACAR, Faruk/ GÖKYAYLA, Emre/DEVELİOĞLU, Murat H. (Editörler), İstanbul 2019, s. 3230. Bunun yanında kiralayan lehine hükümler de içerdiği vurgulanmaktadır. Bkz. **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: "Yeni" 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, İstanbul 2012, s. 22.

¹² İşletmelerin ayakta tutulması ve işyerinin devamlılığının sağlanması amaçları ile işyeri kiracısını özel olarak koruyucu hükümler getirildiği belirtilmektedir. Bu konuda bkz. **ÖZYAKIŞIR**, Özkan: Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedeli, Ankara 2019, s. 54.

TBK'nın yürürlüğe girmesinden sonra bu sözleşmelere ilişkin olarak gerçekleşecek temerrüt ve sona ermeye TBK hükümleri uygulanır¹³. Bunun yanında 6353 Sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹⁴ m. 53 ile kiracının tacir sayıldığı ve tüzel kişi olduğu işyeri kiralarında, TBK'nın kira ilişkisinin devri başlıklı 323'üncü, kiralananın sözleşmenin bitiminden önce geri verilmesi başlıklı 325'inci, önemli sebepler nedeniyle olağanüstü feshe ilişkin 331'inci, bağlantılı sözleşmelere dair 340'ıncı, kiracının güvence vermesi başlıklı 342'inci, kira bedeli dışında kiracı aleyhine değişiklik yapma yasağına dair 343'üncü, kira bedelinin belirlenmesine ilişkin 344'üncü, kiracı aleyhine düzenleme yasağı başlıklı 346'ıncı ve tahliye davası sebeplerinin sınırlılığına dair 354'üncü maddelerinin yürürlüğü 8 yıl ertelenmiştir¹⁵.

Konu bakımından TBK m. 339-356 uygulaması, çatılı işyeri kiralari ile sınırlıdır. Başka bir ifadeyle, bu hükümler çatısız işyeri kiralalarını koruma dışında bırakmaktadır¹⁶. Dolayısıyla çatısız işyerleri için TBK'nın kira sözleşmesine ilişkin genel hükümleri uygulama bulur (TBK m. 299 vd.).

Çatılı işyeri kavramı, TBK ile ilk defa Borçlar Kanunu'na girmiştir¹⁷. Bu kavramın kanuni bir tanımlaması bulunmamakla birlikte öğretilerde çeşitli açıklamalara rastlamak mümkündür. Bu kavram, "çatılı" ve

¹³ Bu konuda bkz. **GÜMÜŞ**, s. 7 vd.

¹⁴ RG. 12.07.2012, S. 28351.

¹⁵ 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG. 14.04.2011, S. 27905) Geçici Madde 2 ile ilk erteleme 5 yıl olarak yapılmış; ancak belirtilen Değişiklik Kanun'u ile Geçici Madde 2 değiştirilmiştir. Yürürlük tarihinden önce bu hükümlerde belirtilen konularla ilişkili bir uyumsuzluğa kira sözleşmesinde hüküm olması hâlinde sözleşme hükümleri, sözleşmede hüküm bulunmaması hâlinde mülga Borçlar Kanunu (ETBK) uygulanmaktaydı. Bkz. **İPEK**, Eyüp: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu İle Konut Ve Çatılı İşyeri Kiralarında Tahliye Sebeplerine İlişkin Getirilen Yenilikler". Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 102, 2012, s. 88.

¹⁶ Öğretilerde bu husus eleştirilmektedir. Örneğin bkz. **GÜMÜŞ**, s. 25; **GÖKYAYLA**, Uygulama Alanı, s. 1221.

¹⁷ TBK, 6570 sayılı GKHK'dan farklı olarak "musakkaf gayrimenkul" kavramına yer vermemiştir.

“işyeri” olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır. İşyerinin “çatılı”¹⁸ olmasından, üstünün örtülü ve duvarlarının bulunması anlaşılmaktadır¹⁹. Kira konusunun kısmen çatılı kısmen çatısız olduğu hallerde ise temel faaliyetin gerçekleştirilmesinde kullanılan alanın üstün vasfına göre nitelendirme yapılır²⁰. Kiralanan çatılı vasfının belirlenmesinde kiralananın kira sözleşmesinin akdedildiği andaki durumu esas alınır²¹. Kural bu olmakla birlikte kiranın akdedildiği anda çatılı olmayan bir yer için ileride bu yerde çatılı yapı inşa edileceğini kira sözleşmesinde taraflar kararlaştırmışlar ise inşaatın gerçekleştirilmesi ile birlikte TBK m. 339 vd. hükümleri uygulama bulur²².

Öğretideki hâkim görüşe göre işyeri, kişinin ticari faaliyetlerde bulunduğu ya da mesleğini icra ettiği mekândır²³. Bu mekânların kiralınmasını konu alan kira sözleşmesi ise çatılı işyeri kira sözleşmesi özelliğindedir. Bu bağlamda sözleşme konusu mekânın kullanılma amacının işyeri olması ayırt edici unsurdur²⁴. Kiralanandan karma amaçla yararlanılması durumunda (konut ve işyeri olarak) ise baskın olan kullanma amacı esas alınmaktadır²⁵.

Ayrıca TBK m. 339, GKHK m. 1’in aksine uygulama alanını taşınmaz kiralaları ile sınırlandırmamıştır. Bu kapsamda çatılı bir işyeri kirası,

¹⁸ Öğretide “çatılı” terimi yerine “üstü örtülü” teriminin kullanılması önerilmektedir. Bkz. ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Baskı, Ankara 2021, s. 274. Ayrıca TBK’nın m. 339-356 hükümlerinin çatılı olmayan işyeri kiralalarında da uygulanabilir kılınması gerektiği ifade olunmaktadır. Bkz. GÜMÜŞ, s.22; GÖKYAYLA, Uygulama Alanı, s. 1221.

¹⁹ İNCEOĞLU, M. Murat: Kira Hukuku, C. II, İstanbul 2014, s. 19. Karşı görüş için bkz. ÖZYAKIŞIR, s. 55. TBK’da kullanılan “çatılı” kavramı GKHK’da ifadesi bulunan “musakkaf” teriminin karşılığı oluşturmaktadır. “Musakkaf” teriminden ise “taşınmazın bir sakf altında olması, yani üstü örtülü olması ve duvarları bulunması” anlaşılmaktadır. Bu konuda bkz. TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/2, İstanbul 2008, s. 19; BURCUOĞLU, Haluk: Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasa’ya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi, İstanbul 1993, s. 15.

²⁰ BURCUOĞLU, s. 19.

²¹ BURCUOĞLU, s. 21.

²² BURCUOĞLU, s. 20 vd.

²³ Örneğin bkz. GÖKYAYLA, s. 3246; GÖKYAYLA, Uygulama Alanı, s. 1219; GÜMÜŞ, s. 24.

²⁴ GÖKYAYLA, Uygulama Alanı, s. 1219 vd; ÖZYAKIŞIR, s. 54.

²⁵ GÜMÜŞ, s. 27; GÖKYAYLA, s. 3247.

taşınır yapılar bakımından da söz konusu olabilmektedir²⁶. Dolayısıyla kullanılma amacı işyeri olan çatılı bir büfenin kirasında TBK m. 339 vd. hükümleri uygulama bulur²⁷.

TBK'da kiralananın konumu, kira bedeli, büyüklüğü bakımından bir sınırlama getirilmemiştir. Ancak TBK m. 339/I uyarınca çatılı işyerinin geçici kullanıma özgülenmiş nitelikteki taşınmaz olması ve altı ay ve daha kısa süreyle kiralanması durumunda TBK m. 339-356 hükümleri uygulanmaz.

II. ÇATILI İŞYERİ KİRALARINDA BEDEL ARTIŞI²⁸

A. Genel Olarak

Kira bedelinin belirlenmesi ve bu konuda getirilen sınırlamaların özellikle kiracıda baskı oluşturan enflasyonist dönemlerde önemi artmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki; Türk hukukunda başlangıç kira bedelinin belirlenmesi konusunda taraflar kural olarak²⁹ özgürdür³⁰. Başka bir ifadeyle, başlangıç kira bedeline devletin bir müdahalesi söz konusu değildir. Bu sebeple incelememiz, çatılı işyeri kiralalarında yenilenen kira dönem(ler)inde veya sözleşme süresi içerisinde kira bedelinde bir artış yapıp yapılmayacağı ve artış yapılacağına kabulü halinde bunun hangi oranda olacağı soruları üzerinedir.

Hukukumuzda çatılı işyeri kiralalarında (konut kiralalarında da olduğu gibi) kira bedeli artışı sözleşme ile taraflarca veya kira bedeli tespit

²⁶ Karş. GÖKYAYLA, Uygulama Alanı, s. 1218; GÜMÜŞ, s. 24.

²⁷ ÖZYAKIŞIR, s. 58. GKHK döneminde konuya ilişkin Yargıtay uygulaması için bkz. BURCUOĞLU, s. 16 vd.

²⁸ TBK m. 344 kapsamında kira bedelinin belirlenmesine dair dava, kira bedeli artışına yönelik olabileceği gibi indirimine yönelik de olabilir. Bu konuda bkz. GÖKYAYLA, m. 344, s. 3334, N. 22 ve s. 3365, N. 94 vd. Ancak kanun koyucunun "artış"tan hareket etmesi ve uygulamada çoğunlukla kira artışına yönelik uyuşmazlıkların karşımıza çıkması sebepleri ile başlık bu biçimde şekillendirilmiştir.

²⁹ Sözleşme özgürlüğünün sınırını teşkil eden aşırı yararlanma, ahlaka aykırılık, irade fesadı halleri bu kuralın istisnalarını oluşturur.

³⁰ Öğretide olması gereken hukuk bakımından özellikle konut kiralalarında başlangıç kira bedelinin sınırlandırılması gereği ifade olunmaktadır. Bu konuda bkz. İNCE AKMAN, Nurten/ÖZYAKIŞIR, Özkan: "Alman ve İsviçre Hukuku ile Karşılaştırılmalı Olarak Türk Hukukunda Başlangıç Kira Bedelinin Sınırlandırılması Meselesi", SDÜHFD, C.11, S. 2, 2021, s. 725-770.; YENİOCAK, s. 24.

davasası ile hâkim tarafından belirlenmektedir³¹. Bu kiralarda, diğer olağan (adi) kiraların aksine kira bedelinde yapılacak artışa TBK m. 344 hükmü ile kiracı lehine sınırlama getirilmiştir³².

B. TBK m. 344 Hükümünün Uygulama Alanı

Kira bedelinin belirlenmesine ilişkin TBK m. 344 hükmü yalnızca konut ve çatılı işyeri kiraları bakımından uygulama bulur³³. Bunlar dışındaki olağan kira bedelleri bakımından ne başlangıçta ne de sonrasında kira bedeli belirlenmesine getirilmiş özel bir sınırlandırma bulunmaktadır. TBK m. 344 hükmü, belirli ve belirsiz kira sözleşmeleri bakımından uygulanır³⁴.

TBK'nın yürürlüğe girmesinden önce akdedilmiş ve TBK döneminde devam eden kira sözleşmelerine TBK'nın kira sözleşmelerinin sona ermesi, tasfiye ve temerrüt hükümlerinin uygulanması esas ise de³⁵, TBK m. 344 hükmünün kamu düzeninden olduğu ve bu sözleşmeler bakımından da uygulama alanı bulacağı kabul olunmalıdır³⁶.

³¹ Uygulamada ve teknik anlamda kira bedeli tespit davasından anlaşılan TBK m. 344/III hükmüdür. Ancak TBK m. 344/II'de de dava yolu ile kira bedelinin belirlenmesi düzenlendiğinden bu hüküm kapsamında açılan davalar da kira bedeli tespit davasının bir türü olarak nitelendirilmektedir. Örneğin bkz. **ÖZEN**, Burak: "Kira Bedeli Artışına İlişkin Sözleşme Şartları ve Sözleşme Uyarınca Gerçekleşen Kira Bedeli Artışının Kira Tespit Davası Sonucunda Gerçekleşen Kira Bedeli Artışından Ayırt Edilmesi", MÜHFD-HAD, C. 22, S. 3, 2016, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, C. II, s. 2033-2062; **YENİOCAK**, s. 71.

³² 6570 sayılı GKHK'da kira bedeli sınırlandırması getiren 2. ve 3. Maddeler AYM 26.03.1963, E.1963/3, K. 1963/67 kararı ile iptal edilmişti. Bu anlamda 6098 sayılı TBK'nın yürürlüğüne kadar bir yasal boşluk oluştuğu ve bu boşluğun yargı içtihatları ile doldurulduğu ifade edilmektedir. Bkz. **GÖKYAYLA**, s. 3329, N.6; **ÖZEN**, s. 2034, d. 1.

³³ TBK m. 344 hükmü, kullanımı kiracıya bırakılan eşyaya ayrı bir bedel belirlenmişse, bu kira bedelinin artışında da uygulanır. Bkz. **BADUR**, Emel: "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kullanımı Kiracıya Bırakılan Eşya", TAAD, S. 27, 2016, s. 175.

³⁴ **GÖKYAYLA**, s. 3335, N. 25; **Özen**, TBK m. 344/I hükmünün belirsiz süreli sözleşmelerde uygulama bulacağını belirtmiş iken, maddenin ikinci fıkrasının belirsiz süreli kira sözleşmelerini kapsamı dışında bıraktığı görüşündedir. Bkz. **ÖZEN**, s. 2061.

³⁵ TBK'nın yürürlüğünden önce akdedilmiş bir kira sözleşmesi, TBK'nın yürürlüğünden sonra yenilenirse yeni bir sözleşme meydana geleceğinden TBK'nın kira sözleşmesine ilişkin tüm hükümleri uygulanır. Bkz. **GÜMÜŞ**, s. 13.

³⁶ **GÜMÜŞ**, s. 13.

TBK m. 344'ün uygulanması kiracısının tacir sayıldığı veya tüzel kişi olduğu çatılı işyeri kira sözleşmeleri bakımından TBK'nın yürürlüğünden itibaren 8 yıl ertelenmiş idi. Bu kapsamda hükmün kişi ve zaman bakımından uygulama alanındaki sınırlama 1 Temmuz 2020 tarihi itibari ile tümüyle ortadan kalkmıştır³⁷.

C. Yenileme Dönemlerinde Kira Artışına Getirilen Sınırlama

TBK m. 344/I ve II hükümleriyle yenilenen kira dönemlerinde kira artışına kiracı lehine üst sınır getirilmiştir.

1. Kira Artış Şartına Getirilen Sınırlama

TBK m. 344/I c. 1 uyarınca yenilenen kira dönemlerine ilişkin kira bedeli taraflarca belirlenebilir. Ancak tarafların belirlediği kira artış oranına kanun koyucu bir üst sınır getirmiştir. Buna göre karşılaştırılan artış bir önceki kira yılında tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranını geçmemelidir.

Kanun koyucu TBK m. 344/I c. 1'de "yenilenen kira dönemleri" ifadesinden hareket etmektedir. Yenilenen kira dönemi kavramından, TBK m. 347/I, c.1'deki uzayan kira yılı anlaşılmaktadır³⁸. TBK m. 344/I lafzından da çıkarılabileceği gibi ilk yenilenen yıllarla birlikte takip eden

³⁷ TBK m. 344 kiracısının tacir veya tüzel kişi olduğu çatılı işyeri kiralari bakımından yürürlüğe girmezden önce, bu sözleşmelerde kira artış oranları bakımından sözleşme özgürlüğüne genel hükümler dışında müdahale edilmemekte, kira bedeli tespit davaları bakımından ise Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre hak ve nesafet doğrultusunda rayiç kira bedeline göre karar verilmekteydi. Bkz. YENİOCAK, s. 28.

³⁸ TANDOĞAN, s. 101 vd.; GÖKYAYLA, s. 3334, N. 20; KAPANCI, K.Berk: "Bir Yıldan Uzun Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinin Türk Lirası Üzerinden Belirlenmesinde TBK M. 344 F.1 C. Son'un Yorumlanması", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, C.6, S.4, 2016, s. 809-834. KapanCI, belirli süreli konut ve çatılı işyeri kira sözleşmeleri bakımından kiracının korunması ve kiralananda kalıcı olma menfaati sebebi ile sözleşmenin feshi hakkının kural olarak yalnızca kiracıda olması ve kiracının bu hakkı süresinde kullanmaması durumunda sözleşmenin bir yıl kendiliğinden uzaması hususuna vurgu yapmaktadır. Kiralayanın iradesi dışında uzayan bu sürede (uzama yıllarında/yenileme döneminde) kira bedelinin belirlenmesini, kiracı ve kiralayanın arasında bir denge kurulmasına bağlamaktadır. Bkz. KAPANCI, s. 813 vd.

yenileme yıllarında da tarafların üzerinde anlaştığı artış oranına³⁹ üst sınır getirilmiştir⁴⁰.

TBK m. 344/I c. 2'de ise yukarıda bahsi geçen kuralın bir yıldan uzun süreli sözleşmelerde de uygulama bulacağı ifade olunmuştur. Bu ifadenin mahiyeti konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre bir yıldan uzun süreli sözleşmeler bakımından kural yalnızca uzama dönemleri için geçerlidir; başka ifadeyle sözleşme süresi içinde sözleşme özgürlüğü geçerli olup kira artış oranında m. 344/I kapsamında bir sınırlama söz konusu olmayacaktır⁴¹. Ağırlıklı görüşe göre ise bir yıldan uzun süreli sözleşmelerde sözleşme süresi içerisinde yapılan kira artış sözleşmeleri de kiracı lehine emredici nitelikteki sınırlamanın uygulama alanındadır⁴². TBK m. 344/I c. 2 ile kanun koyucunun sınırlama kuralının dolanılmasını engellemek istediği haklı olarak ifade edilmektedir⁴³.

Tarafların kira artışına ilişkin anlaşmalarının sınırı TÜİK tarafından belirlenen tüketici fiyat endeksine (TÜFE) göre tayin edilmektedir⁴⁴. Esas alınan TÜFE'nin on iki aylık ortalamalara göre değişimidir. TÜFE'deki bu değişimin her ayın üçüncü günü ilan ediliyor olması, yenilemenin ayın ilk ve ikinci gününe isabet ettiği sözleşmeler açısından hangi endekse göre hareket edileceği sorusunu beraberinde getirmektedir. Bir görüşe göre bu halde bir önceki ayın endeksi dikkate alınmalı-

³⁹ 6098 sayılı TBK'nın yürürlüğünden önceki Yargıtay kararlarında yalnızca ilk yenilenen kira dönemine ilişkin kira artış anlaşmaları geçerli sayılmaktaydı. Örneğin bkz. Y. 3. HD., 29.03.2010, E. 2010/3718, K. 2010/5224.

⁴⁰ Öğretide sözleşme kurulması ve kiralananın tesliminden sonraki artış anlaşmalarında da TBK m. 344/I'de bahsi geçen sınırın uygulanacağı düşünülmektedir. İNCEOĞLU, s. 129. Aksi görüş için GÖKYAYLA, s. 3352. Bu konudaki tartışma için bkz. ÖZEN, s. 2038 vd.

⁴¹ KAPANCI, s. 830 vd.; ÖZYAKIŞIR, s. 199.

⁴² GÖKYAYLA, s. 3356, N. 72; GÜMÜŞ, s. 71; ÖZEN, s. 2045; ÖKTEM ÇEVİK, Seda: "Türk Borçlar Kanunu Madde 344 Uyarınca Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin Temel Esasların Değerlendirilmesi", DEÜHFD, C. 24, S. 1, 2022, s. 39-57; YENİOCAK, s. 50.

⁴³ YENİOCAK, s. 50. Böylece ilk yıl düşük belirlenen kira bedelinin ardından takip eden yıllar için aşırı bir miktar belirlenemeyecektir.

⁴⁴ TBK yürürlüğe girdiğinde tüketici fiyat endeksi yerine üretici fiyat endeksi kıstas teşkil etmekteydi. Ancak 7161 Sayılı Kanun'un (RG.18.01. 2019, S. 30659) 56. maddesi ile ÜFE yerine TÜFE kabul edilmiştir.

dır⁴⁵. Başka bir görüşe göre ise kiracı temerrüde düşmemek için vade tarihinde (ayın biri veya ikisinde) en azından eski kira bedeli ödemeli ve eksik kalan ödemeyi de en geç ayın dördünde ifa etmelidir⁴⁶.

Tarafların tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamayı aşan sözleşmeleri emredici nitelikteki TBK m. 344'e aykırı olacağından sınırı aştığı kadarıyla geçersizdir. Bu kapsamda geçersizlik türü kısmi kesin hükümsüzlüktür⁴⁷.

Tüm bu anlatılanlar ışığında çatılı işyeri kiralalarının yenilenen dönemlerine ilişkin kira bedelinde ne kadar artış yapılacağına taraflar aralarında karar verebilirler. Ancak bu özgürlük gerek bir yıllık sözleşmelerde gerek bir yıldan uzun süreli sözleşmelerde süresi içerisinde yapılan artışlar bakımından sınırsız olmayıp; tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranını aşamaz. Aşan kısma ilişkin anlaşma geçersizdir. Ancak tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranının yükselmeye devam etmesi halinde kanun koyucunun duruma müdahale edip etmeyeceği; diğer bir ifadeyle üst sınırı belirli bir orana sabitleyip sabitlemeyeceği konusu şimdiden tahmin edilebilir değildir⁴⁸.

2. Kira Artış Şartının Bulunmaması Halinde

TBK m. 344/II, kira artış oranına ilişkin taraflar arasında bir anlaşma bulunmaması⁴⁹ halinde kira bedelinin nasıl belirleneceği düzenlenmektedir⁵⁰. Bu halde kira bedeli hâkim tarafından kiralananın durumu

⁴⁵ GÖKYAYLA, s. 3348, N. 55.

⁴⁶ YENİOCAK, s. 47.

⁴⁷ ÖZEN, s. 2037. Öğretide "değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük" olarak da nitelenmektedir. Bkz. İNCEOĞLU, s. 128; GÜMÜŞ, s. 70 vd.; ÖKTEM ÇEVİK, s. 52.

⁴⁸ Kira artış sınırlamalarının tarihçesi hakkında bkz. ALTAŞ, Hüseyin: "Kira Parası Artışlarının Sınırlandırılması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 49, S. 1-4, 2000, s. 97-116.

⁴⁹ Öğretide bir görüşe göre tarafların kira artışı yapılmasına yönelik anlaşmalarının bulunduğu ve fakat artış oran veya bedelini kararlaştırılmadığı ya da belirsizlik taşıdığı hâllerde de TBK m. 344/II'nin uygulama bulacağı belirtilmektedir. Örneğin bkz. GÜMÜŞ, s. 75; ÖKTEM ÇEVİK, s. 60; YENİOCAK, s. 51; aksi görüş için bkz. ÖZEN, 2052 vd.

⁵⁰ Tarafların kira artış oranını sözleşmede belirlememe ihtimali ile uygulamada çok sık karşılaşmayacağı ifade edilmektedir. Bkz. GÖKYAYLA, s. 3353, N. 68; YENİOCAK, s. 51.

ve hakkaniyet çerçevesinde belirlenir⁵¹. Ancak hâkimin bedel üzerindeki takdir yetkisi bir önceki yılın tüketici fiyat endeksi ile sınırlıdır.

TBK m. 344/II'nin yüksek enflasyonlu dönemlerde önemini arttıracığı belirtilmektedir⁵². Zira bu hükme göre yapılacak hakkaniyet değerlendirmesi kapsamında tüketici fiyat endeksinden daha düşük artışa hükmedilmesi mümkündür⁵³.

Bir yıldan uzun süreli sözleşmelerde tarafların sözleşme süresi içinde kira bedelinde bir artış yapılacağına ilişkin anlaşmalarının bulunmaması halinde ise TBK m. 344/II uygulama bulmaz⁵⁴. Bu halde yenileme dönemi gelmedikçe kira bedelinde artış yapılması için TBK m. 138'de düzenleme bulan aşırı ifa güçlüğü kurumunun şartlarının gerçekleşmesi gerekmektedir.

Bu açıklamalar ışığında bir yıllık çatılı işyeri kira sözleşmesinde yenileme dönemlerine ilişkin bir anlaşmanın bulunmaması durumunda hâkimden kira bedelinin tespiti istenebilmektedir. Ancak bu halde hâkim TÜFE sınırı yanında kiralananın durumu ve hakkaniyet unsurlarını da dikkate almalıdır. Bu kapsamda enflasyonun yüksek seyrettiği dönemlerde belirli ölçüde kiracı lehine indirim yapılması mümkündür.

D. Beş yıldan Uzun Süreli ve Beş yıldan Sonra Yenilenen Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Artışı

Çatılı işyeri kira sözleşmesinin beş yıldan uzun süreli veya beş yıldan sonra yenilenmesi durumunda kira bedelinin belirlenmesi TBK m. 344/III hükmü uyarınca hâkim tarafından yapılır. Bu hüküm, bir tür kira bedeli tespit davasının temelini oluşturmaktadır⁵⁵.

TBK 344/III hükmünün uygulaması taraflar arasında artış anlaşması olup olmadığına bağlı değildir. Hükmün temelinde, TBK m. 344/I

⁵¹ Kiralananın durumu ve hakkaniyet unsurları için bkz. başlık D.

⁵² **GÜMÜŞ**, s. 74.

⁵³ Yargıtay, TBK'nın yürürlüğünden önce verdiği kararlarında enflasyon oranlarının yüksek seyrettiği durumlarda kira artış oranının yüzde 65 ile sınırlı kalacağına hükmetmiştir. Örneğin bkz. Y.3.HD, 6.12.1994, E.1994/14420, K. 1994/1557I; Y.3.HD, 15.12.1994, E. 1994/14797, K. 1994/16309; Y.3.HD, 2.4.1996, E. 1996/3377, K. 1996/4339 (Legalbank, E.T.: 03.04.2023).

⁵⁴ **GÖKYAYLA**, s. 3357, N. 74; **ÖKTEM ÇEVİK**, s. 60; **YENİOCAK**, s. 52.

⁵⁵ Bu konuda bkz. dn. 31.

ve II hükümleri çerçevesinde kira artışının TÜFE ile sınırlanması sebebiyle zaman içinde kira bedelinin emsal kira bedellerinin (rayicin) altında kalması riskinin bertaraf edilmesi ve bu suretle sözleşme dengesinin sağlanması amacı bulunmaktadır⁵⁶. Ancak belirtmek gerekir ki, bu sözleşmelerde kira bedelinin, emsal (rayiç) kira bedelinin altında kalması zamana yayılmayabilir. Emsal kiranın enflasyonist ortamda çok kısa sürede ve hızlı şekilde artması da mümkündür⁵⁷. Bu kapsamda da sözleşmenin kurulmasından itibaren beşinci yılın geçmesiyle TBK m. 344/III uyarınca kira bedeli tespit davası açılabilir.

TBK m. 344/III'ün lafzına bakıldığında bu kapsamda kira bedeli tespit davası açılabilmesi ancak sözleşmenin “beş yıldan uzun süreli” veya “beş yıldan sonra yenilenen” bir kira sözleşmesi olmasına bağlıdır. Bu ifadeler farklı yorumlara sebep olmaktadır. Salt lâfzî yorum ile hükmün, beş yıldan uzun süreli kira sözleşmeleri hakkında (Örneğin yedi yıllık sözleşme) ve beş yıllık kira sözleşmelerinin süresinin sona ermesiyle TBK m. 347/I uyarınca ilk kez yenilendiği durumlarda uygulanacağı sonucuna varılabilir⁵⁸. Ancak bu yorum özellikle beş yıldan sonra yenilenen sözleşmeler hakkında öğretime kabul görmemektedir. Bu kapsamda kira sözleşmesi ister bir ister iki, üç veya dört yıllık yapılmış olsun, TBK m. 347/I hükmü gereği yenilenmiş ve sözleşmenin başlangıcından itibaren beş yıllık kira süresi dolmuşsa TBK m. 344/III kapsamında kira bedeli tespit davası açılabilir⁵⁹.

Beş yıldan uzun süreli kira sözleşmeleri hakkında ise özellikle davanın ne zaman açılacağına yönelik farklı görüşler bulunmaktadır. Katıldığımız görüşe göre, bu sözleşmelerde sözleşme süresi içinde kira bedeli tespit davası açılmaz⁶⁰. Zira sözleşme süresi içinde ahde vefa ilkesinin

⁵⁶ ÖKTEM ÇEVİK, s. 69.

⁵⁷ Karş. YENİOCAK, s. 93. Yazara göre TBK m. 344/III'ün temel amacı, TBK m. 344/I uyarınca kira artış anlaşmalarına getirilen sınırlandırmanın yüksek enflasyon ve istikrarsız ekonomi ortamında yarattığı sonuçları bir nebze yumuşatmaktır.

⁵⁸ GÜMÜŞ, s. 72.

⁵⁹ GÖKYAYLA, s. 3358, N. 76 vd.; GÜMÜŞ, s. 72; ÖZEN, s. 2054; ÖKTEM ÇEVİK, s. 67.

⁶⁰ YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.1, Güncellenmiş 11. Baskı, İstanbul 2022, s. 711; ACAR, Faruk: “Beş Yıldan Uzun Süreli Kira Sözleşmelerinde TBK M. 33-44/3'ün Uygulanması Sorunuyla İlgili

kural olarak geçerli olduğu ve ancak TBK m. 138 hükmü şartlarının gerçekleşmesi durumunda kira bedelinde uyarılama sayesinde değişiklik yapılabileceği kabul olunmalıdır. Diğer görüşe göre ise beş yıldan uzun süreli sözleşmelerde, beşinci yılı takip eden (altıncı) yılın kira bedeli TBK m. 344/III uyarınca sözleşme süresinin bitmesi beklenmeden talep edilebilmektedir⁶¹.

TBK m. 344/III çerçevesinde kira bedelinin tespiti için dikkate alınacak unsurlar ise emsal kira bedelleri, kiralananın durumu, tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranı ve hakkaniyettir. Emsal kira bedeli, “*muntazaman ve devamlı süreler için akdedilen kira sözleşmelerinde taraflarca kabul edilen, istikrar kazanmış kira bedellerinin ulaştığı meblağ*”⁶² olarak tanımlanmaktadır. Emsal kira bedeli bilirkişi marifetiyle tayin edilir. Yargıtay uygulamasına göre emsal kira bedeli belirlenirken kiralananın nitelikleri ve kiralananın çevresinde aynı özellikte ve tespiti istenen döneme yakın zamanda kurulmuş kira sözleşmeleri dikkate alınır⁶³. Kira bedellerinin hızlı ve aşırı yükseldiği enflasyonist dönemler bakımından ise yakın dönem (yeni) kira bedellerinin dikkate alınmasının kanunun amacı ile bağdaşmadığı ifade edilmektedir⁶⁴. Bu kapsamda bir görüşe göre bu dönemlerde kiracıyı da koruyacak şe-

Bir Yargıtay Kararı İncelemesi”, YUHFD, C. XVIII, S. 2, 2021, s. 445-466; KAPANCI, s. 820; YENİOCAK, s. 94.

⁶¹ GÖKYAYLA, s. 3358, N. 76; GÜMÜŞ, s. 72-73; ÖZEN, s. 2056; ÖKTEM ÇEVİK, s. 67.

⁶² GÖKYAYLA, s. 3350, N. 63.

⁶³ Y.6.HD, 11.09.2014, E. 7941, K. 9714 (Legalbank, ET: 14.01.2023): “...18.11.1964 gün ve 2/4 sayılı Y.İ.B.K. ve yerleşik Yargıtay uygulamalarına göre “hak ve nesafet” ilkesi uyarınca hâkim bu sınırlamayı yaparken, öncelikle tarafların tüm delilleri varsa emsal kira sözleşmeleri aslı veya onaylı örnekleri dosyaya alınmalı, kiralananın niteliklerine göre üç kişilik (inşaat-mimar, mülk bilirkişileri) bilirkişiler kurulu oluşturularak bilirkişi marifetiyle kiralanan taşınmaz ve taraf emsalleri tek tek görüüp incelenmeli, res’en de emsal araştırılmalı, bilirkişilerce gerekli ölçüm ve inceleme yapıp böylece elde edilen veriler somutlaştırılarak, dava konusu yer ile ayrı ayrı (konumu, çevresi, niteliği, kullanım şekli, kira başlangıç tarihi, kira süreleri vb.) kira parasına etki eden tüm nitelikleri karşılaştırılmalı, emsal kira bedellerinin niçin uygun emsal olup olmadığı somut gerekçelerle açıklanmalı, dava konusu taşınmazın yeniden kiraya verilmesi (boş olarak) halinde getirebileceği kira parası belirlenmeli, Mahkemece bu kira parası dikkate alınmak suretiyle hak ve nesafete; özellikle tarafların kira sözleşmesinden beledikleri amaçlarına uygun makul bir kira parasına hükmedilmelidir...”.

⁶⁴ YENİOCAK, s. 80; karşı. ÖKTEM ÇEVİK, s. 74.

kilde hakkaniyet indirimi daha yüksek oranlı yapılmalıdır⁶⁵. Diğer görüşe göre ise geçmiş üç yıllık emsal kira ortalaması dikkate alınmalıdır⁶⁶. Buradaki sorun emsal kira bedelinin belirlenmesine yönelik olduğundan ikinci görüşün benimsenmesi makul gözükmektedir⁶⁷. Kiralananın (çatılı işyerinin) durumundan anlaşılan kiralananın emsalleri ile kıyaslanabilen tüm özellikleridir⁶⁸. Bu özelliklere kiralananın konumu, çevresi, yaşı, büyüklüğü, malzeme kalitesi, cephesi örnek verilebilir⁶⁹. Hâkim kira bedelini tespit ederken tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranını da dikkate almalıdır. Ancak TBK m. 344/I ve II'den farklı olarak TÜFE bir üst sınır değil, kira bedelinin belirlenmesinde yalnızca göz önünde bulundurulacak unsurlardan bir tanesidir. Dolayısıyla hâkimin, TBK m. 344/III'e göre kira bedelini TÜFE'nin üzerinde belirlemesi mümkündür⁷⁰. Kira bedeli tespitinde dikkate alınması gereken son unsur ise hakkaniyettir⁷¹. Bu unsur temelinde Yargıtay uygulaması bulunmaktadır⁷². Buna göre tespit edilecek bedel, kiralananın yeniden (boş) kiraya verilmesi durumunda getireceği kira bedeline eşit

⁶⁵ ÖKTEM ÇEVİK, s. 73.

⁶⁶ YENİOCAK, s. 81.

⁶⁷ Örneğin Alman kanun koyucu, Alman Medeni Kanunu (BGB) 558. paragrafı 1. ve 3. fıkraları ile emsal kira bedelinin üst sınırının belirlenmesi noktasında geriye dönük 3 yıllık bir hesaplama modeli öngörmektedir. BGB § 558/I ile kiralayana tek taraflı olarak emsale göre kira bedelinin yükseltilmesini kiracıdan talep etme hakkı tanınmıştır. Emsal kira bedeli, kira artış talebinin üst sınırını oluşturmaktadır. Hükmün 3. fıkrası çerçevesinde ise emsale göre dahi olsa kira bedelinde üç yıl içerisinde en fazla yüzde 20 oranında artış yapılabilmektedir ("Kappungsgrenze"). Dolayısıyla getirilen bu ikili sınırlandırma ile bedel artışına esas alınır emsal kira bedeli en fazla bu orana göre hesaplanan bedel olabilir. Bkz. SCHEFF, Matthias: Nomos Kommentar, BGB Schuldrecht, Dauner-Lieb, Barbara/Langen, Werner (Editörler) , 2. Bası, Baden-Baden 2012, BGB § 558, N. 15 vd.

⁶⁸ GÖKYAYLA, s. 3350, N. 63.

⁶⁹ GÖKYAYLA, s. 3350, N. 63; ÖKTEM ÇEVİK, s. 69. Bunların yanında Yargıtay uygulamasına göre ekonomik şartlar, kira paralarındaki fevkalade artışlar ve kiralanan çevresindeki sosyal ve ekonomik değişimler de dikkate alınmalıdır. Bkz. YHGK., 21.09.2021, E.2017/974, K. 2021/1058 (Legalbank, ET: 14.01.2023)

⁷⁰ GÖKYAYLA, s. 3358, N. 78.

⁷¹ Hakkaniyet unsurunun bağımsız bir unsur olduğu hakkında bkz. İNCEOĞLU, 148; ÖKTEM ÇEVİK, s. 72; GÖRMEZ, Mustafa: Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Belirlenmesi ve Uyarlanması, İstanbul 2019, s. 100.

⁷² Örneğin bkz. Y.IBHKG, 18.11.1964, E. 1964/ 2, K. 1964/4.

veya çok yakın tayin edilemez⁷³. Tespit edilen kira bedeli üzerinden hakkaniyete göre yüzde 10 ila 20 arasında bir indirim yapılmalıdır⁷⁴. Bu indirim çoğunlukla “eski kiracı indirimi” olarak karşımıza çıkmaktadır. Hâkim yapılacak indirimi somut gerekçelerle açıklamalıdır. Dolayısıyla hükme esas teşkil eden nedenler belirtilemeksizin aşırı indirim yapılamayacağı gibi az indirim de yapılamaz⁷⁵.

Kira bedeli tespit davasına ilişkin karar bir kira yılına ilişkin bedelin belirlenmesine yöneliktir⁷⁶. TBK m. 344/III c. 2 uyarınca kira bedeli tespit edildikten sonra kira bedeline karar verilen bu kira yılının başlangıcından itibaren⁷⁷ beş yıl dolmadıkça m. 344/III başvurulamaz.

III. ÇATILI İŞYERİ KİRA BEDELİNİN YÜKSEK ENFLASYON NEDENİYLE UYARLANMASI İHTİMALİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

A. Genel Olarak

Borçlar hukukunun temel ilkelerinden birisi ahde vefa ilkesidir. Latince ifadesi ile pacta sunt servanda olarak bilinen bu ilke, irade özerkliği ilkesinin bir sonucudur⁷⁸. İrade özerkliği ilkesi çerçevesinde sözleşme taraflarının özgür ve bağımsız oldukları kabul edildiğinden, tarafların kendi menfaatlerine en uygun sözleşmeyi ve dengeyi kurdukları varsayılır⁷⁹. Bu doğrultuda taraflar sözleşme koşulları ile bağlıdır ve bu koşullar aynen uygulanmalıdırlar. Ancak sözleşme akdedildiğinde karşılıklı edimler arasında kurulduğu kabul edilen denge, sonradan ko-

⁷³ Örneğin bkz. Y.6.HD, 02.10.2014, E.2014/721, K.2014/10873 (Legalbank, ET: 14.01.2023).

⁷⁴ GÖRMEZ, s. 100.

⁷⁵ Y.HGK., 21.09.2021, E.2017/974, K. 2021/1058 (Legalbank, ET: 14.01.2023).

⁷⁶ Y.HGK., 03.12.2014, E. 2013/1175, K. 2014/997(Legalbank, ET: 14.01.2023).

⁷⁷ Örneğin beşinci kira yılının sonunda ilk yenileme yılı (altıncı yıl) için kira bedeli tespiti yapıldıktan sonra, ancak on birinci yıl uygulanmak üzere m. 344/III'e göre tespit talep edilebilir. Bkz. YAVUZ, s. 710 vd.; ÖZEN, s. 2055. Ancak pek tabii beşinci yılın sonunda kira bedeli tespit davası açmak zorunlu olmadığından beş yılın hesaplanmasında ilk kira tespitinin hangi kira yılında uygulandığı dikkate alınmalıdır. Bu konuda ÖKTEM ÇEVİK, s. 68.

⁷⁸ BAYSAL, Başak: Sözleşmenin Uyarlanması, BK. m 138, Aşırı İfa Güçlüğü, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul 2019, s. 7.

⁷⁹ SCHMIDT-RIMPLER, Walter: “Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941), s. 130-197.

sulların değişmesiyle taraflardan biri aleyhine katlanılamayacak düzeyde bozulabilir. Bu hallerde sözleşme adaletinin sağlanması amacıyla sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması; başka bir ifadeyle sözleşme koşullarının yeni durum dikkate alınarak değiştirilmesi mümkündür⁸⁰. Kısacası kural olan sözleşmeye bağlılık, istisnai olan ise sözleşmenin uyarlanmasıdır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğünden önce öğreti ve Yargıtay'ın TMK m. 2'ye dayandırdığı "uyarlama" kurumu⁸¹, yabancı para borçlarını da kapsamına alan TBK m. 138 ile açıkça düzenlemeye kavuşmuştur. Sözleşmede veya kanunda uyarlamaya ilişkin bir hüküm bulunmaması halinde TBK m. 138 gereği uyarlama hâkimden talep edilir⁸². Sözleşmenin uyarlanması amacıyla hâkimin sözleşmeye müdahalesi ise bazı şartlara bağlıdır⁸³. Bunlar; sözleşme kurulduktan sonra durumun esaslı şekilde değişmesi; esaslı biçimde değişen koşulların - sözleşmeye etkisinin- öngörülememesi; sözleşmedeki bozulan denge neticesinde ifanın borçludan beklenemez hale gelmesi (ifayı talep etmenin dürüstlük kuralına aykırı olması); durum değişikliğinin uyarlama isteyen tarafa yükletilmemesi; borçlunun borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olmasıdır.

Uyarlama talebinde bulunmanın ilk şartı işlem temelini oluşturan durumlarda sözleşmenin kurulumundan sonra meydana gelen değişikliktir. Yargıtay kararlarında⁸⁴ ve TBK m. 138'de açıkça bu durum değişikliğinin olağanüstü nitelikte olması aranmıştır. Öğretide ise konu

⁸⁰ BAYSAL, s. 29 vd.

⁸¹ OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, 19. Baskı, İstanbul 2021, s. 212; örneğin bkz. bkz. Y.HGK, 30.10.2002, E. 2002/13-852, K. 2002/864.

⁸² Sözleşmelerin uyarlanmasının usulü konusundaki farklı yaklaşımlar şöyledir: Hâkimden uyarlamanın talep edilmesi, uyarlama hakkının dava dışında yenilik doğuran bir hâl olarak tanınması, uyarlamanın şartlarının gerçekleşmesi ile kendiliğinden sonuç doğurması, taraflara sözleşmenin değişen koşullar karşısında yeniden müzakere yükümünün yüklenmesi bunlardandır. Bu konuda bkz. BAYSAL, s. 350 vd.

⁸³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. BAYSAL, s. 219 vd.

⁸⁴ Örneğin bkz. Y.HGK, 30.10.2002, E. 2002/13-852, K. 2002/864 (Legalbank, E.T: 29.01.2023).

tartışmalı olmakla birlikte⁸⁵ olağan durum değişikliklerinin uyarlamaya yol açabileceğini ifade eden görüş de mevcuttur⁸⁶. Durum değişikliğinin zamansal olarak ortaya çıktığı an önemli ölçütlerden bir tanesidir⁸⁷. Ancak sözleşmenin kurulumundan sonra ortaya çıkan değişiklikler uyarlamayı beraberinde getirebilir.

Durum değişikliği taraflarca öngörülemez ve öngörülmesi de beklenemez olmalıdır. Öngörülemeyen durum, olayın kendisi olabileceği gibi durum değişikliğinin sözleşmede yarattığı sonuçların boyutu da olabilir⁸⁸. Öngörülemezliğin değerlendirilmesinde sözleşmenin kurulma anı, sözleşmenin süresi, sözleşmenin niteliği ve tarafların özellikleri (tarafların sosyal statüsü, eğitimi, meslekleri vb.) ölçüt alınır⁸⁹.

Sözleşmedeki dengenin bir taraf aleyhine dürüstlük kuralına aykırı biçimde bozulması neticesinde ifa beklenemez hale gelmelidir⁹⁰. TBK m. 138'in lafzından çıkarılabileceği gibi kanun koyucu her ne kadar koşulların borçlu aleyhine dürüstlük kural(lar)ına aykırı düşecek şekilde değişmesinden bahsetmişse de, edimler arasındaki dengenin bozulması gereğini açıkça ifade etmemiştir. Buna karşın aşırı ifa güçlüğüne atıfta bulunmuştur. Oysa TBK m. 138'in temelinde işlem temelini çökmesi teorisi bulunmaktadır⁹¹. Sözleşmenin kurulumundan sonra esaslı değişikliğe bağlı olarak ortaya çıkan işlem temelini çökmesi halleri ise öğretide üç başlık altında sınıflandırılmaktadır. Bunlar; edim dengesinin bozulması; aşırı ifa güçlüğü; hukuki işlem ile hedeflenen amacın boşa çıkmasıdır. Bu bağlamda öğretide TBK m. 138'in amaca uygun yorum-

⁸⁵ Bu konuda bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip: "İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?", M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 503-514.

⁸⁶ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 511 vd.; **BAYSAL**, s. 345; karşı. **YAVUZ**, s. 626 (yazar, bireysel nitelikte bir olağanüstülüğü kabul etmektedir.); aksi görüş için **GÜMÜŞ**, s. 88 (yazar, sosyal boyut taşımayan olaylara bağlı olarak uyarlama talep edilemeyeceğini ifade etmektedir.)

⁸⁷ Uyarlamayı, temel hatasından ayıran temel özellik bu zamansal farklılıktır. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 511 vd.

⁸⁸ Bkz. **BAYSAL**, s. 256.

⁸⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **BAYSAL**, s. 265 vd.

⁹⁰ **BAYSAL**, s. 290 vd.

⁹¹ Bkz. TBK 137. madde gerekçesi.

lanması veya örtülü bir kanun boşluğunun kabul edilerek, özellikle edim dengesinin bozulduğu hallerin de hükmün kapsamına girdiğinin kabul edilmesi gerekliliği ifade olunmaktadır⁹². Bu bağlamda sözleşmenin her iki tarafı da uyarılama talep edebilir.

Durum değişikliği uyarılama talep eden tarafa isnat edilmemelidir⁹³. Ayrıca ifa edilmiş sözleşmeler bakımından ihtirazi kayıt konulması şartı TBK m. 138’de düzenlenen diğer bir şarttır⁹⁴.

Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanabilmesi için bu unsurların tamamının birlikte gerçekleşmesi gerekir. Uyarılama denilince ilk akla gelen yöntem, bedel indirimi veya artırımı olsa da bu konuda hâkimin geniş takdir alanı bulunmaktadır⁹⁵. Değişen koşullar karşısında sözleşmenin uyarılama ile ayakta tutulması mümkün değilse, uyarılama talep eden tarafın sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı bulunmaktadır⁹⁶.

⁹² BAYSAL, s. 244; YAVUZ, s. 633; GÜMÜŞ, s. 88.

⁹³ BAYSAL, s. 280.

⁹⁴ Baysal, ifa edilmiş sözleşmelerin (dar anlamda) uyarlanması bakımından daha dikkatli olunması gerekliliğini ifade etmekle birlikte esas ölçütün çekince ileri sürülmesi değil, beklenmezlik unsuru olduğunu; dolayısıyla tarafların durumunun beklenmezliği işaret ettiği hâllerde (dar anlamda) uyarılamanın mümkün olduğu görüşünü ifade etmektedir. Bkz. BAYSAL, s. 342.

⁹⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 214; BAYSAL, s. 403 vd.

⁹⁶ Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ile sözleşmeden dönme/fesih hakkının kullanımı bakımından farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması –dar anlamda uyarılama- için hâkimin müdahalesi şarttır. Ancak sözleşmeden dönme hakkı mahkeme dışı bir beyanla da kullanılabilir (karş. OĞUZMAN/ÖZ, s. 214). Buna paralel olarak öğretide başka görüşe göre taraf (kiracı) mahkemeye başvurmadan sözleşmeyi feshetmişse; daha sonra uyuşmazlık mahkeme önüne geldiğinde hâkim sözleşmenin uyarlanamayacağı kanaatine varırsa, dava öncesindeki fesih beyanını geçerli saymalıdır. Bkz. BELLİCAN, Cüneyt: “İşyeri Kirası Sözleşmelerinde Covid 19 Salgınunun Kira Bedeli Ödeme Borcuna Etkisi”, Koronavirüs döneminde güncel hukuki meseleler sempozyumu: Bildiri tam metin kitabı 29 - 30 Mayıs 2020, Çalışkan, Yusuf, Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz, Erol, Ömer Faruk, Dülger, Ahmet, Yakacak, Gülnihal Ahter ve Kafalı, Ömer Faruk (Editörler), İstanbul 2020, s. 385-423. Türk hukukunda işlem temelinin çökmesinin tüm hukukî sonuçlarının yenilik doğuran hak niteliğinde ve hâkimin kararının açıklayıcı bir tespit kararından ibaret olduğu yönündeki görüş için bkz. BAYSAL, s. 367.

B. Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Yüksek Enflasyon Nedeniyle Uyarlanması

TBK m. 138 genel hüküm olduğundan çatılı işyeri kira sözleşmeleri bakımından da uygulanabilir⁹⁷. Uyarlama talebi kiracı veya kiralayan tarafından öne sürülebilir. TBK m. 138 uyarınca bir çatılı işyeri kira sözleşmesinin hâkim tarafından uyarlanabilmesi öncelikle sözleşmede veya kanunda değişen koşullara ilişkin hüküm bulunmamasına bağlıdır. Bu noktada çatılı işyeri kira sözleşmesinin uyarlanmasını temelde iki şarta bağlı olarak incelenebilir. Bunlar; sözleşmede veya kanunda hüküm bulunmaması (negatif unsur) ve uyarlama şartlarının somut olay özelinde gerçekleşmesidir (pozitif unsur).

1. Sözleşmede veya Kanunda Hüküm Bulunmaması

a. Sözleşmede Olumlu veya Olumsuz Uyarlama Hükümünün Bulunmaması

Taraflar sözleşme kurulduktan sonra durumun esaslı şekilde değişmesi ihtimaline karşı sözleşmenin akıbetinin ne olacağını gösterir hüküm kararlaştırabilirler (intibak kaydı). Bu durum sözleşme özgürlüğünün yansımasıdır⁹⁸. Bu anlaşma sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan durum değişikliklerine sözleşmenin uyarlanmasına yönelik olabileceği gibi sözleşmenin durum değişikliklerine rağmen olduğu hali ile uygulanmaya devam edeceği üzerine de olabilir. İlk halde olumlu uyarlama, ikinci halde ise olumsuz uyarlamanın varlığından bahsedilir⁹⁹.

Sözleşmede olumlu veya olumsuz uyarlama hükmünün bulunması halinde ilk aşamada hangi tür durum değişikliklerinin olumlu veya olumsuz uyarlamayı doğuracağı belirlenmelidir. Durum değişiklikleri genel bir ifade ile veya listeleme yoluyla gösterilebilmektedir. Genel ifadeler “mücbir sebep”, “fevkalade hâl”, “beklenmedik hâl”, “olağa-

⁹⁷ TBK m. 138, çatılı olsun olmasın tüm işyeri kira sözleşmelerinde ve kira hukukunun genel hükümlerine tabi diğer tüm sözleşmelerde de uygulanabilir. Ancak konumuzun çerçevesi sebebiyle çatılı işyeri kiralari özelinde kalınmıştır.

⁹⁸ TBK m. 138’in emredici hüküm olmadığı konusunda bkz. BAYSAL, s. 293; YAVUZ, s. 626. Hüküm nisbi emredici nitelikte olduğu görüşü için bkz. İNCEOĞLU, s. 164.

⁹⁹ Örneğin bkz. GÜMÜŞ, s. 87.

nüstü hâl” kavramları üzerinden şekillendirilebilir. Diğer yandan sözleşmenin akıbeti belirli somut durum veya durumlara da bağlanabilir. Örneğin, doğal afetler, savaş hali, grev, yangın, kanun değişikliği, demir-çelik fiyatlarının belirli bir oranda artması, fiyat endeksinin belirli bir oranı aşması veya döviz kurunun belirli bir seviye üzerindeki yükselişi gibi¹⁰⁰... Listeleme halinde, sayılan durumların sınırlı sayıda mı yoksa örnekleme mi olduğuna dikkat edilmelidir. Örneğin “ve benzeri haller”, “gibi”, “özellikle”, “ve benzeri” ifadeleri ile uyarlama hükmünün kapsamı genişletilebilmektedir.

Olumlu uyarlama hükmü, yani sözleşmenin yeni koşullara uyarlanacağına ilişkin bir hüküm bulunması halinde ikinci aşamada uyarlamanın nasıl gerçekleştirileceğinin tayini gerekir. Sözleşme özgürlüğünün sonucu olarak çeşitli ihtimaller düşünülebilir. Örneğin; döviz kurunun somut sözleşme özelinde sabitlenmesi mümkündür. Ayrıca taraflar, esaslı durum değişikliğinin ardından sözleşme koşullarını yeniden müzakere edeceklerini kararlaştırılabilmektedirler¹⁰¹.

Yargıtay¹⁰², olumlu veya olumsuz uyarlama hükmüne dayanılmasının hakkın kötüye kullanılması anlamına geldiği hâllerde hâkim tarafından uyarlama yapılabileceğini ifade etmektedir.

Çatılı işyeri kira sözleşmelerinin olumlu veya olumsuz uyarlama hükmü (kayı) içermesi mümkündür. Genel veya özel biçimde ifade edilen sözleşmenin kurulumundan sonra ortaya çıkacak bir durum değişikliğinde sözleşmenin uyarlanması kararlaştırılmış ise olumlu uyarlama hükmü mevcuttur. Örneğin tüketici fiyat endeksinin yıllık ortalamasının sözleşme kurulduktan sonra yüzde 65’i aşması halinde tarafların kira artışını yüzde 50 oranında sabitlemesi düşünülebilir. Kira bedelinin yabancı para cinsinden belirlendiği hallerde ise sözleşme kurul-

¹⁰⁰ Örnekler için bkz. **BAYSAL**, s. 295 ve 303.

¹⁰¹ Yeniden müzakerenin bir yükümlülük veya ödev olduğu konusundaki tartışmalar için bkz. **İNCE**, Nurten: “Yeniden Müzakere Etme Borcu mu Külfeti mi?”, **BATİDER**, C. 33, S. 1, 2017, s. 179-208; **BAYSAL**, s. 363 vd. Bu konudaki görüşümüz için bkz. **KÜÇÜKDAĞLI**, Ayşegül/**KÜÇÜKDAĞLI**, Ufuk: “Covid-19 Salgınına Karşı Alınan Tedbirlerin Eğitim Ücreti Yönü ile Özel Okul Kayıt Sözleşmelerine Etkisi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 199-200, 2021, s. 657-697.

¹⁰² Y.HGK, 15.10.2003, E. 2003/13-599, K. 2003/599 (Kazancı, E.T: 29.01.2023).

duktan sonra devalüasyon meydana gelmesi halinde kurun belirli bir miktarda Türk lirası üzerinden sabitlenmesi mümkündür. Diğer taraftan fiyat dalgalanmaları, yüksek enflasyon, ekonomik veya siyasi değişiklere karşın sözleşmenin aynen ifası kararlaştırılmış ise olumsuz uyarılama hükmü mevcuttur. Her iki halde de bu sözleşme hükümlerin uygulanması TMK m. 2/II, yani hakkın kötüye kullanılması yasağı ile sınırlıdır. Olumlu veya olumsuz uyarılama hükmüne dayanmanın hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği hallerde TBK m. 138'in uygulanması önünde engel yoktur.

b. Kanuni Uyarılama¹⁰³

Türk Borçlar Kanunu'nun açık düzenlemesine göre uyarılama hâkimden talep edilir. Ancak yasama yetkisinin asliliği ilkesi doğrultusunda yasama organının özel hukuk sözleşmelerine değişen şartlar nedeniyle müdahale edebileceği kabul edilmektedir¹⁰⁴.

Hukukumuzda kanun yoluyla sözleşmelere değişen şartlar nedeniyle müdahale konusunda çeşitli örnekler görülmektedir¹⁰⁵. Kira sözleşmeleri bakımından ise 7409 Sayılı Kanun'a eklenen 4. maddeyle TBK'ya eklenen Geçici madde 1 bu örnekler arasında yerini almıştır. Bu hüküm ile kanun koyucu 1 Temmuz 2023 tarihine kadar yenilenen konut kiralarına kiracı lehine müdahale etmiştir. Böylece taraflar arasındaki kira artış anlaşmaları bir önceki kira yılına ait kira bedelinin yüzde yirmi beşi ile sınırlandırılmaktadır. Ancak kanun koyucunun sözleşmelere müdahalesi mutlak ve sınırsız değildir. Hukuk devleti, ölçülülük, mülkiyet hakkı gibi Anayasanın çizdiği sınırlar içinde müdahale mümkündür¹⁰⁶. Bu bağlamda özellikle mülkiyet hakkı bakımından hükmün Anayasa'ya aykırılığı tartışmaya açıktır¹⁰⁷.

¹⁰³ Kanuni uyarılama kavramı için bkz. **EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019, N. 1499 ve N. 1501.

¹⁰⁴ Bu konuda bkz. **DEMİRBOĞA**, Ali: "Kanun Yoluyla Sözleşmelere Müdahale", Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 6, 2016, s. 21-37. Eren, Türk Borçlar Kanunu'nun bazı kanuni uyarılama kuralları içerdiğini ifade etmektedir. Bkz. **EREN**, s. 543.

¹⁰⁵ Bu konuda **DEMİRBOĞA**, s. 21.

¹⁰⁶ **DEMİRBOĞA**, s. 36.

¹⁰⁷ Bu konuda bkz. **YENİOCAK**, s. 55 vd.

Vurgulandığı üzere Geçici madde 1 hükmünün uygulanma alanı konut kiralari ile sınırlıdır. Çatılı işyeri kira sözleşmelerine kanun koyucunun bu tarzda bir müdahalesi söz konusu değildir. Dolayısıyla işyeri kiralalarında TBK m. 138'in uygulanmasına bu anlamda bir engel yoktur.

2. Uyarılama Şartlarının Somut Olay Özelinde Mevcudiyeti

Uyarılama davasının ilk şartı sözleşme kurulduktan sonra durum esaslı şekilde değişmesidir. Bu çerçevede durum değişikliğinin somut uyuşmazlığa konu oluşturan çatılı işyeri kira sözleşmesi kurulduktan sonra ortaya çıkması gerekir¹⁰⁸. Yukarıda da ifade olunduğu üzere durum değişikliğinin “olağanüstü” niteliğinin şart olmadığı öğretilmektedir. Somut çatılı işyeri kira sözleşmesindeki edimler arası dengeye esaslı şekilde etki ettiği anlaşılan bir gelişmenin varlığı yeterli görülmelidir¹⁰⁹. Bu bağlamda enflasyonun aşırı ve durdurulamayan yükselişi esaslı bir değişiklik olarak nitelenmeye uygun bir gelişmedir¹¹⁰. Diğer yandan sözleşmesel dengeyi etkileyen enflasyon oranının aşırı artışı sözleşme kurulduktan sonra meydana gelmelidir¹¹¹.

Ayrıca durum değişikliği kira sözleşmesinin taraflarınca öngörülemez ve öngörülmesi de beklenemez olmalıdır. Öngörülemezlik unsurunun değerlendirilmesinde sözleşmenin kuruluş anı esas alınır¹¹². Du-

¹⁰⁸ Örneğin Yargıtay bir kararında 2001 Türkiye ekonomik krizinden sonra kurulmuş ve kira bedelinin yabancı para cinsinden belirlendiği bir sözleşmede uyarılama talebini reddetmiştir. Y.11.HD., 12.11.202, E. 2002/6990, K. 2002/10324 (Legalbank, E.T.: 26.01.2023).

¹⁰⁹ Karş. **YAVUZ**, s. 626.

¹¹⁰ Yüksek enflasyon, devalüasyon, enflasyon oranındaki aşırı artış olağanüstü nitelikte durum değişikliklerinden kabul edilmektedir. Örneğin bkz. Y.3.HD.,20.02.2019, E. 2017/5992, K. 2019/1363 (Legalbank, E.T: 25.01.2023); **YAVUZ**, s. 626; **YENİOCAK**, s. 161.

¹¹¹ Örneğin 2019 Temmuz ayında kurulmuş dört yıllık bir çatılı işyeri kira sözleşmesinde kira artışının günün enflasyon koşullarına paralel biçimde yüzde 15 oranı ile sabitlendiğini düşünelim. Bu belirli işyeri kira sözleşmesinde kira bedelinin yükseltilmesinin tek yolu TBK m. 138 hükmünün şartlarının yerine gelmesidir. TÜİK verilerine göre ise 2020 yılı Temmuz ayında TÜFE'nin on iki aylık ortalamalara göre değişimi yüzde 11, 51; 2021 Temmuz ayında 15, 1; 2022 Temmuz ayında ise yüzde 49, 65'tir. Dolayısıyla sözleşmenin dördüncü yılı için enflasyonun hızlı ve aşırı artışı kiralayan bakımından kiranın yükseltilmesi yönünde bir uyarılama talebine - ihtirazi kayıt koşulunun da- varlığı hâlinde imkân vermektedir.

¹¹² **BAYSAL**, s. 206.

rum değişikliği öngörülebilir olmakla birlikte, bunun sözleşmeye etkilerinin boyut ve biçiminin öngörül(e)memiş olması mümkündür¹¹³. Dolayısıyla kiracı veya kiralayanın durum değişikliğini tahmin edebilecek olmasının yanında durum değişikliğinin sözleşmesel denge üzerindeki etkisini öngörememiş olmaları hâlinde de uyarılma talep etmeleri mümkündür.

Ekonomik krizler, enflasyon grafiğinin yükselme eğilimi ve döviz kurundaki dalgalanmalar bakımından “öngörülemezlik” unsurunun özel olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira Yargıtay kararlarında bu türden gelişmelerin öngörülemez nitelikte olmadığı söylemine rastlanmaktadır¹¹⁴. Ancak bu görüşten hareketle, devalüasyon ve ekonomik/enflasyonist krizlere bağlı olarak hiçbir şekilde uyarılma davası açılmayacağı sonucuna varılmamalıdır¹¹⁵. Bahsi geçtiği gibi olayın/durum değişikliğinin kendisinin öngörülebilir olması, sözleşmedeki etki ve sonuçlarının da aynı biçimde öngörülebilir olduğu anlamına gelmemektedir¹¹⁶. Ancak somut olayın ve ekonomik dönemin özellikleri birlikte değerlendirildiğinde uyarılma talebi hakkında hükme varılabilir¹¹⁷. Örneğin enflasyon oranlarının tekrar iki haneli sayılarla ölçülmeye başlandığı tarihten itibaren yüksek enflasyonlu bir döneme girileceği tah-

¹¹³ BAYSAL, s. 256; YAVUZ, s. 626; aynı şekilde bkz. Y.3.HD, 20.02.2019, E. 2017/5992, K. 2019/1363 (Legalbank, E.T: 25.01.2023).

¹¹⁴ Örneğin bkz. Y.HGK, 12.11.2014, E. 2014/13-1614, K. 2014/900. Tüzüner/Öz, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bu gerekçesini “mütemadiyen ekonomik krizli Türkiye” bakış açısını yansıtmaması nedeniyle iktisat bilimi ve hukuk ilmi ile uyumlu bulunmamaktadır. Bkz. TÜZÜNER, Özlem/ÖZ: Kerem, “Aşırı İfa Güçlüğüne İlişkin İçtihat İncelemesi”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 2015, s. 421-470.

¹¹⁵ BAYSAL, s. 268; YENİOCAK, s. 158. Gümüş ise özellikle periyodik ekonomik krizlerin yaşandığı bir ülkede çok uzun zaman geçmedikçe bir sonraki krizin öngörülemez sayılmayacağını ifade etmektedir. Bkz. Gümüş, s. 88. Katıldığımız görüşe göre öngörülemezlik unsuru, ekonomik dönemin ve eldeki sözleşmenin somut verileri dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bu bağlamda Gümüş’ün görüşüne katılmamaktayız. Zira uygulamada her ekonomik darboğaz “kriz” olarak adlandırılmadığı gibi krizin periyotlarının bilinmesi de konunun uzmanı dışındaki kişilerin malumu olmayabilir. Diğer yandan ekonomik kriz tahmin edilebilir olsa da, bunun somut sözleşmeye etkilerinin öngörülmemiş olması mümkündür.

¹¹⁶ Karş. YENİOCAK, s. 158.

¹¹⁷ BAYSAL, s. 268.

min edilebilir olsa da¹¹⁸, enflasyon artışının derecesi/hızı (örneğin yüzde yüzü geçip geçmeyeceği) ve bunun sözleşmesel dengeyi ne kadar etkileyeceği sözleşme kurulumu tarihinde öngörülememiş olabilir. Dolayısıyla bu konuda her somut çatılı işyeri kira sözleşmesi açısından özel bir değerlendirmeye ihtiyaç bulunmaktadır.

Tacirler bakımından öngörülemezlik unsurunun nasıl değerlendirileceği konusu özellik arz etmektedir. Çatılı işyeri kira sözleşmesinin taraflarından birinin tacir olması da yüksek ihtimal dâhilindedir. TTK m. 18/II'de belirtilen basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğü, Yargıtay'ın öngörülemezlik unsurunu bu kişiler bakımından dar yorumlamasına neden olmuştur¹¹⁹. Bu yaklaşıma göre ülkemizdeki ekonomik istikrarsızlık veya döviz kurundaki dalgalanma tacir tarafından tahmin edilemez keyfiyet değildir. Bu doğrultuda tacir olan kiracı veya kiralayanın aşırı enflasyon artışını veya döviz kurundaki dalgalanmayı öngörmesi beklendiğinden, bu kişiler sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını talep edemez mi? Bu soruya salt soyut ve genel geçerli biçimde değil, somut olayın özellikleri dikkate alınmak suretiyle dürüstlük kuralının çizdiği sınırlar içerisinde yanıt verilebilir¹²⁰. Zira her ne kadar tacirlerin öngörü seviyesi bir esnaftan veya tüketiciden beklenen düzeyden yüksek olsa da öngörülemezlik unsuru tacirleri topyekûn TBK m. 138 hükmünün uygulama alanı dışında bırakır şekilde yorumlanamaz¹²¹. Hükmün genel niteliği ve sözleşme adaletini sağlamaya yönelmesi buna engel oluşturmaktadır. Bunun yanında yalnızca tacir sıfatı değil, tarafın meslek erbabı ("profesyonel") olması da -tacir kadar olmasa da- öngörü seviyesi üzerinde etkilidir. Bu anlamda tacir olsun olmasın uyarılama

¹¹⁸ Ülkemizin enflasyon geçmişi hakkında örneğin bkz. **AYDOĞAN**, Esenay: "1980'den günümüze Türkiye'de Enflasyon Serüveni", Yönetim ve Ekonomi Dergisi, C. 11, S.1, 2004, s. 91-110. Enflasyon ve enflasyon belirsizliği hakkında bkz. **ATGÜR**, Musa: "Enflasyon ve Enflasyon Belirsizliği İlişkisinin Türkiye Ekonomisi Açısından Analizi", Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 46, 2021, s. 305-320.

¹¹⁹ Örneğin bkz. Y.HGK, 07.5.2003, E. 2003/13-332, K. 2003/340, (Legalbank, E.T: 25.01.2023).

¹²⁰ **BAYSAL**, s. 278; **YAVUZ**, s. 627.

¹²¹ Karş. **BAYSAL**, s. 277; **YENİOCAK**, s. 159; **BELLİCAN**, s. 407.

talep eden tarafın mensubu olduğu grubun ortalama ve makul üyesinin öngörü düzeyi esas alınmalıdır¹²².

Sözleşme süresinin, öngörülemelik unsuru bakımından etkisinin de üzerinde durulmalıdır. Kira uyarılama davası açılabilmesi için çatılı işyeri kira sözleşmesinin uzun süreli olması şart olmayıp, kısa süreli (örneğin bir yıllık) bir kira sözleşmesinde de öngörülemelik unsurunun gerçekleşmiş olabileceği kabul edilmelidir¹²³. Zira kısa süreli bir sözleşme bakımından da edim dengesini bozan düzeyde gelişmeler vuku bulabilir¹²⁴. Enflasyonun hızla yükselmesi karşısında kiralananın satış bedelinin aşırı değerlendirilmesi ve başlangıç kira bedellerinin kısa sürede artması buna örnek verilebilir.

Kira bedelinin uyarlanabilmesi için sözleşmedeki bozulan denge neticesinde ifanın borçludan beklenemez hale gelmesi¹²⁵; başka bir ifadeyle borçludan ifanın sözleşmenin kurulduğu haliyle talep edilmesinin dürüstlük kuralına aykırılık düşmesi gerekmektedir. Taraflar arasındaki dengenin ne zaman ve ne kadar bozulmuş sayılacağı hususunda değerlendirme ölçütü dürüstlük kuralıdır¹²⁶. Dürüstlük kuralına aykırılıktan söz edebilmek için ise taraflar arasındaki dengenin önemli düzeyde¹²⁷

¹²² Karş. **BAYSAL**, s. 278.

¹²³ Baysal, uzun süreli sözleşmeler bakımından öngörülemelikliğin derecesinin kısa süreli sözleşmelere kıyasen daha yüksek olduğunu belirtmektedir. Ancak süre kısa olsa da sonradan ortaya çıkan durum değişikliğinin işlem temelinin çökmesine neden olabileceğini de kabul etmektedir. Bu konuda bkz. **BAYSAL**, s. 269; aynı görüş için bkz. **GÖRMEZ**, s. 160. Aksi görüş için bkz. **GÜMÜŞ**, s. 89; örneğin bkz. Y.HGK., 30.10.2002, E. 2002/13-852, K. 2002/864. Yargıtay Hukuk genel Kurulu kısa süreli kira sözleşmesine dayanılarak da uyarılama davası açılabilmesini kabul etmiştir (Y.HGK., 30.10.2022, E. 2002/13-852, K. 2002/864). Diğer bazı Yargıtay kararlarında ise kısa süreli kira sözleşmelerinde uyarılama talep edilemeyeceğine karar vermiştir (Örneğin bkz. Y.13.HD, 25.04.2002, E. 2002/2820, K. 2002/4565).

¹²⁴ **BAYSAL**, s. 269.

¹²⁵ Bu unsuru, ifanın beklenemezliği şartı olarak nitelendiren yazarlar için örneğin bkz. **BAYSAL**, s. 286; **YAVUZ**, s. 630.

¹²⁶ Yargıtay uyarılama davalarında sözleşmedeki uyarılama (intibak) boşluğunun, hak ve nesafet, doğruluk, dürüstlük kuralları (TMK'nun 2/1, 4. md) ışığında yasa boşluğunda olduğu gibi TMK'nun 1. maddesindeki yetkiye dayanılarak doldurulması gereğini çeşitli kararlarında ifade etmektedir. Örneğin bkz. Y.3.HD, 11.09.2018, E. 2017/13096, K. 2018/8263 (Legalbank, E.T: 25.01.2023).

¹²⁷ Başka bir ifadeyle edimler arasındaki denge "ağır ve açık" şekilde bozulmalıdır. Bkz. **GÖRMEZ**, s. 164. Yargıtay kararlarında ise kira sözleşmelerinde edimler arası

bozulması gerekir. Bu bağlamda yüksek enflasyon, enflasyon grafiğinin hızlı ve aşırı yükselişi, ekonomik krizler vb. çatılı işyeri kira sözleşmelerindeki dengeyi bozma ihtimali bulunan durumlardır. Ancak bunların tek başına vuku bulması sözleşmenin uyarlaması için yeterli değildir¹²⁸. Sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen bu olayların somut sözleşmedeki dengeyi önemli şekilde bozduğunun da tespiti gerekir. Yargıtay, bu tespitin sözleşmenin taraflara sağladığı menfaatler ile ekonomik değişikliklerin etkilerinin, kiralananın özellikleri gibi somut olay özelinde belirlenecek tüm objektif ve sübjektif hal ve koşulların esas alınması suretiyle gerçekleştirileceğini belirtmektedir¹²⁹. Edim dengesinin bozulması sözleşmenin her iki tarafı açısından da ortaya çıkabilir¹³⁰. Dolayısıyla uyarlama talebi kiracı veya kiralayandan gelebilir. Kira bedelinin yabancı para üzerinden belirlenmiş olduğu kira sözleşmelerinde¹³¹, sözleşme kurulumundan sonra yaşanan ekonomik kriz nedeniyle kurun aşırı yük-

dengeyi "aşırı bozulması ve sözleşmenin taraflar açısından çekilmez hâle gelmesi" aranmaktadır. Örneğin bkz. Y.3.HD, 20.02.2019, E. 2017/5992, K. 2019/1363 (Legalbank, E.T: 25.01.2023).

¹²⁸ Y.3HD,30.05.2012, E. 2012/8973, K. 2012/13817 (Legalbank, E.T. 01.02.2023) , "...Uyarlama davalarına ilişkin ilkeler, uyarlama koşullarının var olup olmadığı araştırılmadan hüküm kurulmaz. Mahkemece yapılacak iş, resmi kurumlardan enflasyonun oran ve seyri araştırılmalı, bununla birlikte kiralananın kullanım sahası, nitelikleri, bulunduğu mevki, konumu, emsal kira paraları, sözleşmenin kurulduğu, davanın açıldığı tarih itibarıyla vergi ve amortisman giderleri, artış oranı ve diğer makul ve normal objektif etkenler yerinde uzman bilirkişiler aracılığıyla incelenmeli, böylece belirlenecek uygun durum baz kabul edilmeli, daha sonra hal ve şartların değişmesi nedeniyle kiracıya ne miktarda mükellefiyet yüklenebileceği tartışılmalı, kira parası tarafların amacına uygun objektif iyiniyet, hakkaniyet ve nesafet kurallarının elverdiği ölçüde ve düzeyde, aşırı olmayan, tahammül edilebilir bir seviyeye getirilmeli, sonuçta tüm dayanakları belirtilmiş, gerekçeli karar verilerek sözleşmedeki intibak boşluğu doldurulmalıdır..."

¹²⁹ Yargıtay Y.3.HD, 11.09.2018, E. 2017/13096, K. 2018/8263 (Legalbank, E.T: 25.01.2023) kararında kira bedeli tespit davalarındaki yöntem ile uyarlama davalarındaki yöntemin farklılığına dikkat çekmiştir ("...Burada önemle belirtilmesi gereken husus uyarlama davalarına özgü temel kurallar gözetilmeksizin salt kira parasının tesbitine ilişkin davalarda izlenen yöntemlerle, örneğin sadece taşınmazın cinsi, yüzölçümü, bulunduğu mevki, emsal taşınmazların kira bedelleri gibi verilerle intibak boşluğu doldurulup, sözleşme düzeltilemez. Değerlendirmede bunlar ancak yardımcı kaynak olarak gözetilebilir..."). Aynı yönde bkz. Y.3.H.D., T. 20.02.2019, E. 2017/5992, K. 2019/1363 (Legalbank, E.T: 25.01.2023; **GÜMÜŞ**, s. 90.

¹³⁰ **YAVUZ**, s. 632; **BAYSAL**, s. 341.

¹³¹ 85 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile bu konuda getirilen değişiklik için bkz. Başlık IV.

selişi kiracının aleyhine sözleşme dengesinin bozulabildiği hallerden-
dir¹³². Yine Covid-19 salgını sırasında yaşanan ekonomik kriz kiracılar
bakımından uyarılma talebine zemin hazırlamıştır¹³³. Bunlara karşılık
enflasyon oranındaki öngörülemeyen hızlı ve aşırı artış, çoğunlukla ki-
ralayan aleyhine edimler arası dengeyi bozan durumlardandır¹³⁴. O hal-
de çatılı işyeri kira sözleşmesi kurulumundan sonra enflasyon oranının
hızlı ve aşırı yükselmesi tek başına sözleşmenin uyarlanmasını sağla-
mazken; bunun neticesinde kiralayanın ilgili işyerinin satış değerinin
aşırı yükseldiğini ve bunun karşısında kira bedelinin düşük kaldığını
ispatlaması halinde edimler arasındaki dengenin bozulduğunu söyle-
mek mümkündür.

TBK m. 138, ifanın aşırı güçleşmiş olmasından bahsetmektedir.
Ancak bu ifadeden, borçlunun ekonomik mahvını gerektirir düzeyde bir
ifa güçlüğünün arandığı sonucuna varılmamalıdır. Borçlunun genel
ekonomik durumu ifayı mümkün kılsa da edimler arasındaki dengenin
aşırı bozulması mümkündür¹³⁵.

Sözleşme kurulumundan sonra meydana gelen durum değişikli-
ğinin uyarılma isteyen tarafa yükletilmemesi (isnat edilmemesi) gerek-

¹³² Y. 11. HD, 12.11.2002, E.2002/6990, K.2002/10324 (Legalbank, E.T. 26.01.2023).

¹³³ Alman Federal Mahkemesi (Bundesgerichtshof, BGH), 12.01.2022 tarih, XII ZR 8/21 sayılı kararında Covid-19 salgını nedeniyle yaşanan karantina döneminde kapatılan işyerleri için bu döneme ait kira bedellerinin işlem temelinin çökmesi nedeniyle Alman Medeni Kanunu'nun 313. paragrafına göre uyarlanabileceğini karara bağlamıştır. Aynı kararda hiperenflasyon da uyarılma nedeni sayılmaktadır (<https://juris.bundesgerichtshof.de/>, E.T: 23.06.2023).

¹³⁴ Kiralayan aleyhine sözleşmesel dengenin bozulduğu durumlara örnek olarak kiralananın kentsel dönüşüm sebebiyle aşırı değerlendirilmesine rağmen kira bedelinin düşük kalması sayılmaktadır. Örnek için bkz. YAVUZ, s. 632. Yeniocak ise ekonomik krize ve yüksek enflasyona bağlı olarak başlangıç kira bedellerinin hızla ve aşırı yükseldiği, buna karşın önceden kurulan konut veya işyeri kira sözleşmelerinde kira bedelinin düşük kaldığı durumları kiralayan aleyhine edimler arası dengenin bozulduğu örnekler arasında göstermektedir. YENİOCAK, s. 161.

¹³⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 212; YAVUZ, s. 632; YENİOCAK, s. 162; GÖRMEZ, s. 165; BELLİCAN, s. 406.

mektedir¹³⁶. Enflasyon oranı artışının çatılı işyeri kira sözleşmesinin taraflarına yükletilemeyeceği konusunda şüphe bulunmamaktadır¹³⁷.

Borçlunun borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olması gerekmektedir¹³⁸. Dolayısıyla konumuz bağlamında kiralayanın, öngörülemez enflasyon oranı artışı sonucunda sözleşmenin uyarlanmasını isteyebilmesi, en azından ihtirazi kayıt öne sürmek suretiyle kiralanana kullandırmasına bağlıdır¹³⁹.

Hızla ve aşırı yükselen enflasyon nedeniyle kira bedelinin uyarlamaya uygun bulunduğu çatılı işyeri kira sözleşmelerinde, uyarlama çoğunlukla kira bedelinin yükseltilmesi şeklinde yapılır¹⁴⁰. Ancak kira bedelinin uyarlanması konusunda kiracının kiralanana yaptığı faydalı ve zorunlu masraflar ve kira bedeli peşin alınmış ise bunun kiralayana katkısı dikkate alınmalıdır¹⁴¹. Zira kira bedelinin tahammül edilebilir seviyede kalması esastır¹⁴².

¹³⁶ Öğretide temerrüde düşen tarafın uyarlama talep edemeyeceği ifade edilmektedir. Bu görüşe göre ancak temerrüde düşmede kusuru bulunmayan taraf uyarlama isteyebilir. Bkz. **BAYSAL**, s. 284.

¹³⁷ Karş. **YAVUZ**, s. 625.

¹³⁸ Bu şartın eleştirisi için bkz. **BAYSAL**, s. 342.

¹³⁹ Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde edimlerin ifa edilmiş olması şartının ifaya başlanmamış olması şeklinde değil, ifa süresinin sözleşmeye göre tamamlanmış olmaması şeklinde anlaşılacağı yönündeki görüş için bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 213 dn. 706.

¹⁴⁰ Sözleşmenin değişik şekillerde uyarlanabilmesi hakkında **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 214; **BAYSAL**, s. 403 vd. Örneğin 1923 ekonomik krizi ve hiperenflasyon karşısında Alman İmparatorluk Mahkemesi, ekonomik buhrandan etkilenen sözleşmelerde para borcunun yükseltilmesi veya düşürülmesi yönünde uyarlama yapmıştır. Ancak işlem temelini oluşturan koşulların çok boyutlu olduğu ve Alman yargısının hâkimin uyarlama yöntemi üzerindeki takdir yetkisini yeterince kullanmadığı konusundaki eleştiri için bkz. **JANDA**, Constanze: "Störung der Geschäftsgrundlage und Anpassung des Vertrages", NJ, S.1, 2013, s. 7.

¹⁴¹ **GÖRMEZ**, s. 187.

¹⁴² Y.3HD,30.05.2012, E. 2012/8973, K. 2012/13817 (Legalbank, E.T. 01.02.2023).

IV. YABANCI PARA ÜZERİNDEN AKDEDİLEN ÇATILI İŞYERİ KİRA SÖZLEŞMELERİNDE KİRA ARTIŞ YASAĞI, KİRA BEDELİ TESPİTİ ve UYARLAMA

Çatılı işyeri kiralarnı da kapsamına alan TBK m. 344/IV hükmünde kira bedelinin yabancı para (döviz) üzerinden kararlaştırıldığı hallerde kira bedelinin belirlenmesi özel olarak hüküm altına alınmıştır. Bu hükme göre kira bedelinin yabancı para üzerinden belirlendiği sözleşmelerde TBK m. 138 hükmü saklı kalmak üzere beş yıl geçmedikçe artış yapılamaz.

TBK m. 344/IV hükmünü incelemeyden önce belirtmek gerekir ki; 7 Ağustos 1989 tarihli Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair 85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı¹⁴³ ile bazı sözleşmeler bakımından ülkemiz parasının değeri kaybetmesinin önlenmesi amacıyla sözleşme özgürlüğüne sınırlandırma getirilmiştir. TBK m. 344/IV ilk cümlesinde de 20/2/1930 tarihli ve 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun hükümlerinin saklı tutulduğu belirtilmektedir. Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar ise 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun ile yürütme organına verilen geniş düzenleme yetkisinin bir görünümüdür¹⁴⁴. 32 Sayılı Karar 4. maddesine 85 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile eklenen g bendi uyarınca¹⁴⁵ ülkemizde yerleşik kişilerin kurdukları taşınmaz kira sözleşmeleri dahil bazı sözleşmelerde ödemenin

¹⁴³ RG. 13.09.2018, S. 30534.

¹⁴⁴ Bu konuda bkz. KAĞITCIOĞLU, Mutlu: "Döviz Cinsinden veya Dövizde Endeksli Sözleşme Yapma Özgürlüğünün Yürütmenin Düzenleyici İşlemleriyle Sınırlanması Sorunu", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.24, S.3, 2020, s. 265-303.

¹⁴⁵ Bu hüküm şu şekildedir: "g) Türkiye'de yerleşik kişilerin, Bakanlıkça belirlenen haller dışında, kendi aralarındaki menkul ve gayrimenkul alım satım, taşıt ve finansal kiralama dâhil her türlü menkul ve gayrimenkul kiralama, leasing ile iş, hizmet ve eser sözleşmelerinde sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülükleri döviz cinsinden veya dövizde endeksli olarak kararlaştırılamaz."

32 Sayılı Karara 85 Sayılı Karar ile devam eden sözleşmeler bakımından Geçici Madde 8 eklenmiştir. Buna göre "Bu Kararın 4'üncü maddesinin (g) bendinin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren otuz gün içinde, söz konusu bentte belirtilen ve daha önce akdedilmiş yürürlükteki sözleşmelerdeki döviz cinsinden kararlaştırılmış bulunan bedeller, Bakanlıkça belirlenen haller dışında; Türk parası olarak taraflarca yeniden belirlenir".

yabancı para üzerinden veya yabancı paraya endeksli olarak kararlaştırılması yasaklanmıştır.

Ayrıca 85 Sayılı Kararın getirdiği değişiklikten sonra istisnai hallerin belirlenmesi adına Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğde (No: 2008-32/34) Değişiklik Yapılmasına Dair 2018-32/51 ve 2018/32/52 No'lu Tebliğ çıkarılmıştır¹⁴⁶. Böylece Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2008-32/34)'in mülga 8 inci maddesi değiştirilmiştir. Bu değişiklik ikinci fıkrası açık hükmü uyarınca¹⁴⁷ çatılı işyeri kiralari bakımından da kural olarak kira bedelinin yabancı para üzerinden ya da yabancı paraya endeksli olarak belirlenmesinin önüne geçilmiştir.

TBK m. 344/IV hükmünün uygulama alanına giren bir çatılı işyeri kira sözleşmesinde beş yıl geçmedikçe¹⁴⁸ kira artış şartı¹⁴⁹ kararlaştırılmaz¹⁵⁰. Aksi halde bu durum emredici kurala aykırı olacağından kararlaştırılan kira artış şartı kesin hükümsüzdür¹⁵¹. Beş yıllık süre içerisinde kira bedelinde artış yapılması yabancı para kurunda sözleşmesel dengeyi dürüstlük kuralına aykırı şekilde bozan öngörülemez esaslı bir değişiklik yaşanması koşuluna bağlıdır¹⁵². Uyarılama davasının diğer şartla-

¹⁴⁶ Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğde (No: 2008-32/34) Değişiklik Yapılmasına Dair 2018-32/51 ve 2018/32/52 No'lu Tebliğler.

¹⁴⁷ İlgili hüküm şu şekildedir: *“Türkiye’de yerleşik kişiler; kendi aralarında akdedecekleri, konusu serbest bölgeler dahil yurt içinde yer alan gayrimenkuller olan, konut ve çatılı iş yeri dâhil gayrimenkul kiralama sözleşmelerinde sözleşme bedelini ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerini döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştıramazlar.”*

¹⁴⁸ Vurgulamak gerekir ki, TBK m. 344/IV hükmünün uygulanmasında sözleşme süresi esas alınmamaktadır. Bkz. **ÖZYAKIŞIR**, s. 220.

¹⁴⁹ Öğretide kira indirimine ait sözleşme şartının kararlaştırılabileceği belirtilmektedir. Bkz. **YAVUZ**, s. 715.

¹⁵⁰ Öğretide TBK m. 344/IV hükmünün uygulama bulması için ifa edilmesinin gerekmediği ifade edilmektedir. **GÜMÜŞ**, s. 76. Dolayısıyla kira bedelinin yabancı para üzerinden kararlaştırılması yeterlidir.

¹⁵¹ **GÜMÜŞ**, s. 76.

¹⁵² Uyarılama şartlarının varlığının somut olay özelinde ne şekilde değerlendirileceği konusunda bkz. Y.HGK, 15.10.2003, E. 2003/13-599, K. 2003/599 (Legalbank, E.T. 1.2.2023), *“...Yukarıda geniş şekilde açıklanan uyarılama yöntem ve kurallarının ışığı altında mahkemece yapılacak iş; yerinde uygulama yapıp, uzman bilirkişiler düşüncesinden*

rının¹⁵³ da sağlanması halinde hâkimin kira bedeline müdahalesi talep edilebilir. Beş yıl geçtikten sonra ise TBK m. 344/III hükmünce kira bedeli tespit davası açılabilir. Bu halde emsal kira bedelleri, kiralananın durumu, tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranı ve hakkaniyet unsurlarının yanında yabancı para değerindeki değişiklikler de dikkate alınır¹⁵⁴.

V. ÇATILI İŞYERİ KİRALARINDA YÜKSEK ENFLASYONUN ÖNEMLİ SEBEPLERLE FESİH NEDENİ SAYILMASI İHTİMALİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Kira sözleşmesinin genel hükümler kapsamında sona ermesi sebeplerinden birisi kira sözleşmesinin taraflarından biri için sözleşmenin devamını çekilmez kılan önemli bir sebebin ortaya çıkmasıdır. Olağanüstü fesih nedenlerinden olan önemli sebebe bağlı fesih bildirimini ile kira sözleşmesinin sona erdirilmesi TBK m. 331'de düzenlenmektedir. Önemli sebeplerle olağanüstü fesih hakkı¹⁵⁵, belirli süreli ya da belirsiz

de yararlanmak suretiyle; sözleşmenin kurulduğu günden dava tarihine kadar geçen süre içinde, ülkemizin yerleşmiş ekonomik koşullarının etkisiyle sözleşmedeki yabancı paranın (dövizin) Türk parası karşısında normal artışlarla ulaşması gereken değeri bulunmalı, bulunan bu değer sözleşme gereği kiralayan yararına kabul edilmeli, daha sonra 2001 yılı Şubat ayında başlayan ve aralıksız şiddetini artıran umulanın üstündeki dolardaki artış ve buna bağlı ekonomik krizin tabii sonucu ortaya çıkan, sözleşmedeki yabancı paranın Türk parası karşısındaki dava tarihi itibarıyla değer artışı tesbit edilmeli, böylece belirlenecek iki değer arasındaki farklılık miktarı, sözleşmedeki özel hükümler, kiralananın niteliği, kullanma alanı, konumu, bölgede kira parasını da etkileyecek normalin üstündeki imar ve ticari gelişmeler gibi değişiklikler, emsal kira paraları, vergi ve amortisman giderlerindeki artışlar ile somut olayda görülebilen objektif etkenlerle karşılaştırılıp, değerlendirilmeli, sonuçta işlem temelinin çöktüğü, sözleşmedeki çıkar dengesinin katlanılamayacak derecede davacı aleyhine bozulduğunun benimsenmesi halinde, kiracının ne miktar kira parasından sorumlu olacağı belirlenmeli, böylece sözleşmedeki kira parasını, tarafların amacına uygun objektif iyiniyet, hak ve nesafet (MK. md. 4, 2/1) kurallarının elverdiği ölçü ve düzeyde yine yabancı para olarak uyarlanmalıdır...".

¹⁵³ Kira bedelinin ifa edilmemiş veya ihtirazi kayıtla ifa edilmiş olması.

¹⁵⁴ Kira bedelinin yabancı para üzerinden mi, Türk lirası üzerinden mi belirleneceği tartışmalıdır. Y.6.HD, 19.01.2015, E.2014/13531, K.2015/ 415 kararında yabancı para üzerinden belirlenmesi konusunda bir engel olmadığını belirtmektedir. Yabancı para birimi üzerinden tespit yapılabileceğine ilişkin görüş için bkz. GÜMÜŞ, s. 77; YENİOCAK, s. 142; GÖRMEZ, s. 104; aksi görüş için bkz. ÖZYAKIŞIR, s. 222.

¹⁵⁵ Önemli sebeple fesih hakkı temelinde sürekli borç ilişkileri bulunmaktadır. Ancak bu hakka dair genel bir norm hukukumuzda bulunmamaktadır. Bu konuda bkz.

sürelili sürekli bir borç ilişkisinin ifası sırasında, öngörülemez birtakım sebeplerin ortaya çıkması nedeniyle borç ilişkisinin temelinin çöktüğü ve ilişkiye devamın dürüstlük kuralı uyarınca beklenemeyecek olduğu durumlar için getirilen bir imkân olarak tanımlanmaktadır¹⁵⁶. Bu bağlamda TBK m. 331 hükmü, işlem temelinin çökmesi teorisine dayalı olarak kira sözleşmesinin taraflarına önemli sebeplerle (haklı sebeplerle) sözleşmeyi sona erdirmeye imkânı vermektedir¹⁵⁷.

Sürekli borç ilişkisi doğuran kira sözleşmesinin önemli sebeple olağanüstü feshi de uyarılama talep hakkı gibi ahde vefa ilkesinin bir istisnasını oluşturmaktadır. Zira kira sözleşmesinin kurulumundan sonra¹⁵⁸ sözleşmenin temeline ilişkin şartlar öngörülemez biçimde değiştiğinden ve bu haliyle sözleşmenin ifası ve sürdürülmesi çekilmez hal aldığından, önemli sebebi ileri süren taraf mevcut kira sözleşmesini vaktinden önce ve ileriye etkili olarak sona erdirebilmektedir.

TBK m. 331 düzenlemesi, sürekli borç ilişkilerinin önemli sebeple olağanüstü feshine yönelik genel bir kurala dayanması nedeniyle çatılı işyeri kira sözleşmeleri bakımından da uygulama bulur¹⁵⁹. Dolayısıyla sözleşmenin her iki tarafı da somut olay özelinde şartları oluşmuş ise hükme başvurabilir¹⁶⁰.

ALTINOK ORMANCI, Pınar: Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, İstanbul 2011, s. 96.

¹⁵⁶ **ALTINOK ORMANCI**, s.96.

¹⁵⁷ **GÜMÜŞ**, s. 266; **ARAL**, s. 334; **ŞAHİN**, s. 340.

¹⁵⁸ Kira sözleşmesinin başlangıcında mevcut olup da bilinmeyen önemli sebepler de TBK m. 331'in kapsamındadır. Bkz. **TANDOĞAN**, s. 231.

¹⁵⁹ TBK m. 331'in her türlü kira sözleşmesinde uygulanabilirliği konusunda bkz. Y. 6.HD, 27.10.2015, E. 2015/7331, K. 2015/9163 (Legalbank, E.T.: 05.03.2023). Bu hükmün yürürlüğü 6353 Sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 53 ile kiracının tacir sayıldığı ve tüzel kişi olduğu işyeri kiralari bakımından 1/7/2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle ertelenmiştir.

¹⁶⁰ **YAVUZ**, s. 651; **ŞAHİN**, s. 338; Y. 6.HD, 27.10.2015, E. 2015/7331, K. 2015/9163 (Legalbank, E.T.: 05.03.2023); ETBK döneminde benzer şekilde bkz. **TANDOĞAN**, s. 235; ETBK döneminde TBK m. 331 hükmünün karşılığı olan ETBK m. 264'ün kiralanı bakımından uygulanmayacağı hakkındaki görüş için bkz. **FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku, Hususi Kısım, Aktin Muhtelif Nevileri, C.I, 4. Bası, İstanbul 1980, s. 623. Bu aksi görüş 6570 Sayılı GHKK'da tahliye sebeplerinin sınırlandırılmış olduğu düşüncesine dayanmaktaydı. 6570 Sayılı GHKK'da, ETBK'nun

Hükmün uygulanma şartları geçerli bir kira sözleşmesinin devamını tarafları için çekilmez kılan önemli sebebin mevcudiyeti ve önemli sebebe dayanan kiracı veya kiralayanın TBK m. 329'daki fesih süresine uyararak fesih bildiriminde bulunmasıdır. TBK m. 331/II hükmünde kira sözleşmesinin sona erdirilmesine bağlı olarak sözleşmenin diğer tarafının uğradığı zararın tazmin edilmesi amacıyla fesih bildiriminin parasal sonuçlarının hâkim tarafından karara bağlanması düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki, sözleşmeyi sona erdiren tarafın diğer tarafa tazminat ödemesi TBK m. 331'in (EBK m. 264'den farklı olarak¹⁶¹) geçerlilik şartlarından biri değildir¹⁶². Dolayısıyla fesih bildiri ile birlikte tazminat bedelinin ifasının teklifi gerekmemektedir¹⁶³.

Kira ilişkisinin devamını çekilmez hale getiren önemli sebebin varlığı her somut olay özelinde dürüstlük kuralı ve hakkaniyet çerçevesinde değerlendirilir¹⁶⁴. Özellikle kiracı ve kiralayan arasındaki menfaat dengesi dikkate alınır¹⁶⁵. Sosyal boyutlu olduğu kadar bireysel nitelikli olaylar da önemli sebep teşkil edebilirler¹⁶⁶. Ayrıca bu sebepler önceden öngörülebilir olmamalıdır¹⁶⁷. Diğer yandan mevcut önemli sebebin, kira ilişkisinin devamını çekilmez hale getirecek ağırlıkta olması gerekmektedir¹⁶⁸. Bu anlatılanlar kapsamında örneğin ekonomik kriz, savaş, deprem gibi sosyal boyutlu olaylar kira ilişkisinin devamını çekilmez kılan önemli sebep oluştururlar¹⁶⁹. Sözleşmenin sona erdirilmesine imkân sağlayan önemli sebepler, kiracı ve kiralayanın sözleşmeye temel

uygulanmasına engel oluşturacak bir hüküm bulunmadığı konusunda ayrıca bkz. Y. 3. HD, 17.10.2000, E.2000/8689, K.2000/9920 (Legalbank, E.T: 21.06.2023).

¹⁶¹ ETBK m. 264 uyarınca tam tazminat ödenmedikçe kiracı, kiralananı iadeye zorlanmamaktaydı. Bu konuda bkz. **TANDOĞAN**, s. 234 vd.

¹⁶² **YAVUZ**, s. 649.

¹⁶³ **YAVUZ**, s. 649.

¹⁶⁴ **GÜMÜŞ**, s. 268.

¹⁶⁵ **ARAL**, s. 334.

¹⁶⁶ **GÜMÜŞ**, s. 268 vd.

¹⁶⁷ **BURCUOĞLU**, s. 288; **GÜMÜŞ**, s. 268.

¹⁶⁸ Çekilmezlik unsurunun tespitinde yararlanılacak ölçütler için bkz. **AYDIN**, s. 187 vd.

¹⁶⁹ **GÜMÜŞ**, s. 269.

saydıkları kişisel ve ekonomik koşullara ilişkin de olabilir¹⁷⁰. Örneğin öngörülemeyen şekilde kiracı bir memurun başka şehre atanması¹⁷¹; kiracının sağlık sorunlarının kiralananın kullanımına engel oluşturması kiracı bakımından önemli sebep oluşturabilir¹⁷². Kiralayan bakımından ise kiracının sarkıntılık, taciz vb gibi eylemleri¹⁷³; kiralayanın yangın/deprem gibi öngörülemeyen bir sebeple kiralananı acil ihtiyacının doğması kira sözleşmesini sona erdirmeye imkânı veren kişisel durumlarıdır¹⁷⁴. Tarafların ekonomik şartlarındaki öngörülemeyen esaslı değişiklikler de önemli sebep teşkil edebilir¹⁷⁵. Covid-19 salgını karşısında işyerlerinin kapatılmasına yönelik tedbirler, kiracı bakımından bu kapsamda değerlendirilmiştir¹⁷⁶. Kiralayan bakımından ise bu tarafın ekonomik mahvına sebep olacak türden bir krizin ortaya çıkması veya işlemin iktisadi temelindeki koşulların esaslı şekilde değişmesi hal ve şartlara göre önemli sebep oluşturabilir¹⁷⁷. Ancak kiralayan bakımından salt ekonomideki dönemsel değişikliklerin¹⁷⁸, kira azlığının¹⁷⁹ veya yetersizliğinin¹⁸⁰ önemli sebep oluşturmayacağı kabul edilmektedir.

O halde önemli sebeple çatılı işyeri kira sözleşmesinin fesih bildiri ile sonlandırılabilmesi için işlem temelini oluşturan koşulların sözleşmenin kurulduğundan sonra esaslı biçimde değişmesi, bunun öngörülemez olması ve böylece sözleşmenin ifasının ve devamının çekilmez hal alması gerekmektedir. Dolayısıyla TBK m. 331'in maddi şartları, yukarıda anlatılan sözleşmenin uyarlanması kurumunun düzenleme bulduğu

¹⁷⁰ Karş. **BURCUOĞLU**, s. 288; **GÜMÜŞ**, s. 270.

¹⁷¹ Bkz. Y.6.HD, 27.10.2015, E. 2015/7331, K. 20159163 (Legalbank, E.T.: 05.03.2023).

¹⁷² **GÜMÜŞ**, s. 270; **YAVUZ**, s. 648.

¹⁷³ **GÜMÜŞ**, s. 271; **AYDIN**, s. 193 vd.

¹⁷⁴ **TANDOĞAN**, s. 232; **GÜMÜŞ**, s. 270; **GÖRMEZ**, s. 194. Başkaca örnekler için **YAVUZ**, s. 648.

¹⁷⁵ **TANDOĞAN**, s. 232; **YAVUZ**, s. 648; **AYDIN**, s. 190. Tarafların ekonomik durumundaki değişikliklerin önemli sebep sayılıp sayılmadığının tartışmalı olduğu yönündeki görüş için bkz. **ŞAHİN**, s. 344.

¹⁷⁶ **BELLİCAN**, s. 417.

¹⁷⁷ **TANDOĞAN**, s. 232; **YAVUZ**, s. 648; **AYDIN**, s. 190.

¹⁷⁸ **GÜMÜŞ**, s. 269.

¹⁷⁹ Y. 3.HD, 22.05.1986, E. 1986/5195, K. 1986/5293 (Legalbank, E.T.: 04.03.2023).

¹⁸⁰ Y. 13.HD, 4.03.2002, E. 2001/10836, K. 2002/2003 (Legalbank, E.T.: 04.03.2023).

TBK m. 138 hükmünün maddi şartları ile önemli ölçüde örtüşmektedir. Bu durum ise beraberinde şu soruyu getirmektedir: Kiracı ve kiralayan arasındaki sözleşme dengesini öngörülemez biçimde bozan enflasyon oranlarının hızlı ve aşırı artışının, sözleşmenin ifasını beklenemez kıldığı çatılı işyeri kira sözleşmelerinde TBK m. 138 hükmünün uygulanabilirliğine verilen olumlu yanıt¹⁸¹, bu olaylarda TBK m. 331'in de uygulanabilirliği sonucuna götürür mü? Başka bir ifadeyle enflasyon oranlarının hızlı ve aşırı artışı nedeni ile kiralananın aşırı değerlendiği ve bunun edimler arasında dengesizliğe neden olduğu iddiasındaki kiralayan, TBK m. 138 ve TBK m. 331 arasında seçim yapabilir mi?

Bu soruya ancak TBK m. 331 ve TBK m. 138 arasındaki ilişki açıklanmak suretiyle cevap verilebilir. Belirtmek gerekir ki, bu hükümler arasındaki ilişki tartışmalıdır. Mevcut görüşleri üç biçimde özetlemek mümkündür. Birinci görüşe göre TBK m. 331, TBK m. 138'in kira sözleşmeleri açısından özel bir uygulamasını teşkil etmektedir¹⁸². Dolayısıyla TBK m. 331 uygulamada özellik arz eder. İkinci görüşe göre ise TBK m. 138'in, TBK m. 331'e göre öncelikli olduğunun kabulü gerekmektedir¹⁸³. O halde bu görüşe göre uyarılma imkânı varsa, TBK m. 331'e göre kira sözleşmesinin feshine gidilemez¹⁸⁴. Son görüşe göre ise TBK m. 331 ve TBK m. 138 arasında yarışma söz konusudur. Dolayısıyla taraf hangi hükmü lehine görüyorsa, o hükme başvurabilir¹⁸⁵. Ayrıca öğretiden iki görüşe özel olarak yer vermekte isabet bulunmaktadır. *Burcuoğlu*, *Yargıtay*'ın aşırı enflasyona bağlı durum değişiklikleri karşısında kira bedelinin uyarlanması yönündeki kararlarını önemli sebeple kira sözleşmesinin sona erdirilmesi olanağının uygulama alanını daralttığı düşüncesiyle eleştirmektedir¹⁸⁶. *Şahin* ise taraflardan birinin TBK m. 331'e dayanması

¹⁸¹ TBK m. 138'in uygulama bulabilmesi için ayrıca aşırı ifa güçlüğüne düşen tarafın borcunu ifa etmemiş veya ihtirazi kayıt ile ifa etmiş olması gerekir.

¹⁸² İNCEOĞLU, s. 227.

¹⁸³ BAYSAL, s. 416.

¹⁸⁴ Y.3HD, 27.12.1982, E. 1982/5405, K. 1982/5501; BURCUOĞLU, s. 294; BAYSAL, s. 416.

¹⁸⁵ GÖRMEZ, s. 197; AYDIN, s. 206; YENİOCAK, s. 181. Gümüş, iki hükmün şartlarının aynı anda gerçekleşmesi durumunda TBK m. 331 yerine TBK m. 138'e gidilebileceğini ifade etmektedir. Bkz. GÜMÜŞ, s. 269.

¹⁸⁶ BURCUOĞLU, s. 293-294.

karşısında diğer tarafın TBK m. 138 çerçevesinde çekilmezlik unsurunun gerçekleşmediğinden bahisle uyarılama talep etmesi hâlinde, hâkimin feshin şartlarının oluşmadığını kabul ederek uyarlamaya hükmetmesi gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre sözleşmenin diğer tarafının uyarılama talep etmediği durumda ise yalnız TBK m. 331'in şartlarının oluşup oluşmadığı yönünde hüküm kurulmalıdır¹⁸⁷. Kanaatimizce TBK m. 138'in, TBK m. 331'e göre öncelikli olduğu görüşüne üstünlük tanınmalıdır. Kaldı ki, sözleşme lehine yorum ilkesi (favor contractus¹⁸⁸) çerçevesinde mümkün olduğunca sözleşmenin ayakta tutulması esastır. Bu nedenle enflasyon oranlarının aşırı artışı, somut olay özelinde çatılı işyeri kira sözleşmesinin tarafları arasındaki sözleşme dengesini öngörülemez biçimde bozsa dahi, TBK m.138'e göre bu kira sözleşmesinin uyarlanması imkânı varken, TBK m. 331'e göre çatılı işyeri kira sözleşmesi sona erdirilememelidir.

Bu konuda benzer bir tartışma Alman Medeni Kanunu (BGB, Bürgerliches Gesetzbuch) 313. ve 314. paragrafları arasında bulunmaktadır. İşlem temelinin çökmesi başlıklı BGB § 313, sözleşmenin temelinde bulunan mevcut şartların sözleşmenin kurulumundan sonra esaslı şekilde değişmesi ve bu öngörülebilseydi, tarafların sözleşmeyi ya hiç kurmayacağı ya da başka bir içerikle kuracağı durumlarda sözleşmenin uyarlanmasının talep edilebilirliğini düzenlemiştir. Uyarlamanın imkân dâhilinde olmadığı hallerde ise hükmün 3. fıkrası son cümlesi sürekli sözleşme ilişkilerinde fesih hakkına atıfta bulunmuştur. BGB § 314 ise sürekli sözleşme ilişkilerinin önemli sebeple feshini düzenleyen genel normdur¹⁸⁹. Özellikle BGB § 313/III c. son'da yer alan atıf bu iki hüküm

¹⁸⁷ ŞAHİN, s. 346.

¹⁸⁸ Bu ilkenin kısmi hükümsüzlük yaptırımı ile bağlantısı hakkında bkz. KIRKBEŞOĞLU, Nagehan: Türk Özel Hukukunda Kısmî Hükümsüzlük, İstanbul 2011, s. 100 vd.

¹⁸⁹ Bu hükmün kira sözleşmeleri bakımından karşılığı BGB § 543/I'dir. İki hüküm de aynı şekilde kaleme alınmıştır. Buna göre edimler arasındaki dengeye bakıldığında sözleşme süresi sonuna veya sözleşmenin başkaca sebeplerle sona ermesine dek taraflardan birinden (özelikle borçludan) sözleşme ilişkisine devam etmesi beklenebilir hâl almışsa, bu taraf sözleşmeyi derhal feshedebilir. İki hüküm arasındaki ilişki için bkz. KLEİN-BLENKERS, Friedrich: Nomos Kommentar, BGB Schuldrecht, Dauner-Lieb, Barbara/Langen, Werner (Editörler), 2. Bası, Baden-Baden 2012, BGB § 543, N. 1.

arasındaki ilişkiyi tartışılır kılmaktadır. Bazı yazarlarca bu iki hüküm arasında yarışma olduğu kabul edilmektedir¹⁹⁰. BGB § 314'ün öncelikli olarak uygulanacağı yönünde görüş de mevcuttur¹⁹¹. Başkaca görüşe göre iki hükmün maddi şartlarında ayırım yapılmalı, sözleşmeye aykırı davranıştan kaynaklı durum değişikliklerinde 314. paragraf uygulanmalı, bunun dışındaki tüm hallerde ise 313. paragraf uygulama bulmalıdır. Bu iki hükmün kesiştiği somut durumlarda ise sözleşmenin uyarlanmasına öncelik tanınmalıdır¹⁹². Kanun gerekçesinde ise sözleşmeye aykırı olan ve olmayan davranışlar bakımından bir ayırım gözetilmeksizin BGB § 313'ün, BGB § 314'e önceliğinden bahsedilmiştir¹⁹³. Dolayısıyla Alman hukukunda sözleşmenin uyarlanması imkânı varken, sürekli borç ilişkilerinin önemli nedenle feshedilemeyeceğinin kabulü gerekir.

¹⁹⁰ **SCHULZE**, Reiner: Nomos Kommentar, BGB Handkommentar, Schulze, Reiner/Dörner, Heinrich/Ebert, Ina u.a., 6. Bası, Baden-Baden 2009, BGB § 314, N. 2.

¹⁹¹ Örneğin bkz. **EIDENMÜLLER**, Horst: "Der Spinnerei-Fall: Die Lehre von der Geschäftsgrundlage nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts und im Lichte der Schuldrechtsmodernisierung", Jura 2001, s. 824-832.

¹⁹² **KREBS**, Peter: Nomos Kommentar, BGB Schuldrecht, Dauner-Lieb, Barbara/Langen, Werner (Editörler), 2. Bası, Baden-Baden 2012, BGB § 314, N.24.

¹⁹³ BT-Drucksache 14/6040, s. 177; ayrıca bkz. **GRÜNEBERG**, Christian: Palandt Kommentar zum BGB mit Nebengesetzen, Palandt, Otto (Editör), 67. Bası, München 2008, BGB § 313, N. 14.

SONUÇ

Enflasyonun hızla ve aşırı yükselmesi kira sözleşmelerini önemli biçimde etkilemektedir. Zira taraflardan birinin kira bedelini ödemek borcu altına girdiği bu sözleşmelerde bir taraftan mülkiyet hakkı sahibi kiralayanın para alacağına değer kaybı riski bulunmaktayken; diğer taraftan kiracının ödeme gücünü yitirmesi muhtemeldir. Bu bağlamda sözleşmesel riskin nasıl dağıtılacağına ilişkin ihtimallerin değerlendirilmesi gerekmektedir. Konut kiralaları bakımından kanun koyucu kiracıyı yüksek enflasyona karşı korumayı seçmiş ve yenileme dönemlerindeki kira artışlarına -aşırılığı tartışmaya açık olmakla birlikte- sınırlandırma getirmiştir. Ancak çatılı işyeri kiralaları bakımından herhangi bir sınırlandırma öngörülmediğinden, bu sözleşmelerin enflasyon karşısındaki akıbeti kira bedelinin belirlenmesi başlıklı TBK m. 344, aşırı ifa güçlüğü başlıklı TBK m. 138 ve kira sözleşmesinin önemli sebeplerle olağanüstü feshini düzenleyen TBK m. 331 çerçevesinde değerlendirilmiştir.

TBK m. 344/I ve II hükümleriyle yenilenen kira dönemlerinde kira artışına kiracı lehine getirilen sınırlandırma -Temmuz 2020 itibariyle kiracısı tacir veya tüzel kişi olsun olmasın- çatılı işyeri kira sözleşmelerini de kapsamı alanına almaktadır. Çatılı işyerini kiralayan ve kiracısı arasında kira artış bedeline/oranına ilişkin anlaşma yapılması mümkündür. Ancak gerek bir yıllık sözleşmelerde yenileme dönemlerinde gerek bir yıldan uzun süreli sözleşmelerde süresi içerisinde yapılan artışlarda TÜİK'in verileri kapsamında belirlenen tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranı üst sınır teşkil etmektedir. Dolayısıyla bu oranı aşar şekilde yapılan anlaşmalar kısmi kesin hükümsüzdür. Ancak yüksek enflasyonlu dönemlerde bu oranın salt kendisi aşırı kalabilmektedir. Bu halde en azından içtihat yoluyla TÜFE'ye üst sınır getirilmesi değerlendirilmelidir. Bir yıllık çatılı işyeri kira sözleşmesinde taraflar arasında yenileme dönemine ilişkin kira artış şartının kararlaştırılmaması ihtimalinde ise TBK m. 344/II uyarınca hâkimden kira bedelinin belirlenmesini talep edilebilir. Ancak bu halde hâkim TÜFE sınırı yanında kiralananın durumu ve hakkaniyet unsurlarını da dikkate almalıdır. Bu kapsamda enflasyonun yüksek seyrettiği dönemlerde belirli ölçüde kiracı lehine indirim yapılmalıdır. Ancak bir yıldan uzun süreli

sözleşmelerde taraflar arasında kira artış anlaşmasının bulunmadığı durumda sözleşme süresi içinde m. 344/II kapsamında artış yapılamaz. Bu halde kira bedelinde artış yapılması TBK m. 138 hükmünün şartlarının gerçekleşmesine bağlıdır.

TBK m. 344/III kapsamında çatılı işyeri kira sözleşmesi tarafları arasında kira artış anlaşması olsun olmasın, beş yıldan kısa süreli sözleşmelerde sözleşmenin başlangıcından itibaren beş yıllık kira süresinin dolması ile ve beş yıldan uzun süreli sözleşmelerde ilk yenileme döneminden itibaren kira bedeli tespit davası açılabileceği kabul edilmelidir. Kira bedelinin tespiti için emsal kira bedelleri, kiralananın durumu, tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranı ve hakkaniyet dikkate alınır. Enflasyonist dönemler için emsal kira bedeli tespiti özellik arz etmektedir. Emsal kira bedeli belirlenirken kiralananla aynı niteliklere sahip bir yerin yakın dönem kira bedelleri dikkate alınmaktadır. Kira bedellerinin hızlı ve aşırı yükseldiği dönemler için ise “yakın dönem” ifadesinin üç yıllık emsal kira ortalaması olarak okunması hakkaniyete uygun olur. Zira TBK m. 344/III kapsamındaki kira bedeli tespit davasında TBK m. 344/I ve II’den farklı olarak TÜFE dikkate alınan kriterlerden yalnızca biri olup, üst sınır teşkil etmemektedir. Dolayısıyla TBK m. 344/III’e göre hâkimin kira bedelini TÜFE’nin üzerinde belirlemesi mümkündür. O halde emsal kira bedellerinin tüketici fiyat endeksinin üstünde aşırı ve hızlı arttığı dönemlerde, bu hükmün yeni kira bedelleri dikkate alınarak uygulanması kiralayana ölçsüz bir fayda sağlanması olur.

Çatılı işyeri kira sözleşmelerinin TBK m. 138 genel hükmü çerçevesinde yeni koşullara uyarlanması mümkündür. Somut sözleşmede olumlu veya olumsuz uyarılama hükmünün bulunmaması şartı ile çatılı işyeri kira sözleşmesi kurulduktan sonra enflasyon grafiğinde yaşanan aşırı ve hızlı yükseliş, uyarılama talebine zemin hazırlayan esaslı bir durum değişikliği teşkil etmektedir. Öngörülemezlik unsurunun değerlendirilmesi bu konuda önem taşımaktadır. Ülkemizde enflasyonist krizlerin olağan olduğu ve bu sebeple öngörülebilir mahiyet taşıdıkları düşünülebilir. Ayrıca işyeri kira sözleşmesinin taraflarından en az birinin mesleki veya ticari amaçla hareket etmesi öngörü seviyesi konusunda da soru işareti yaratmaktadır. Ancak öngörülemezlik unsurunun mevcudi-

yeti bakımından her somut çatılı işyeri kira sözleşmesi özelinde bir değerlendirilmeye ihtiyaç bulunduğundan, toptancı bir bakış açısı ile uyarılama yolunun kapalı olduğu söylenemez. Bu doğrultuda enflasyon grafiğinin hızlı ve aşırı yükselişi ve ekonomik krizlerin, somut çatılı işyeri kira sözleşmesindeki edimler arası dengeyi önemli ölçüde bozması ve bu haliyle ifanın beklenmesinin dürüstlük kuralına aykırılık oluşturması mümkündür. Hızla ve aşırı yükselen enflasyon, işyerlerinin satış değerinde ve başlangıç kiralalarında artış meydana getirmektedir. Bu sebeple çatılı işyeri kira sözleşmelerinin yeni koşullara uyarlanması talebi özellikle kiralanana ilgilendirir. O halde kiralananın ilgili işyerinin aşırı değerlendiğini ve bunun karşısında kira bedelinin düşük kaldığını ispatlaması halinde edimler arasındaki dengenin bozulduğunun kabulü gerekir. Bu durum değişikliğinin kiralanana yükletilemeyeceğine şüphe yoktur. Ancak ek olarak kiralananın, işyerini kiracının yararlanmasına bırakma borcunu ihtirazi kayıt ile sürdürdüğünün tespiti aranır. Bu koşulların somut olayda beraberce mevcudiyeti halinde kiralananın uyarılama talebinin kabulü gerekir ve bu ekseriyetle kira bedelinin tahammül edilebilir bir seviyeye yükseltilmesi şeklinde yapılır.

Çatılı işyeri kira sözleşmesinin devamını çekilmez hale getiren önemli sebeplerin ortaya çıkması halinde TBK m. 331 fesih bildirimini ile kira sözleşmesinin sona erdirilmesi imkânı vermektedir. Bu bağlamda TBK m. 331 ve TBK m. 138'in ortak özelliği sözleşme kurulduğundan sonra ortaya çıkan öngörülemez değişikliklere karşı sözleşme taraflarının korunmasıdır. Bu iki hükmün maddi şartları önemli ölçüde örtüşüyor olsa da sözleşmesel dengeyi öngörülemez biçimde bozan enflasyon oranı artışına karşı kiralananın uyarılama imkânı ile korunması yeterli görülmesi, bu imkân varken TBK m. 331'e göre işyeri sözleşmesi olağanüstü fesih bildirimini ile sona erdirilememelidir.

KAYNAKLAR

- ACAR**, Faruk: “Beş Yıldan Uzun Süreli Kira Sözleşmelerinde TBK M. 344/3’ün Uygulanması Sorunuyla İlgili Bir Yargıtay Kararı İncelemesi”, YUHFD, C. XVIII, S. 2, 2021, s. 445-466.
- ALTAŞ**, Hüseyin: “Kira Parası Artışlarının Sınırlandırılması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 49, S. 1-4, 2000, s. 97-116.
- ALTINOK ORMANCI**, Pınar: Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, İstanbul 2011.
- ARAL**, Fahrettin/**AYRANCI**, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Baskı, Ankara 2021.
- ATGÜR**, Musa: “Enflasyon ve Enflasyon Belirsizliği İlişkisinin Türkiye Ekonomisi Açısından Analizi”, Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 46, 2021, s. 305-320.
- AYDOĞAN**, Esenay: “1980’den günümüze Türkiye’de Enflasyon Serüveni”, Yönetim ve Ekonomi Dergisi, C. 11, S.1, 2004, s. 91-110.
- BADUR**, Emel: “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kullanımı Kiracıya Bırakılan Eşya”, TAAD, S. 27, 2016, s. 155-180.
- BAYSAL**, Başak: Sözleşmenin Uyarlanması, BK. m 138, Aşırı İfa Güçlüğü, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul 2019.
- BELLİCAN**, Cüneyt: “İşyeri Kirası Sözleşmelerinde Covid 19 Salgınının Kira Bedeli Ödeme Borcuna Etkisi”, Koronavirüs döneminde güncel hukuki meseleler sempozyumu: Bildiri tam metin kitabı 29 - 30 Mayıs 2020, Çalışkan, Yusuf, Bozkurt Gümrukçüoğlu, Yeliz, Erol, Ömer Faruk, Dülger, Ahmet, Yakacak, Gülnihal Akter ve Kafalı, Ömer Faruk (Editörler). İstanbul 2020, s. 385-423.
- BİRİNCİ**, Yüksel: “Enflasyon, Para Politikası ve Stratejileri”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, C. 47, S. 1-4, 1989, s. 19-30.
- BURCUOĞLU**, Haluk: Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasa’ya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi, İstanbul 1993.

- DEMİRBOĞA**, Ali: “Kanun Yoluyla Sözleşmelere Müdahale”, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 6, 2016, s. 21-37.
- EİDENMÜLLER**, Horst: “Der Spinnerei-Fall: Die Lehre von der Geschäftsgrundlage nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts und im Lichte der Schuldrechtsmodernisierung”, Jura 2001, s. 824-832.
- EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019.
- FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku, Hususi Kısım, Aktin Muhtelif Nevileri, C.I, 4. Bası, İstanbul 1980
- GÖKYAYLA**, Emre: “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı (TBK m. 339)”, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi E-Dergisi, C. 8, Özel Sayı, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, C.II, 2013, s. 1203-1251 (Uygulama Alanı).
- GÖKYAYLA**, Emre: İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu – Yürürlük Kanunu, Özel Borç İlişkileri, C. 4-5, m. 207-392, ÖZ, Turgut/ACAR, Faruk/ GÖKYAYLA, Emre/DEVELİOĞLU, Murat H. (Editörler), İstanbul 2019.
- GÖRMEZ**, Mustafa: Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Belirlenmesi ve Uyarlanması, İstanbul 2019.
- GRÜNEBERG**, Christian: Palandt Kommentar zum BGB mit Nebengesetzen, Palandt, Otto (Editör), 67. Bası, München 2008.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi, İstanbul 2012.
- İNCE AKMAN**, Nurten/ÖZYAKIŞIR, Özkan: “Alman ve İsviçre Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Başlangıç Kira Bedelinin Sınırlandırılması Meselesi”, SDÜHFD, C.11, S. 2, 2021, s. 725-770.
- İNCE**, Nurten: “Yeniden Müzakere Etme Borcu mu Külfeti mi?”, BATİDER, C. 33, S. 1, 2017, s. 179-208.
- İNCEOĞLU**, M. Murat: Kira Hukuku, Cilt II, İstanbul 2014.

- İPEK**, Eyüp: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu İle Konut Ve Çatılı İşyeri Kiralarında Tahliye Sebeplerine İlişkin Getirilen Yenilikler". Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 102, 2012, s. 59-92.
- JANDA**, Constanze: "Störung der Geschäftsgrundlage und Anpassung des Vertrages", NJ, S.1, 2013, s. 1-9.
- KAĞITCIOĞLU**, Mutlu: "Döviz Cinsinden veya Dövizle Endeksli Sözleşme Yapma Özgürlüğünün Yürütmenin Düzenleyici İşlemleriyle Sınırlandırılması Sorunu", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.24, S.3, 2020, s. 265-303.
- KAPANCI**, K.Berk: "Bir Yıldan Uzun Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinin Türk Lirası Üzerinden Belirlenmesinde TBK M. 344 F.1 C. Son'un Yorumlanması", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, C.6, S.4, 2016, s. 809-834.
- KIRKBEŞOĞLU**, Nagehan: Türk Özel Hukukunda Kısmî Hükümsüzlük, İstanbul 2011.
- KLEİN-BLENKERS**, Friedrich: Nomos Kommentar, BGB Schuldrecht, Dauner-Lieb, Barbara/Langen, Werner (Editörler), 2. Bası, Baden-Baden 2012.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip: "İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?", M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 503-514
- KREBS**, Peter: Nomos Kommentar, BGB Schuldrecht, Dauner-Lieb, Barbara/Langen, Werner (Editörler), 2. Bası, Baden-Baden 2012.
- KÜÇÜKDAĞLI**, Ayşegül/**KÜÇÜKDAĞLI**, Ufuk: "Covid-19 Salgınına Karşı Alınan Tedbirlerin Eğitim Ücreti Yönü ile Özel Okul Kayıt Sözleşmelerine Etkisi", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 199-200, 2021,s. 657-697.
- OĞUZMAN**, Kemal/**ÖZ**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, 19. Bası, İstanbul 2021.
- ÖKTEM ÇEVİK**, Seda: "Türk Borçlar Kanunu Madde 344 Uyarınca Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin Temel Esasların Değerlendirilmesi", DEÜHFD, C. 24, S. 1, 2022, s. 39-57.

- ÖZEN**, Burak: “Kira Bedeli Artışına İlişkin Sözleşme Şartları ve Sözleşme Uyarınca Gerçekleşen Kira Bedeli Artışının Kira Tespit Davası Sonucunda Gerçekleşen Kira Bedeli Artışından Ayırt Edilmesi”, MÜHFD-HAD, C. 22, S. 3, 2016, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C. II, s. 2033-2062.
- ÖZYAKIŞIR**, Özkan: Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedeli, Ankara 2019.
- SCHEFF**, Matthias: Nomos Kommentar, BGB Schuldrecht, Dauner-Lieb, Barbara/Langen, Werner (Editörler) , 2. Bası, Baden-Baden 2012.
- SCHMIDT-RIMPLER**, Walter: “Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts”, AcP 147 (1941), s. 130-197.
- SCHULZE**, Reiner: Nomos Kommentar, BGB Handkommentar, Schulze, Reiner/Dörner, Heinrich/Ebert, Ina u.a., 6. Bası, Baden-Baden 2009.
- ŞAHİN**, Turan: “Kira Sözleşmesinin Önemli Sebeplerle Olağanüstü Feshi (TBK m.331)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 68, S.1, 2019, s. 337-359
- TANDOĞAN**, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/2, İstanbul 2008.
- TÜZÜNER**, Özlem/ÖZ: Kerem: “Aşırı İfa Güçlüğüne İlişkin İçtihat İncelemesi”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 2015, s. 421-470.
- YAVUZ**, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.1, Güncellenmiş 11. Baskı, İstanbul 2022.
- YENİOCAK**, Umut: Kira Bedelinin Belirlenmesi, Kira Tespit ve Kira Uyarlama Davaları, Ankara 2022.

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN E. 2022/48 K. 2022/93 SAYILI KARARI UYARINCA İDARİ YARGIDA İSTİNAF DİLEKÇESİ ÜZERİNDE İLK İNCELEME

Dr. Öğr. Üyesi Sinan SEÇKİN*

Öz

İdari yargıda istinaf kanun yolu, 20.07.2016 tarihinden itibaren uygulanmaya başlamıştır. 6545 sayılı Kanunla, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda istinaf kanun yoluna ilişkin yapılan düzenlemeler uyarınca istinaf, temyiz şekil ve usulüne tabi kılınmıştır. Dolayısıyla istinaf dilekçeleri üzerinde de temyiz dilekçelerinde olduğu gibi bir ilk inceleme yapılması gerekmektedir. Buna göre ilk inceleme, ilk olarak istinaf başvurusuna konu olan kararı veren idare veya vergi mahkemesince yapılmalıdır. Bu inceleme neticesinde ilk inceleme konuları bakımından bir eksiklik tespit edilmezse dosya istinaf mercii olan bölge idare mahkemesine gönderilmelidir. Bölge idare mahkemesi de ilk inceleme konuları bakımından inceleme yapmaya yetkilidir. Ancak İYUK'ta ilk incelemeye ilişkin yer alan konular ile ilk incelemenin usulü bakımından birtakım eksiklikler bulunmaktadır. Bunun yanında ilk inceleme neticesinde verilecek kararların niteliği, ilk incelemenin yapıldığı aşamaya göre değişmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin 20.07.2022 tarih ve E. 2022/48 K. 2022/93 sayılı kararı ise istinaf dilekçeleri üzerinde ilk inceleme yapılması ile bu inceleme neticesinde verilecek kararlara karşı

* Dr. Öğr. Üyesi. İstanbul Medipol Üniversitesi, Kamu Hukuku Bölümü, İdare Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Asst. Prof., Istanbul Medipol University, Faculty of Law, Department of Public Law, Administrative Law Department, Istanbul, Turkey.

✉ sseckin@medipol.edu.tr • ORCID 0000-0001-9540-9682.

✉ **Atıf Şekli** | Cite As: SEÇKİN, Sinan: "Anayasa Mahkemesi'nin E. 2022/48 K. 2022/93 Sayılı Kararı Uyarınca İdari Yargıda İstinaf Dilekçesi Üzerinde İlk İnceleme", SÜHFD, C. 31, S. 3, 2023, s. 1039-1080.

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

✉ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

başvuru yolları bakımından yeni bir hukuki durum ortaya çıkarmıştır. Bu çalışmada da idari yargıda istinaf dilekçeleri üzerinde ilk inceleme ile bu inceleme neticesinde verilebilecek kararlar ve bu kararlara karşı başvuru yolları, mahkemeye erişim hakkı ve etkili başvuru hakkı ekseninde incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

• Etkili Başvuru Hakkı • İlk İnceleme • İstinaf • Kanun Yolu • Mahkemeye Erişim Hakkı

THE PRELIMINARY EXAMINATION OF THE APPEAL PETITION IN ADMINISTRATIVE JURISDICTION PURSUANT TO THE DECISION OF THE CONSTITUTIONAL COURT NUMBERED FILE NO. 2022/48 DECISION NO. 2022/93

Abstract

The legal remedy of appeal in administrative jurisdiction has started to be implemented as of 20.07.2016. Pursuant to the regulations on the appeal made in the Administrative Jurisdiction Procedure Law No. 2577 through the Law No. 6545, the appeal is subject to the form and procedure of the cassation. Therefore, a preliminary examination should be made on the petitions of appeal, as in the cassation. Accordingly, the preliminary examination should be made by the administrative or tax court, which made the decision that is the subject of the appeal application. If, as a result of this examination, no deficiency is detected in terms of the subjects of the preliminary examination, the case file should be sent to the district administrative court, which is the appellate authority. The district administrative court is also authorized to conduct examinations in terms of preliminary examination subjects. However, there are some deficiencies in terms of subjects and the procedure of the preliminary examination in the Law No. 2577. In addition, the legal nature of the decisions to be made as a result of the preliminary examination varies according to the stage of the preliminary examination. The decision of the Constitutional Court numbered File No. 2022/48 Decision No. 2022/93 created a new legal situation in terms of both the preliminary examination and the remedies against the decisions to be made as a result of the preliminary examination of the appeal petitions. In this study, the preliminary examination on the petitions of appeal in the administrative jurisdiction and the decisions that can be made as a result of this examination and the remedies against these decisions are examined in the axis of the right of Access to the court and the right to effective remedy.

Key Words

• The Right to Effective Remedy • The Preliminary Examination • Appeal • Legal Remedy • The Right of Access to the Court

GİRİŞ

İdari yargıda, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda (İYUK) 2014 yılında 6545 sayılı Kanunla değişiklikler yapılmadan önce itiraz, temyiz, karar düzeltme ve yargılamanın yenilenmesi kanun yolları bulunmaktaydı. 6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler neticesinde ise itiraz ve karar düzeltme kanun yolları kaldırılmış, istinaf kanun yolu getirilmiştir¹. Ancak bu düzenleme yapılırken, istinaf başvurusuna ilişkin usul kuralları müstakil olarak düzenlenmek yerine temyiz kanun yolunun tabi olduğu şekil ve usul kurallarına atıf yapılmıştır. Bu durum ise istinaf kanun yolu uygulamasında çeşitli belirsizliklere yol açmıştır². Bu bağlamda istinaf dilekçeleri üzerinde ilk inceleme³ hususu da bunlardan biridir.

-
- ¹ 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 28.06.2014 tarih ve 29044 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. 07.11.2015 tarih ve 29525 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Adalet Bakanlığı kararı uyarınca ise bölge idare mahkemeleri 20.07.2016 tarihinden itibaren istinaf mahkemesi olarak görev yapmaya başlamıştır.
- ² Öğretide, istinaf kanun yolunun lehinde görüşler olduğu gibi aleyhinde görüşler de bulunmaktadır. Buna göre istinaf kanun yolu ile yargılama sürelerinin daha da uzayacağı ve yargılama giderlerinin de artacağı, içtihat birliğinin bozulacağı hususlarına karşılık istinaf kanun yolu ile Danıştay'ın iş yükünün azalacağı, Danıştay'ın içtihat mahkemesi fonksiyonunu yerine getirmesine imkan tanınacağını da ileri sürülmektedir. İlgili görüşler için bkz. **SANCAKDAR**, Oğuz: "İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler", Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, C. 8, Özel Sayı, 2013, s. 2245-2248; **SAYGIN** Engin: "İdari Yargıda İstinaf Mahkemesi Tartışmaları Üzerine Bir Analiz", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 69, S. 1-2, 2011, s. 641-648; **ÖZEL**, Kadir Can; "İdari Yargıda İstinaf Sistemi Tartışmaları Üzerine Bir Değerlendirme", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 44, 2020, s. 49-72. Ayrıca 6545 sayılı Kanunla İYUK'ta yapılan değişikliklere ilişkin açıklamalar için bkz. **ÜSTÜN**, Gül: "İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Üzerine Bir Değerlendirme", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 2, 2016, s. 13-38; **SANCAKDAR**, Oğuz, "İdari Yargı İstinaf Sistemindeki Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu (10 Mayıs 2016), Ankara 2016, s. 32-37; **AKYILDIZ**, Ali: "İstinafa İlkesel Bakmak", Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu (12 Mayıs 2015), Ankara 2015, s. 20-26; **TOKLU**, Esat: "İdari Yargıda İstinaf Sistemine Geçiş", Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu (12 Mayıs 2015), Ankara 2015, s. 63-71.
- ³ Kanun koyucu idari yargıda temyiz ve istinaf dilekçelerinin şekil ve usulüne ilişkin yapılan incelemeyi "ilk inceleme" şeklinde isimlendirmemiştir. Öğretide ise bu inceleme genellikle "ön inceleme" olarak zikredilmektedir. Nitekim 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK) da "ön inceleme" kavramı kullanılmıştır.

İlk inceleme müessesesi, idari yargının temel özelliklerinden biri olarak esasında İYUK'ta dava dilekçeleri bakımından düzenlenmiştir⁴. Bununla birlikte İYUK'un 48. maddesinde temyiz dilekçeleri üzerinde hem temyize konu olan kararı veren merciin hem de temyiz merciinin bazı hususları incelemeye tabi tutacağı ve tıpkı ilk incelemede olduğu gibi işin esasına girmeden önce bazı kararlar verebileceği düzenlenmiştir. İYUK'ta yapılan atıf uyarınca söz konusu durum istinaf kanun yolu bakımından da geçerli bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin 20.07.2022 tarih ve E. 2022/48 K. 2022/93 sayılı kararı ise istinaf dilekçeleri üzerinde ilk inceleme yapılması neticesinde verilecek kararlara karşı başvuru yolları bakımından yeni bir hukuki durum ortaya çıkarmıştır. Buna göre Yüksek Mahkeme, İYUK'un 45. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "*İstinaf, temyiz-in şekil ve usullerine tabidir*" hükmü ile 48. maddesinin 7. fıkrasında yer alan "*...ve 6 ncı...*" ibaresini, "*istinafın kanuni süre geçtikten sonra yapılması hali*" bakımından Anayasaya aykırı bularak iptallerine karar vermiştir. İşte bu çalışmada, istinaf dilekçeleri üzerinde ilk inceleme ile bu inceleme neticesinde verilebilecek kararlar ve bu kararlara karşı başvuru yolları Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararı göz önünde bulundurularak incelenecektir.

I. GENEL OLARAK İSTİNAF KANUN YOLU

Kanun yolları, davanın taraflarının yargılama sonucu kendi aleyhlerine olan hususlarda mahkemece verilen nihai kararların doğruluğunun denetimine hizmet edecek şekilde bir daha gözden geçirilmesini sağlayan hukuki başvuru yolu olarak tanımlanmaktadır⁵. Kanun yolunun amacını ise mahkemelerin kararlarını verirken yanlışlık yapma ihtimali nedeniyle bu ihtimalin bertaraf edilmesi, bir üst mahkeme tarafından dosyanın yeniden incelenmesi oluşturmaktadır⁶. Bunun yanında hukukun uygulanmasında birlik sağlanması da mahkeme kararlarının üst

Bununla birlikte İYUK bakımından dava dilekçeleri üzerindeki ilk inceleme ile paralellik arz etmesi nedeniyle bu çalışmada ilk inceleme kavramı tercih edilmiştir.

⁴ **CANDAN**, Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 8. Basım, Ankara 2020, s. 597.

⁵ **GÖZÜBÜYÜK**, Şeref / **TAN**, Turgut, İdare Hukuku (İdari Yargılama Hukuku) C. 2, 8. Basım, Ankara 2016, s. 974; **KAPLAN**, Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, Bursa, 2016, s. 434, **AKİL**, Cenk, İstinaf Kavramı, Ankara 2010, s. 35.

⁶ **KURU**, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul, 2016, s. 661; **ASLAN**, Zehreddin (ed.), Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 3. Basım, Ankara 2022, s. 435.

denetime tabi tutulmasının bir başka gerekçesidir⁷. Mahkemelerin nihai kararlarının kesinleşmesine engel olan kanun yollarına olağan⁸; olağan kanun yollarından geçerek veya süresi içinde olağan kanun yoluna başvurulmadığı için kesinleşen kararlara karşı tanınan kanun yollarına olağanüstü kanun yolları denmektedir⁹. İYUK'ta olağan kanun yolları olarak istinaf ve temyiz, olağanüstü kanun yolu olarak ise kanun yararına temyiz ve yargılamanın yenilenmesi benimsenmiş bulunmaktadır.

İstinaf, ilk derece mahkemelerinin henüz kesinleşmemiş nihai kararlarının hem maddi hem de hukuki yönden denetlenerek hukuka aykırılıkların ortadan kaldırılmasını içeren bir kanun yoludur¹⁰. İstinaf kanun yolunun, temyiz kanun yolundan ayrılan temel özelliğini ise mahkeme kararının hukukilik yanında maddi denetiminin de yapılabilmesi oluşturmaktadır¹¹. Buna göre geniş anlamda istinafta, ilk derece mahkemesinin yargılama sırasında, uyuşmazlık konusu vakıayı değerlendirmek bakımından yaptığı her türlü usul işlemi, vakıanın ispatına yönelik delillerin değerlendirilmesi, bu işlemlerden bağımsız olarak tekrarlanır¹². Dar anlamda istinaf ise ilk derece mahkemesinin yargılama sırasında yaptığı her türlü işlemin değil, sadece eksik, hatalı yapıldığı düşünülen işlemlerinin yapılması anlamına gelmektedir¹³. Dar anlamda istinafın amacını ilk derece mahkemesi kararını denetlemek ve varsa hataları düzeltmek oluşturmaktadır¹⁴. İYUK'ta da dar anlamda istinaf siteminin benimsendiği görülmektedir.

⁷ **YILDIRIM**, Turan, İdari Yargı, 2. Basım, İstanbul 2010, s. 513.

⁸ **KURU**, s. 662.

⁹ **KURU**, s. 663.

¹⁰ **YILMAZ**, Ejder, İstinaf, 2. Basım, Ankara 2005, s. 21; **ÇAĞLAYAN**, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, 14. Basım, Ankara 2022, s. 800; **AKYILMAZ**, Bahtiyar / **SEZGİN**, Murat / **KAYA**, Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, 6. Basım, Ankara 2021, s. 782; **AVCI**, Mustafa: "İdari Yargıda İstinaf", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 96, 2011, s. 182.

¹¹ **ASLAN**, s. 436; **SANCAKDAR**, İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler, s. 2248; **SAYGIN**, s. 637. Bununla birlikte bu ayrımın idari yargılamada yapılmasının güç olduğu da ifade edilmektedir (**ÜSTÜN**, s. 16).

¹² **ÖZTEK**, Selçuk, Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz, Ankara 2021, s. 30; **AKYILMAZ/ SEZGİN/ KAYA**, s. 782.

¹³ **AKYILMAZ/ SEZGİN/ KAYA**, s. 782.

¹⁴ **AKKAYA**, Tolga, Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Ankara 2009, s. 100.

İYUK'un 45. maddesinde istinaf mercii, başvuru süresi ve istinaf kanun yoluna başvurulabilecek kararlar düzenlenmiştir¹⁵. Buna göre istinaf mercii bölge idare mahkemeleridir. İstinaf başvurusunun konusunu, idare ve vergi mahkemelerinin esasa veya usule¹⁶ ilişkin nihai kararları oluşturmaktadır. Dolayısıyla ilk derece mahkemelerinin her türlü ara kararlarına ve yürütmenin durdurulması istemleri hakkında verilen kararlara karşı istinaf yoluna başvurulması mümkün değildir¹⁷. Bunun yanında konusu beş bin Türk lirasını (2023 yılı için 20.000 Türk lirası) geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararların kesin olduğu ve bunlara karşı istinaf ve dolayısıyla temyiz kanun yoluna da başvurulamayacağı düzenlenmiştir. Ayrıca ivedi yargılama usulüne tabi olan davalar, merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulü uygulanan davalar ile Danıştay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı davalarda verilen kararlara karşı da istinaf kanun yoluna başvurulması mümkün değildir. Diğer yandan, İYUK'un 45. maddesinin 6. fıkrasında yer alan "*Bölge idare mahkemelerinin 46 ncı maddeye göre temyize açık olmayan kararları kesindir.*" hükmüyle, bölge idare mahkemelerinin sadece 46. maddede düzenlenen konulardaki kararlarına karşı temyiz yolu açık tutulmuştur. Dolayısıyla istinaf kanun yolu, idari yargıda genel kanun yolu niteliğinde bulunmaktadır¹⁸.

İYUK'un 45. maddesinin 3, 4 ve 5. fıkralarında istinaf incelemesi neticesinde bölge idare mahkemesince hangi kararların verilebileceği düzenlenmiştir¹⁹. İYUK'un 45. maddesinin 2. fıkrasında ise istinafın temyiz şekil ve usullerine tabi olduğu kuralına yer verilmiştir. Buna göre

¹⁵ İYUK m. 45/1: "*İdare ve vergi mahkemelerinin kararlarına karşı, başka kanunlarda farklı bir kanun yolu öngörülmüş olsa dahi, mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde istinaf yoluna başvurulabilir.*"

¹⁶ İlk derece mahkemelerinin uyuşmazlığın esasına ilişkin olmamakla birlikte davanın sonlandırılmasına ilişkin nihai kararlarına karşı da istinaf yoluna başvurulabilir (GÜNDAY, Metin, İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2022, s. 488).

¹⁷ GÜNDAY, s. 487.

¹⁸ KAPLAN, İdari Yargılama, s. 441; AVCI, Mustafa, İdari Yargılama Usulündeki Son Yenilikler ve İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu, Ankara 2017, s. 125.

¹⁹ Buna göre istinaf incelemesi sonucunda bölge idare mahkemesi, "istinaf isteminin reddine", "istinaf isteminin kabul edilerek ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına ve işin esası hakkında yeniden bir karar verilmesine" veya "ilk derece mahkemesi kararının kaldırılması ve yeniden karar verilmek üzere dosyanın mahkemesine gönderilmesine" şeklinde karar verebilir.

istinaf başvurusunun yapılması, istinaf dilekçesinin şekli, istinaf aşamasında duruşma yapılması ve istinaf sebepleri temyiz tabii olduğu kurallara bağlı kılınmıştır²⁰. Bu bağlamda idari yargıda istinaf kanun yolu ile ilgili kuralların yeterince ayrıntılı düzenlendiğini söylemek mümkün görünmemektedir. İstinaf başvurusu yapılması ve istinaf dilekçesi üzerinde yapılacak inceleme ile bu inceleme neticesinde verilecek kararlar da bu kapsamdadır. Buna göre İYUK'un 48. maddesinde temyiz kanun yolu için düzenlenen kuralların, istinaf başvuruları bakımından da uygulanması gerekmektedir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki başta Türk idare hukukunun esinlendiği Fransa²¹ olmak üzere pek çok batı ülkesinde idari yargı bakımından istinaf sistemi kabul edilmiş bulunmaktadır²². Bununla birlikte bu ülkelerde yargı sistemlerinin örgütlenmesi farklılık gösterdiğinden istinafın usul ve esasları bakımından çeşitli farklılıklar mevcuttur. Çalışmanın ilerleyen kısımlarında konuyla ilgili olduğu ölçüde mukayeseli hukuka ilişkin de açıklamalara yer verilecektir.

²⁰ **KESKİN**, Züleyha: "İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 126, 2016, s. 244.

²¹ Fransa'da 1987 yılında idari istinaf mahkemeleri kurulmasıyla birlikte idari yargıda Conseil d'Etat, idari istinaf mahkemeleri ve idari mahkemeler olmak üzere üç dereceli bir sistem benimsenmiştir. (**BROWN**, L. Neville /**BELL**, John S., French Administrative Law, Oxford 2003, s. 53). Buna göre ilk derece mahkemesi olarak idari mahkemelerin verdiği kararlar, istinaf yolu ile idari istinaf mahkemelerince incelenir. İdari istinaf mahkemelerinin verdiği kararlara karşı ise, temyiz mercii olan Conseil d'État'ya başvurulabilir. Bununla birlikte bazı hallerde Conseil d'Etat doğrudan istinaf merci olarak da inceleme yapabilir. İstinaf yoluyla yapılan inceleme sonucu, usul hükümlerine uyulmadığı tespit edilirse ilk derece mahkemesinin verdiği karar bozulur. Buna karşılık maddi olayın gereklerine ya da hukuka aykırı karar verilmesi halinde ise karar bozularak, yapılan yargılama sonucuna göre uyumsuzluk hakkında yeniden karar verilir. (**SANCAKDAR**, İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler, s. 2266-2267; **GENÇAY KARABULUT**, Şehnaz: "Fransa'da İdari İstinaf Mahkemelerinin Kararlarına Karşı Temyiz Başvurusu ve İncelenmesi", Danıştay Dergisi, S. 107, 2004, s. 10). Bunun yanında Fransa'da çeşitli görev alanlarında uzmanlaşmış idari yargı yerleri de bulunmaktadır (**BROWN /BELL**, s. 58-61).

²² **SANCAKDAR**, İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler, s. 2238. Diğer örnekler için bkz. <https://www.aca-europe.eu/index.php/en/tour-d-europe-en>

II. İSTİNAF DİLEKÇESİ ÜZERİNDE İLK İNCELEME VE İLK İNCELEME ÜZERİNE VERİLECEK KARARLAR

A. Kapsam ve Usulü

İlk inceleme, uyuşmazlığın esası hakkında bir incelemeye geçmeden önce usul kuralları çerçevesinde yapılan bir ön incelemedir²³. Dolayısıyla uyuşmazlığın esası hakkında yargılamanın yürütülebilmesi için açılmış olan davanın öncelikle ilk inceleme aşamasından geçmesi gerekmektedir²⁴. Bu müessese ile davanın esasının karara bağlanmasına engel olabilecek usuli noksanlık ve aykırılıkların daha davanın başında saptanarak, hak arama sürecinin kısaltılması amaçlanmaktadır²⁵. Böylelikle tebligat, keşif, bilirkişi ve duruşma gibi usul işlemlerinin, mahkeme tarafından re'sen araştırma ilkesi gereği yapılacak yazışmaların gereksiz şekilde yapılmasının önüne geçilerek usul ekonomisinin sağlanması da hedeflenmektedir²⁶. Nitekim bu yönüyle ilk incelemenin esas olarak davanın taraflarına da yarar sağladığı belirtilmektedir²⁷. Buna karşılık özellikle mahkemenin yargılamayı sona erdirecek nitelikte karar verebileceği görev, süre, ehliyet, idari merci tecavüzü gibi hukuken önemli ve karmaşık konularda salt dosya üzerinden yeterli inceleme yapılmaksızın karar verilmesinin yargılama hukukunun temel ilkelerinden olan çelişmeli yargılama ilkesine aykırı olduğu da ifade edilmektedir²⁸. Bu sebeple ilk inceleme neticesinde verilecek kararların, davacının görüşü alındıktan sonra karara bağlanması gerektiği belirtilmektedir²⁹. Örneğin İngiliz Hukuk sisteminde³⁰ idare mahkemesinde dava açabilmek için öncelikle idare

²³ AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 140; KARAVELİOĞLU, Celal: Açıklamalı, İctihatlı ve İstinaf Kurumuyla İdari Yargılama Usulü Kanunu, 9. Basım, Ankara 2016, s. 593. Diğer tanımlar için bkz. IŞIKLAR, Celâl: "Türk İdari Yargısında İlk İnceleme Kurumunun Yasal Seyri, Yeri, Gereği ve Yararı", Terazi Hukuk Dergisi, C. 7, S. 67, 2012, s. 47-48.

²⁴ ÖZDEMİR, Halit Eyüp: İdari Yargıda Dilekçeler Üzerine İlk İnceleme, İstanbul 2019, s. 2.

²⁵ CANDAN, s. 598; ÖZTEK, s. 299.

²⁶ AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 140.

²⁷ CANDAN, s. 598.

²⁸ GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Yönetmelik Yargı, 35. Basım, Ankara 2016, s. 483.

²⁹ GÖZÜBÜYÜK, s. 483.

³⁰ İngiltere'de Devlet ile birey arasındaki ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklar temel olarak kurullar tarafından çözüme bağlanmaktadır. Bunun yanında özel kişiler arasındaki bazı uyuşmazlıklara da bu kurullar tarafından bakılmaktadır. İngiltere'de 2007 yılında kabul edilen Kurullar, Mahkemeler ve İnfaz Kanunu (The Tribunals,

mahkemesinden izin almak gerekmektedir³¹. İdare mahkemesi bu izin başvurusunda, ilk inceleme aşamasına benzer şekilde, davacının dava ehliyetinin olup olmadığını ve ileri sürülebilir bir davanın³² olup olmadığını inceleyerek karara bağlamaktadır³³. Ancak bu konuda karar verirken izin

Courts ve Enforcment Act) ile kurullar bakımından iki dereceli bir sistem benimsenmiştir. Bu bağlamda çok çeşitli konularda (sosyal güvenlik, göç; sağlık vb.) görev yapan İlk Derece Kurulların (First-tier Tribunal) kararlarına karşı Üst Kurullara (Upper Tribunal) başvuru yapılabilir. Kural olarak Üst Kurul'un kararına karşı ise idare mahkemesine başvurulabilmesi mümkün bulunmaktadır. Ancak bu başvuruların yapılması da izin alınmasına bağlı bulunmaktadır. (Administrative Justice in Europe -Report for the United Kingdom- https://www.aca-europe.eu/en/eurtour/i/countries/unitedkingdom/unitedkingdom_en.pdf) Tarihsel süreç içerisinde kurullar mahkemelerin alternatifi olarak ortaya çıksa da, 2007 yılında yapılan değişiklikle birlikte kurullar idari yargı sisteminin bir parçası haline gelmiştir. Buna göre kurul sisteminin mahkemelere göre daha erişilebilir, daha az resmi, ucuz, hızlı ve uzmanlaşmayı ön plana çıkardığı için tercih edildiği görülmektedir (CANE, Peter, Administrative Law, 5. Basım, Oxford 2011, s. 319). Bununla birlikte bu avantajlarının yanında kurulların mahkeme kadar itibarlı olmadığı, zamanla usuli prosedürlerin arttığı ve bunun da maliyetleri artırdığı yönünde dezavantajları da sıralanmaktadır (TAYLOR, Chris, Constitutional and Administrative Law, 3. Basım, 2013, s. 156-157).

³¹ CANE, s. 251. Buna göre yargılama usulü iki aşamadan oluşmaktadır. İlk aşama yargılamanın devam edip etmemesiyle ilgili olan izin aşaması (permission stage); ikinci aşama ise davanın esasının karara bağlandığı dava aşaması (hearing stage) şeklindedir. İzin aşamasının fonksiyonunu ise gerçek bir başarı şansı olmayan, önemsiz veya yeterli gerekçe olmadan oluşturulan ya da mahkeme sürecinin kötüye kullanılmasını amaçlayan davaları ayıklamak oluşturmaktadır (CANE, s. 251-252).

³² Bu kriter, verilen izin oranlarının düşüklüğü, bu hususa ilişkin verilen kararların adil olmaması gibi yönlerden eleştirilmektedir (NASON, Sarah: "The Administrative Court, the Upper Tribunal and Permission to Seek Judicial Review," Nottingham Law Journal C. 21, S. 1, 2012, s. 2). Ayrıca belirtmek gerekir ki, R (Cart) v. Upper Tribunal davasında İngiltere Yüksek Mahkemesi (Supreme Court), Üst Kurul'un idare mahkemesine başvuru için izin verilmemesine ilişkin kesin kararının da önemli bir ilkesel meselenin olması ya da zorlayıcı bir nedenin bulunması halinde yargısal denetime tabi olacağına karar vermiştir. (DÜĞER, Sırrı, Anglosakson Hukuk Sisteminde İdarenin Yargısal Denetimi, 2. Basım, Ankara 2021, s. 47). Bu kriterin uygulandığı bir davada ise idare mahkemesi, İlk Derece Kurulu tarafından duyuma dayanan bir ifadeyi dayanak alarak karar verilmesini ciddi bir usuli eksiklik olarak görmüş, bu eksikliğin Üst Kurul tarafından da giderilmediğini tespit etmiştir. Bu bağlamda usuli eksikliği, "zorlayıcı bir neden" kapsamında değerlendirmiştir. Ayrıca mahkeme, bu hatanın davacı üzerinde doğurduğu ciddi sonuçları (davacının mesleki kariyerinin sona ermesi) da dikkate almıştır (YEGİNSU, Can: "First Successful Judicial Review on Cart Principles:R (Kuteh) v Upper Tribunal", Judicial Review, C. 18, S. 1, 2013, s. 134-139).

³³ DÜĞER, s. 121.

başvurusuna ilişkin dilekçenin karşı tarafa tebliğ edilmesi gerekmektedir³⁴. Dolayısıyla davanın esasının incelenmesine geçmeden önceki aşama bakımından da çelişmeli yargılama benimsenmiş durumdadır.

İdari yargıda ilk inceleme esas olarak, ilk derece yargılama aşamasında dava dilekçesi bakımından düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre ilk inceleme, İYUK'un 14. maddesinde sayılan konular³⁵ bakımından sırasıyla Danıştay'da daire başkanının görevlendireceği bir tetkik hakimi, idare ve vergi mahkemelerinde ise mahkeme başkanı veya görevlendireceği bir üye tarafından yapılır³⁶. İYUK'un 15. maddesinde ise ilk inceleme neticesinde incelenen hususlarda bir eksiklik veya aykırılık bulunması halinde Daire veya mahkeme tarafından hangi kararların alınabileceği düzenlenmiştir. Tek hakim tarafından çözümlenecek davalarda ise heyete gerek olmaksızın davayı çözümleyecek hakim tarafından kanunda öngörülen kararlar doğrudan verilir³⁷. Yine bu kararlardan hangilerine karşı kanun yolunun açık olduğu da düzenlenmiştir³⁸. İlk inceleme sonucunda herhangi bir hukuka aykırılık tespit edilmez veya ilk inceleme raporu daire veya mahkeme tarafından uygun görülmez ise dava dilekçesinin davalı idareye tebliği yapılır³⁹. İlk incelemenin en geç onbeş gün içinde tamamlanması gerekmektedir⁴⁰. İlk inceleme aşamasından sonra, yargılamanın sonraki aşamalarında da ilk incelemeye ilişkin hususlarda aynı eksikliklerin tespiti halinde yine aynı kararların verilmesi söz konusu olur⁴¹.

³⁴ DÜĞER, s. 121.

³⁵ Bu konular sırasıyla şu şekildedir: Görev ve yetki, idari merci tecavüzü, ehliyet, idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlemin olup olmadığı, süre aşımı, husumet, dava dilekçesinin 3 ve 5 inci maddelere uygun olup olmadığı.

³⁶ İYUK m. 14/3.

³⁷ İYUK m. 14/4.

³⁸ İYUK m. 15/4.

³⁹ İYUK m. 14/5.

⁴⁰ İYUK m. 14/4. İvedi yargılama usulü ile merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulünde bu süre yedi gündür. (İYUK m. 20/A-1, c ve m. 20/B-1, c).

⁴¹ İYUK m. 14/6. Bu noktada ifade etmek gerekir ki dava açılırken var olması gereken kanunda öngörülen şartların, kural olarak tüm yargılama süresince varlığını sürdürmesi gerektiği kabul edilmektedir (**KARAHANOGULLARI**, Onur, İdari Yargı İdarinin Hukuka Zorlanması, Ankara 2019, s. 241).

İYUK'ta istinaf usulüne, daha doğrusu istinaf başvuru dilekçesine ilişkin ayrıntılı bir düzenleme yapılmamış⁴², bunun yerine İYUK'un 45. maddesinin 2. fıkrasında istinafin temyizın şekil ve usullerine tabi olduğu düzenlenmiştir. Söz konusu hükmün, temyiz ve istinaf kanun yolları arasındaki farklılık nedeniyle daha çok başvuru aşaması bakımından değerlendirilmesi ve temyizın usul ve şeklini konu alan 48, 49 ve 50. maddenin, 45. maddede yer alan hükümlerle bağdaşan hükümlerinin uygulanması gerektiği ifade edilmektedir⁴³. Bu bağlamda İYUK'un "temyiz dilekçesi" başlıklı 48. maddesinde, temyiz dilekçelerinin düzenlenmesine ilişkin esaslar, temyiz dilekçelerinin hangi mercilere verilebileceği, temyiz dilekçesinin tebligatı ve dosyanın tekemmülü, temyiz dilekçesi üzerinde ilk inceleme yapılacak hususlar ve bu hususlara ilişkin verilebilecek kararlar düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu çerçevede, İYUK'un 14. ve 15. maddelerinde olduğu gibi açık şekilde olmasa da İYUK'un 48. maddesinde de temyiz dilekçeleri yönünden bir ilk inceleme aşaması öngörülmüştür. Bu ilk inceleme ile temyiz başvurusunun esasına yönelik bir inceleme yapmadan önce, temyiz başvurusunun gerekli şartları sağlayıp sağlamadığının denetlenmesi amaçlanmaktadır⁴⁴. Buna göre anılan madde düzenlemesiyle ilk inceleme safhasında olduğu gibi temyiz mercilerinin iş yükünün azaltılması hedeflenmektedir. Ancak buradaki incelemenin, ilk inceleme safhasıyla tamamen örtüşmediği ve ilk incelemenin sadece dilekçenin usule uygunluğu denetimini kapsadığı ifade edilmektedir⁴⁵. Örneğin kanun yoluna başvuran tarafın⁴⁶ bu başvuruda hukuki yararının bulunup

⁴² AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 784.

⁴³ YILDIRIM, Turan / FİŞ ÜSTÜN, Gül, Açıklamalı Notlu İdari Yargılama Usulü Kanunu, İstanbul 2020, s. 675.

⁴⁴ AKKAYA, s. 242.

⁴⁵ YILDIRIM/ FİŞ ÜSTÜN, s. 693.

⁴⁶ İdari yargıda kural olarak kanun yoluna davanın tarafları müracaat edebilir. Bununla birlikte bazı hallerde müdahilin, yanında katıldığı taraftan ayrı olarak da kanun yoluna başvurabileceğine dair yargı kararları da bulunmaktaydı. 25.05.2023 tarih ve 32201 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun E. 2021/4, K. 2023/1 sayılı kararıyla ise yanında katıldığı tarafın kanun yollarına başvurmaması halinde müdahilin, tarafın işlem ve açıklamalarına açıkça aykırı olmamak şartıyla tek başına kanun yoluna başvurabileceği ve ilgili yargı merciince başvuru dilekçesinin ilgisine sunulmak üzere yanında katıldığı tarafa tebliğ edilmesi gerektiğine hükmedilmiştir. (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/05/20230525-4.pdf>). Fransız İdari yargı sisteminde ise istinaf başvurusunda bulunma hakkı, başvuru konusu kararın verildiği davada taraf olarak yer alanlar ile müdahil gibi taraf olarak yer almasa bile herhangi bir şekilde yer almış veya

bulunmadığı hususu bu aşamada incelenmemektedir. Söz konusu incelemenin kanun yolu incelemesine yetkili olan merci tarafından yapılması gerekmektedir⁴⁷.

İstinaf da temyizın şekil ve usulüne tabi kılındığından, istinaf başvuruları bakımından da aynı usulün benimsenmesi söz konusu olmuştur. Dolayısıyla istinaf başvurularında, İYUK'un 48. maddesi uyarınca yapılacak ilk incelemenin kapsam ve usulü yani hangi mercii tarafından, hangi sürede, hangi sırayla yapılması gerektiği ile inceleme sonucunda verilebilecek kararların belirlenmesi gerekmektedir. İYUK'un 48. maddenin 6. fıkrasının son cümlesinde "*İlgili merciin bu kararları ile bu maddenin 2 nci fıkrasında belirtilen temyiz isteminde bulunulmamış sayılmasına ilişkin kararlarına karşı, tebliğ tarihini izleyen günden itibaren yedi gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir.*" hükmü yer almakta; 48. maddenin 7. fıkrasında da bu kararların "...dosyanın gönderildiği Danıştayın ilgili dairesi ve kurulunca" alınması öngörülmektedir. Bu kapsamda kanun yolu başvurusuna ilişkin dilekçe üzerinde ilk inceleme, ilk olarak kanun yolu başvurusuna konu olan kararı veren mahkemesince yapılacaktır. Dolayısıyla istinaf dilekçeleri bakımından, istinaf başvurusuna konu olan kararı veren idare veya vergi mahkemesince istinaf dilekçesi üzerinde yapılan inceleme neticesinde bir eksiklik tespit edilmezse, dilekçenin tebligat işlemleri ile dosyanın tekemmülü sağlanır. Ardından da dosya, ilgili bölge idare mahkemesine gönderilir⁴⁸. Bölge idare mahkemesinin de istinaf dilekçesi üzerinde aynı hususlara ilişkin inceleme yapma yetkisi bulunmaktadır. Buna göre dosyanın istinaf mercii olan bölge idare mahkemesine gönderilmesi sonrasında, bölge idare mahkemesince de aynı hususlara ilişkin inceleme yapılarak, aynı şekilde kararlar verilebilecektir. Ayrıca söz konusu eksiklikler, kamu düzeniyle ilgili olduğundan⁴⁹, bu eksikliklerin istinaf incelemesinin her aşamasında bölge idare mahkemesince re'sen dikkate

kendisine davaya katılma çağrısında bulunulmuş kişilere de tanınmış bulunmaktadır. (KAPLAN, Gürsel, Fransız idari Yargılama Hukukunda Kararlara Karşı Başvuru Yolları, Bursa, 2016, s. 106). Bu noktada belirtmek gerekir ki kanun yoluna başvuran tarafın hukuki yararının olup olmadığı yönünden de ilk inceleme aşamasında kanun yoluna konu olan kararı veren mahkemece de bir değerlendirme yapılması daha isabetli olacaktır. Böylelikle kanun yolu başvurusunda menfaati olmayan tarafın kanun yolu başvurusu en baştan elenebilecektir. Bu hususun istinaf ve temyiz mercilerinin iş yüküne olumlu etki edeceği düşünülmektedir.

⁴⁷ YILDIRIM/ FİŞ ÜSTÜN, s. 694.

⁴⁸ İYUK m. 48/4.

⁴⁹ ÖZTEK, s. 302.

alınması da gerekmektedir⁵⁰. İstinaf dilekçesi üzerindeki bu ilk inceleme, istinaf dilekçesinin İYUK'un 3. maddesine uygun olup olmadığı, harç ve posta giderlerinde eksiklik olup olmadığı, istinaf başvurusunun süresinde yapılıp yapılmadığı ve kesin bir karar hakkında olup olmadığı hususlarını kapsamaktadır. Bununla birlikte kanunda açıkça sayılmayan bazı hususlarda da bölge idare mahkemesinin ilk inceleme aşamasında inceleme yaparak karar vermesi gerektiği kabul edilmelidir. Nitekim HMK'da istinaf başvurusuna ilişkin ön inceleme konularının daha ayrıntılı düzenlendiği görülmektedir⁵¹. Bu bağlamda istinaf konusu edilen kararın istinafa tabi bir karar olup olmadığı, istinaf konusu kararın, kendi bölge idare mahkemesinin yargı çevresinde kalıp kalmadığının⁵² ve iş bölümü⁵³ esaslarına göre ilgili dairenin görevine girip girmediğinin de belirlenmesi gerekmektedir⁵⁴.

Fransız İdari Yargı siteminde de istinaf başvurusunun, esas olarak ilk derece mahkemesinde açılacak davalarda uygulanacak kurallara bağlı

⁵⁰ Nitekim bu husus İYUK'un 14. maddesinin 6. fıkrasında, dava dilekçeleri üzerinde yapılan ilk inceleme konuları bakımından açık şekilde düzenlenmiştir.

⁵¹ HMK'nın 352. maddesinde bölge adliye mahkemesi hukuk dairesince istinaf başvurusunda tahkikat incelemesi yapılmadan önce dosya üzerinden usuli eksiklik olup olmadığına dair bir ön inceleme yapılması düzenlenmiştir. (MERAKLI YAYLA, Deniz, Medeni Usul Hukuku'nda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Ankara 2014, s. 30.). Anılan madde uyarınca incelemenin başka bir dairece veya bölge adliye mahkemesince yapılmasının gerekli olması, kararın kesin olması, başvurunun süresi içinde yapılmaması, başvuru şartlarının yerine getirilmemesi, başvuru sebeplerinin veya gerekçesinin hiç gösterilmemesi yönlerinden bir inceleme yapılması söz konusu olmaktadır. Bunun yanında HMK'nın 344. ve 346. maddeleri uyarınca istinaf konusu kararı veren mahkeme, istinaf dilekçesi üzerinde harç ve giderlerin yatırılıp yatırılmadığı, istinafın kanuni süresi içinde yapılıp yapılmadığı ve kesin bir karar hakkında olup olmadığı yönlerinden inceleme yaparak istinaf dilekçesinin reddine karar verebilir. Bu halde, bu kararlar da istinaf edilebilir.

⁵² Bu halde bölge idare mahkemesinin, istinaf konusu kararın kendi yargı çevresinde olmadığı kanaatine varırsa dosyayı görevli ve yetkili gördüğü bölge idare mahkemesine gönderme kararı vermesi gerektiği belirtilmektedir (KARAVELİOĞLU, s. 1475).

⁵³ 2576 sayılı Kanunun 3/D maddesinin 3. fıkrası uyarınca bölge idare mahkemesi dairesi arasındaki iş bölümü, Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenir. Daireler arasında iş bölümüne ilişkin uyumsuzluklar ise bölge idare mahkemesi başkanlar kurulu tarafından çözümlenir (2576 sayılı Kanun m. 3/C-4, a).

⁵⁴ SEVİNÇ, Ekin: Türk İdari Yargılama Hukukunda İstinaf Kanun Yolu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Trabzon 2018, s. 103.

kılındığı görülmektedir⁵⁵. Bu bağlamda Fransa’da istinaf başvurusunun esastan incelenebilmesi için öncelikle başvuran kişiye ilişkin koşullar, başvuru konusu olan karara ilişkin koşullar ile başvurusunun süresi ile şekil kurallarına ilişkin koşullar yönünden incelenmesi söz konusu olmaktadır⁵⁶. İstinaf başvurusunun ise kural olarak idari istinaf mahkemesine yapılması gerekmektedir⁵⁷. Dolayısıyla bu incelemenin de doğrudan idari istinaf mahkemesince yapılması söz konusu olmaktadır⁵⁸. Kural olarak idari istinaf mahkemelerinin kararlarına karşı da temyiz yoluna başvurulması mümkün bulunmaktadır⁵⁹. İngiliz Hukuk sisteminde ise dava açma aşamasında olduğu gibi idare mahkemesinin kararına karşı istinaf başvurusu yapılabilmesi de idare mahkemesinin iznine bağlı bulunmaktadır⁶⁰. Buna göre istinaf izni, istinaf başvurusunun başarılı olma ihtimalinin olması veya istinaf isteminin dinlenmesini zorlayıcı başka bir nedenin varlığı halinde verilebilir. Ayrıca bu izin, idare mahkemesinin izin vermemesi halinde veya idare mahkemesine başvurmaksızın doğrudan

⁵⁵ CJA, art. R. 811-13. Fransız İdari Yargı Kodu’nun Türkçe çevirisi için bkz. **SANCAKDAR**, Oğuz/ **ÖNÜT**, Lale Burcu/ **YAĞCI**, Pınar/ **SEYHAN**, Serkan, Fransız, Türk, Federal Alman İdari Yargılama Usulü Kanunları, Ankara 2020, s. 43-170. Fransız İdari Yargı Kodu’nun İngilizce metni için bkz. <https://www.conseil-etat.fr/qui-sommes-nous/le-conseil-d-etat/re-lations-internationales/code-la-justice-administrative-en-anglais>

⁵⁶ **KAPLAN**, Başvuru Yolları, s. 105.

⁵⁷ CJA, art. R. 811-11. Bununla birlikte özel düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla İdari Yargı Kodu’nun R. 351-3 maddesine göre istinaf başvurusunun istinaf yoluna konu olan kararı veren mahkemeye de yapılması mümkündür. (**KAPLAN**, Başvuru Yolları, s. 124).

⁵⁸ Bu noktada belirtmek gerekir ki, İdari Yargı Kodu’nun R. 122-12 maddesine göre istinaf dilekçesinin kabul edilebilirlik şartlarını taşımadığı hallerde mahkeme başkanı bu konuda tek başına karar verebilmektedir. Bu tür kurul halinde verilmesi gerekmeyen konularda tek başına alınan karar “ordonnance” olarak adlandırılmaktadır (**ÇAĞLAYAN**, Ramazan: İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları (Fransa- Türkiye Mukayeseli Bir Deneme), Ankara 2017, s.79-80).

⁵⁹ CJA, art. L821-1. İdari Yargı Kodu’nun L822-1 maddesine göre ise temyiz başvuruları, bir ön kabul usulüne tabi bulunmaktadır. Bu kapsamda temyiz merci olan Conseil d’Etat, temyiz başvurularını usule ilişkin kabul edilebilirlik koşulları yanında istinaftan farklı olarak başvurusunun dayandığı nedenlerin ciddi olup olmaması yönünden ön elemeyi geçirmektedir. Buna göre bu usulün Conseil d’Etat’ya hukuken önemli konulara bakan temyiz mahkemesi fonksiyonunu ön plana çıkarmasına imkan verdiği belirtilmektedir (**BROWN /BELL**, s. 53-54).

⁶⁰ **CANE**, s. 332.

istinaf mahkemesinden de istenebilir⁶¹. Ancak bu sistemin idarenin yargısal denetimini en geniş şekilde gerçekleştirmeyi ve idare karşısında zayıf olan bireyi korumayı amaçlayan idari yargı ile uyumlu olmadığı, davanın esasına dair bir ön değerlendirme yapmanın hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı bakımından sorun teşkil edeceği belirtilmektedir⁶². Nitekim İYUK'ta istinaf aşaması bakımından kanun koyucu tarafından bir tür filtre⁶³ benimsenmiş olmak birlikte, kural olarak ilk derece mahkemelerinin verdiği tüm nihai kararlara karşı istinaf başvurusunun mümkün olmasının idari yargının varlık nedenine daha uygun olduğu düşünülmektedir.

Diğer yandan, dava dilekçesi üzerindeki ilk incelemeden farklı olarak, istinaf dilekçesi üzerinde İYUK'un 48. maddesi çerçevesinde ilk incelemenin hangi sürede yapılması gerektiği düzenlenmemiştir. Ayrıca ilk inceleme konuları bakımından yine İYUK'un 14. maddesinden farklı olarak bir sıra öngörülmemiştir⁶⁴. Buna ilaveten, istinaf başvurusu üzerine ilk incelemenin hangi usule göre yapılacağı da açıkça düzenlenmemiştir⁶⁵. Buna karşılık bölge idare mahkemesi daire başkanlarının görevleri arasında "*Dosyayı, inceleyecek üyeye havale etmek ve kararların zamanında yazılmasını sağlamak.*" hükmü yer almaktadır⁶⁶. Dolayısıyla istinaf dilekçesi

⁶¹ DÜĞER, s. 132.

⁶² DÜĞER, s. 132.

⁶³ İYUK'un 45. maddesinin 1. fıkrasında "...konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar kesin olup, bunlara karşı istinaf yoluna başvurulmaz." hükmü bulunmaktadır. Buna göre daha önce de belirtildiği gibi kural olarak idare mahkemesinin bu kapsama girmeyen tüm kararlarına karşı istinaf yolu açıktır. Dolayısıyla kanun koyucu, sadece konusu belli bir miktar para içeren ve bu miktarı belli bir sınırın altında kalan davalar bakımından bir "filtreleme" yapmıştır. Bu durumda istinaf dilekçesi üzerinde ilk inceleme sırasında "istinaf başvurusunun kesin bir karar hakkında olup olmadığı" hususuna ilişkin yapılan inceleme, bu filtrelemeyi sağlamaya yöneliktir. Ayrıca temyiz kanun yolu bakımından kanun koyucu daha geniş bir eleme öngörmüştür. Buna göre İYUK'un 46. maddesinde sayılmayan konular dışındaki davalar istinaf aşamasında kesinleşmektedir.

⁶⁴ Nitekim medeni usul hukuku bakımından da istinaf mahkemesince ilk incelemeye tabi konuların niteliği dikkate alınarak bir sırayla incelenmesi gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir. (AKKAYA, s. 253).

⁶⁵ Örneğin HMK'nın 352. maddesinin 2. fıkrasında istinaf dilekçeleri üzerinde ön incelemenin heyetçe veya görevlendirilecek bir üye tarafından yapılabileceği ancak ön inceleme sonucunda kararın heyetçe verileceği açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır.

⁶⁶ 2576 sayılı Kanun m. 3/B-2, b.

üzerindeki ilk incelemenin de daire başkanı tarafından görevlendirilen üye tarafından yapılacağı ve heyetçe karar verileceği anlaşılmaktadır. Dava dilekçeleri üzerinde öngörülen ilk incelemenin, yargılama sürecinin kısaltılması ile yargılama giderlerinin azaltılması şeklindeki fonksiyonunun, kanun yolları aşamasında da sağlanması için anılan hususların istinaf ve temyiz kanun yolları arasındaki farklar da gözetilerek⁶⁷ açıkça düzenlenmesi yerinde olacaktır.

B. İdare Mahkemesi Tarafından Yapılan İlk İnceleme

İYUK'un 48. maddesi uyarınca istinaf dilekçesinin İYUK'un 3. maddesine uygun olup olmadığı, harç ve posta giderlerinde eksiklik olup olmadığı, istinaf başvurusunun süresinde yapılıp yapılmadığı ve kesin bir karar hakkında olup olmadığı hususlarında istinafa konu olan kararı veren idare mahkemesi tarafından inceleme yapılması gerekmektedir. Bu kapsamda sırasıyla söz konusu hususlar ve ardından bu hallerde mahkemece hangi kararların verilebileceği incelenecektir.

1. İstinaf Dilekçesinin İYUK M. 3'e Uygun Olması

İYUK'un 45. maddesinin yaptığı gönderme uyarınca, temyiz dilekçelerinde olduğu gibi istinaf dilekçelerinin de İYUK'un 3. maddesine uygun olması gerekmektedir⁶⁸. Buna göre, ilk olarak istinaf dilekçeleri bölge idare mahkemelerine hitaben yazılmış olmalıdır⁶⁹. Bununla birlikte İYUK'un 45. maddesinin 2. fıkrasında "*istinaf başvurusuna konu olacak kararlara karşı yapılan kanun yolu başvurularında dilekçelerdeki hitap ve istekle bağlı kalınmaksızın dosyalar bölge idare mahkemesine gönderilir.*" hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla istinaf başvurusuna konu olan kararlar bakımından, dilekçedeki hitap ve istek bakımından dilekçenin hatalı olması halinde dahi incelemeyi yapan idare mahkemesi, dosyayı tekemmül ettirek bölge idare mahkemesine göndermekle yükümlüdür. Anılan hüküm, istinaf dilekçeleri bakımından İYUK'un 48. maddesinin 2. fıkrasına göre özel hüküm niteliği taşıdığından, istinaf dilekçesindeki hitaba ve isteğe ilişkin eksikliğin tamamlanmasına gerek bulunmamaktadır⁷⁰. İkinci olarak ise istinaf dilekçesinde; tarafların ve varsa vekillerinin⁷¹ veya

⁶⁷ ÜSTÜN, s. 27.

⁶⁸ İYUK m. 48/2.

⁶⁹ İYUK m. 3/1.

⁷⁰ ASLAN, s. 441.

⁷¹ Fransa'da İdari Yargı Kodu'nun R. 811-7 maddesine göre istinaf başvurusunun avukat aracılığıyla yapılması zorunlu bulunmaktadır. Bu zorunluluğa uyulmaması

temsilcilerinin ad ve soyadları veya unvanları ve adresleri ile gerçek kişilere ait Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, istinaf başvurusu yapılan kararın sonucu ile tarihi ve esas ve karar sayısı, başvurunun konusu ve sebepleri⁷², istinafa götürülen kararın tebellüğ tarihi yer almalıdır⁷³. Ayrıca istinaf dilekçesinin imzalanmış ve karşı taraf sayısından bir fazla olması gerekmektedir⁷⁴.

İstinaf dilekçesinin anılan hususlara uygun şekilde düzenlenmediğinin tespiti halinde, istinaf edilen kararı veren idare mahkemesince eksikliklerin onbeş gün içinde tamamlanması hususunun istinaf eden tarafa tebliği edilmesi gerekmektedir. Bu husus bir nevi istinaf dilekçesinin reddi kararı anlamına gelmektedir. Şayet istinaf eden taraf, mahkemenin eksikleri tamamlatma kararının tebliğ tarihini izleyen onbeş gün içinde bu eksiklikleri gidermezse, mahkemece “*istinaf isteminde bulunulmamış sayılmasına*” karar verilmesi gerekmektedir⁷⁵. Dolayısıyla istinaf eden taraf, onbeş günlük süre içinde eksikliği tamamlamak üzere yeni bir istinaf dilekçesi vermez ya da verdiği dilekçede aynı eksiklikler mevcut olursa bu halde mahkemenin “*istinaf isteminde bulunulmamış sayılmasına*” karar

halinde ise istinaf başvurusunun reddine karar verilir. Ancak bu eksikliğin istinaf başvuru süresi geçtikten sonra dahi tamamlanmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir (KAPLAN, Başvuru Yolları, s. 127). Bunun yanında İdari Yargı Kodu'nun 811-7 maddesinde bu zorunluluğa ilişkin istisnalar da getirilmiş bulunmaktadır. Ayrıca İdari Yargı Kodu'nun R. 811-10 maddesine göre devletin kendisini avukatla temsil zorunluluğu bulunmayıp, istinaf yargılamasında ilgili bakan veya yetkilendirdiği görevliler tarafından temsil edilebilir (ÇAĞLAYAN, Başvuru Yolları, s. 136-137).

⁷² İYUK'ta istinaf sebeplerinin ne olduğu açıkça düzenlenmemiştir. Bu sebeple de görev ve yetki dışında bir işe bakılmış olması, hukuka aykırı karar verilmesi ve usul hükümlerinin uygulanmasında kararı etkileyebilecek nitelikte hata ve eksikliklerin bulunması şeklindeki temyiz sebepleri, istinaf sebepleri olarak da kabul edilmektedir (HASBUTCU, Sebahattin Taha, İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu, Ankara 2016, s. 109). Fransa'da da istinaf sebepleri açıkça düzenlenmiş değildir. Bununla birlikte istinaf dilekçesinin istinaf başvurusuna ilişkin sebepleri içermesi gerektiği kabul edilmektedir. Bu bağlamda ilk derece mahkemesi önünde ileri sürülen sebeplerin az veya çok değiştirilerek yeniden düzenlenmesi ve istinafa konu olan karara ilişkin bazı eleştiriler yöneltmesinin yeterli olduğu kabul edilmektedir (KAPLAN, Başvuru Yolları, s. 126). İstinaf başvurusunun sebep içermemesi nedeniyle başvurunun reddine karar verilmesi halinde ise istinaf başvurusu süresi içinde bu hususun düzeltilerek yeniden başvuru yapılması mümkün bulunmaktadır (KAPLAN, Başvuru Yolları, s. 127).

⁷³ İYUK m. 3/2.

⁷⁴ İYUK m. 3/3.

⁷⁵ İYUK m. 48/2.

vermesi gereklidir. Buna karşılık, onbeş günlük süre içinde verilen istinaf dilekçesinde, ilk dilekçeden farklı bir eksiklik söz konusu olursa ne yapılacağı kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Bu halde dava dilekçeleri üzerinde ilk inceleme sırasında uygulanan usulün, burada da uygulanması gerektiği söylenebilir. Buna göre dava dilekçesinin İYUK'un 3. maddesine uygun şekilde düzenlenmemesi halinde dilekçe ret kararı verilmesi, aynı yanlışlıkların tekrarlanması halinde ise davanın reddine karar verilmesi gerektiği düzenlenmiş bulunmaktadır⁷⁶. Dolayısıyla mahkemenin eksikliğin tamamlanmasına ilişkin kararı üzerine verilen istinaf dilekçesinde farklı bir eksiklik bulunduğu tespit edildiğinde, mahkemenin yeniden onbeş günlük süre vererek eksikliği tamamlaması gerektiği kabul edilmelidir.

2. Gerekli Harç ve Posta Giderlerinin Ödenmiş Olması

İstinaf başvurusu yapmak isteyen tarafın, istinaf başvurusu yapabilmesi için öncelikle bazı harç ve posta giderlerini ödemiş olması gerekmektedir⁷⁷. İYUK'un 48. maddesinin 6. fıkrası uyarınca istinaf dilekçesi verilirken gerekli harç ve giderlerin ödenmemiş olması halinde, istinafa konu olan kararı veren mahkeme, istinaf eden tarafa yedi günlük süre vermelidir. Bu kararda istinaf edenin bu yedi günlük süre içinde eksik harç ve giderleri tamamlamaması halinde istinaf isteminden vazgeçmiş sayılacağına da yer verilmelidir. İstinaf eden taraf kendisine verilen süre içinde eksik harç ve giderleri tamamlamadığı takdirde ise mahkemece kararın "*istinaf edilmemiş sayılmasına*" karar verilmesi gereklidir.

Bu noktada ifade etmek gerekir ki İYUK'un 6. maddesinin 4. fıkrasında herhangi bir sebeple harcı veya posta ücreti verilmeden veya eksik harç veya posta ücreti ile dava açılmış olması halinde mahkemece bu eksikliğin otuz gün içinde giderilmesi için tebliğ yapılması, bu süre içinde eksiklik giderilmezse bir kez daha bu bildirim yapılması öngörülmüştür. Şayet ikinci bildirimde rağmen harç ve posta ücretine ilişkin eksiklik tamamlanmazsa davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi söz konusudur. Dolayısıyla dava açılması halinden farklı olarak, istinaf

⁷⁶ İYUK m. 15/5.

⁷⁷ **BİLGİN**, Hüseyin, 99 Soruda İdari Yargıda İstinaf, Ankara 2016, s. 74-76. Bununla birlikte Fransa'da diğer yargısal başvurularda olduğu gibi istinaf başvurusu da harca tabi değildir. (ÇAĞLAYAN, Başvuru Yolları, s. 136).

başvurusu bakımından harç ve posta gideri eksikliğinin bir defaya mahsus şekilde tamamlanmasının istenmesi mümkündür.

3. İstinaf Başvurusunun Süresinde Yapılmış Olması

İYUK'un 45. maddesinin 1. fıkrasında istinaf başvurusunun "*kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde*" yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Dolayısıyla istinafa başvuru süresi otuz gündür. Ancak bu sürenin başlangıcının İYUK'un 45. maddesinde "*karar tarihinden itibaren*" şeklinde ifade edilmesi, İYUK'un 8. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen sürelerin tebliğ tarihini izleyen günden itibaren başlayacağı kuralıyla çelişmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, temel usul kanunlarındaki düzenlemelerin aksine istinaf başvuru süresinin, mahkeme kararının tebliğ tarihini izleyen günden itibaren başlatılmamasını mahkemeye erişim hakkının ihlali saymıştır⁷⁸. Yüksek Mahkemenin bu tutumunun sürelerin hesaplanmasında yeknesaklığı sağlaması bakımından yerinde olduğunu belirtmek gerekir. Dolayısıyla istinaf başvuru süresinin de İYUK'un 8. maddesine göre hesaplanması gerekmektedir⁷⁹. İstinaf başvurusunun süresinde yapılmaması halinde ise istinafa konu olan kararı veren mahkemenin istinaf başvurusunun reddine karar vermesi gereklidir⁸⁰.

Bu noktada belirtilen süre içinde istinaf başvurusunun hangi mercie yapılacağı, bir başka ifadeyle istinaf dilekçesinin verilebileceği yerlerin de tespit edilmesi gerekmektedir. Kuşkusuz istinaf dilekçesinin, kanunda yer almayan bir mercie verilmesi, istinaf başvurusunun süresinde yapılması anlamına gelmeyecektir. Buna göre İYUK'un 48. maddesinin 3. fıkrasında "*Temyiz dilekçeleri, ilgisine göre kararı veren bölge idare mahkemesine, Danıştaya veya 4 üncü maddede belirtilen mercilere verilir*" hükmü bulunmaktadır. Söz konusu düzenleme uyarınca istinaf dilekçesinin ya kararı veren idare veya vergi mahkemesine ya da İYUK'un 4. maddesinde⁸¹ sayılan mercilere verilmesi gerekmektedir. İstinaf dilekçesinin bu

⁷⁸ Adalet Mehtap Buluryer (2), B. No: 2017/14655, 29/1/2020, § 41 (AYM Kararlar Bilgi Bankası Erişim Tarihi: 26 Aralık 2022).

⁷⁹ GÜNDAY, s. 484.

⁸⁰ İYUK m. 48/6.

⁸¹ İYUK m.4: Dilekçelerin verileceği yerler:

"Dilekçeler ve savunmalar ile davalara ilişkin her türlü evrak, Danıştay veya ait olduğu mahkeme başkanlıklarına veya bunlara gönderilmek üzere idare veya vergi mahkemesi başkanlıklarına, idare veya vergi mahkemesi bulunmayan yerlerde büyükşehir belediyesi sınırları içerisinde kalıp kalmadığına bakılmaksızın asliye hukuk hakimliklerine veya yabancı memleketlerde Türk konsolosluklarına verilebilir."

mercilere verildiği tarihte istinaf başvurusu yapılmış sayılmaktadır⁸². Dolayısıyla dosyanın kararı veren ilk derece mahkemesinde bulunması ve bu mahkemenin dosyayı tekemmül ettirecek olması nedeniyle istinaf başvurusunun doğrudan bölge idare mahkemesine yapılmaması gerekmektedir⁸³. Bununla birlikte istinaf başvurusunun doğrudan bölge idare mahkemesine yapılmış olması halinde de dilekçenin kaydedilerek, ilgili ilk derece mahkemesine gönderilmesinin usul ekonomisi bakımından daha yerinde olacağı da belirtilmektedir⁸⁴.

Bunun yanında İYUK'un 20/C maddesinin 3. fıkrasında “Dilekçeler ile davalara ilişkin her türlü evrak, 4 üncü maddede belirtilen yerlere ilaeten ilgili idari yargı merciine gönderilmek üzere en yakın amirlere verilebilir.” hükmü yer almaktadır. Anılan madde “Millî Savunma Bakanlığı kadrolarında çalışan kamu görevlileri ile 25/6/2019 tarihli ve 7179 sayılı Askeralma Kanunu kapsamında askerlik hizmetini yerine getiren yedek subaylar ve yedek ast-subaylar ile erbaş ve erleri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklar(ı)” kapsamaktadır. Dolayısıyla bu tip uyuşmazlıklarda istinaf dilekçelerinin ilgililerin amirlerine de verilebilmesi mümkün bulunmaktadır⁸⁵. İstinaf dilekçesinin doğrudan idare mahkemesine verilmesi yerine, İYUK'un 4 ve 20/C maddelerinde gösterilen yerlere verilmesi halinde, ilgili mercilerin istinaf dilekçesini ilgili mahkemesine göndermesi gerekmektedir⁸⁶.

4. İstinaf Başvurusunun Kesin Bir Karar veya İstinafa Tabi Bir Karar Hakkında Olmaması

İstinaf başvurusunun kesin bir karar hakkında olması halinde, istinafa konu olan kararı veren mahkemenin istinaf isteminin reddine karar vermesi gereklidir⁸⁷. İYUK'un 45. maddesinin 1. fıkrasında hangi davaların kesin nitelikte olduğu şu şekilde düzenlenmiştir; “konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar kesin olup,

⁸² İYUK m. 6/1.

⁸³ ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 800.

⁸⁴ ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 810.

⁸⁵ IŞIKLAR, Celâl: “İdari Yargılama Usûlü Kanunu’na 24.06.2021 Tarih ve 7329 Sayılı Kanunla Eklenen 20/C Maddesi Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 1, 2022, s. 383-386.

⁸⁶ İYUK m. 6/3.

⁸⁷ İYUK m. 48/6.

bunlara karşı istinaf yoluna başvurulamaz.” Buna göre bir karara karşı istinaf kanun yoluna başvurulabilmesi için dava konusunun “beş bin Türk lirasını (2023 yılı için 20.000 Türk lirası⁸⁸)” geçmesi gereklidir. Bununla birlikte söz konusu sınırın neye göre belirleneceği kanunda açıkça düzenlenmemiştir⁸⁹. Dolayısıyla söz konusu sınırın dava dilekçesindeki talebe göre mi yoksa mahkemenin hükmündeki miktara göre mi belirleneceği noktasında duraksama yaşanabilmektedir. Ancak genel olarak dava dilekçesinde yer alan uyuşmazlık konusu miktarın bu konuda esas alındığı söylenebilir⁹⁰. Çağlayan ise bu konuda davanın esastan karara bağlanmış olması ile usulden karara bağlanmış olması arasında ayırım yapmaktadır. İlk halde, istinaf yolunun açık olup olmadığı mahkeme hükmü uyarınca istinaf yoluna başvurmak isteyen tarafın kaybettiği miktara göre belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir⁹¹. Davanın görev, süreaşımı, ehliyet, kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olmadığı gibi usulden karara bağlanmış olması halinde ise istinaf sınırının dava dilekçesinde talep edilen miktara göre belirlenmesi gerektiği belirtilmektedir⁹².

Bunun yanında istinaf sınırının belirlenmesiyle ilgili bir diğer hususu ise bu sınırın davanın açıldığı tarihteki sınıra göre mi yoksa mahkemenin karar verdiği tarihe göre mi belirleneceği oluşturmaktadır. Uygulamada bölge idare mahkemeleri, ilk derece mahkemelerinin karar verdiği tarihte geçerli olan istinaf sınırını esas almaktadır⁹³. Bununla birlikte idari yargılama usulündeki parasal sınırların her yıl yeniden değerlendirilmesinin, dava sürecini öngörülebilir olmaktan çıkardığı

⁸⁸ İYUK'un Ek 1. maddesi uyarınca kanunda öngörülen parasal sınırlar, Hazine ve Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirilme oranında arttırılmaktadır.

⁸⁹ Öğretide HMK'nın 341. maddesinde yer alan düzenlemeye benzer şekilde İYUK'ta da düzenleme yapılması gerektiği belirtilmektedir. (ÇAĞLAYAN, Ramazan: “İdari Yargıda İstinaf Uygulamasındaki Bazı Sorunlar Üzerine Düşünceler”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 14, S. 160, 2019, s. 2292).

⁹⁰ ULUSOY, Ali, İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2022, s. 213.

⁹¹ ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 806.

⁹² ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 807.

⁹³ İstanbul BİM 9. İDD, 30.03.2020, E.2019/1564, K.2020/38; İstanbul BİM 9. İDD, 06.07.2020, E.2020/682, K.2020/65, (Lexpera Erişim Tarihi: 20 Ocak 2023).

belirtilmektedir⁹⁴. Bu bağlamda da söz konusu kabulün, adil yargılanma hakkı ve tabii hakim ilkesi ile eşitlik ilkesine uygun olmadığı ifade edilmektedir⁹⁵. Dolayısıyla kişilerin hak kaybına uğramaması için davanın açıldığı tarihteki sınırın esas alınması gerektiği belirtilmektedir⁹⁶.

Fransız idari yargı sistemine bakıldığında ise ilk derece mahkemelerince verilen yargısal nitelikteki hem nihai hem de ara kararların kural olarak istinaf başvurusuna konu olabileceği görülmektedir⁹⁷. Bu kararların usule veya esas ilişkin olmasının da bir önemi bulunmamaktadır⁹⁸. Bununla birlikte bazı yargı kararları hakkında istinaf yolu kapalı olmakla birlikte temyiz yolu açık bulunmaktadır⁹⁹.

İYUK'un 45. maddesinde kesin nitelikte olan mahkeme kararlarına karşı istinaf kanun yolunun kapatılmasının yanında ivedi yargılama usulüne tabi olan davalarda da istinaf yoluna başvurulamayacağı düzenlenmiştir¹⁰⁰. Buna göre İYUK'un 20/A maddesinde düzenlenen ivedi yargılama usulüne tabi olan davalarda temyiz yoluna başvurulabilir¹⁰¹. Bunun yanında İYUK'un 20/B maddesinde ivedi yargılama usulünden ayrı olarak, merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulü de düzenlenmiş bulunmaktadır. Ancak bu davalarda istinaf yolunun kapalı olduğuna ilişkin olarak İYUK'un 45. maddesinde düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte 20/B maddesinde bu davalarda verilen nihai kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir. Bu sebeple merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulüne tabi olan davalarda da istinaf yolunun kapalı olduğu kabul edilmektedir. Bunlara ilaveten Danıştay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla görevli olduğu davalarda¹⁰² da istinaf kanun yoluna başvurmak mümkün bulunmamaktadır. Son olarak ise kanunlarda özel olarak ilk derece mahkemelerinin kararının kesin nitelikte

⁹⁴ SÖYLER, Yasin / YILMAZ, Muhammet; "Temyiz Kanun Yolunda Uygulanan Parasal Sınırın Her Yıl Arttırılmasının Görülmekte Olan İdari Davalara Etkisi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.29, S.3, 2021, s. 2157.

⁹⁵ SÖYLER/ YILMAZ, s. 2163.

⁹⁶ ASLAN, s.438; ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 807.

⁹⁷ KAPLAN, Başvuru Yolları, s. 114.

⁹⁸ ÇAĞLAYAN, Başvuru Yolları, s. 140.

⁹⁹ KAPLAN, Başvuru Yolları, s. 115-116.

¹⁰⁰ İYUK m. 45/8.

¹⁰¹ İYUK m. 20/A-2, g.

¹⁰² 2575 sayılı Danıştay Kanunu m. 24.

olduğu düzenlenmiş olabilir. Bu hallerde de istinaf yoluna başvurulması mümkün değildir¹⁰³.

Bununla birlikte istinaf yolu kapalı olan ancak temyiz yolu açık bir karara ilişkin istinaf başvurusu yapıldığında, mahkemenin ne şekilde karar alacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna göre bu halde, istinaf başvurusunun kesin bir karar hakkında olması halinde olduğu gibi istinafa konu olan kararı veren mahkemenin istinaf isteminin reddine karar vermesi gerektiği söylenebilir. Buna karşılık İYUK'un 45. maddesinin 2. fıkrasında istinaf başvurusuna konu olacak kararlara karşı yapılan kanun yolu başvurularında dilekçelerdeki hitap ve istekle bağlı kalınmaksızın dosyaların bölge idare mahkemesine gönderileceği düzenlenmiştir. İYUK'un 46. maddesinde de Danıştay dava dairelerinin nihai kararlarının başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi temyiz edilebileceği, ivedi yargılama usulüne tabi olan davalarla merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulüne tabi davalarda da temyiz kanun yoluna başvurulabileceği hüküm altına alınmıştır. Yine Kanunun 4. maddesinde de dilekçelerin, Danıştay veya ait olduğu mahkeme başkanlıklarına gönderilmek üzere idare veya vergi mahkemesi başkanlıklarına verilebileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla istinaf başvurusunun, istinaf başvurusuna konu olamayacak ancak temyiz kanun yoluna başvurulabilecek bir karar hakkında olması halinde, mahkemenin bu başvuruyu temyiz başvurusu kabul ederek, usul ekonomisi uyarınca ilgili merciine göndermesi gerektiği kabul edilmelidir¹⁰⁴.

5. İlk İnceleme Üzerine Verilecek Kararlara Karşı Başvuru Yolu

İYUK'un 48. maddesinin 6. fıkrasında "...Temyizin kanuni süre geçtikten sonra yapılması veya kesin bir karar hakkında olması halinde de kararı veren merci, temyiz isteminin reddine karar verir. İlgili merciin bu kararları ile bu maddenin 2 nci fıkrasında belirtilen temyiz isteminde bulunulmamış sayılmasına ilişkin kararlarına karşı, tebliğ tarihini izleyen günden itibaren yedi gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir." hükmü yer almaktadır. Buna göre istinaf temyizinin şekil ve usulüne tabi olduğundan, istinaf başvurusu üzerine idare veya vergi mahkemesi, istinaf dilekçesi üzerinde yaptığı inceleme neticesinde "istinaf isteminde bulunulmamış sayılmasına", "istinaf edilmemiş

¹⁰³ ERASLAN, Yunus: "İdari Yargıda Kanun Yolu Aşamasında Verilen Gönderme Kararları Üzerine Bir İnceleme", Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1, 2020, s. 82.

¹⁰⁴ Uygulamanın bu yönde olduğu hakkında bkz. ERASLAN, s. 95.

sayılmasına” veya *“istinaf isteminin reddine”* şeklinde kararlar verebilecektir. İşte istinaf başvurusunda bulunan taraf da bu kararların kendisine tebliğ tarihini izleyen günden itibaren yedi gün içinde istinaf yoluna başvurabilecektir. Bu durumda da istinaf mercii, dosyanın esası hakkındaki istinaf başvurusunu incelemeye yetkili olan bölge idare mahkemesidir. Nitekim aksi düşüncenin bu hallerde Danıştay’a temyiz yoluna başvurulması imkanını doğuracağı ancak kanun koyucunun amacı gözetildiğinde bu sonuca varmanın mümkün olmadığı da ifade edilmiştir¹⁰⁵. Bu bağlamda olası yorum hatalarının önüne geçmek için bu kuralın ve dahası istinafın usul ve şeklinin açıkça düzenlenmesi gerektiği de haklı olarak belirtilmektedir¹⁰⁶.

Bu noktada ifade etmek gerekir ki İYUK’un 48. maddesinin 6. fıkrası kapsamında yapılan istinaf başvurusu neticesinde yapılacak istinaf incelemesi ile İYUK’un 45. maddesi kapsamında yapılan istinaf başvurusu incelemesinin de kapsamı birbirinden farklılık göstermektedir. İYUK’un 45. maddesi kapsamında yapılan istinaf başvurusunda, istinaf konusu mahkeme kararının hem maddi hem de hukuki yönden denetlenerek hukuka aykırılıkların ortadan kaldırılmasını içeren bir inceleme yapılması söz konusudur. İYUK’un 48. maddesinin 6. fıkrası uyarınca yapılan istinaf başvurusunda ise idare veya vergi mahkemesinin istinaf dilekçesi üzerinde yaptığı usul ve şekle ilişkin inceleme neticesinde verdiği kararın hukuka aykırı olduğu ileri sürülecektir. İstinaf mercii de başvuruyu, bu yönüyle incelemeye tabi tutacaktır. Örneğin, idare mahkemesinin kararına ilişkin yapılan istinaf başvurusunun, süresinde yapılmadığı gerekçesiyle idare mahkemesince istinaf isteminin reddine karar verilmesi halinde, bu karara ilişkin yapılan istinaf başvurusunda, istinaf mercii istinaf başvurusunu haksız bulursa istinaf istemini reddedecektir. Dolayısıyla da ilk derece yargılama aşaması neticesinde verilen idare mahkemesi kararının hukuki ve maddi yönden istinaf mercii tarafından incelenmesi söz konusu olmayacaktır. İstinaf başvurusunun haklı görülmesi durumunda ise istinaf mercii istinaf başvurusunu kabul ederek, idare mahkemesinin istinaf isteminin reddine ilişkin kararını kaldırması ve istinaf talebini değerlendirmeye alarak ilk derece yargılama aşamasında verilen kararı

¹⁰⁵ YILDIRIM, Ramazan, “Türkiye’ de İstinaf Uygulamasının İdari Yargıya Etkileri”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu (12 Mayıs 2015), Ankara 2015, s. 47.

¹⁰⁶ ÜSTÜN, s. 31.

maddi ve hukuki yönden incelemesi yani gerçek bir istinaf incelemesi yapması söz konusu olacaktır.

İYUK'un 48. maddesinin 6. fıkrası kapsamında yapılan bir istinaf başvurusu neticesinde, bölge idare mahkemesinin verdiği karara ilişkin taraflardan birinin temyiz yoluna başvurusunun mümkün olup olmaması üzerinde de durulmalıdır. İYUK'un 45. maddesinin 6. fıkrasında "*Bölge idare mahkemelerinin 46 ncı maddeye göre temyize açık olmayan kararları kesindir.*" hükmü yer almaktadır. Bu itibarla 48. maddenin 6. fıkrası kapsamında istinaf başvurusu neticesinde verilen kararların, 46. madde uyarınca temyize konu olabilecek kararlardan olmadığı, bu sebeple de bu kararların kesin nitelikte olduğu sonucuna varılabilir. Nitekim uygulamada da bölge idare mahkemelerinin bu tür kararları "*temyiz yolu kapalı*" ve "*kesin*" olmak üzere verdiği görülmektedir¹⁰⁷. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi, 45. maddenin 6. fıkrasının, "*...istinaf merciinin (bölge idare mahkemesinin) şekil ve usul kurallarına uygun görülme suretiyle incelemeyi kabul ettiği istinaf talebi üzerine 46. madde de sayılmayan uyuşmazlık konuları hakkında verdiği kararların kesin olması(nın) öngörül(düğü)*" anlamına geldiğini ifade etmiştir¹⁰⁸. Dolayısıyla Yüksek Mahkeme'nin bu yorumu kabul edildiğinde, 45. maddenin 6. fıkrasının, 48. maddenin 6. fıkrası kapsamında yapılan istinaf başvuruları bakımından uygulama olanağı bulunmamaktadır. Bu durumda ise bu kararlara karşı açıkça temyiz yolu kapatılmadığından, bu kararlara karşı da temyiz yolunun açık olduğu kabul edilebilir. Ancak söz konusu kararların, 45. maddenin 6. fıkrası kapsamında kesin olduğunun kabulü, kanun sistematığı bakımından daha yerinde olacaktır.

C. Tebligat ve Dosyanın Tekemmülü

İdari yargıda istinaf başvurularında dosyanın tekemmül ettirilmesi usulü, istinaf dilekçesinde yürütmenin durdurulmasının talep edilip edilmemesine göre farklılık arz etmektedir. Buna göre istinaf dilekçesinde yürütmenin durdurulması istemi olmadığı takdirde, istinafa konu kararı veren idare veya vergi mahkemesinin istinaf dilekçesini karşı tarafa tebliğ etmesi gerekmektedir. Karşı taraf ise tebliğ tarihini izleyen otuz gün

¹⁰⁷ İzmir BİM 4. İDD, 27.04.2017, E.2017/679, K.2017/712 (aktaran: ÇINARLI, Serkan, İdari Yargılamada İstinaf ve Bölge İdare Mahkemeleri, 2. Basım, Ankara 2018, s. 71.)

¹⁰⁸ AYM E.2022/48, K.2022/93, 20.07.2022 Ş12 (AYM Kararlar Bilgi Bankası Erişim Tarihi: 6 Aralık 2022). Söz konusu karar, 17.08.2022 tarih ve 31926 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

İNİNDE BU İSTİNAF DİLEKÇESİNE CEVAP VEREBİLİR¹⁰⁹. NİTEKİM İYUK'UN 48. MADDESİNİN 4. FIKRASINDA DA “KARARI VEREN DANIŞTAY VEYA BÖLGE İDARE MAHKEMESİ, CEVAP DİLEKÇESİ VERİLDİKTEN VEYA CEVAP SÜRESİ GEÇTİKTEN SONRA DOSYAYI DİZİ LİSTESİNE BAĞLI OLARAK, DANIŞTAYA VEYA KURULA GÖNDERİR.” HÜKMÜ YER ALMAKTADIR. DOLAYISIYLA İSTİNAF DİLEKÇESİNE KARŞI TARAFA SÜRESİNDE CEVAP VERİLMESİ VEYA BU SÜREDE CEVAP VERİLMEMESİ HALLERİNDE DOSYA TEKEMMÜL ETMİŞ SAYILACAKTIR. DOSYANIN BU ŞEKİLDE TEKEMMÜLÜNDEN SONRA İSE İDARE VEYA VERGİ MAHKEMESİNİN DOSYAYI İLGİLİ BÖLGE İDARE MAHKEMESİ YANI İSTİNAF MERCIİNE GÖNDERMESİ GEREKMEKTEDİR. BUNUNLA BİRLİKTE İSTİNAF DİLEKÇESİNDE, İSTİNAF KONUSU MAHKEME KARARININ YÜRÜTMESİNİN DURDURULMASININ DA İSTENMİŞ OLMASI HALİNDE İDARE VEYA VERGİ MAHKEMESİNİN İSTİNAF DİLEKÇESİNİ, DOSYAYI TEKEMMÜL ETTİRMEYEN, YÜRÜTMENİN DURDURULMASI İSTEMİ HAKKINDA BİR KARAR VERMEK ÜZERE DOĞRUDAN İSTİNAF MERCIİNE GÖNDERMESİ GEREKMEKTEDİR¹¹⁰. İSTİNAF MERCIİ OLAN BÖLGE İDARE MAHKEMESİNCE YÜRÜTMENİN DURDURULMASI İSTEMİ HAKKINDA KARAR VERİLDİKTEN SONRA İSTİNAF DİLEKÇESİNİN CEVAP VERMESİ İÇİN KARŞI TARAFA GÖNDERİLMESİ GEREKMEKTEDİR¹¹¹. BU HALDE DE KARŞI TARAFIN OTUZ GÜNLÜK CEVAP VERME SÜRESİ İÇİNDE CEVAP VERMESİ YAHTU BU SÜRE İÇİNDE CEVAP VERMEMESİ HALİNDE DOSYA TEKEMMÜL ETMİŞ OLACAKTIR.

BU NOKTADA İFADE ETMEK GEREKİR Kİ İSTİNAF DİLEKÇESİNDE, YÜRÜTMİYİ DURDURMA TALEBİ OLDUĞU HALLERDE DE İLK DERECE MAHKEMESİNCE İSTİNAF DİLEKÇESİ ÜZERİNDE İLK İNCELEMeye İLİŞKİN HUSUSLARDA BİR DENETİM YAPILMASI VE VARSA İLGİLİ EKSİKLİKLERİN TAMAMLANMASI İÇİN GEREKLİ KARARLARIN ALINMASI GEREKMEKTEDİR. ŞAYET İSTİNAF DİLEKÇESİ ŞEKİL VE USULE UYGUN İSE DOSYA DOĞRUDAN İSTİNAF MERCIİNE GÖNDERİLMELİDİR. BU DURUMDA DOSYANIN TEKEMMÜLÜ, İSTİNAF MERCIİNCE GERÇEKLEŞTİRİLİR¹¹².

D. İSTİNAF MERCIİ TARAFINDAN YAPILAN İLK İNCELEME

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 20.07.2022 TARİH VE E. 2022/48 K. 2022/93 SAYILI KARARIYLA, İSTİNAF MERCIİ TARAFINDAN İYUK'UN 48. MADDESİNİN 7. FIKRASI KAPSAMINDA VERİLEN -İSTİNAFIN KANUNİ SÜRE GEÇTİKTEN SONRA YAPILMASI HALİ YÖNÜNDEN- KARARLARIN KESİN NİTELİKTE OLMASI HUSUSU, ANAYASAYA AYKIRI BULUNMUŞTUR. BU SEBEPLER İSTİNAF MERCIİ TARAFINDAN İSTİNAF DİLEKÇESİ

¹⁰⁹ İYUK m. 48/3.

¹¹⁰ İYUK m. 48/5.

¹¹¹ İYUK m. 48/5.

¹¹² ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 810.

üzerinde yapılan ilk inceleme, anılan Anayasa Mahkemesi kararı dikkate alınarak incelenecek ve sonrasında da ilgili karar değerlendirilecektir.

1. Anayasa Mahkemesi'nin E. 2022/48 K. 2022/93 Sayılı Kararından Önceki Durum

İYUK'un 48. maddesinin 7. fıkrasında "*Temyiz dilekçesi verilirken gerekli harç ve giderlerin ödenmemiş olduğu, dilekçenin 3 üncü madde esaslarına göre düzenlenmediği, temyizın kanuni süre içinde yapılmadığı veya kesin bir karar hakkında olduğunun anlaşıldığı hâllerde, 2 ve 6 ncı fıkralarda sözü edilen kararlar, dosyanın gönderildiği Danıştayın ilgili dairesi ve kurulunca, kesin olarak verilir.*" hükmü yer almaktadır. Buna göre temyiz incelemesi sırasında, temyiz dilekçesi üzerinde yapılan ilk inceleme neticesinde temyiz merciince verilecek kararların, temyize konu olan kararı veren mahkemenin kararlarından farklı olarak kesin nitelikte olması öngörülmüştür. Bu bağlamda İYUK'un 45. maddesinin 2. fıkrası uyarınca istinaf temyizın şekil ve usullerine tabi olduğundan, istinaf dilekçesi verilirken dilekçenin İYUK'un 3. maddesine uygun olarak düzenlenmemesi, gerekli harç ve giderlerin ödenmemiş olması, istinaf başvurusunun kanuni süre içinde yapılmaması veya kesin bir karar hakkında olması hallerinin, bölge idare mahkemesi tarafından yapılan istinaf incelemesi sırasında anlaşılması halinde, istinaf dilekçesi üzerinde yapılan ilk inceleme neticesinde verilecek kararların da istinaf mercii olan bölge idare mahkemesince kesin olarak verilmesi gerekmektedir¹¹³. Daha açık ifadeyle istinaf dilekçesi verilirken dilekçenin 3. madde esaslarına göre düzenlenmediği, gerekli harç ve giderlerin ödenmemiş olduğu, istinafın kanuni süre içinde yapılmadığı veya kesin bir karar hakkında olduğu istinaf incelemesi sırasında anlaşıldığı takdirde bu kararların bölge idare mahkemesi tarafından "*kesin*" olarak verilmesi gerekmekeydi. Dolayısıyla bu kararlara karşı temyiz yoluna başvurulması da mümkün bulunmamaktaydı¹¹⁴.

Hal böyle olmakla birlikte, uygulamada istinaf mercilerince farklı kararlar verildiği de görülmektedir. Örneğin Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 3. İdare Dava Dairesi, istinaf başvurusunun süre aşımı nedeniyle reddi ile dava konusu miktarın temyiz sınırı üzerinde olması nedeniyle

¹¹³ AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 786.

¹¹⁴ İstanbul BİM, 8. İDD, 31.10.2017, E. 2017/2223, K. 2017/1898; İstanbul BİM, 5. İDD, 18.10.2017, E. 2017/2987 K. 2017/1422; Ankara BİM, 3. İDD, 29.12.2017, E. 2017/3709, K. 2017/3296; Erzurum BİM, 1. İDD, 19.12.2017, E. 2017/5209, K. 2017/4824. İlgili kararlar için bkz. (Lexpera Erişim Tarihi: 20 Ocak 2023).

kararın otuz gün içinde temyiz edilebileceğine karar vermiştir¹¹⁵. Bir başka uyuşmazlıkta ise Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, İYUK'un 48. maddesinin 6. fıkrası uyarınca yedi gün içerisinde Danıştay ilgili dairesine temyiz yolu açık olmak üzere istinaf başvurusunun süre aşımı yönünden reddine karar vermiştir¹¹⁶. İzmir Bölge İdare Mahkemesi 2. İdare Dava Dairesi de anılan karara koşut şekilde, kamu görevinden çıkarılma işleminin iptali istemiyle ilgili uyuşmazlıkta, temyiz yolu açık olmak üzere istinaf başvurusunun süreaşımı nedeniyle reddine karar vermiştir¹¹⁷. Anılan kararlar, İYUK'un 48. maddesinin 7. fıkrasında yer alan düzenlemeye uygun bulunmamakta ise de Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonrasında bu hususun yeniden değerlendirilmesi gerektiği de açıktır.

2. Anayasa Mahkemesi'nin E. 2022/48 K. 2022/93 Sayılı

Kararımdan Sonraki Durum

Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesi'nin önüne gelen bir uyuşmazlıkta, davacının aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemi ilk derece mahkemesince reddedilmiş, bu karara karşı istinaf yoluna başvurulmuştur. Bunun üzerine Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesi de istinaf başvurusunun kanuni süresi içinde yapılmadığını tespit etmekle birlikte, İYUK'un 45. maddesinin 2. fıkrasının birinci cümlesi ve 6. fıkrasının birinci cümlesi ile 48. maddenin 7. fıkrasının "...2 ve 6 ncı fıkralarda sözü edilen kararlar, dosyanın gönderildiği Danıştay'ın ilgili dairesi ve kurulunca kesin olarak verilir." bölümünün Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi, yaptığı değerlendirme neticesinde, Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesi'nin başvurusunu, İYUK'un 45. maddesinin 2. fıkrasının birinci cümlesinin, İYUK'un 48. maddesinin 7. fıkrasının yukarıda anılan bölümü yönünden esasının incelenmesine, esasa ilişkin incelemenin de "*istinafın kanuni süre geçtikten sonra yapılması hâli*" yönünden yapılmasına karar vermiştir¹¹⁸. Yüksek Mahkeme, esasa ilişkin incelemesi

¹¹⁵ Gaziantep BİM, 3. İDD, 23.9.2020, E. 2020/210, K. 2020/617 (Lexpera Erişim Tarihi: 20 Ocak 2023).

¹¹⁶ Ankara BİM, 8. İDD, 29.12.2017, E. 2017/1175 K. 2017/1118 (Lexpera Erişim Tarihi: 20 Ocak 2023).

¹¹⁷ İzmir BİM, 2. İDD, 15.12.2020, E. 2020/1761 K. 2020/1795 (Lexpera Erişim Tarihi: 20 Ocak 2023).

¹¹⁸ AYM 20.07.2022, E.2022/48, K.2022/93 §19.

sonucunda ise İYUK'un 45. maddesinin 2. fıkrasının birinci cümlesi ile 48. maddesinin 7. fıkrasında yer alan "... ve 6 ıncı ..." ibaresinin, "istinafın kanuni süre geçtikten sonra yapılması hali" yönünden Anayasaya aykırı olduklarına ve iptallerine oyçokluğuyla karar vermiştir. Dolayısıyla anılan karar uyarınca, istinaf dilekçeleri üzerinde istinaf merciince yapılan şekil ve usule ilişkin inceleme neticesinde verilen istinaf başvurusunun kanuni süre geçtikten sonra yapılması nedeniyle istinaf isteminin reddine karar verilmesi hallerinde bu kararlar, artık kesin nitelik taşımamaktadır.

Bununla birlikte bir mahkeme kararının kesin hüküm teşkil etmesi için mahkeme tarafından verilen nihai kararlara karşı kanun yolunun bulunmaması veya mevcut kanun yolları başvurularının süresi içinde yapılmaması veya yapılmış bulunan kanun yolları başvurularının tamamlanması gerekmektedir¹¹⁹. Bu durumda şekli anlamda kesin hüküm varlığından söz edilmektedir¹²⁰. Dolayısıyla istinaf merciince istinaf başvurusunun kanuni süre geçtikten sonra yapılması nedeniyle istinaf isteminin reddine karar verilmesi kararına ilişkin bir kanun yolunun mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Buna göre bölge idare mahkemesi kararlarına ilişkin olarak temyiz kanun yoluna başvurulabilmesi ancak İYUK'un 46. maddesi uyarınca mümkündür. Bu bağlamda İYUK'un 45. maddesinin 6. fıkrasında "Bölge idare mahkemelerinin 46 ncı maddeye göre temyize açık olmayan kararları(nun) kesin" olduğu düzenlenmiştir. İYUK'un 46. maddesinde ise "...bölge idare mahkemelerinin aşağıda sayılan davalar hakkında verdikleri kararlar, başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi Danıştayda, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde temyiz edilebilir" şeklinde düzenleme yapılmıştır. Dolayısıyla bölge idare mahkemelerinin sadece belli konularda vermiş olduğu nihai kararlar bakımından temyiz başvurusu yapılabilmesi mümkün bulunmaktadır. Ancak istinaf merciince istinaf başvurusunun kanuni süre geçtikten sonra yapılması nedeniyle istinaf isteminin reddine karar verilmesi kararı, istinaf başvurusunun şekil ve usulüne ilişkin olup, davanın esasıyla ilgili bulunmamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bu nitelikteki kararların, davaya konu bir uyuşmazlığın maddi olarak çözümü ve buna dair bir karar verilmesi ile ilgili olmadığını, ilgili kararın istinaf talebinin şekil ve usul kurallarına uygun olup olmadığını değerlendirilmesi ve bunun neticesine göre verilmesi öngörülen bir karar olduğu gerekçesiyle İYUK 45.

¹¹⁹ AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 777.

¹²⁰ KURU, s. 759.

maddesinin 6. fıkrasında düzenlenen hükmün, bu tür kararlar bakımından uygulanma olanağının olmadığını kabul etmiştir¹²¹. Dolayısıyla bu yorum uyarınca söz konusu kararlara ilişkin olarak İYUK'un 46. maddesi kapsamında bir temyiz başvurusu yapılabilmesinin mümkün olmadığı düşünülmektedir.

Diğer yandan, istinaf merciince istinaf başvurusunun kanuni süre geçtikten sonra yapılması nedeniyle istinaf isteminin reddine karar verilmesi kararları bakımından, İYUK'un 48. maddesinin 6. fıkrası kapsamında bir temyiz başvurusu yapıp yapılamayacağı üzerinde de durulmalıdır. Bu çerçevede İYUK'un 48. maddesinin 6. fıkrasının son cümlesinde *"İlgili merciin bu kararları ile bu maddenin 2 nci fıkrasında belirtilen temyiz isteminde bulunulmamış sayılmasına ilişkin kararlarına karşı, tebliğ tarihini izleyen günden itibaren yedi gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir."* hükmü yer almaktadır. Anılan düzenleme istinaf başvuruları bakımından değerlendirildiğinde, buradaki ilgili merciden kastın, istinaf başvurusuna konu olan kararı veren idare veya vergi mahkemesi olduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu düzenleme uyarınca temyiz başvuruları bakımından ilgili mercii ise temyiz başvurusuna konu olan kararı veren Danıştay dairesi veya bölge idare mahkemesi anlamına gelmektedir. Dolayısıyla İYUK'un 48. maddesinin 6. fıkrasında, davaya konu uyuşmazlığın maddi olarak çözümlenmesine ilişkin karar veren mahkemenin, bu karara ilişkin istinaf veya temyiz başvurusunun şekil ve usule uygun olup olmamasıyla ilgili kararı bakımından ayrı bir istinaf veya temyiz kanun yolu düzenlenmiştir. Oysaki istinaf başvurusunun kanuni süre geçtikten sonra yapılması nedeniyle istinaf isteminin reddine karar verilmesi halinde kararı veren bölge idare mahkemesi, davaya konu bir uyuşmazlığın maddi olarak çözümlenmesine karar veren mahkeme niteliğinde değildir. Bu sebeple bu kararlara ilişkin olarak 48. maddenin 6. fıkrası kapsamında temyiz yolunun açık olduğunu söylemeye de imkan bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin E. 2022/48, K. 2022/93 sayılı kararı sonrasında, bu tür kararların kesin niteliği ortadan kalktığından, kural olarak bu kararlara karşı kanun yolu açık hale gelmiştir. Nitekim Fransa'da istinaf kanun yolundan farklı olarak, temyiz kanun yoluna başvurulabilmesi için bunu öngören bir yasal düzenlemenin bulunmasının da şart olmadığı belirtilmektedir¹²². Bu bağlamda idari işlemlerin yargısal denetime açık

¹²¹ AYM 20.07.2022, E. 2022/48, K. 2022/93, §12.

¹²² KAPLAN, Başvuru Yolları, s. 94.

olması ilkesine paralel şekilde Conseil d'Etat tarafından kanunda açık bir düzenleme olmasa dahi yargı yerlerince verilen yargısal kararlara karşı temyiz yolunun açık olduğu kabul edilmektedir¹²³.

Bu bağlamda istinaf merciince istinaf başvurusunun kanuni süre geçtikten sonra yapılması nedeniyle istinaf isteminin reddine karar verilmesi kararları bakımından, temyiz kanun yoluna müracaatın hangi sürede ve hangi mercie yapılması gerektiği hususlarında hukuki bir boşluk ortaya çıkmış bulunmaktadır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararındaki gerekçeler göz önünde bulundurularak, kanunda yer alan boşluğun kanun koyucu tarafından doldurulması gerekmektedir. Bu husus yargı organları tarafından farklı uygulamaların yapılmasının önüne geçilmesi ve kişiler yönünden herhangi bir hak kaybına uğranılmasının önlenmesi bakımından da elzemdir. Bu düzenleme yapıncaya kadar ise bu kararlara ilişkin kanun yolu uygulamasının mevcut kuralların kıyasen uygulanması yoluyla çözümlenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda İYUK'un 46. maddesi uyarınca temyiz yolu açık olan uyuşmazlıklarda, bölge idare mahkemesince istinaf başvurusunun kanuni süre geçtikten sonra yapılması nedeniyle istinaf isteminin reddine karar verilmesi halinde bu kararlara ilişkin temyiz incelemesinin, uyuşmazlığın esasıyla ilgili yetkili olan temyiz mercii tarafından yapılması gerektiği kabul edilmelidir. Uyuşmazlığın esası bakımından temyiz yolu kapalıysa, bu durumda da Danıştay Başkanlık Kurulu'nun¹²⁴ belirleyeceği Daire'nin temyiz incelemesini yapması söz konusu olabilir. Yine bu hallerde temyiz süresinin, 48. maddenin 6. fıkrasında düzenlenen yedi günlük süre olarak kabul edilmesi de kanun sistematığına daha uygun düşecektir.

Son olarak belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararı sadece "*istinafın kanuni süre geçtikten sonra yapılması hali*"ni kapsadığından, bu hal dışında kalan istinaf dilekçesi verilirken dilekçenin İYUK'un 3. maddesine uygun olarak düzenlenmemesi, gerekli harç ve giderlerin ödenmemiş olması ve istinaf başvurusunun kesin bir karar hakkında olması hallerine ilişkin bölge idare mahkemesince 48. maddenin 7. fıkrası kapsamında verilen kararlar kesin nitelikte olmaya devam etmektedir.

¹²³ BROWN /BELL, s. 237.

¹²⁴ 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 52/A maddesi uyarınca "*Daireler arasında iş bölümünü belirlemek*" Başkanlık Kurulu'nun görevleri arasında sayılmıştır.

3. Anayasa Mahkemesi'nin E. 2022/48 K. 2022/93 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi

Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesi yukarıda belirtilen kuralların, "...birden fazla dereceli yargılama usulüne tabi olan ve esas yönünden muhakemesi ilk derece yargı merciince yapılarak istinaf mercii önüne kadar gelebilecek bir davanın, istinaf başvurusu hakkında ilk defa verilecek ve temyiz denetimine tabi olmayan süreden ret kararıyla sona erdirilmesine yol açıldığı, halbuki istinaf mercii tarafından dava dosyasındaki belgelerden istinaf başvurusunun süresinde olmadığı anlaşılrsa dahi tebligat usulsüzlüğü, mücbir sebep gibi hukuksal anlamda muhakeme edilmeye değer olup da henüz ilgilisi tarafından ileri sürülme gereği ya da imkânı olmadığı için dosyaya aktarılmamış birtakım hususların söz konusu olabileceği, bu itibarla bireyin, istinaf başvurusunun aslında süresinde olduğu veya süresinde kabul edilmesi gerektiği yönündeki iddia ve delillerini ortaya koyabilme imkânından yoksun bırakıldığı" gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine somut norm denetimi başvurusu yapmıştır¹²⁵. Anayasa Mahkemesi ise özetle şu gerekçelerle yukarıda anlam ve kapsamı belirtilen şekliyle söz konusu kuralları Anayasaya aykırı bulmuştur¹²⁶;

"36. ... mahkemeye erişim hakkı ile bağlantılı olan kurallarla Anayasa'nın 40. maddesi kapsamında devletin, bu hakkın korunmasıyla ilgili gerekli koşulları sağlama fonksiyonunu ne ölçüde yerine getirdiğinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

37. Anayasa'nın 40. maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru hakkı mutlak bir hak olmayıp bu hakka bazı istisnalar getirilmesi mümkündür. Buna göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir kararın o yargı kolundaki en üst dereceli mahkeme tarafından verildiği hâllerde bu karara karşı kanun yolu öngörülmemesi etkili başvuru hakkı bakımından anayasal bir sorun oluşturmayabilir. Ancak söz konusu kararın o yargı kolundaki en üst dereceli mahkeme tarafından verilmediği hâllerde bu karara karşı bir başvuru yolu öngörülmemesi anılan istisna kapsamında değerlendirilemez.

38. İstinaf başvurusunun kanuni süresinde yapılmadığına ilişkin değerlendirmeyi ilk kez -idari yargı kolundaki en üst dereceli mahkeme olmayan- bölge idare mahkemelerinin yaptığı hâllerde, anılan mahkemelerin bu yöndeki değerlendirmelerinin kişilere ağır bir külfet yükleyecek ve onların mahkemeye erişim haklarını aşırı kısıtlayacak biçimde katı ve şekilci bir yoruma dayandığı ya da

¹²⁵ AYM 20.07.2022, E. 2022/48, K. 2022/93 §26.

¹²⁶ AYM 20.07.2022, E. 2022/48, K. 2022/93 §36-39.

sürenin hesaplanmasına ilişkin muğlak veya yorumu gerektiren hukuki meseleler olduğunda bunların bölge idare mahkemelerince öngörülemez biçimde yorumlandığı durumlar söz konusu olabilir. Yahut anılan mahkemelerin süreye ilişkin kuralları hatalı olarak da uygulayabilmeleri mümkündür. Kurallar bölge idare mahkemelerinin bu kapsamda verdiği ve mahkemeye erişim hakkına ölçüsüz müdahale teşkil edebilen, bu sebeple anılan hakkın ihlaline yol açabilecek bu tür kararları bakımından kişilerin bu yöndeki iddia ve itirazlarını ileri sürebilmelerine engel olmakta, başka bir anlatımla söz konusu ihlalin gerçekleşmesini engellemeye elverişli yargısal yollara başvuruda bulunulabilmesi imkânını ortadan kaldırmaktadır.

39. Bu yönüyle kurallar, mahkemeye erişim hakkına ilk kez müdahale eden ve o yargı kolundaki en yüksek mahkemece (Danıştay) verilmeyen kararlara karşı yargı mercilerine başvuru yollarını kapatmak suretiyle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkı ile bağlantılı olarak Anayasa'nın 40. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkına aykırılık oluşturmaktadır."

Buna göre Anayasa Mahkemesi, söz konusu kurallara ilişkin olarak iki hususu vurgulamıştır. Bunlardan ilki istinaf merciince istinaf başvurusunun kanuni süre geçtikten sonra yapılması nedeniyle istinaf isteminin reddine karar verilmesi kararının, ilgili uyuşmazlık bakımından mahkemeye erişim hakkına ilk kez müdahale eden karar niteliğinde olmasıdır. Dolayısıyla Yüksek Mahkeme, istinaf merciinin söz konusu kararı verirken mahkemeye erişim hakkını aşırı kısıtlayacak biçimde katı ve şekilci bir yoruma dayanabileceğini, süreye ilişkin hukuki meselelerin öngörülmez biçimde yorumlanabileceğini ve süreye ilişkin kuralların hatalı uygulanabileceği ihtimallerini gözeterek, bu kararların bir üst derece mahkemesi tarafından denetiminin engellenmesinin mahkemeye erişim hakkı ile bağlantılı olarak etkili başvuru hakkına¹²⁷ aykırılık oluşturduğunu belirtmektedir. Yüksek Mahkemenin vurgu yaptığı ikinci husus ise

¹²⁷ Mahkemeye erişim hakkı ile etkili başvuru hakkı Anayasamızda birbiriyle yakın ilişki içerisinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre Anayasanın 36. maddesi kapsamında yer alan mahkemeye erişim hakkı, davalı ve davacı olarak iddia ve savunma hakkına ilişkin iken 40. madde de "yetkili makam" dan bahsedilerek daha geniş bir kavram kullanılmıştır. Bu bağlamda mahkeme erişim hakkı, hak arama özgürlüğü ile ilişkili bulunmaktayken, AİHS'in 13. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkı da Anayasanın 40. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin korunması şeklinde düzenlenmiş bulunmaktadır. (EKİNCİ, Ahmet: "Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, S. 3-4, 2014, s. 829-830).

söz konusu kararın o yargı kolundaki en üst dereceli mahkeme tarafından verilmemiş olmasıdır. Dolayısıyla Yüksek Mahkeme, temyiz mercii olarak Danıştay tarafından 48. maddenin 7. fıkrası kapsamında bu şekilde karar verilmesini Anayasaya aykırı görmemektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki Yüksek Mahkemenin söz konusu kararı hak arama özgürlüğünü genişletmesi, davanın taraflarına kanun yollarına başvuru imkanının sağlanması yönünden olumludur. Bununla birlikte söz konusu kararın sonuçlarının, yargılama sürelerinin uzamasına neden olunması, temyiz mercii olan Danıştay'ın iş yükünü artırması gibi usul ekonomisi bakımından bazı sakıncaları barındırdığını da ifade etmek gerekir. Bu bağlamda idari yargıda istinaf kanun yolunun uygulanmaya başlamasıyla birlikte üç dereceli bir sistem benimsenmiş olmakla birlikte halen bazı uyuşmazlıklar esas yönünden ilk derece mahkemesi aşamasında kesin olarak sonuca bağlanmakta, İYUK'un 46. maddesinde belirtilen konular dışındaki uyuşmazlıklarda da iki dereceli bir sistem uygulanmaya devam etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında mahkemeye erişim hakkı ise davanın taraflarına kanun yolu imkanı tanınmasını zorunlu kılmamaktadır. Hakeza Anayasamızda da böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır¹²⁸. Bunun yanında Yüksek Mahkemece dile getirilen hakkın aşırı kısıtlayıcı şekilde veya öngörülemez biçimde yorumlanması yahut kuralların hatalı uygulanması ihtimali, her aşamada her mahkeme kararı için söz konusu olabilir. Kaldı ki, iptal edilen kural uyarınca kararı veren mahkeme, 46. maddede sayılanlar dışındaki konularda uyuşmazlığın esasını da kesin olarak çözmeye yetkili bulunmaktadır. Nitekim söz konusu kararın karşı oy gerekçesinde de bu husus ileri sürülmüştür¹²⁹. Dolayısıyla Yüksek Mahkemenin söz konusu kararı, yargılama usulü bakımından iki dereceli değerlendirmeyi adeta bir zorunluluk haline getirmesi bakımından eleştirilebilir.

Buna karşılık, kanun koyucu tarafından kanun yolu öngörülmüş bir mahkeme kararının, usuli bir nedenden dolayı kanun yolu incelemesinin yapılmasının engellenmesi, mahkemeye erişim hakkı bakımından da önemli ve ağır bir kısıtlamadır. Nitekim idarenin işlem ve eylemleri nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıklarda mahkemeye erişim hakkının daha

¹²⁸ İNCEOĞLU, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 4. Basım, İstanbul 2013, s. 120; AKINCI, Müslüm, İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2008, s. 143; KAPLAN, İdari Yargılama, s. 439.

¹²⁹ AYM 20.07.2022, E. 2022/48, K. 2022/93 Karşı oy Gerekçesi §18.

da önem kazandığı belirtilmektedir¹³⁰. Dolayısıyla idari yargıda görülen uyuşmazlıklarda, mahkemeye erişim hakkı bakımından yapılacak sınırlandırmalarda amaç ile yapılan sınırlandırma arasındaki makul dengenin çok daha hassas şekilde kurulması gerektiği söylenebilir. Ayrıca gerek AİHS gerekse de Anayasa'da kanun yolu öngörülmesi zorunluluğu bulunmasa da, kanunda düzenlenmiş bulunan kanun yolları bakımından adil yargılanma hakkına ilişkin güvencelerin sağlanması gerekmektedir¹³¹. Anayasa Mahkemesi de Anayasanın 40. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkının, anayasal bir hakkının ihlal edildiğini ileri süren herkese hakkın niteliğine uygun olarak iddialarını inceletebileceği makul, erişilebilir, etkili, ihlalin gerçekleşmesini veya sürmesini engellemeye ya da sonuçlarını ortadan kaldırmaya elverişli idari ve yargısal yollara başvuruda bulunma imkanının sağlanmasını gerektirdiğini kabul etmektedir¹³². Bu sebeple de bu tür kararların varsa bir üst derece mahkemesinin denetimine tabi kılınması, adil yargılanma hakkının hayata geçirilmesi bakımından daha isabetli olacaktır. Nitekim HMK'da bölge adliye mahkemesinin istinaf dilekçesi üzerinde yaptığı ön inceleme neticesinde vereceği kararın kesin olduğuna dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple bu tür kararlara karşı temyiz yolunun açık olduğu kabul edilmektedir¹³³.

Diğer yandan, benzer bir durumun dava dilekçesi üzerinde yapılan ilk inceleme neticesinde verilecek kararların kanun yoluna götürülmesi bakımından söz konusunu olduğunu belirtmek gerekir. Şöyle ki, İYUK'un 15. maddesinin 4. fıkrasında *"İlk inceleme üzerine Danıştay veya mahkemelerce verilen; bu maddenin 1/a bendinde belirtilen idari yargının görevli olduğu konularda davanın görev ve yetki yönünden reddine ilişkin kararlarla, 1/c bendinde yazılı gerçek hasma tebliğ ve 1/d bendindeki dilekçe red kararları dışında, ilgisine göre istinaf ya da temyiz yoluna başvurulabilir"*. hükmü yer almaktadır. Buna göre İYUK'un 45. maddesi uyarınca istinaf

¹³⁰ EKİNCİ, s. 826.

¹³¹ SEVİNÇ, Ekin: "İdari Yargılama Hukukunda Kanun Yoluna Başvuru Hakkının Anayasal Güvenceye Sahip Olması Bakımından Ele Alınması", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIV, S. 3, 2020, s. 428.

¹³² AYM 20.07.2022, E. 2022/48, K. 2022/93 §35; AYM 25.12.2019, E. 2019/102, K. 2019/99, §17.

¹³³ ÖZTEK, s. 309; ŞAHİN, Serdar Çağatay: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Uyarınca istinaf Yargılamasında Ön İnceleme Aşaması", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C. 21, Özel Sayı, 2019, s. 2672.

yolu kapalı olan uyuşmazlıklara ilişkin davalarda ilk inceleme üzerine anılan kararların verilmesi halinde bu kararlara ilişkin istinaf yoluna başvurulamayacağı belirtilmektedir¹³⁴. Nitekim uygulamanın da bu yönde olduğu görülmektedir. Örneğin, "... plakalı aracın, 2918 sayılı Kanun'un EK-2. maddesinin 3. fıkrasına aykırı olarak amaç dışı kullanıldığından bahisle, araç sürücüsüne 4.380,00 TL trafik idari para cezası verilmesine dair 04.01.2017 tarih ve 822699 sayılı işlemin iptali istemiyle" açılan davada idare mahkemesince davanın görev yönünden reddine karar verilmiştir. İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi ise konusu beş bin lirayı geçmeyen idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare mahkemelerince verilen kararların kesin olduğu ve bunlara karşı istinaf yoluna başvurulamayacağı gerekçesiyle istinaf isteminin incelenmeksizin reddine karar vermiştir¹³⁵. Bununla birlikte kararın karşı oy gerekçesinde ilk derece mahkemesi kararının esas hakkında olmadığı, ilk inceleme üzerine verilmiş bir karar olduğu, İYUK'un 45. Maddesinin 5. fıkrasında mahkemelerin usulden verilmiş kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulması hususunda açık bir sınırlama getirilmediği, bu sebeple kararın sadece usul hükümlerine uygun verilip verilmediği yönünden istinaf incelemesine tabi olduğu ifade edilmiştir. Gerçekten de, her ne kadar İYUK'un 45. maddesinin 1. fıkrasında konusu belli bir miktarı geçmeyen davalarda verilen kararların kesin olduğu, dolayısıyla bu kararlara karşı istinaf yoluna başvurulamayacağı düzenlenmiş olsa da, anılan kuralın uyuşmazlığın esası yönünden bir mahkeme kararının varlığı halinde geçerli olduğu kabul etmek, yukarıda yer verilen Yüksek Mahkemenin kararına daha uygun düşmektedir. Böylelikle davanın esasının incelenmesine engel olan ilk derece mahkemesinin ilk inceleme üzerine verdiği kararının, ilgisine göre istinaf veya temyiz edilebilmesi ile kişilerin mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesinin önlenmesi mümkün olabilecektir.

Son olarak, Yüksek Mahkemenin kararını, istinaf dilekçesi üzerinde yapılan diğer ilk inceleme konuları bakımından da değerlendirmek gerekmektedir. Buna göre istinaf dilekçesinin 3. maddeye uygun olmaması ya da gerekli harç ve posta giderlerinin ödenmemiş olması hallerinde, söz

¹³⁴ CANDAN, s. 677.

¹³⁵ İstanbul BİM 8. İDD, 30.05.2017, E. 2017/893, K.2017/8, Aynı yönde bkz. İstanbul BİM 8. İDD, 30.05.2017, E.2017/1103, K.2017/8; Ankara BİM 10. İDD, 13.12.2017, E. 2017/1291, K.2017/127; İzmir BİM 3. İDD, 18.11.2020, E.2020/860, K.2020/838 ilgili kararlar için bkz. (Lexpera Erişim Tarihi: 20 Ocak 2023).

konusu eksikliklerin istinaf eden tarafa süre verilerek tamamlanması söz konusu olmaktadır. Bu sebeple, istinaf mercii tarafından ilk kez karar verilse dahi, istinaf eden tarafa tespit edilen eksikliğin giderilmesi bakımından imkan tanındığından, bu tür kararların kesin nitelikte olmasının, etkili başvuru hakkını aşırı kısıtladığından söz edilmesi mümkün görünmemektedir. Bununla birlikte istinaf başvurusunun kesin bir karar hakkında olması veya söz konusu kararın istinafa tabi olmaması nedeniyle istinaf isteminin reddine karar verilmesi halinde, tıpkı istinaf isteminin kanuni süresi içinde yapılmaması nedeniyle istinaf isteminin reddi kararında olduğu gibi kanun yolunun açık olması gerektiği düşünülmektedir. Yüksek Mahkemenin dile getirdiği çekincelerin, bir kararın istinaf edilebilir nitelikte olup olmadığının tespiti sırasında da ortaya çıkması oldukça muhtemeldir. Bu durum da kişilerin kanun yoluna başvuru hakkından mahrum bırakılması sonucunu doğurabilir. Dolayısıyla ilgili hükmün Anayasa Mahkemesi'nin kararı göz önünde bulundurularak yeniden düzenlenmesi yerinde olacaktır.

SONUÇ

İYUK'un 45. maddesinin 2. fıkrasında istinafın temyiz şekli ve usulüne tabi olduğu düzenlenmiştir. Buna göre istinaf başvurusunun yapılması ile istinaf dilekçesinin şekli temyiz tabi olduğu kurallara bağlı kılınmıştır. Bu kapsamda istinaf dilekçeleri üzerinde de bir ilk inceleme aşaması söz konusu olmaktadır. Bu ilk incelemede incelenecek olan konular kanunda düzenlenmiş olmakla birlikte, kanunda düzenlenmeyen bazı konuların da bu aşamada ele alınması usul ekonomisinin gereğidir. Bu sebeple HMK'da yer alan düzenlemeler de dikkate alınarak ilk inceleme konularının, incelenme sırasının, inceleme süresinin ve usulünün açık şekilde düzenlenmesi yerinde olacaktır.

İstinaf dilekçeleri üzerinde ilk inceleme, önce istinaf başvurusuna konu olan kararı veren idare veya vergi mahkemesince; sonra da istinaf incelemesini yapacak olan bölge idare mahkemesince yapılmaktadır. İstinaf dilekçesi üzerinde ilk incelemenin, ilk derece mahkemesi tarafından yapılarak "*istinaf isteminde bulunulmamış sayılmasına*", "*istinaf edilmemiş sayılmasına*" veya "*istinaf isteminin reddine*" şeklinde karar verilmesi halinde bu kararlara karşı da özel bir istinaf başvurusu yapılması mümkün bulunmaktadır. İstinaf dilekçesi üzerinde ilk incelemenin istinaf mercii tarafından yapılarak, anılan kararların verilmiş olması halinde ise kural olarak bu kararlar kesin nitelikte olduğundan, bu kararlara karşı temyiz başvurusu yapılması mümkün bulunmamaktadır. Ancak Anayasa

Mahkemesi'nin 20.07.2022 tarih ve E. 2022/48 K. 2022/93 sayılı kararı uyarınca istinaf başvurusunun kanuni süre geçtikten sonra yapılması nedeniyle istinaf isteminin reddi kararının kesin nitelikte olması Anayasaya aykırı bulunarak iptal edildiğinden, bu tür kararlara karşı temyiz yolunun açık hale geldiği söylenebilecektir. Ancak bu hallerde temyiz süresinin, İYUK'un 48. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenen yedi günlük süre olarak kabul edilmesi de kanun sistematığına daha uygun düşecektir. Bu bağlamda kanun koyucu tarafından kanun yolu öngörülmüş bir mahkeme kararının, usuli bir nedenden dolayı kanun yolu incelemesinin yapılmasının engellenmesi, mahkemeye erişim hakkı bakımından önemli ve ağır bir kısıtlamadır. Nitekim idarenin işlem ve eylemleri nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıklarda mahkemeye erişim hakkı daha da önem kazanmaktadır. Ayrıca gerek AİHS gerekse de Anayasa'da kanun yolu öngörülmesi zorunluluğu bulunmasa da kanunda düzenlenmiş bulunan kanun yolları bakımından adil yargılanma hakkına ilişkin güvencelerin sağlanması da bir gerekliliktir. Bu sebeple de bu tür kararların varsa bir üst derece mahkemesinin denetimine tabi kılınması, adil yargılanma hakkının hayata geçirilmesi bakımından daha isabetli olacaktır.

Son olarak ise İYUK'un 45. maddesinin 1. fıkrasında konusu belli bir miktarı geçmeyen davalarda verilen kararların kesin olduğu, dolayısıyla bu kararlara karşı istinaf yoluna başvurulamayacağı düzenlenmiş olsa da, anılan kuralın uyuşmazlığın esası yönünden bir mahkeme kararının varlığı halinde geçerli olduğu kabul edilmeli ve dava dilekçesi üzerinde yapılan ilk inceleme neticesinde davanın esasının incelenmesine engel olan ilk derece mahkemesinin ilk inceleme üzerine verdiği kararının, ilgisine göre istinaf veya temyiz edilebilmesinin mümkün olduğunun kabulü gerekmektedir. Böylelikle kişilerin mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesinin önlenmesi mümkün olabilecektir.

KAYNAKÇA

- Administrative Justice in Europe -Report for the United Kingdom-
https://www.aca-europe.eu/en/eurtour/i/countries/unitedkingdom/unitedkingdom_en.pdf
- AKINCI**, Müslüm, İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2008.
- AKİL**, Cenk, İstinaf Kavramı, Ankara 2010.
- AKKAYA**, Tolga, Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Ankara 2009.
- AKYILDIZ**, Ali: "İstinafa İlkesel Bakmak", Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu (12 Mayıs 2015), Ankara 2015, s. 11-32.
- AKYILMAZ**, Bahtiyar / **SEZGİNER**, Murat / **KAYA**, Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, 6. Basım, Ankara 2021.
- ASLAN**, Zehreddin (ed.), **BARLASS**, İrfan/ **BERK**, Kahraman/ **ARAT**, Nilay/ **KAĞITCIOĞLU**, Mutlu/ **ALTINDAĞ**, Halil/ **GÜMÜŞKAYA**, Gamze/ **SAYHAN**, Şebnem/ **BARDAKÇI**, Mehmet Akif/ **YÜZBAŞIOĞLU**, Cihan, Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 3. Basım, Ankara 2022.
- AVCI**, Mustafa, İdari Yargılama Usulündeki Son Yenilikler ve İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu, Ankara 2017.
- AVCI**, Mustafa: "İdari Yargıda İstinaf", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 96, 2011, s. 179-204.
- BİLGİN**, Hüseyin, 99 Soruda İdari Yargıda İstinaf, Ankara 2016.
- BROWN**, L. Neville /**BELL**, John S., French Administrative Law, Oxford 2003.
- CANDAN**, Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 8. Basım, Ankara 2020.
- CANE**, Peter, Administrative Law, 5. Basım, Oxford 2011.
- ÇAĞLAYAN**, Ramazan: "İdari Yargıda İstinaf Uygulamasındaki Bazı Sorunlar Üzerine Düşünceler", Terazi Hukuk Dergisi, C. 14, S. 160, 2019, s. 2286-2301.
- ÇAĞLAYAN**, Ramazan, İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları (Fransa- Türkiye Mukayeseli Bir Deneme), Ankara 2017.

- ÇAĞLAYAN**, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, 14. Basım, Ankara 2022.
- ÇINARLI**, Serkan, İdari Yargılamada İstinaf ve Bölge İdare Mahkemeleri, 2. Basım, Ankara 2018.
- DÜĞER**, Sırrı, Anglosakson Hukuk Sisteminde İdarenin Yargısal Dene-timi, 2. Basım, Ankara 2021.
- EKİNCİ**, Ahmet: "Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, S. 3-4, 2014, s. 821-848.
- ERASLAN**, Yunus: "İdari Yargıda Kanun Yolu Aşamasında Verilen Gönderme Kararları Üzerine Bir İnceleme", Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1, 2020, s. 77-132.
- GENÇAY KARABULUT**, Şehnaz: "Fransa'da İdari İstinaf Mahkemelerinin Kararlarına Karşı Temyiz Başvurusu ve İncelenmesi", Danıştay Dergisi, S. 107, 2004, s. 9-72.
- GÖZÜBÜYÜK**, Şeref / **TAN**, Turgut, İdare Hukuku (İdari Yargılama Hukuku) C. 2, 8. Basım, Ankara 2016.
- GÖZÜBÜYÜK**, Şeref, Yönetmelik Yargı, 35. Basım, Ankara 2016.
- GÜNDAY**, Metin, İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2022.
- HASBUTCU**, Sebahattin Taha, İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu, Ankara 2016.
- IŞIKLAR**, Celâl: "İdari Yargılama Usûlü Kanunu'na 24.06.2021 Tarih ve 7329 Sayılı Kanunla Eklenen 20/C Maddesi Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 1, 2022, s. 347-398.
- IŞIKLAR**, Celâl: "Türk İdari Yargısında İlk İnceleme Kurumunun Yasal Seyri, Yeri, Gereği ve Yararı", Terazi Hukuk Dergisi, C. 7, S. 67, 2012, s. 46-58.
- İNCEOĞLU**, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 4. Basım, İstanbul 2013.
- KAPLAN**, Gürsel, Fransız İdari Yargılama Hukukunda Kararlara Karşı Başvuru Yolları, Bursa 2016.
- KAPLAN**, Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, Bursa 2016.

- KARAHANOĞULLARI**, Onur, İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması, Ankara 2019.
- KARAVELİOĞLU**, Celal, Açıklamalı, İçtihatlı ve İstinaf Kurumuyla İdari Yargılama Usulü Kanunu, 9. Basım, Ankara 2016.
- KESKİN**, Züleyha: "İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 126, 2016, s. 235-262.
- KURU**, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2016.
- MERAKLI YAYLA**, Deniz, Medeni Usul Hukuku'nda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Ankara 2014.
- NASON**, Sarah: "The Administrative Court, the Upper Tribunal and Permission to Seek Judicial Review," Nottingham Law Journal, C. 21, S. 1, 2012, s. 1-25.
- ÖZDEMİR**, Halit Eyüp, İdari Yargıda Dilekçeler Üzerine İlk İnceleme, İstanbul 2019.
- ÖZEL**, Kadir Can: "İdari Yargıda İstinaf Sistemi Tartışmaları Üzerine Bir Değerlendirme", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 44, 2020, s. 45-81.
- ÖZTEK**, Selçuk, Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz, Ankara 2021.
- SANCAKDAR**, Oğuz: "İdari Yargı İstinaf Sistemindeki Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu (10 Mayıs 2016), Ankara, 2016, s. 29-113.
- SANCAKDAR**, Oğuz: "İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler", Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, C. 8, Özel Sayı, 2013, s. 2237-2326.
- SANCAKDAR**, Oğuz/ **ÖNÜT**, Lale Burcu/ **YAĞCI**, Pınar/ **SEYHAN**, Serkan: Fransız, Türk, Federal Alman İdari Yargılama Usulü Kanunları, Ankara 2020.
- SAYGIN**, Engin: "İdari Yargıda İstinaf Mahkemesi Tartışmaları Üzerine Bir Analiz", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 69, S. 1-2, 2011, s. 635-648.

- SEVİNÇ**, Ekin, Türk İdari Yargılama Hukukunda İstinaf Kanun Yolu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Trabzon 2018.
- SEVİNÇ**, Ekin: "İdari Yargılama Hukukunda Kanun Yoluna Başvuru Hakkının Anayasal Güvenceye Sahip Olması Bakımından Ele Alınması", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIV, S. 3, 2020, s. 421-445.
- SÖYLER**, Yasin / **YILMAZ**, Muhammet: "Temyiz Kanun Yolunda Uygulanan Parasal Sınırın Her Yıl Arttırılmasının Görülmekte Olan İdari Davalara Etkisi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 3, 2021, s. 2131-2168.
- ŞAHİN**, Serdar Çağatay: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Uyarınca istinaf Yargılamasında Ön İnceleme Aşaması", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C. 21, Özel Sayı, 2019, s. 2659-2701.
- TAYLOR**, Chris, Constitutional and Administrative Law, 3. Basım, 2013.
- TOKLU**, Esat: "İdari Yargıda İstinaf Sistemine Geçiş", Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu (12 Mayıs 2015), Ankara 2015, s. 63-71.
- ULUSOY**, Ali, İdari Yargılama Hukuku, Ankara, 2022.
- ÜSTÜN**, Gül: "İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Üzerine Bir Değerlendirme", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 2, 2016, s. 13-38.
- YEGİNSU**, Can: "First Successful Judicial Review on Cart Principles: R (Kuteh) v Upper Tribunal", Judicial Review, C.18, S.1, 2013, s.134-139.
- YILDIRIM**, Ramazan: "Türkiye' de İstinaf Uygulamasının İdari Yargıya Etkileri", Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu (12 Mayıs 2015), Ankara 2015, s. 33-53.
- YILDIRIM**, Turan / **FİŞ ÜSTÜN**, Gül, Açıklamalı Notlu İdari Yargılama Usulü Kanunu, İstanbul, 2020.
- YILDIRIM**, Turan, İdari Yargı, 2. Basım, İstanbul 2010.
- YILMAZ**, Ejder, İstinaf, 2. Basım, Ankara 2005.

KENDİ HESABINA ÇALIŞAN (ESNAF) KURYELERİN HUKUKİ STATÜLERİ VE SENDİKALAŞMA HAKLARI

Dr. Öğr. Üyesi Abdullah EROL*

Öz

Günlük hayatın içerisindeki hız, karmaşa ve sürekli bir yerlere yetişme kaygısı, geçmişte ihtiyaç duyulmayan pek çok hizmeti, temel bir ihtiyaç haline getirmiştir. Kuryelik de bunlardan bir tanesidir. Kuryeler, bir ürünü kısa zaman içerisinde alıcıya ulaştırabilmekte, bu sayede kişiler daha öncelikli işlerine yönelebilmektedirler. Kuryelik sistemi, salgın döneminde de görüldüğü üzere, o kadar “iyi” işlemektedir ki, bu sistem içerisinde en önemli rolü üstlenen kuryelerin çalışma şartlarının ne olduğu, hangi sıkıntılarla uğraşmak zorunda kaldıkları hususunda herhangi bir gündem oluşmamıştır. Bununla birlikte salgının kuryelerin önemini ortaya çıkarması, kuryelerin de zor çalışma şartlarını ve maruz kaldıkları hak kayıplarını seslendirmelerini kolaylaştırmıştır. Son zamanlarda sıklıkla yaşanan kurye eylemleri bunu göstermektedir. Kuryeler, işçilerden/bağımlı çalışanlardan daha yoğun ve zor çalışma şartlarına tabi olsalar da, işçilerin/bağımlı çalışanların sahip oldukları haklardan faydalanamamaktadırlar. Bu çalışmada, kuryelerin yaşadıkları sorunlardan yola çıkılarak, bağımlılık unsurundaki aşınmanın genel olarak çalışma hayatında ne tür sorunlar ortaya çıkarttığına değinilecektir.

* Dr. Öğr. Üyesi. İstanbul Üniversitesi, İktisat Fakültesi, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü, İş Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Asst. Prof., Istanbul University, Faculty of Economics, Department of Labour Economics and Industrial Relations, Labour Law Department, Istanbul, Turkey.

✉ abdullah.erol@istanbul.edu.tr • ORCID 0000-0003-1018-1602.

✎ **Atf Şekli** | Cite As: EROL, Abdullah: “Kendi Hesabına Çalışan (Esnaf) Kuryelerin Hukuki Statüleri ve Sendikalaşma Hakları”, SÜHFD, C. 31, S. 3, 2023, s. 1081-1108.

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

✎ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler

• İş Sözleşmesi • Bağımlılık Unsuru • Kurye • Sendikalaşma Hakkı • İşçi Benzeri

LEGAL STATUS AND UNIONIZATION RIGHTS OF SELF EMPLOYED (TRADESMAN)COURIERS

Abstract

The speed, complexity and constant worry of getting somewhere in daily life have made many services not needed in the past a basic need. Courier is one of them. As seen during the epidemic, the courier system works so "well" that there has been no agenda regarding the working conditions of the couriers, who play the most critical role in this system, and what problems they have to deal with. However, the fact that the epidemic revealed the importance of the couriers made it easier for them to voice their difficult working conditions and the loss of rights they were exposed to. Although couriers are subject to more intense and complex working conditions than employees/dependent workers, they cannot benefit from the rights of workers/dependent workers. In this study, starting from the problems experienced by the couriers, it will be mentioned what kind of problems the erosion in the addiction factor causes in working life in general.

Key Words

• Employment Contract • Dependency Factor • Courier • Right to Unionization • Quasi Employee

GİRİŞ

Covid-19 salgını, çalışma hayatında önemli değişikliklerin yaşanmasına sebep oldu. Özellikle karantinaların yaygın olarak uygulandığı dönemde, tüm sektörlerde üretim yavaşlamış, çalışma saatleri düşmüş ve dolayısıyla cirolarda önemli düşüşler yaşanmıştır. Ancak Türkiye örneği dikkate alındığında, salgın döneminde daha fazla çalışmak zorunda kalan ve cirosu ciddi oranda artan gıda perakendecilerinin diğer gruplardan ayrıştığı görülmüştür¹. Bu durumun ortaya çıkmasında, gıda perakendecilerinin kurdukları dağıtım ağıyla ve teknolojinin katkısıyla ürünleri müşterilere hızlı ve kolayca ulaştırabilmeleri etkili olmuştur.

Dışarıdan bakıldığında mükemmel bir şekilde işleyen ve hayatı önemli ölçüde kolaylaştıran bu sistemin son zamanlarda ortaya çıkan gelişmelerle aslında o kadar da mükemmel olmadığı, kendi içerisinde

¹ EY-Parthenon & TAMPF COVID-19 Yönetici Anketi, Temmuz, 2020.

önemli sorunlar barındırdığı görülmüştür. Zira söz konusu dağıtım ağı-
nın plana uygun işleminde en önemli ayağı oluşturan kuryelerin ça-
lışma şartlarının, insanî seviyeden oldukça uzakta olduğu yapılan eylem-
lerle ve sosyal medyada yapılan paylaşımlarla ortaya çıkmıştır². Çalışma
şartlarına ilişkin yakınmalar, elbette ki çeşitli çalışan gruplarınca farklı
dönemlerde gündeme getirilmektedir. Dolayısıyla ilk bakışta kuryelerin
gerçekleştirdikleri eylemlerin de bunlardan bir farkı olmadığı düşünüle-
bilir. Ancak, biraz daha derinlemesine ve tarihsel boyutuyla ele alındı-
ğında, sorunun aslında iş hukuku bakımından çok tehlikeli bir gayretin
su yüzeyine çıkan kısmı olduğunu görmek mümkündür.

Kuryelerin büyük çoğunluğu -özellikle gıda sektöründe istihdam
edilen kuryeler- yeni bir model olarak sunulan “esnaf kurye” modeli kap-
samında çalıştırılmaktadırlar. Her ne kadar kavram yeni olsa da, aslında
uygulanen hukuki alt yapı ve ortaya çıkardığı sorunlar yeni değildir. Tür-
kiye’de buna benzer sorunlar son yıllarda giderek daha fazla gündeme
gelmekteyse de, esasında yurt dışında, özellikle de ABD ‘de uzun yıllar-
dan beri buna benzer uygulamalar hukukçuların temel tartışma konuları
arasında yer almaktadır³.

Esnaflık kuryeler, şahıs şirketi kurup tüzel kişilik kazanarak bir şirket-
ten eser, nakliye, kira veya adi ortaklık sözleşmeleri temelinde iş almak-
tadırlar. Belirtilen sözleşmeler kapsamında çalışan istihdam edilmesinde,
asıl amacı gizleme iradesi (muvazaa) bulunmadığı sürece, hukuki açıdan
herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Muvazaanın varlığı halinde ise,
hukuki işlem kesin geçersiz olmakta ve doğmuş olan tüm hüküm ve so-
nuçlarıyla birlikte ortadan kaldırılmaktadır. Nitekim işverenlerin muva-
zaalı bir şekilde bu türden ilişkiler kurdukları, son yıllarda artan bir şe-
kilde mahkeme kararlarına da yansımaktadır⁴.

² **BBC News Türkçe**, “Kuryelerin Eylemleri Neden Yurt Geneline Yayıldı?”,
<https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-60235440>, (Erişim Tarihi: 12.04.2022).

³ ABD’li FedEx Home Delivery kargo şirketinin çalışanlarını kendi işçisi olarak değil
de, bağımsız çalışan olarak istihdam ettiği ve bunun da hukuka aykırı olduğu yön-
ündeki iddianın değerlendirildiği yargı kararı için bkz. Fedex Home Delivery v.
NLRB, 563 F.3d 492, <https://casetext.com/case/fedex-home-delivery-v-nlr>, (Erişim
Tarihi: 12.04.2022).

⁴ “... Acentelik sözleşmesine göre devreden devralan acente üzerinde denetim ve
kontrol yetkisinin bulunması, çalışma şartlarını belirlemesi, çalışan üzerinde yönetim
hakkını kullanması, acente ilişkisinin kayıt üzerinde kaldırılmasının, acentenin bağımsız
bir işveren olmadığının göstergeleridir...” Yarg. 9. HD., 01.10.2020, 2016/23561 E.,
2020/10209 K. (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 12.04.2022); “...Bu tür bir

Esnaflıkta kurye modeli, işverenlere işletme maliyetlerini düşürme imkânı sağlamasının yanı sıra, çalışanların örgütlü hareket etmelerini engelleme fırsatı da vermektedir. Zira akdettikleri sözleşmelerin türü sebebiyle, işçi statüsünde olmayan ve kendisini de işçi olarak görmeyen esnaf kuryeler, sendikalaşabileceklerini de bilmemektedirler. Çoğunlukla hukuki bilgi eksikliğinden doğan bu durum, kuryelerin sendikal örgütlenmenin sağladığı avantajlardan faydalanmalarının önüne geçmektedir.

Esnaflıkta kurye modelinin ya da bağımlı serbest çalışmanın doğurduğu bu sorunların temelinde, iş sözleşmesini diğer özel hukuk sözleşmesi türlerinden ayıran ve onun karakteristik özelliğini oluşturan “bağımlılık” unsurunun son yıllarda teknolojinin de etkisiyle giderek artan bir hızla yayılması yatmaktadır⁵.

I. HUKUKİ STATÜ

A. Tanımı

Esnaflıkta kurye modelini anlayabilmek için, öncelikle modeli oluşturan terimlerin anlamlarını ve içeriklerini iyi idrak etmek gerekmektedir. Esnaf terimi sözlükte, “küçük sermaye ve zanaat sahibi” şeklinde tanımlanmaktadır. Esnaf ve sanatkârlığın hukuki çerçevesinin çizildiği 5362 Esnaf

ilişkide ruhsat sahibi ile aracı kullanan arasındaki ilişkinin bir ürün (hasılat) kirası mı yoksa, iş ilişkisi mi olduğunun tespiti, hangi hükümlerin uygulanacağını belirlemesi noktasında önem arz etmektedir. Zira taraflar arasındaki ilişki iş ilişkisi ise İş Kanunu veya bazı hâllerde Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerinin; kira ilişkisi ile Borçlar Kanunu'nun kira sözleşmesine ilişkin düzenlemelerinin uygulanması gerekecektir. Taraflar arasında iş sözleşmesi bulunup bulunmadığının tespitinde görünürdeki işlemler değil, fiili durum önemli olup fiili (gerçek) durum tespit edilerek sonuca gidilmesi gerekir...” Yarg. 9. HD., 26.1.2021, 2019/7722 E., 2021/2390 K. (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 12.04.2022)

⁵ Yargıtay kararlarında da, teknolojik gelişmelerin sonucunda ortaya çıkan atipik çalışma şekillerinin bağımlılık ilişkisini tespit etmeyi zorlaştırdığına yer verilmektedir. Yargıtay'ın önüne gelen davalarda, bağımlılık ilişkisinin varlığını tespit etmek için kullandığı temel ölçütler şunlardır: kişinin işverenin talimatlarına göre hareket etmesi ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi, İşin işverene ait işyerinde görülmesi, malzemenin işveren tarafından sağlanması, iş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması, işin iş sahibi veya bir yardımcı tarafından kontrol edilmesi, kişinin bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi, ücretin ödenme şekli. Ancak söz konusu ölçütlerin hiçbirinin tek başına bir anlam ifade etmediği, karşılaşılan bir olayda, bu ölçütlerin hepsinin birlikte dikkate alınması ve hükmün de buna göre kurulması gerektiği üzerinde Yargıtay kararlarında önemle durulmaktadır. Örnek kararlar için bkz. Yarg. 9. HD. 16.2.2021, 2020/8783 E., 2021/4012 K.; Yarg.. 9. HD., 10.04.2019, 2017/10816 E., 2019/8339 K.

ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu'nda ise esnaf; "ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedenî çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan, basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabı esasına göre deftere tâbi olanlar ile vergiden muaf bulunan meslek ve sanat sahibi kimse" olarak ifade edilmektedir (m. 3/a).

Kurye terimi ise sözlükte, "Posta, kargo, mektup vb. gönderileri alıcıya ulaştıran kimse" olarak tanımlanmaktadır⁶. Türkiye İş Kurumu'nca Türk Meslekler Sözlüğünde yapılan tanıma göre ise kurye; "Kurye, işletmenin genel çalışma prensipleri doğrultusunda, araç, gereç ve ekipmanları etkin bir şekilde kullanarak, işçi sağlığı, iş güvenliği ve çevre koruma düzenlemelerine ve mesleğin verimlilik ve kalite gereklerine uygun olarak: a) Dağıtım yapılacak evrak ve paketleri, listelere göre teslim almak, b) Her türlü evrak ve paketlerin dağıtımını yapmak, c) Her türlü evrak ve paketlerin belirtilen adresten toplanması işlemlerini yapmak, d) Belli bir bölgedeki tüm adreslere broşür, bülten, el ilanı vb. dağıtımını yapmak, e) Fatura, hesap özetleri, konşimento, kredi kartları, promosyon ürünleri vb. dağıtımını yapmak, f) Mesleği alanındaki gelişmeleri takip etmek ve uygulamak, g) İşçi sağlığı ve iş güvenliği kurallarını uymak, vb. görev ve işlemleri yerine getirir."⁷

Kanun koyucunun tacir statüsü yanında, esnaf statüsünü de oluşturmasının arkasında yatan sebep; esnafın sahip oldukları ekonomik güç, işletmelerinin büyüklüğü ve işi yapma şekilleri bakımından korunmalarının gerektiği düşüncesidir. Nitekim bu husus, 5362 sayılı Kanun'un 1. maddesinin gerekçesinde açık bir şekilde ifade edilmiştir. Dolayısıyla esnaf, her ne kadar ticaretle uğraşsalar ve kendi ad ve hesaplarına faaliyet gösterebilirler dahi, bir tacir gibi değerlendirilmemekte, korunmaları ve varlıklarını sürdürebilmeleri için ilave önlemler alınmaktadır⁸.

Modeli oluşturan esnaf ve kurye kavramları birlikte ele alındığında modelin, teslim aldığı taşınır malı bir yerden başka bir yere götürmek olan kişileri kendi hesabına çalışan ve nakliye işini yaptıkları kişiden

⁶ TDK, Güncel Türkçe Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 13.04.2022).

⁷ Türkiye İş Kurumu, Türk Meslekler Sözlüğü, <https://www.turkiye.gov.tr/turk-meslek-sozluugu?submit>, (Erişim Tarihi: 28.04.2022).

⁸ KAYAR, İsmail, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, Seçkin, 2018, s. 61-62.

bağımsız olduklarını göstermek amacıyla oluşturulduğu anlaşılmaktadır. Bu bakımdan, esnaf kurye modelini, işverenlerin kanunları dolanma çabasının bir örneği olarak ifade etmek mümkündür. Çalıştıkları firmanın tüm alametlerini üzerlerinde taşıyan, firmanın verdiği emir ve talimatlara harfiyen uymak zorunda olan ve hayatlarını idame ettirmek için elde ettikleri ücretin tamamını tek bir firmadan alan “esnaf” veya “şahıs şirketi sahibi, bağımsız” kuryeler, akdettikleri sözleşmenin iş sözleşmesi olması ve hukuken işçi olarak nitelendirilmemeleri sebebiyle aslında işçilerden çok daha fazla ihtiyaç duydukları sosyal korumadan faydalanamamaktadırlar. Esnaf kuryeler, örneğin bir trafik kazası yaşadıklarında, bu kazadan doğan maddi ve manevi zararlarla tek başlarına mücadele etmek; işlerini kaybetmemek için zor ve tehlikeli şartlarda çalışmayı kabul etmek zorunda kalmakta, buna karşın herhangi bir sosyal korumadan faydalanamamaktadırlar. Bu durum, bir yanda çalışma şartlarının ağırlığına rağmen düşük gelir elde eden bir çalışan grubunun, bunun karşısında ise, elde ettiği yüksek gelire karşın herhangi bir şekilde sorumlu tutulamayan bir işveren grubunun doğmasına yol açmaktadır.

B. Hukuki Niteliği

1. Bireysel İş Hukuku Açısından

İş Kanunu’nda kişilerin hukuki statülerini ifade etmek için kullanılan dört temel kavram mevcuttur. Bunlar; işçi, işveren, işveren vekili ve alt işverendir (İş K. m. 2). Esnaf kurye modelinin hukuki niteliğinin doğru bir şekilde ortaya konulabilmesi için, söz konusu kavramlarla ayrışan ve benzeşen yönlerinin açık bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir.

4857 sa. İş Kanunu m.2/1’de işçi, “iş sözleşmesi kapsamında çalışan gerçek kişi” olarak tanımlanmaktadır. Tanımda belirtilen iş sözleşmesi ve gerçek kişi olma şartları, esnaf kurye modelinde mevcut değildir. Esnaf kuryeler, hukuki açıdan ele alındığında, kendi hesabına ve bağımsız çalışan kişiler olarak nitelendirilmektedir. Zira esnaf kurye olabilmek için kişilerden, öncelikle şahıs şirketi kurmaları ve sonrasında kuryeliğini yapacakları şirkete başvuruda bulunmaları istenmektedir⁹. Şahıs şirketinin kurulmasıyla birlikte kuryelik yapacak kişi, tüzel kişi şirketin ortağı haline gelmekte ve yaptığı işlemleri de tüzel kişi şirket adına yapmaya başlamaktadır. Bunun neticesinde de, kuryeliğini yapacağı şirkette işçi sıfatını haiz olma ihtimali en başından ortadan kalkmaktadır. Netice olarak,

⁹ KIDAK, Erkan, *Kargo Taşımacılığında Kendi Hesabına Çalışma Aldatmacası Esnaf Kurye Modeli*, TUMTİS Yayınları, İstanbul, 2021, s. 64.

esnaf kuryelerin “işçi” niteliğini taşımak suretiyle 4857 sa. İş Kanunu kapsamına girmeleri mümkün olmamaktadır.

İşveren kavramı bakımından ele alındığında, esnaf kuryelerin işveren olarak nitelendirilmelerinin de mümkün olmadığı görülmektedir. İşverenin gerçek veya tüzel kişi olması işveren niteliğini elde etmeyi engellemese de, İş Kanunu’nda işveren olabilmek için aranan işçi çalıştırma şartı, tek başlarına çalışan esnaf kuryelerin işveren olarak nitelendirilmelerinin önüne geçmektedir. Elbette ki kurye, yanında en az bir işçi istihdam etmesi halinde işveren niteliğini elde edecektir. Ancak, uygulamada, işçi istihdam eden kurye sayısı yok denecek kadar azdır¹⁰.

İşveren vekili kavramı açısından değerlendirildiğinde, esnaf kuryelerin bu niteliği de taşıyamayacakları açık bir şekilde görülmektedir. İşveren tarafından bir bölümü yönetmek amacıyla tayin edildiği ve bu sayede işveren vekilliği sıfatını kazandığı varsayımında dahi işveren vekilinin işçilik niteliği ortadan kalkmayacaktır. Zira işveren vekili, hukuken işçidir¹¹. Bu gerçek dikkate alındığında, işçi olarak nitelendirilmesi dahi mümkün olmayan esnaf kuryelerin haliyle işveren vekili niteliğini taşımaları da mümkün olmayacaktır.

Son olarak, alt işverenlik kavramı çerçevesinden bakıldığında da esnaf kuryelerin bu kavramın kapsamına girmelerinin de mümkün olmadığı görülmektedir. Zira esnaf kuryelerle kurulan hukuki ilişki, İş Kanunu’nun alt işverenlik ilişkisinin kurulması için aradığı şartları¹² (alt işverenin üstlendiği işin asıl işe yardımcı iş veya teknolojik uzmanlık gerektiren bir iş olması, alt işverenin kendi işçilerinin bulunması ve bunları asıl işverene ait işyerinde çalıştırması) taşımamaktadır.

Esnaf kuryelerin yaptıkları iş ve kendisi için bu işi yaptıkları şirketlerin faaliyet alanlarına bakıldığında, esnaf kuryelerin asıl işe yardımcı

¹⁰ KIDAK, s. 65.

¹¹ Bununla birlikte, öğretilerde bu ilişkinin vekâlet akdine dayandığını ileri süren bir görüş de mevcuttur. Bkz. SAYMEN, Ferit Hakkı, Türk İş Hukuku, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1954, s. 456. Öğretilerdeki ağırlıklı görüş ise, bu ilişkinin, iş sözleşmesi temelinde kurulduğu yönündedir. Bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş, Bireysel İş Hukuku Cilt I, Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara, Lykeion Yayınları, 2022, s. 52.; ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nürşen/CANBOLAT, Talat/ÖZKARACA, Ercüment, İş Hukuku Dersleri, 35. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2022, s. 95.; AKYİĞİT, Ercan, İş Hukuku, 14. Bası, Ankara, Seçkin Yayınları, 2022, s. 67.

¹² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 44.

işleri yaptıkları iddia edilemez. Özellikle gıda sektöründe çalışan esnaf kuryeler, asıl işi gıdayı üretmek değil de, üretilen gıdayı teslim etmek olan şirketlerde asıl işi, yani teslimatı yapmakla yükümlü tutulmaktadır. Muvazaa olarak nitelendirilen, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin kesin hükümsüzlüğüne yol açan ve alt işveren işçilerinin başından itibaren asıl işverenin işçileri olarak sayılmasını gerektiren bu durumun, esnaf kuryelerin alt işveren olarak nitelendirilmesini de imkânsız hale getirdiği ortadadır.

İşçi çalıştırmayan, dolayısıyla işveren niteliğini kazanamamış esnaf kuryelerin alt işveren olarak nitelendirilmesi zaten mümkün değildir. Zira asıl işveren – alt işveren ilişkisinin varlığının kabul edilmesi durumunda, esnaf kuryenin asıl işverenin işyerinde çalıştırabileceği herhangi bir işçisi bulunmamaktadır. Az da olsa, yanında işçi çalıştıran esnaf kuryelerin alt işveren olarak nitelendirilmelerinin mümkün olup olmadığının ise ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Belirtildiği üzere, kural olarak alt işveren işçilerinin asıl işverenin işyerinde çalışması gerekmektedir. Ancak esnaf kuryeler ve –varsa- yanlarında çalıştırdıkları işçiler, kendisi için iş yaptıkları şirketlerin işyerlerinde veya bu şirketlere ait araçlarda değil, kendilerine ait olan araçlarda (motokuryeler veya hafif ticari araç sahibi kuryeler) çalışmaktadırlar. Araçların kuryelere ait olması ve bunun esnaf kurye olarak işe alınmada ön şart olarak sunulması¹³, kuryelerin veya yanlarında çalıştırdıkları işçilerin işverene ait araçlarda, dolayısıyla da işverene ait işyerinde çalıştığı yönünde bir iddiada bulunmayı engellemektedir.

Tek başına İş Kanunu'nun ilgili maddelerinin lafzına bakılarak yapılan bir değerlendirmede esnaf kuryelerin İş Kanunu kapsamına girmediklerini ifade etmek gerekmektedir. Ancak bu, iş hukukunun temel amacını oluşturan bağımlılık ilişkisindeki zayıf tarafı koruma düşüncesini ve bunu sağlamak için kullanılan bağımlılık ilişkisinin varlığını ortaya koyan ölçütleri göz önünde tutmadan yapılan bir değerlendirme olduğundan, eksik ve yanlış sonuçlar doğurmaktadır¹⁴. Bu durum, esnaf kuryelerin ve esnaf kuryelerle aynı veya benzer çalışma şekilleriyle istihdam

¹³ KIDAK, s. 58.

¹⁴ APPEL, Sam/ ZABİN, Karol, **Truck Driver Misclassification; Climate, Labor and Environmental Justice Impacts**, Center for Labor Research and Education, University of California, Berkeley, 2019, s. 2.

edilen bağımlı serbest çalışanların sosyal koruma ihtiyaçlarının nasıl karşılanacağı sorusunun sorulmasına yol açmaktadır.

Bağımlılık unsuru, iş sözleşmesini konusu iş görme borcu olan diğer özel hukuk sözleşmelerinden (eser, nakliye, vekâlet, adi ortaklık) ayırt etmede kullanılan temel kıstastır. Şayet çalışan ve çalıştıran kişi arasında hukuki, ekonomik ve organizasyonel bağımlılık mevcutsa bu durumda çalışan, yani işi yapan kişi, hukuken işçi; çalıştıran da işveren olarak nitelendirilir. Bu bakımdan bağımlılık unsurunun, iş kanunu kapsamında haklarının korunması gereken bir çalışan olup olmadığının belirlenmesi veya çalışanların haklarının korunması bakımından hayati bir önemi bulunmaktadır. Sahip olduğu önem, bağımlılık unsurunu iş hukukunun temel dayanak noktası haline getirirse de; İş Kanunu'nun getirmiş olduğu sorumluluklardan kaçınmak isteyen işverenlerin öncelikli hedefi haline gelmiştir. İşverenler, çalıştırdıkları kişilerin hukuki statülerini işçi haricinde herhangi başka bir "şeye" çevirebilmek adına bağımlılık unsurunu aşındırmaya çalışmakta¹⁵, bu amaçla da her yolu denemektedirler. Kuryeler örneğine bakıldığında, firmalar iş sözleşmesi akdetmeyip, kuryelere şahıs şirketi kurma zorunluluğu getirerek, işi yaparken kullandıkları araç ve gereçleri kuryelerin kendilerinin temin etmesini ve sigortalarını da kendilerinin yaptırmasını isteyerek İş Kanunu çerçevesinde bir bağımlılık ilişkisinin mevcut olmadığını göstermeye çalışmaktadırlar¹⁶.

Bağımlı serbest çalışanların ve bu kategori içerisinde yer alan esnaf kuryelerin, iş yapma biçimleri incelendiğinde, karşılaşılan ortak sonuç, bu kişilerin iş yaparken kendi belirledikleri usul ve yöntemlerle değil, -eser, nakliye, vekâlet, adi ortaklık vb. sözleşmeler kapsamında- hukuki ilişki kurdukları iş sahiplerince detaylı bir şekilde belirlenen üretim süreçlerine tâbi olarak hareket ettikleridir.¹⁷ Bu süreçlere uyulmaması halinde esnaf kuryelerin şirketle kurdukları hukuki ilişkinin sona erdirilmesi gündeme gelebilmektedir. Elbette ki taraflar, herhangi bir özel

¹⁵ DAVIDOV, Guy, "Who is a Worker", *Industrial Law Journal*, C. 34, S. 1, 2005, s. 64. ; DEAKİN, Simon, "Interpreting Employment Contracts: Judges, Employers, Workers" *The International Journal of Labour law and Industrial Relations*, C. 20, S. 2, 2004, s. 215.

¹⁶ NETTO, Camilo/ REVINA, Daria, *Precarious Working Conditions in Gig Organisations: Saving Money or Losing Value?*, Linköping University, Linköping, 2021, s. 44.

¹⁷ MURRAY, Thomas M., "'Independent Contractor or Employee?' Misplaced Reliance on Actual Control Has Disenfranchised Artistic Workers under the National Labor Relations Act", *Cardozo Arts & Ent. Law Journal*, C. 16, 1998, s. 311.

hukuk ilişkisinde, sözleşmede kararlaştırılan esaslara uyulmaması halinde hukuki ilişkiyi sona erdirmeye hak ve yetkisine sahiptirler. Ancak, ele alınan esnaf kurye modelinde olduğu gibi, söz konusu emir ve talimatlar, konusu iş görme olan herhangi bir özel hukuk sözleşmesinden, hatta iş sözleşmesinden dahi, çok daha yoğun bir kontrol ve denetim mekanizmasını gündeme getirmektedir. Her ne kadar şirketler tarafından esnaf kuryelik bağımsız serbest çalışma veya yaygın tâbirle “kendi işlerinin patronu” olmayı sağlayan bir çalışma biçimi olarak pazarlansa da, uygulamadaki durum, bunun tam aksine işaret etmektedir.

Şirketler, görünürde hiyerarşik, ekonomik ve hukuki açılardan bağımsız olarak gösterdikleri esnaf kuryelere ilişkin hiçbir sorumluluğu üstlenmemekte, buna karşın esnaf kuryeleri bir işçiye kıyasla çok daha yoğun denetime tâbi tutmakta ve bir işçiden talep edebilecekleri işten çok daha fazlasını esnaf kuryelerden talep etmektedirler. Bu durumun bir işçi-işveren ilişkisini doğurmayacağı yönündeki iddialarının temeline de, esnaf kuryelerin hukuki açıdan şirket bünyesinde yer almamaları ve istediklerinde farklı işlerde de çalışabilecekleri iddialarını yerleştirmektedirler. Oysaki kuryelerin çalışma şartları incelendiğinde, esnaf kurye olarak istihdam edildikleri şirketler dışında başka gerçek veya tüzel kişilerle çalışma, onlara iş yapabilmeye imkânlarının mevcut olmadığı görülmektedir. Zira bu kişiler İş Kanunu’na tâbi olmadıklarından, şirketlerin; İş Kanunu’nda yer alan çalışma sürelerine, haftalık tatil veya yıllık izin haklarına ilişkin herhangi bir sınırlamaya tâbi olmadıkları ve bu durumun doğurduğu avantajları da sonuna kadar kullandıklarını ifade etmek mümkündür. Haliyle, esnaf kuryelerin bir başka işte çalışmaları veya kendi müşteri portföylerini oluşturma çabasına girmeleri oldukça zorlaşmaktadır.

Kuryelerin ve onlara benzer çalışma şartlarında istihdam edilen bağımlı serbest çalışanların maruz kaldıkları bu durum, son on yıldır Türk iş hukuku doktrininde giderek artan bir şekilde inceleme konusu olmaya başlamıştır. Buna karşın, işverenlerin bu tür çalışma şekillerine sıklıkla başvurdukları ABD ve Avrupa ülkelerinde, yüz yılı aşkın bir süredir iş sözleşmesinin bağımlılık unsurunda yaşanan aşınma ve iş hukukunun varlığına ilişkin tehditler, bilimsel tartışmaların en hararetli alanlarını oluşturmaktadır.

Konu Türk iş hukuku mevzuatı özelinde incelendiğinde, bağımlı serbest çalışanların ve bu çalışma özelinde esnaf kuryelerin -her olayın kendi şartları içerisinde değerlendirilmesi gerektiği gerçeği bir yana-

sosyal korumaya duydukları ihtiyaç ve çalışma şartları dikkate alındığında¹⁸, hukuki statülerinin 4857 sa. İş Kanunu bakımından “işçi” olarak belirlenmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz. Bununla birlikte, işçi olarak nitelendirilme iradesi olmayan ve bir iş sözleşmesinin tarafı olmak istemeyen, uygun gördüğünde başka yerde veya başka iş sahipleriyle de çalışma iradesi taşıyan kuryeleri, işçi olarak nitelendirmenin mümkün olmadığını da belirtmek gerekir. Aksi halde sözleşme özgürlüğü ilkesine aykırı hareket edilmiş olacak ve bir başka hukuki sorunun doğmasına yol açılacaktır.

Bir esnaf kuryenin, yapılan inceleme neticesinde işçi niteliğini taşıdığı ve İş Kanunu’na tâbi olması gerektiği sonucuna varılması halinde, hukuki statüsünün de işçi olarak tanınması, mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde varılabilecek en net çözümdür. Ancak bu netlik, gittikçe bulanıklaşan çalışma hayatındaki değişimlerin ve bu değişimlerin doğurduğu ihtiyaçların yeterince dikkate alındığı anlamına gelmemektedir. Her ne kadar bağımlı serbest çalışanların ve ele alınan esnaf kuryelerin hukuki statülerinin “işçi” olarak belirlenmesi, ihtiyaç duydukları sosyal korumayı büyük ölçüde temin edecek olsa da, işgücü maliyetlerinin yüksekliği sebebiyle, işsiz kalma gibi daha büyük bir sorunla karşılaşacaklardır. Nitekim bağımlılık unsurunun aşındırılmasının ve atipik çalışma biçimlerinin ortaya çıkarılmasının temelinde bu gerekçe yer almaktadır. Dolayısıyla, esnaf kuryelerin işçi olarak nitelendirilmeleri her ne kadar hukuka uygun bir çözüm olsa da, kronik hale gelen ve yaygınlaşan bir hastalığa pansuman tedavisi uygulamaktan öteye geçmemektedir.

Olması gereken, mevcut hukuki nitelendirmelerin yanında, sosyal ihtiyaçları ve değişimleri de dikkate alan ve sorunun kaynağına inmeyi sağlayacak yeni bir anlayış tarzı ve kavramsal çerçeve oluşturmaktan geçmektedir. Bu noktada, Avrupa ve ABD iş hukuku literatüründe uzun yıllardır kullanılan ve çalışmanın son bölümünde detaylı şekilde ele alınan “işçi benzeri” kavramının Türk iş hukuku literatürüne de katılmasının önemli olduğu düşüncesindeyiz.

İşçi benzeri kavramı, sanayileşmenin ve kapitalist anlayışın çalışma hayatında ortaya çıkardığı en önemli sorunlardan birine çözüm olması için geliştirilmiştir. Bu kavram, İş kanunlarının kapsamı dışında kalarak

¹⁸ Kendi hesabına çalışanların ihtiyaç duydukları sosyal koruma hakkında detaylı bilgi için bkz. AKBAŞ, Sezgi, **Kendi Hesabına Çalışanların Sosyal Güvenliği: Kapsam, Finansman ve Edimler Açısından Sorunlar ve Bir Model Önerisi**, Ankara, Türk Metal Sendikası Araştırma ve Eğitim Merkezi Yayınları, 2022, s. 13.

işçi-işveren ilişkisinin doğurduğu yükümlülüklerden kurtulmayı, daha fazla kâr elde edebilmeyi hedefleyen işverenlerin kontrol altında tutulabilmelerini, buna karşılık gittikçe acımasızlaşan rekabet ortamında ayakta kalabilmelerine de katkı sunmayı amaçlamaktadır¹⁹. Türkiye de son yıllarda sanayileşmesini hızlandırmış ve küresel rekabet ortamına daha fazla müdahil olmaya başlamıştır. Bunun neticesinde, Batılı ülkelerin işgücü piyasalarında karşılaştıkları birtakım sorunlar Türkiye’de de gündeme gelmeye başlamıştır. Esnek çalışma yöntemlerinin yaygınlaşması ve görünürde bağımsız, fakat aslında bağımlı bir ilişki doğuran çalışma şekillerinin doğurduğu uyumsuzluklar Türk İş Hukuku öğretisinde ve mevzuatında yeni bir anlayışın geliştirilmesini zorunlu hale getirmiştir.²⁰

2. Toplu İş Hukuku Açısından

Esnaf kuryelerin 6356 sa. STİSK çerçevesinde hukuki statülerini ele alırken İş Kanunu’ndaki hukuki statülerini değerlendirmede kullanılan yönetime başvurulması faydalı olacaktır. Bu amaçla öncelikle STİSK’da gerçek kişileri tanımlayan temel kavramların neler olduğunu tespit etmek gerekmektedir.

İşçi, işveren ve işveren vekili kavramları İş Kanunu’nda olduğu gibi, bu Kanun’un da temel kavramları arasında yer almakla birlikte, bu kavramların STİSK’da tanımlanmadığı, bunun yerine İş Kanunu’na atıf yapıldığı görülmektedir. Dolayısıyla, İş Kanunu’nda yer verilen işçi, işveren ve işveren vekili tanımları aynen STİSK’da da geçerli olmaktadır. Ancak kanun koyucu, İş Kanunu’ndan farklı olarak; taşıma, eser, vekâlet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmesine göre bağımsız olarak meslekî faaliyet olarak yürüten gerçek kişilerin STİSK’nun toplu iş sözleşmesine ilişkin bölümleri haricindeki hükümleri bakımından işçi sayılacaklarını düzenlemiştir (STİSK m. 2/4). Buna göre, toplu iş sözleşmesi akdedemeyecek olsalar da, söz konusu sözleşme türleri kapsamında bağımsız olarak çalışan gerçek kişilerin sendika kurmaları, kurulu sendikalara üye olmaları ve bunların faaliyetlerine katılmaları mümkündür²¹.

¹⁹ ROSİORU, Felicia, “Legal Acknowledgement Of The Category Of Economically Dependent Workers”, *European Labour Law Journal*, C. 5, S. 3-4, 2014, S. 281.

²⁰ İşçi benzeri çalışan kavramı ile ilgili detaylı bilgi için bkz. EROL, Abdullah, *Hukuki ve Sosyal Boyutlarıyla İşçi Benzeri Çalışan Kavramı*, Ankara, Gazi Kitabevi, 2021, s. 7.

²¹ TERZİOĞLU, Ahmet, “Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Bakımından İşçi Sendikası Üyeliğinin Kazanılması ve Kaybedilmesi”, *İktisadi İdari ve Siyasal Araştırmalar Dergisi*, C. 2, S. 4, 2017, s. 88.

Tanım, esnaf kuryelerin hukuki statüsünü belirleme bakımından oldukça kolaylaştırıcı bir işlev görmektedir. Zira kanun koyucu STİSK'da, İş Kanunu'ndakinden farklı olarak, işçi kavramının kapsamını açık bir şekilde belirlemiş, sendikal korumanın toplumun mümkün olduğunca geniş bir kesimine yayılabilmesi için işçi tanımını da geniş tutmuştur. Tanıma göre esnaf kuryelerin STİSK bakımından işçi sayılmaları gerektiği konusunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Esnaf kuryelerin kendisi için iş yaptıkları şirketlerle kurdukları hukuki ilişkinin çerçevesini oluşturan taşıma sözleşmeleri ve kuryelerden kurmaları istenen adi şirket sözleşmeleri, esnaf kuryelerin faaliyetlerini bizzat ve bedenen yapmaları sebebiyle, STİSK bakımından işçi sayılmalarının önünü açmaktadır. Bu sayede kanun koyucu, sosyal koruma ihtiyacı olan, ancak bunu İş Kanunu'nun sağladığı imkânlardan faydalanarak karşılayamayan esnaf kuryeler gibi bağımlı serbest çalışanların sendikalar vasıtasıyla güvenceye kavuşmalarına fırsat vermiştir.

İşçi kavramının STİSK'da daha geniş tanımlanmış olması, olumlu bir düzenleme olmakla birlikte, toplu sözleşme ve grev yapma hakkı olmadan sendikalaşma hakkının tek başına yeterli korumayı sağlamaktan uzak olduğuna da değinmek gerekmektedir. Her ne kadar sendikalar vasıtasıyla talepler daha yüksek sesle ifade edilebilmekteyse de, zorlayıcılık unsuru işin içine girmedikçe bu talepler işverenlerce karşılanmamaktadır.

C. Hukukî, İktisâdî ve Sosyal Temelleri

İşverenler, maliyetleri düşürmek ve gelirlerini arttırmak amacıyla kimi zaman çalışma şartlarını işçilerin aleyhine, kendi lehlerine olacak şekilde değiştirmeyi denemişler (esnekleşme), kimi zaman sahip oldukları maddi gücü kullanarak işçilerini kendilerine tâbi olmaya ve herhangi bir itirazda bulunmamaya zorlamışlar (sendikasızlaştırma), kimi zaman da kanuna karşı hile ile işveren olmaktan kaynaklanan yükümlülüklerden kaçınmaya çalışmışlardır. Esnaf kurye modeli de tam bu noktada devreye girmektedir. Bu modelin tercih edilmesindeki temel sebepler; İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalma isteği, işletme ve işçilik maliyetlerini düşürme ve sendikalaşma oranlarını düşürmedir.

1. İş Kanunu'nun İşverene Yüklediği Sorumluluklar

İş Kanunu, temel ilkeleri arasında yer alan "işçiyi koruma ilkesi" gereği, esas itibarıyla işçiyi koruma amacıyla ihdas edilmiş bir kanundur. Bu sebeple, kendi haline bırakıldığında işveren lehine bozulması muhtemel olan işçi-işveren arasındaki dengeyi, işçi lehine düzeltmeyi sağlayan

pek çok hükmü barındırmasının yanında, bir diğer temel ilke olan işçi lehine yorum ilkesi gereği, yorum gerektiren hallerde hâkim tarafından işçinin çıkarının göz önünde tutulmasını da zorunlu tutmaktadır²².

Ekonomik gücü elinde bulunduran, buna karşılık elindeki güçten istediği oranda getiri elde edemeyen işverenler ise, kendileri açısından bu dezavantajlı durumu doğuran İş Kanunu'nun kapsamı içerisinde kalmayı pek de tercih etmemektedirler. Nitekim bu husus, atipik çalışma şekillerinin ortaya çıkmasındaki ve teknolojik gelişmelerin yeni çalışma şekillerini oluşturmada etkin bir biçimde kullanılmasındaki temel motivasyon olmuştur²³.

Esnaf kurye modelinin hukuki niteliği başlığı altında da yer ver verildiği üzere, esnaf kuryelerle akdedilen sözleşme ve bu sözleşmede yer verilen çalışma şartları, esnaf kuryelerin hukuki statüsüyle ilgili herhangi bir hukuki uyuşmazlığın bulunmaması halinde, işçi olarak nitelendirilmelerini engellemektedir. Dolayısıyla, konu hâkimin önüne gelmediği ve hâkimin HUMK m. 31 gereğince uyuşmazlığı aydınlatma ödevi çerçevesinde akdedilen sözleşmeyi iş sözleşmesi olarak tespit etmediği sürece esnaf kurye işçi, kuryeliğini yaptığı şirket de işveren niteliğini taşımayacaktır. Bu sayede işverenler, TBK m. 27'de öngörülen genel sınırlamalar haricinde hiçbir kısıtlamaya tâbi olmayacakları bir çalışma ortamı oluşturarak, İş Kanunu'nun düzenlemelerinden ve bu düzenlemelerin getirdiği yükümlülüklerden kaçınma fırsatını yakalamaktadırlar.

2. İşletme ve İşçilik Maliyetlerini Düşürme Hedefi

Kuryelik, küçük ölçekli nakliye işlerinin hızlı ve maliyet-etkin bir şekilde yerine getirilebilmesi bakımından oldukça faydalıdır. Kuryeler sayesinde herhangi bir firma, şehri içinde en fazla bir saatlik zaman diliminde istediği ürünü istediği yere ulaştırabilmektedir. Böylelikle hem müşteri potansiyellerini hem de gelirlerini arttırabilmektedirler. Bu sebeple, özellikle gıda sektöründe faaliyet gösteren işletmeler için artık kurye hizmeti bir tercih olmaktan öteye geçmiş, gereklilik halini almıştır. Ancak kuryelerin iş sözleşmesi kapsamında işçi olarak istihdam edilmeleri, sağladığı faydaların yanında işverenler bakımından pek çok maliyetin de doğmasına yol açmaktadır.

²² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, a.g.e., s. 4-5.; ÇELİK vd., s. 23.

²³ HYDE, Alan, "Employment Law After The Death of Employment", *U. Pa. Journal of Labor and Employment Law*, C. 1, S. 1., 1997-1998, s. 105.

Her şeyden önce, bir kuryenin işçi olarak istihdam edilmesi, onun günlük ve haftalık azami çalışma süreleri kapsamında istihdam edilmesini sağlamakta, bu sürelerin aşılması halinde fazla çalışma ücreti talep etme hakkını kazanmasını mümkün hale getirmektedir. Aynı şekilde, kuryenin kıdemine göre kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin talep edebilmesi de gündeme gelebilmektedir. Bir diğer husus da, kuryelerin sıklıkla yaşadıkları trafik kazaları neticesinde doğabilecek tazminatlardan işverenlerin işçiyi koruma borcu (TBK m. 417) ve adam çalıştıranın sorumluluğu (TBK m. 66) hükümleri kapsamında sorumlu tutulmalarıdır. İş Kanunu'nun getirdiği ve işçi çalıştırmaktan doğan tüm bu sorumluluklar, aynı veya daha yüksek miktarlarda gelir elde edebilecekleri, fakat sorumluluklarının daha az olacağı çalışma biçimlerini aramaya yöneltmiştir.

Kendi ad ve hesabına çalışan, kurduğu şirketle esnaf haline gelen, dolayısıyla da işçi olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan esnaf kuryeler, işverenlerin işçi kuryeler çalıştırarak yapacakları işleri, işçi çalıştırmadan ve İş Kanunu'ndan doğan sorumlulukları üstlenmeden yerine getirmelerini mümkün kılmaktadır. Azami çalışma süresi, kıdem tazminatı, fazla çalışma ücreti ve yıllık izin gibi işçi olmaktan kaynaklanan temel hakların doğurduğu "malîyetler" e katlanmak zorunda olmayan şirketler, esnaf kuryeleri herhangi bir sınırlamaya tâbi olmaksızın günün her saati ve haftanın her günü çalıştırabilmektedirler. Kuryeler üzerindeki kontrol mekanizmaları sayesinde onların her hareketlerine yön verebilmekte, işin yapılması esnasında doğabilecek herhangi bir zarardan da esnaf kuryeleri sorumlu tutarak onlardan tazminat talep edebilmektedirler. Bu durum, İş Kanunu'nun -her ne kadar başarılı olmaktan uzak olsa da- çalışma hayatında oluşturmaya çalıştığı dengenin şirketler lehine daha da bozulmasına yol açmaktadır. Zira şirketler bu sayede çok düşük malîyetlerle çok yüksek kârlar elde edebilmekte, buna karşın bu kârları elde etmelerinde büyük pay sahibi olan kuryelerin kârdan adil bir şekilde pay almaları söz konusu olmamaktadır.

3. Sendikasılaştırma Politikaları

Esnaflık kurye modelinin şirketlerce tercih edilmesinin temelinde yatan bir diğer sebep de, çalışanların birbirleriyle iletişimlerini ve birlikte hareket etmelerini sağlayacak vasıtaları mümkün olduğunca sınırlayabilmektir. Sendikal faaliyetin temelinde yer alan; sınıf bilincinin oluşması, sorunların ve taleplerin karşılıklı iletişimle paylaşılması ve ortak bir iradenin açığa çıkarılması uzaklaştırma stratejileri kapsamındaki pek çok

politikada olduğu gibi²⁴ esnaf kurye modelinde de neredeyse imkânsız hale getirilmektedir. Sendikaların örgütlenme stratejilerini bozma ve etkisiz hale getirme amacıyla kullanılan uzaklaştırma stratejileri²⁵, özellikle çalışanların arasındaki iletişimi kesme veya asgari seviyeye indirme konusunda önemli işlev görmektedir.

Esnaf kurye modelinde, her kuryenin kendi işinin sahibi olduğu algısı yerleştirilmeye, dolayısıyla işçilerle özdeşleşen sendika kurma ve sendikal faaliyetler neticesinde hak elde edebilme düşüncesinin ortadan kaldırılmasına çalışılmaktadır. Zira sendikal faaliyetler ve toplu sözleşmeler çerçevesinde, ek maliyetlerle karşılaşan işverenler, bu maliyetlerden kurtulmak amacıyla, sendikalaşma hakkı ve toplu iş sözleşmesi çerçevesinde hak talep etme imkânı da bulunmayan çalışanları istihdam etmeye yönelmektedirler²⁶.

Söz konusu durum, esnaf kurye modeliyle birlikte tekrar gündeme gelmiş olsa da, esasında çalışma hayatının tamamında sendikasızlaştırma stratejilerinin yaygın ve etkili bir şekilde uygulandığı görülmektedir. Öyle ki, bu stratejiler neticesinde pek çok ülkede olduğu gibi, Türkiye’de de sendikalaşma oranlarında ciddi düşüşler yaşanmıştır. Nitekim 2003-2022 yılları Ocak ayları arasındaki dönem dikkate alındığında, Türkiye’deki sendikalaşma oranının %57,98’den 2013 yılı itibarıyla %9,21’e kadar düştüğü, 2022 yılı itibarıyla da %14,32 olarak gerçekleştiği görülmektedir²⁷.

OECD istatistikleri dikkate alındığında aynı dönemde, Türkiye’deki kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların sayısının 1.279 (bin kişi)’ den 2020 yılı itibarıyla 3.223 (bin kişi)’ ye yükseldiği; toplu iş

²⁴ YÜKSEL, Nihat, **Küreselleşme ve Toplu Pazarlıktaki Değişim**, Ankara, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, 1997, s. 23.

²⁵ YORĞUN, Sayım, “Türkiye’de Sendikal Örgütlenmenin Güncel Sorunları ve Alternatif Öneriler”, **İş Güç Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi**, C. 9, S. 2, 2007, s. 52.

²⁶ BİSPINCK, Reinhard/SCHULTEN, Thorsten, **Trade Union Responses to Precarious Employment in Germany**, Düsseldorf, Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut in der Hans-Böckler-Stiftung, WSIDiskussionspapier 178, 2011, s. 14.

²⁷ Bu farkın ortaya çıkmasında sendikasızlaştırma stratejilerinin yanı sıra, 6356 sayılı Kanun ile getirilen yeni hesaplama yönteminin sendika üye sayılarını aslına uygun bir şekilde tespit etmeyi sağlamasının büyük etkisi bulunmaktadır. 6356 sayılı Kanun’dan önceki dönemde sendikaların kendilerini olduklarından daha büyük göstermek amacıyla gerçek olmayan üye sayıları açıkladıkları sendikalar tarafından da kabul edilmektedir. Bkz. DİSK, **Covid-19 Salgını Günlerinde Türkiye’de Sendikalaşmanın Durumu Araştırması**, İstanbul, 2020.

sözleşmesi kapsamında bulunan işçi oranının da %12,6'dan %8,5'e düştüğü tespit edilmektedir.

Sendikaların sağladığı korumadan faydalanmayan ve toplu sözleşme yapma hakkı da bulunmayan esnaf kuryeler, işverenler açısından mükemmel işgücünü oluşturmakta ve bu sebeple de son dönemlerde esnaf kurye olarak istihdam edilenlerin sayısı hızla artmaktadır. Her ne kadar istihdam oranları bakımından olumlu bir gelişme gibi görülebilirse de, güvencesiz istihdamın yaygınlaşmasına vesile olması, çalışma hayatındaki dengenin kaybolmasına ve en son aşamada sosyal huzursuzluklara yol açması sebebiyle, esnaf kuryelerin sosyal korumayı elde etmelerine imkân sağlayan sendikalaşma haklarının ayrıntılı bir şekilde ele alınması elzemdir.

II. SENDİKALAŞMA HAKLARI VE BUNA ETKİ EDEN FAKTÖRLER

A. Adi şirket veya Taşımacılık Sözleşmesiyle Çalışanların Sendikaya Üye Olma Hakkı

Türk Hukuku'nda sendika kurma hakkı kural olarak işçiler ve işverenlere tanınmış bir haktır. Bununla birlikte kanun koyucu, STİSK m. 2/4 uyarınca, taşıma, eser, vekâlet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmesine göre bağımsız olarak meslekî faaliyet yürüten kişilerin de sendika kurabileceklerini düzenlemiştir. Zira madde metninde bu kişilerin iş sözleşmesi dışında, ücret karşılığında çalışıyor olmaları halinde, STİSK kapsamında işçi sayıldıkları belirtilmiştir.

Durum, esnaf kuryeler bakımından ele alındığında, yukarıda da ifade edildiği üzere, esnaf kuryeler her ne kadar adi şirket ortağı ve kendi hesabına bağımsız çalışan olarak nitelendirilse dahi, kanun gereği işçi sayıldıklarından, sendikalara üye olmaları mümkündür. Aynı durum, kuryelik ilişkisinin taşıma sözleşmesi kapsamında kurulmuş olmasında da geçerlidir. Dolayısıyla, esnaf kuryelerin sendika üyesi olmalarının önünde yasal olarak herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bununla birlikte, yasal düzenlemelerin yeterince iyi bilinmemesinden ve esnaf kurye modeli gibi bağımlı serbest çalışma biçimlerinin Türkiye'de yeni yeni yaygınlaşmaya başlamasından dolayı, bu tür çalışanların sendikalara üye olamayacakları şeklinde bir takım eksik bilgilerin mevcut olduğu görülmektedir²⁸.

²⁸ TÜMTİS, "TÜRK-İŞ: 'ESNAF KURYE' MODELİ EN GÜVENCESİZ ÇALIŞMA BİÇİMİDİR", <https://www.turkis.org.tr/turk-is-70-yildir-iscilerin-sesi-guvencesi-ve-umududur/>, (Erişim Tarihi: 29.04.2022).; KIDAK, s. 88.

Bağımlı serbest çalışmanın giderek yaygınlaşması ve bağımlı serbest çalışanların çalışma şartlarının daha da ağırlaşması neticesinde, sendikal korumaya duydukları ihtiyacı daha da gün yüzüne çıkartmıştır. Bu sebeple, yasal hakların iyi bilinmesi ve çalışanların da bilgilendirilmesi özellikle sendikalara düşen önemli bir görevdir.

B. İşkolunun Tespitinde Yaşanan Sorunlar

İşkolunun tespiti; işçilerin veya çalışanların hangi sendikaya üye olabileceklerinin ve toplu iş sözleşmesi akdetmeye hangi sendikanın veya sendikaların yetkili olabileceğinin belirlenmesinde büyük önem taşımaktadır. Zira bir işçi, yalnızca çalıştığı işyerinin faaliyet gösterdiği işkolunda kurulu bir sendikaya üye olabilecektir²⁹. Aynı şekilde, STİSK m. 41 gereğince, bir sendikanın toplu iş sözleşmesi akdedebilmesi için, kurulu bulunduğu işkolundaki işçilerin en az yüzde birini üye olarak bünyesinde barındırıyor olması şart koşulmuştur. Bu sebeple, sendikanın hangi işkolunda yer aldığı, üye sayısının tespitinde ve dolayısıyla toplu iş sözleşmesi yapabilmesinde, dikkate alınan en temel hususlardandır. Esnaf kuryeler de STİSK kapsamında işçi olarak değerlendirildiklerinden, hangi işkolunda yer aldıklarının doğru bir şekilde tespit edilmesi gerekmektedir.

Uygulamada kuryelerin istihdam edilme şekillerinin doğurduğu işkollarını tespit etmede yaşanan bir takım sorunların bulunduğu görülmektedir. Her ne kadar çalışmanın konusunu esnaf kuryeler oluştursa da, hâlihâzırda faaliyet gösteren kuryelerin tamamının esnaf kurye olduğunu iddia etmek mümkün değildir. Esnaf kurye modeli yanında, işçi olarak istihdam edilen kuryeler de mevcuttur. İşkollarının tespiti bakımından her iki grup STİSK'nın farklı hükümlerine tâbidirler.

İşçi olarak istihdam edilen kuryelerin girdikleri işkolu, işverenlerinin, yani kendisi için çalıştıkları platform işyerinin bulunduğu işkolu dikkate alınarak belirlenmektedir. İşçi kuryelerin yaptıkları iş, çoğunlukla asıl işi değil, yardımcı işi oluşturmaktadır. Örneğin Türkiye'de yaygın kullanılan platformların yaptıkları asıl iş, ürünlerin alım-satımı iken, ürünlerin müşterilere teslimi, asıl işe yardımcı işleri oluşturmaktadır.

²⁹ SÜMER, Haluk Hadi, **İş Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 26. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 211. Elbette ki bu durum, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler açısından geçerlidir. Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler, farklı işkollarına giren işyerlerinde çalışmaları halinde farklı işkollarındaki sendikalara üye olabilecektir. Ancak bu durumda da yine temel kıstas, çalışılan işyerlerinin girdikleri işkolları olacaktır. Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışılsa dahi, işyerinin bulunduğu işkolundan farklı bir işkolundaki sendikaya üye olmak mümkün değildir. (STİSK m. 17/3).

STİSK m. 4/2 hükmü gereğince de bir işyerinde yürütülen yardımcı işler, asıl işin girdiği işkoluna dâhil edilmektedir. Buna göre, her ne kadar kuryelerin yapmış oldukları faaliyet ürünlerin alım-satımı olmasa da, kuryeler işçi olarak ve yardımcı işte istihdam edildikleri için söz konusu platformların yer aldıkları işkolunda faaliyet gösterdikleri kabul edilmektedir. Bu durum, kuryelerin taşımacılık işkolundaki herhangi bir sendikaya üye olmalarının ve dolayısıyla da taşımacılık işkolundaki sendikaların söz konusu platform işyerlerinde örgütlenmesinin önüne geçmekte, toplu iş sözleşmesi yapılmasını imkânsız hale getirmektedir. Nitekim yakın zamanda yaşanan bir örnekte de görüldüğü üzere işverenler, hukuki imkânlarını sendikalaşmanın önüne geçebilmek için sıklıkla kullanmaktadırlar³⁰. Dolayısıyla, genel olarak taşımacılık sektöründe yaşanan sorunlarla ve bu sektörde çalışanların talepleriyle daha yakından ilgili olan taşımacılık sektöründe kurulu sendikaların kuryelerin haklarını savunabilmesi söz konusu olamamaktadır. Buna karşın, işçi kuryelerin, esnaf kuryelerin sahip olmadıkları bir hakkı mevcuttur. Bu da, toplu iş sözleşmesi akdedebilme hakkıdır. Her ne kadar taşımacılık sektöründeki herhangi bir sendikaya üye olamasalar dahi, platform işyerinin dâhil olduğu işkolunda örgütlenerek, toplu sözleşme yoluyla ve yeri geldiğinde grev imkânını dahi kullanarak taleplerini elde etmeleri -en azından teorik olarak- mümkündür. Esnaf kuryeler bakımından ise böyle bir imkân bulunmamaktadır.

Esnaf kuryeler, her ne kadar STİSK m. 2 hükmüne göre işçi olarak nitelendirilseler de, iş sözleşmesi kapsamında istihdam edilmemektedirler. Dolayısıyla kendilerini istihdam eden kişi (platform) ile aralarında kurulan sözleşme (eser, vekâlet, adi şirket, taşıma) gereği yaptıkları işi, sözleşmenin karşı tarafı olan platformun işyerinde değil, kendi işyerlerinde (bu örnekte motosiklet üzerinde) yapmaktadırlar. Kuryelerin çalışma biçimlerine bakıldığında, platformun işyerine yalnızca eseri veya malı teslim almak için kısa sürelerle uğradıkları görülmektedir³¹. Bu çalışma biçiminde, esnaf kuryelerin faaliyet gösterdikleri işkolunun

³⁰ Independent Türkçe, "Kurye eylemlerinde sıra Yemeksepeti çalışanlarında: "İşçi sömürerek elde ettiğiniz kârlılıkla övüneceğinize hakkımızı verin", (Erişim Tarihi: 29.04.2022).

³¹ Ancak son zamanlarda bu durum da giderek ortadan kalkmakta, platformların kendi depoları dışında mevcut market zincirleriyle anlaşarak kuryelerin bu marketlerden ürünleri teslim almasını sağladıkları, böylece kuryelerin kendileriyle (platformlarla) olan bağlarını -görünürde- iyice koparmaya çalıştıkları müşahede edilmektedir.

belirlenmesinde kendisi için çalıştıkları platformların işyerlerinin dikkate alınması gibi bir zorunluluk ortaya çıkmamaktadır. Esnaf kuryelerin işkolu, platformların işyerlerinden bağımsız olarak yukarıda da ifade edildiği üzere, İşkolları Yönetmeliği uyarınca. 53.20 sınıf koduyla “diğer posta ve kurye faaliyetleri kapsamında”, “taşımacılık” işkolu olarak belirlenmektedir. Bu bakımdan, esnaf kuryelerin işkolunun belirlenmesinde herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Esnaf kuryeler, taşımacılık işkolundaki sendikalara üye olabilir, bu işkolunda sendika kurabilirler. Esnaf kuryeler bakımından temel sorun sendikalaşma değil, toplu iş sözleşmesi akdetme hakkına sahip olmamalarıdır.

C. Sektördeki Sendikalaşma Eğilimi

İşkolları Yönetmeliği’nde taşımacılık işkolunun kapsamı, yürürlükten kaldırılan İşkolları Tüzüğü’nden farklılaştırılmış; kara, hava ve demiryolu taşımacılığı mevcut taşımacılık işkolunun kapsamına dâhil edilmiştir. Deniz taşımacılığı, taşımacılık işkolunun dışında tutulmuş, 16 numaralı “Gemi Yapımı ve Deniz Taşımacılığı, Ardiye ve Antrepoculuk” işkoluna konulmuştur. Bu sebeple, sendikalaşma oranları ele alınırken 16 numaralı işkolunun istatistikleri dikkate alınmamıştır.

Taşımacılık işkolundaki sendikalaşma oranlarında, diğer işkollarında olduğu gibi, son 19 yıllık süreçte önemli düşüş yaşanmıştır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı istatistiklerine göre, 2003 Ocak ayı itibarıyla %36,90 olan kara, hava ve demiryolu taşımacılığı işkollarındaki sendikali işçi sayısının toplam işçiler içerisindeki oranının; 2022 Ocak ayı itibarıyla %9,26’ya düştüğü anlaşılmaktadır³².

Tablo 1: 2022 Ocak ayı itibarıyla Taşımacılık İşkolunda Yer Alan Sendikalar, Üye Sayıları ve İşkolundaki İşçiler İçerisindeki Oran

Sendikanın Adı	Üye sayısı	Üye Sayısının İşkolundaki İşçiler İçerisindeki Oranı
Demiryol-İş	26.502	2,94
Hava-İş	22.872	2,54
TÜMTİS	13.629	1,52

³² RG, Tarih: 28.01.2022, Sayı: 31733

Nakliyat-İş	5.358	0,60
Karsan-İş	1.780	0,20
Öz Taşıma-İş	12.043	1,34
Tüm Taşıma-İş	45	0,01
Hava-Sen	1.086	0,13
Lojistik-İş	88	0,01
PTT Kargo-Sen	48	0,01
Tur-Sey İş	31	0,01
Kataş-Sen	181	0,03
TES	9	0,01

Kaynak: Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İşkollarındaki İşçi Sayıları ve Sendikaların Üye Sayılarına İlişkin 2022 Ocak Ayı İstatistikleri

İstatistiklere bakıldığında, toplu iş sözleşmesi yapabilmek için gerekli olan işkolu barajını onüç sendika içerisinde yalnızca dört sendikanın geçtiği görülmektedir. Bu dört sendika içerisinde yer alan TÜMTİS (Motorlu kurye, kargo, posta, şoför, hava yolları ve tüm taşıma işçileri sendikası), kuryelerin sendikal talepleriyle yoğun bir şekilde ilgilenmektedir. TÜMTİS'e kayıtlı işçi sayısı, Bakanlık istatistiklerine göre, 2022 Ocak ayında 13.629 olarak gerçekleşmiştir. Bu oranla sendika işkolu bakımından toplu iş sözleşmesi yapma yeterliğini sağlamaktaysa da, motokuryelerin sayısı dikkate alındığında sendikanın halen daha çok küçük bir kesimin temsilciliğini üstlenebildiğini ifade etmek yanlış olmayacaktır³³. Bu durumun ortaya çıkmasında, sendikalaşmayı engelleyen veya zorlaştıran pek çok diğer etken yanında, esnaf kurye modelinin veya daha geniş ifadesiyle, "kendi hesabına" ve "bağımsız" çalışan kuryelerin sendikalaşmaya ilişkin yeterli bilgiye sahip olmamalarının etkili olduğu kanısındayız.

³³ Motokuryelik mesleğini icra edenlerin sayısı 2020 yılı itibarıyla 982.000 olarak tespit edilmiştir. TRT Haber, "Yollardaki tehlikeli meslek: Motokurye", 15.02.2022, s. 1, <https://www.trthaber.com/haber/yasam/yollardaki-tehlikeli-meslek-motokurye-461013.html>, (Erişim Tarihi: 05.05.2022).

D. Kendi Hesabına Çalışan (Esnaf) Kurye Modelinin Sendikalaşmaya Etkileri

Esnaf kurye modeli, işçiden daha yoğun bir şekilde çalıştırılabilen, buna karşın işçilerin sahip oldukları hak ve güvencelerden yararlanamayan bir çalışan sınıfı oluşturma düşüncesinin taşımacılık işkolunda vücut bulmuş hallerinden biridir. Bu sebeple, daha en başından esnaf kurye modelinin sendikalaşmaya olumlu anlamda bir etkisinin olduğundan bahsedilemeyeceğini belirtmek gerekir. Esnaf kuryelerin çalışma şartları incelendiğinde, bu tespiti destekleyen bulgular kolaylıkla elde edilebilmektedir.

Esnaf kuryeler, kendilerinden talep edilen işi, platforma ait bir işyerinde de ifa etmemektedirler. Zira kuryeler, işlerinin doğası gereği tek bir yerde durmayıp sürekli hareket etmek zorundadırlar. Teknolojinin de sağladığı imkânlarla, platforma ait işyerine uğramaya gerek kalmadan teslimat ile ilgili bilgiler kolaylıkla kuryeye iletilebilmekte, kurye de anlaşmalı bir zincir marketten talep edilen ürünleri alarak müşterilere ulaştırabilmektedirler. Dolayısıyla, kuryenin işverenle olan teması, platform tarafından kurulan bilgisayar veya akıllı telefon uygulaması üzerinden kendisine verilen talimatla sınırlı kalmaktadır. Bu durum, çalışanların bir araya gelmelerini engellemekte, “iletişime geçme, sorunları paylaşabilme” imkânlarını oldukça düşük bir seviyeye indirmekte, sendikalaşmanın en temel unsuru olan örgüt kültürünün, yani ortak sorunlara muhatap olduğunun bilincinde olan ve bunu iletişim yoluyla birbiriyle paylaşabilen bir topluluk oluşmasının önüne geçmektedir³⁴. Birbiriyle iletişime geçmek bir yana, çoğu halde birbirini dahi tanımayan çalışanların elbette ki sendikalaşmalarından da bahsedilemeyecektir.

Esnaf kuryeler, günün her saati ve haftanın yedi günü çalışabilir durumdadırlar. Zira platformlar, esnaf kuryelerden herhangi bir saat aralığına veya önceden belirlenmiş saatlere bağlı kalmaksızın iş talep edebilmekte, bu taleplere karşılık verilmediğinde çeşitli yaptırımlar uygulayabilmektedirler³⁵. Geçimini sağlamak için platformdan aldığı işe bağımlı olan esnaf kuryelerin söz konusu yaptırımlara maruz kalmamak gayesiyle platformlardan gelen talepleri çoğunlukla reddedememektedirler.

³⁴ LAZAR, Tamar/ RİBAK, Rivka & DAVIDSON, Roei, “Mobile Social Media as Platforms in Workers’ Unionization”, *Information, Communication & Society*, C. 23, S. 3, 2020, s. 437.; DURĞUN, Serpil, “Örgüt Kültürü ve Örgütsel İletişim”, *Yüzüncü Yıl Üniversitesi, Eğitim Fakültesi Dergisi*. C. 3, S. 2, 2006, s. 119-120.

³⁵ NETTO/NEVİNA, s. 65.

Böylesi bir durumda, esnaf kuryeler haliyle sendikal faaliyetlere vakit ayıramamaktadırlar.

Son olarak da, esnaf kuryelik modelinin kuryelerde oluşturduğu algıdan bahsetmek gerekmektedir. Kendi işinin sahibi, herhangi bir kimse-den bağımsız olduğu ve istediği zaman istediği işi yapabileceği algısı (yanılgısı) esnaf kuryelerin ortak bir dil ve hareket oluşturmalarının önündeki en büyük engellerden birini oluşturmaktadır. Sendikalaşmaya karşı özellikle Türkiye’de hâlihazırda mevcut olan önyargılar da eklendiğinde, kuryelerin sendikalaşmak bir yana, sendikalaşmanın getireceği katkıları dahi incelemeye yanaşmadıkları, öğrenmeye çalışmadıkları görülmektedir³⁶.

SONUÇ

Çalışanların korunması ile kârlılığı arttırma, birbiriyle eşgüdüm içerisinde işlemesi gereken kavramlar olması halinde toplumsal barışın sağlanmasında önemli katkılar sunmaktadır. Çalışanlarının refahını ve çalışma ortamlarından/şartlarından memnuniyet düzeylerini arttırmakla ilgilenen kurumların verimlilik düzeylerini arttırdıkları da pek çok uygulamayla ispat edilmiştir. Durum böyleyken, tüm işverenlerin yönetim biçimlerini çalışanı ön planda tutan bir anlayışla kurgulayacakları ya da kurgulamaları gerektiği mantıklı bir çıkarım olacaktır. Buna karşın, kısa vadeli planlama, rekabetin yoğunluğu ve acımasızlığı gibi pek çok etken, işverenlerin uzun vadede çıkar sağlayacakları bir model kurgulamak yerine, kısa dönemde en yüksek faydayı temin edecek modeller geliştirmelerine sebep olmaktadır. Esnaf kurye modeli, bu anlayışın şu ana kadar ortaya çıkan pek çok tezahür biçimlerinden yalnızca bir tanesidir.

Bağımlılık unsurunun aşındırılması amacıyla ortaya çıkartılan tüm çalışma şekillerinde ortak özellik, çalışanların iş hukukundan ve sendikal haklarını kullanmaktan geri bırakılmalarına sebep olacak modeller üzerine kurgulanmış olmalarıdır. Esasında teorik açıdan bunun önünde bir engel olmasa dahi, çalışanların kendi işlerinin sahibi oldukları yönünde oluşturulan algı, kişilerin daha en başında iş hukuku kapsamında sahip oldukları hakları bilmemelerine sebep olmaktadır. Esnaf kuryelerin ya da literatürdeki ifadesiyle kendi hesabına çalışanların sendikalaşamayacakları yönündeki algı ve bunun kuryeler özelindeki ortaya çıkan şekli, bu durumun en güncel örneğidir. Bu tür bilgi eksiklikleri, sorunun doğru bir

³⁶ KIDAK, s. 45.

şekilde algılanmasının ve yerinde çözümler geliştirilmesinin de önüne geçmektedir.

Kuryeler örneğinde, esas sorun sendikalaşma hakkının olmaması değildir. Kuryelerin en temel sorunları, hukuki statülerinin doğru belirlenmemesi, ikincil sorunları da sahip oldukları sendikalaşma hakkının toplu sözleşme yapma hakkından mahrum bırakılmış olmasıdır. Hukuki statülerinin doğru belirlenmesi halinde kuryeler, iş hukukundan kaynaklanan tüm haklarını kullanabileceklerinden, mevcut sorunları kendiliğinden çözülecektir. Bu yol tercih edilmeyip de toplu sözleşme hakkının elde edilmesi yönünde girişimlerde bulunulması, mevzuatın bu şekilde yeniden düzenlenmesi yönünde çaba gösterilmesi ve sonuç alınması halinde de, toplu sözleşmelere konulacak hükümlerle kuryelerin söz konusu sorunlarının çözülmesi yine mümkün olacaktır.

Tüm bu çözümlerin yanı sıra, henüz Türkiye’de literatüre ya da mevzuata girmeye muvaffak olamamış, fakat özellikle ABD ve İngiltere ve Almanya gibi Avrupa ülkelerinde uzun yıllardan beri iş hukuku ve endüstri ilişkileri alanlarındaki tartışmaların temel konuları arasında yer alan “işçi benzeri” kavramının da Türk iş hukuku literatürüne dâhil edilmesi kanımca büyük katkılar sağlayacaktır.

Yurtdışındaki akademik çalışmalarda “işçi benzeri” olarak nitelenen; görünürde bağımsız olmakla birlikte, bağımlılık unsuru açısından bir değerlendirmeye tâbi tutulduğunda ekonomik ve organizasyonel bakımdan tek bir firmaya, tüzel kişiye bağımlı olduğu tespit edilen çalışanlar, bağımlı oldukları firmalara veya tüzel kişilere karşı, aralarındaki hukuki ilişkinin kurulmasını sağlayan sözleşmenin hükümleri (eser, nakliye, vekâlet, adi ortaklık vb.) haricinde bir takım başka hakları da kullanabilmekte, ileri sürebilmektedirler. Söz konusu hakların en temelinde, toplu sözleşme akdetme hakkı yer almaktadır. Örneğin Almanya’da, “işçi benzeri” statüsünde yer alan çalışanlar; ücret, izin, sosyal yardımlar gibi hususları hüküm altına alabilecekleri gibi, sözleşmenin asgari süresini de toplu sözleşmeler kapsamında belirleme hakkına sahiptirler.

İşçi benzeri statüsü; işçi (bağımlı çalışan) ve bağımsız çalışan statüleri arasında yer alan, henüz tam olarak dünyanın herhangi bir ülkesinde kesin bir çerçeveye oturtulamamış, fakat mevcut sorunun hakkaniyete uygun bir şekilde çözülebilmesi açısından en uygun altyapıyı sağlama potansiyeline sahip kavramdır. İşçi benzeri kavramı, şu ana kadar ülkemizde hukuki tartışmalarda ne yazık ki yeterince gündeme gelmemiştir. Oysaki çalışma şekillerinin her geçen gün değiştiği ve bu değişimin

maddi açıdan güçlü tarafı oluşturan işverenlerce kendi çıkarlarına olacak şekilde kullanıldığı bir ortamda, esnaf kuryelerin yaşadıkları sorunların da çözümüne önemli katkılar sunma potansiyeli olan “işçi benzeri” kavramının, yurtdışında kavram üzerine oluşturulan külliyatın da dikkate alınarak Türkiye’de de gündeme gelmesi kaçınılmaz gibi görünmektedir.

KAYNAKÇA

- AKBAŞ**, Sezgi, **Kendi Hesabına Çalışanların Sosyal Güvenliği: Kapsam, Finansman ve Edimler Açısından Sorunlar ve Bir Model Önerisi**, Ankara, Türk Metal Sendikası Araştırma ve Eğitim Merkezi Yayınları, 2022.
- AKYİĞİT**, Ercan, **İş Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- APPEL**, Sam; **ZABİN**, Karol, **Truck Driver Misclassification; Climate, Labor and Environmental Justice Impacts**, Center for Labor Research and Education, University of California, Berkeley, 2019.
- BİSPİNCK**, Reinhard; **SCHULTEN**, Thorsten, **Trade Union Responses to Precarious Employment in Germany**, Düsseldorf, Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut in der Hans-Böckler-Stiftung, WSI Diskussionspapier 178, 2011.
- DAVIDOV**, Guy, "Who is a Worker", **Industrial Law Journal**, C. 34, S. 1, 2005, s. 57-71.
- DEAKİN**, Simon, "Interpreting Employment Contracts: Judges, Employers, Workers" **The International Journal of Labour Law and Industrial Relations**, C. 20, S. 2, 2004, s. 201-226.
- DİSK**, **Covid-19 Salgını Günlerinde Türkiye'de Sendikalaşmanın Durumu Araştırması**, İstanbul, 2020.
- DURĞUN**, Serpil, "Örgüt Kültürü ve Örgütsel İletişim", **Yüzüncü Yıl Üniversitesi, Eğitim Fakültesi Dergisi..** C. 3, S. 2, 2006, s. 112-132.
- ELMACIOĞLU**, Lale, "Kurye eylemlerinde sıra Yemeksepeti çalışanlarında: "İşçi sömürerek elde ettiğiniz kârlılıkla övüneceğinize hakkımızı verin", **Independent Türkçe**, <https://www.indy-turk.com/node/466901/haber>, (Erişim Tarihi: 29.04.2022).
- EROL**, Abdullah, **Hukuki ve Sosyal Boyutlarıyla İşçi Benzeri Çalışan Kavramı**, Ankara, Gazi Kitabevi, 2021.
- EY-Parthenon & TAMPF COVID-19 Yönetici Anketi, Temmuz, 2020.
- HAMSİCİ**, Mahmut, "Kuryelerin Eylemleri Neden Yurt Geneline Yayıldı?", **BBC News Türkçe**, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-60235440>, (Erişim Tarihi: 12.04.2022).
- HYDE**, Alan, "Employment Law After The Death of Employment", **U. PA. JOURNAL OF LABOR AND EMPLOYMENT LAW**, C. 1, S. 1., 1997-1998, s. 99- 115.

- KAYAR**, İsmail, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku**, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, Seçkin, 2018.
- KIDAK**, Erkan, **Kargo Taşımacılığında Kendi Hesabına Çalışma Aldatmacası Esnaf Kurye Modeli**, TUMTİS Yayınları, İstanbul, 2021.
- LAZAR**, Tamar; **RİBAK** Rivka & **DAVIDSON**, Roesi "Mobile Social Media as Platforms in Workers' Unionization", **Information, Communication & Society**, C. 23, S. 3, 2020, s. 437-453.
- MOLLAMAHMUTOĞLU**, Hamdi; **ASTARLI**, Muhittin & **BAYSAL**, Ulaş, **Bireysel İş Hukuku**, Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara, Lykeion Yayınları, 2014.
- MURRAY**, Thomas M., "'Independent Contractor or Employee?' Mispliced Reliance on Actual Control Has Disenfranchised Artistic Workers under the National Labor Relations Act", **Cardozo Arts & Ent. Law Journal**, C. 16, 1998, s. 303-339.
- NETTO**, Camilo; **REVİNA**, Daria, **Precarious Working Conditions in Gig Organisations: Saving Money or Losing Value?**, Linköping University, Linköping, 2021.
- ROSİORU**, Felicia, "Legal Acknowledgement Of The Category Of Economically Dependent Workers", **European Labour Law Journal**, C. 5, S. 3-4, 2014, s. 279-305.
- SAYMEN**, Ferit Hakkı, **Türk İş Hukuku**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1954.
- SÜMER**, Haluk Hadi, **İş Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 26. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- TDK**, Güncel Türkçe Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 13.04.2022).
- TERZİOĞLU**, Ahmet, "Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Bakımından İşçi Sendikası Üyeliğinin Kazanılması ve Kaybedilmesi", **İktisadi İdari ve Siyasal Araştırmalar Dergisi**, C. 2, S. 4, 2017, s. 84-96.
- TRT Haber**, "Yollardaki tehlikeli meslek: Motokurye", <https://www.trthaber.com/haber/yasam/yollardaki-tehlikeli-meslek-motokurye-461013.html>, (Erişim Tarihi: 05.05.2022).
- TÜMTİS**, "TÜRK-İŞ: 'ESNAF KURYE' MODELİ EN GÜVENCESİZ ÇALIŞMA BİÇİMİDİR", <https://www.turkis.org.tr/turk-is-70-yildir>

iscilerin-sesi-guvencesi-ve-umududur/, (Erişim Tarihi: 29.04.2022).

TÜRKİYE İŞ KURUMU, Türk Meslekler Sözlüğü, , (Erişim Tarihi: 28.04.2022).

YORĞUN, Sayım, “Türkiye’de Sendikal Örgütlenmenin Güncel Sorunları ve Alternatif Öneriler”, **İş Güç Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi**, C. 9, S. 2, 2007, s. 49-78.

YÜKSEL, Nihat, **Küreselleşme ve Toplu Pazarlıktaki Değişim**, Ankara, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, 1997.



İNSAN HAKLARININ KORUNMASINDA İDARİ YARGININ ROLÜ

Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM – Doç. Dr. Hüseyin BİLGİN-

Dr. Öğr. Üyesi Ayşegül Çoban Atik*

Öz

İnsan hakları insanların insan olmasından kaynaklı haklarıdır. Bu hakların korunması da devletlerin en önemli görevidir. Devletin bu görevini yerine getirmesinin denetimi sadece iç hukuk yoluyla olmamaktadır. Aynı zamanda uluslararası sözleşme hükümleri ile de insan haklarının korunması sağlanmaya çalışılmaktadır.

* Ramazan YILDIRIM, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdari Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, Konya, Türkiye | Prof., Selçuk University Faculty of Law, Head of Administrative Law Department, Konya, Türkiye. ✉yildirimramazan@hotmail.com • ORCID: 0009-0003-4062-9057.

Hüseyin BİLGİN, Konya Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Daire Üyesi, Konya, Türkiye | Konya Regional Administrative Court, Member of the 5th Administrative Case Division, Konya, Türkiye. ✉huseyinbilgin22@hotmail.com • ORCID: 0000-0003-1887-792X.

Ayşegül Çoban ATİK, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdari Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğretim Üyesi Konya, Türkiye | Asst. Prof., Selçuk University Faculty of Law, Department of Administrative Law, Konya, Turkey.

✉ aysegulcoban2005@hotmail.com • ORCID: 0000-0002-3849-3504.

- ✎ **Atf Şekli** | Cite As: Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM – Doç. Dr. Hüseyin BİLGİN-
✎ Dr. Öğr. Üyesi Ayşegül Çoban Atik “İnsan Haklarının Korunmasında İdari Yargının Rolü”, SÜHFD, C. 31, S. 3, 2023, s. 1109-1135.
- ✎ **İntihal** | **Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.
- ✎ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



Devletlerin insan haklarını ihlalleri, iki şekilde gerçekleşmektedir. Bunlar yatay insan hakları ihlali ve dikey insan hakları ihlalleridir. İdari yargı yerleri de insan hakları ihlaline neden olan yargılamalar yapabilmektedir. Ülkemizden AİHM önüne giden dosya sayısına bakıldığında insan hakları ihlallerinde idari yargı yerlerinin de önemli bir yeri olduğu görülmektedir.

Makalede, öncelikle insan hakları kavramına ve ihlallere genel bir bakışa ve insan haklarının ihlal biçimlerine yer verilmiştir. Sonrasında idari yargı yerlerince ihlal edilen ve AİHM önüne gelmiş olan insan hakları konusuna değinilmiştir. İdari yargı yerlerince insan hakları ihlallerine neden olunmasının sebeplerine yer verdikten sonra idari yargı hakimlerinin insan hakları ihlaline neden olmaması için taşıması gereken özelliklere bentler halinde ifade edilmiştir.

Anahtar Kelimeler

İnsan Hakları •İdari Yargı •İdari Yargı Hakimi •Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi •Bireysel Başvuru

THE ROLE OF ADMINISTRATIVE JURISDICTION IN THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS

Abstract

Human rights are the rights of people because they are human. The protection of these rights is the most important duty of the states. The control of the state's fulfillment of this duty is not only through domestic law. At the same time, it is tried to protect human rights with the provisions of international conventions.

Violations of human rights by states occur in two ways. These are horizontal human rights violations and vertical human rights violations. Administrative courts can also make judgments that cause human rights violations. Considering the number of files brought before the ECtHR from our country, it is seen that administrative courts have an important place in human rights violations.

In the article, first of all, the concept of human rights and an overview of the violations and the forms of violations of human rights are given. Afterwards, the issue of human rights, which were violated by the administrative courts and brought before the ECtHR, was mentioned. After giving place to the reasons for causing human rights violations by the administrative courts, the characteristics that the administrative judges should have in order not to cause human rights violations are expressed in paragraphs.

Keywords

Human Rights •Administrative Jurisdiction •Administrative Court Judge •European Court of Human Rights •Individual Application

GİRİŞ

İnsan hakları kişilerin insan olmasından kaynaklı en temel hakları olup gerek ulusal mevzuat hükümleri gerekse uluslararası mevzuat hükümleri ile koruma altına alınmıştır. Özellikle insan haklarının korunması noktasında Anayasanın 90. maddesinde 2004 yılında yapılan değişiklik sonrasında uluslararası sözleşme kuralları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) hükümleri ve anılan sözleşme hükümlerinin uygulanmasına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları iç hukuk yolunda doğrudan uygulanabilir hale gelmiştir. Buna bağlı olarak da iç hukuk uygulayıcıları tarafından anılan sözleşme hükümleri ve AİHM kararları önem kazanmaya başlamıştır. AİHS hükümleri ve AİHM içtihatlarının iç hukuk uygulayıcıları tarafından dikkate alınmaması halinde ise ülkemizin aleyhine yapılacak olan başvurularda ihlal kararı verilmesine neden olunacaktır. Bu durum ise ülkenin insan hakları karnesi bakımından olumsuz bir husus oluşturacaktır. Dolayısıyla insan haklarının korunmasında iç hukuktaki uygulayıcılar olan hakim ve savcıların büyük önemi ortaya çıkmaktadır.

İste tam da bu noktada çalışmamızın konusunun insan haklarının korunmasında idari yargı yerlerinin rolü oluşturmaktadır. Çalışmamız iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde insan haklarına ve ihlallerine genel bakış ve insan haklarının ihlal biçimleri anlatılacaktır. İkinci bölümde ise idari yargı yerlerince ihlal edilen insan hakları, insan hakkı ihlallerinin önlenmesinde idari yargının önemi, idari yargı hakimlerinin atamaları ile ilgili genel problemler, ve AİHM'e taşınan idari yargı kararlarının incelenmesi sonucunda idari yargıda görev alan hakimlerde olması gereken nitelikler üzerinde durulacaktır.

I. İNSAN HAKLARI VE İHLALLERİNE GENEL BAKIŞ

17. ve 18. yüzyıl filozoflarına göre, özellikle de Hobbes, Locke, Rousseau'ya göre devletin varlık nedeni korku ve kargaşa ortamından çıkıp güven ortamında yaşamak¹ olarak kabul edilse de günümüzde devletin varlık nedeni, insanların güvenli bir ortamda yaşama ve

¹ KILIÇ, Yavuz, "Hobbes, Locke ve Rousseau'da 'Doğa Durumu' Düşüncesi", <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/219966>, E.T. 07.08.2021.

mülkiyet haklarına ek olarak, hukuka bağlı biçimde diğer hak ve özgürlüklerin de güven içinde kullanılmasını sağlamaktır.

Devletin diğer görev ve sorumluluklarının yanında insan hak ve özgürlüklerini güvence altına alıp korumak için yüklendiği üç temel işlevi vardır. Bunlar; yasama işlevi, yürütme işlevi ve yargı işlevidir.

Yasama işlevinin temeli, adalet anlayışına, Anayasaya ve devletin milletlerarası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerine uygun yasalar çıkarmasıdır.

Yürütme işlevinin temeli, devletin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar ve Yasama organının çıkardığı yasalar ile kendisinin Anayasaya, uluslararası antlaşmalara ve yasalara uygun olarak çıkardığı ikincil düzenlemelere uygun birel işlemler ve eylemler yapmaktır. Ancak bunları yaparken hukuk devletinin yürütme organı olduğu için adalet anlayışına uygun davranması gerekir.

Yargı işlevinin temeli ise, kişiler arasındaki anlaşmazlıkların, tarafsız ve yansız olarak çözülmesi ile kural ihlallerinin yaptırımlarının yine yansız ve tarafsız olarak ölçülü biçimde kararlaştırılmasıdır.

Yasama işlevi kullanılarak, kişiye özel insan hak ve özgürlüklerinin ihlal edilme olasılığı hemen hemen hiç yoktur. Çünkü yasama işlevi gereğince çıkarılan hukuki düzenlemeler, kişiye özel olmayan, genel geçerli hukuk kuralları içeren maddi kanunlardır. Yasama organı, zaman zaman istisna olarak şekli kanunlar da çıkarabilir. Ancak bu çıkardığı şekli kanunlardan doğrudan doğruya kişiye yönelik olanlardan bazıları, o kişinin özel olarak başta yaşama hakkı olmak üzere bazı haklarını ihlal edebilir. Örneğin geçmişte çıkarılan idam cezalarının onanması kanunları böyle olabilir. Onların temelinde de yargı organları tarafından, adil yargılanma hakkının ihlali sonucu verilen yargı kararları vardır.

Bireylerin yargı organları önünde insan haklarının ihlaline maruz kalmaları kişi bazında değerlendirdiğimizde çok sık rastlanan bir durum değildir. Bir başka deyişle, insanlar her gün mahkemelere gidip gelmezler. Dolayısıyla, bireylerle devletin yargı işlevini yerine getiren organ ve görevlileri ya da devletin yargı işlevinin kullanılmasıyla dikey

insan hakkı ihlal edilmesi nitelik açısından ağır olmasına rağmen, nicelik açısından (sayısal açıdan) azdır.

Devlet işlevleri içinde insan hak ve özgürlükleriyle en fazla temas içinde olanı, yürütme işlevinin bir uzantısı olan idare işlevidir. Çünkü doğduğumuz andan öldüğümüz âna kadar idare işleviyle günün her saatinde karşılaşabiliriz. Bu nedenle insan hakları ihlalleri sayı itibariyle en fazla idare işlevinin yerine getirilmesi esnasında ortaya çıkmaktadırlar. Bu durumu, idari yargı yerlerinden verilen kararlar nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne taşınan uyuşmazlık sayısından kolaylıkla anlayabiliriz. Bizim tespitlerimize göre idare işlevinin kullanılması sonucu insan hakkının ihlali iddiasıyla yapılan başvurulardan; yaşama hakkının ihlaline ilişkin olanlardan 16 tanesini², işkence yasağının ihlaline ilişkin olanlardan 4 tanesini³, özgürlük ve güvenlik hakkının ihlaline ilişkin olanlardan 8 tanesini⁴, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlaline ilişkin olanlardan 8 tanesini⁵, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün ihlaline ilişkin olanlardan 4 tanesini⁶, ifade özgürlüğünün ihlaline ilişkin olanlardan 8 tanesini⁷,

² Paşa ve Erkan Erol/Türkiye D(D), BN (BN):51358/99; Oyal/Türkiye D, BN:4864/05; Hamsiye-Vedat Kayak/Türkiye D, BN:40310/06; Mehmet Şentürk ve Bekir Şentürk/Türkiye D, BN:13423/09; Yaşaroğlu/Türkiye D, BN:45900/99; Süleyman Ege/Türkiye D, BN:45721/09; İlbeyi Kemalöglü ve Meriye Kemalöglü/Türkiye D, BN:19986/06; Alaettin Alp ve Necla Alp/Türkiye D, BN:3757/09; Arzu Aktaş/Türkiye D, BN:38860/09; Vefa Serdar/Türkiye D, BN: 7309/04; Asiye Genç/Türkiye D, BN:24109/07; Kadri Budak/Türkiye D, BN: 44814/07; Sakine Epözdemir ve Diğerleri/Türkiye D, BN:26589/06; Mümin ve Bahriye Balcı/Türkiye D, BN: 58194/10; Aydoğdu/Türkiye D, BN: 40448/06; Abdulhamit Yılmaz ve Diğerleri/Türkiye D, BN: 7755/10.

³ Ebcin/Türkiye D, BN:19506/05; Aliev/Türkiye D, BN:30518/11; Musaev/Türkiye D, BN: 72754/11; Tüfekçi/Türkiye D, BN:52494/09.

⁴ Keshmiri-No:2/Türkiye D, BN:22426/10; ZNS/Türkiye D, BN:21896/08; DB/Türkiye D, BN:33526/08; T ve A/ Türkiye D, BN:47146/11; AD ve Diğerleri/Türkiye D, BN:22681/09; Asalya/Türkiye D, BN: 43875/09; Yarashonen/Türkiye D, BN:72710/11; Babajanov/Türkiye D, BN: 49867/08.

⁵ Öçkan ve Diğerleri/Türkiye D, BN:46771/99; Lemke/Türkiye D, BN:17381/02; Aksu/Türkiye D, BN: 4149/04-41029/04; Paşaoğlu/Türkiye D, BN:8932/03; Özpınar/Türkiye D, BN:20999/04; Emel Boyraz/Türkiye D, BN:61969/08; Cavit Tınarhoğlu/Türkiye D, BN:3648/04; Sodan/Türkiye D, BN: 18650/05.

⁶ Leyla Şahin/Türkiye D, BN:44774/98; Cumhuriyetçi Eğitim ve Kültür Merkezi Vakfı/Türkiye D, BN:32093/10; İzzettin Doğan ve Diğerleri/Türkiye D, BN: 62649/10;

toplantı özgürlüğü ve dernek kurma hakkının ihlaline ilişkin olanlardan 13 tanesini⁸, etkili başvuru hakkının ihlaline ilişkin olanlardan 14 tanesini⁹, ayırimcılık yasağının ihlaline ilişkin olanlardan 1 tanesini¹⁰, mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin olanlardan 19 tanesini¹¹, eğitim hakkının ihlaline ilişkin olanlardan 5 tanesini¹² AİHM kabul edilebilir bulmuştur¹³.

Yehova Şahitleri Destekleme Derneği ve Diğerleri/Türkiye D, BN:36915/10-8606/13.

- ⁷ Ulusoy ve Diğerleri/Türkiye D, BN:34797/03; Nur Radyo ve Televizyon Yayıncılığı AŞ/Türkiye D, BN: 6587/03; Özgür Radyo-Ses Radyo Televizyon Yayın Yapım ve Tanıtım AŞ/Türkiye D, BN:11369/03; Albayrak/Türkiye D, BN:38406/97; Kayasu/Türkiye D, BN:64119/00-76292//01;Ayhan Erdoğan/Türkiye D, BN:39656/03;Özgür Radyo-Ses Radyo-Televizyon Yayın Yapım ve Tanıtım AŞ/Türkiye D-No:3, BN: 10129/04; Cengiz ve Diğerleri/Türkiye D, BN: 48226/10-14027/11.
- ⁸ Yeşilgöz/Türkiye D, BN: 45454/99; Metin Turan/Türkiye D, BN:20868/02; Karaçay/Türkiye D, BN: 6615/03; Kaya ve Seyhan/Türkiye D, BN:30946/04; Enerji Yapı-Yol Sen/Türkiye D, BN:68959/01; Müslüm Çiftçi/Türkiye D, BN:30307/03; Çerikci/Türkiye D, BN:33322/07; Şişman ve Diğerleri/Türkiye D, BN:1305/05; Küçükbalaban ve Kutlu/Türkiye D, BN:29764/09-36297/09; Dedecan ve Ok/Türkiye D, BN:22685/09-39472/09; Doğan Altun/Türkiye D, BN:7152/08; İsmail Sezer/Türkiye D, BN:36807/07; Özbent ve Diğerleri/Türkiye D, BN:56395/08-58241/08.
- ⁹ Jabari/Türkiye D, BN:40035/98; Güneri ve Diğerleri/Türkiye D, BN:42853/98-43609/98-44291/98; Ertaş Aydın ve Diğerleri/Türkiye D, BN:43672/98; Bulğa ve Diğerleri/Türkiye D, BN:43974/98; Akat/Türkiye D, BN:45050/98; Adem Yılmaz ve Diğerleri/Türkiye D, BN:41496/98 vd.; Soysal ve Diğerleri/Türkiye D, BN:54461/00-54579/00-55922/00; Kazım Ünlü/Türkiye D, BN:31918/02; Kızılkaya/Türkiye D, BN:50690/99; Ürküt/Türkiye D, BN: 50290/99; Fahrettin Aydın/Türkiye D, BN:31695/02; Beyaz/Türkiye D, BN:16254/02; Doğan Altun/Türkiye D, BN:7152/08; İsmail Sezer/Türkiye D, BN:36807/07.
- ¹⁰ Çam/Türkiye D, BN:51500/08.
- ¹¹ Amato/Türkiye D, BN:58771/00;Kuş/Türkiye D, BN:27817/04; Sak/Türkiye D, BN:4644/03; Mutu/Türkiye D, BN:25984/03; Akan/Türkiye D, BN:9574/03;Yıldırım/Türkiye D, BN:21482/03;Keçecioğlu ve Diğerleri/Türkiye D, BN:37546/02; Fener Rum Patrikliği/Türkiye D, BN:14340/05; Bora/Türkiye D, BN:14719/03; Hakan Arı/Türkiye D, BN:13331/07;Ayangil ve Diğerleri/Türkiye D, BN:33294/03; Kranta/Türkiye D, BN:31277/03; Yerebasmaz/Türkiye D, BN:14710/03; Süzer ve Eksen Holding AŞ/Türkiye D, BN:6334/05;Bil-Belgin İnşaat Şti/Türkiye D, BN:29825/03;Mahmut Sezer/Türkiye D, BN:43545/09; Cıngıllı Holding AŞ ve Çongıllıoğlu/Türkiye D, BN:31833/06-37538/06; Reisner/Türkiye D, BN:46815/09; Knick/Türkiye D, BN:53138/09.
- ¹² Mürsel Eren/Türkiye D, BN:60856/00; Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye D, BN:1448/04; Temel ve Diğerleri/Türkiye D, BN:36458/02; Mansur Yaçın ve

II. İNSAN HAKLARININ İHLAL BİÇİMLERİ

İnsan haklarının ihlali iki biçimde ortaya çıkmaktadır. Bunlardan birincisi, dikey insan hakları ihlalleridir, diğeri de yatay insan hakları ihlalleridir.

A. Dikey İnsan Hakları İhlalleri

İnsan hakları teorisinin esas amacı bireyle devlet arasındaki ilişkiler için kurallar oluşturmaktır¹⁴. Devlet organları ve organlarındaki görevlileri aracılığıyla, işlevlerini yerine getirirken zaman zaman insan haklarının ihlallerine neden olabilmektedir. Devlet-birey ilişkileri ekseninde gerçekleşen insan hakları ihlallerine “dikey ihlaller” denilmektedir¹⁵.

Dikey insan hakları ihlalleri, en fazla devletin yürütme işlevi ve onun doğal uzantısı olan idare işlevinin yerine getirilmesi esnasında karşımıza çıkmaktadır. Özellikle idare işlevi, günün 24 saatinde işlediği göz önüne alınırsa, bu durum daha iyi anlaşılır. İdari rejimin benimsendiği ülkemizde, idare işlevinin yerine getirilmesi esnasında meydana gelen dikey insan hakları ihlallerinin denetimi, kural olarak idari davalar yoluyla idari yargı yerleri tarafından yapılmaktadır. Örneğin, komşu parsel sahibinin mülkiyet hakkının özüne dokunacak biçimde, komşunun konutunu veya işyerini kullanmasını engelleyecek tarzda diğer komşuya verilen yapı ruhsatları, sağlıklı bir çevre ve kentleşmeyi gözetmeden yapılan her düzeydeki imar planları ve parselasyon planları, imar planlarının öngördüğü kamulaştırmaların süresi içinde yapılmaması dikey insan hakları ihlalleridir.

Diğerleri/Türkiye D, BN:21163/11; Çam/Türkiye D, BN:51500/08.

¹³ <https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22documentcollectionid2%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22}}> adresinden 2016 yılına kadar olan uyuşmazlıklarda Türkiye aleyhine yapılan başvurular üzerinde yapılan inceleme sonucunda anılan tespitler elde edilmiştir. Ayrıca bkz. İNCEOĞLU, Sibel/ARAT, Nihal/ DUYMAZ, Erkan; İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Emsal Kararlar, Avrupa Konseyi, Haziran 2022, Tam Pozitif Reklam&Matbaa, Ankara.

¹⁴ POROY, Mehmet Akif, “Yatay İlişkilerde Pozitif Yükümlülük İnsan Haklarının Yatay İlişkilerde Geçerliliği” İstanbul Barosu Dergisi C. 80, Sayı: 3, Y. 2006 s. 1005.

¹⁵ SUNAY, Reyhan, “İnsan HAKLARININ YATAY Etkisi ve Devletin Sorumluluğu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 23, Sayı 1, Yıl 2015, s. 11.

İdare işlevi çerçevesinde dikey insan hakları ihlalleri, genellikle hukuka aykırı kesin ve yürütülebilir idari işlemlerin yapılmasıyla gerçekleşir. Bu tür işlemlerle gerçekleştirilen insan hakkı ihlalleri, genellikle idari yargı yerlerinde açılan iptal davası ile durdurulmuş olur. Şayet ihlal bir maddi veya manevi zarara neden olursa, o zaman da tam yargı davası¹⁶ açılarak zarar giderilmiş olur.

B.Yatay İnsan Hakları İhlalleri

İnsan haklarının bazıları bireylerin kendi aralarındaki ilişkiyi de etkilemektedir. İnsan haklarının, devletin dışındaki örgütler, özellikle suç örgütleri, özel hukuk tüzel kişileri veya gerçek kişiler tarafından ihlal edilmesine, insan haklarının yatay ihlali denmektedir.

İnsan haklarının yatay etkisi, devletler ya da kamu otoritelerinin, bireyleri diğer bireylerin ve devlet dışındaki diğer örgütlü yapıların insan hakkı ihlallerinden koruma görevine sahip olduğunu gösterir. Burada kişilerin diğer kişiler tarafından hak ve özgürlüklerinden yoksun bırakılmaları ya da öldürülmeleri ihtimaline karşı devletin bireyi ve onun hak ve özgürlüklerini koruması gerektiğinden söz ediyoruz. Çünkü, insanların yaşamlarını insan onuruna yaraşır bir biçimde devam ettirebilmeleri için devletin ya da kamu otoritesini kullananların hak ihlallerinden bizzat kaçınmaları, insan haklarına saygılı davranmaları açısından yeterli değildir¹⁷

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi birçok kararında, Sözleşme'nin 1 ile 13. maddeleri arasında belirtilen hakların sözleşmeye taraf devletlerce sıkı sıkıya korunması ve etkin olarak işletilmesi, kişilerin haklarından hiçbir kısıtlama olmaksızın yararlanabilmeleri için devletlerin pozitif yükümlülüklerinin olduğunu vurgulamaktadır¹⁸

Devlet (kamu otoritesini kullanan makamlar), bireyler arasındaki özel ilişkilerde meydana gelen hak ihlallerinde faileri bulmak,

¹⁶ Tam yargı davaları hakkında geniş bilgi için bkz. KOÇAK, Nazım Taha, *Tam Yargı Davaları*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020; KOZANOĞLU, Gonca; *Türk İdare Hukukunda Doğal Afetler Nedeniyle İdarenin Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

¹⁷ POROY, Mehmet Akif; "Yatay İlişkilerde Pozitif Yükümlülük İnsan Haklarının Yatay İlişkilerde Geçerliliği" İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 80 • S: 3 • Y: 2006 s. 1005

¹⁸ POROY, s. 1007

kovuşturma yapmak, yargılamak ve ihlalde bulunanların suçları kesinleşince gereken cezaları vermek ya da infaz etmek zorundadır. Çünkü, devletin yaptırımı uygulanmayan hukuki düzenlemeler yapmasının herhangi bir caydırıcılığı yoktur. Ayrıca devlet yürütme organı ve idare aracılığıyla, yatay insan hakkı ihlallerini gerçekleştirenlere karşı idari yaptırımlar uygulamakla da yükümlüdür. Örneğin Kabahatler Kanunu ve Çevre Kanunu gibi bazı kanunlar, yatay insan hakkı ihlaline neden olanlar hakkında idari yaptırımlar uygulanmasını öngörmektedir¹⁹. Devlet aykırılıkta bulunan taraf hakkında bütün bu işlemleri makul bir zamanda ve etkin bir şekilde yerine getirmek zorundadır²⁰.

Kişilerin yaşama ve özgür olma hakları, kişilerin diğer kişiler tarafından özgürlüklerinden yoksun bırakılmaları ya da öldürülmeleri olasılığına karşı hükümetlerin halkı korumaya çalışmak zorunda olmalarını gerektirmektedir. Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 17/1-2 maddesi, hükümetlere bireylerin özel yaşamlarına hukuk dışı yollarla müdahale edilmesini önleme yükümlülüğünü getirmiştir²¹.

Yatay ihlallerden dolayı devletin sorumluluğu, insan haklarını koruma görevinden doğmaktadır. Bu görevi bağlamında devlet; ihlalleri önlemek, gerçekleştiğinde soruşturmak, suçlu olduğu iddia edilenleri yargılamak ve tazminat ve telafiyi de içeren yeterli korumayı sağlamak durumundadır²². Buna ek olarak hukuka bağlı devletin idaresi, kolluk yetkilerini kullanarak özellikle yatay insan hakkı ihlallerini önleyici işlemler yapmak, bu işlemleri uygulamak ve gerektiğinde önleyici eylemlerde bulunmaktadır.

¹⁹ Çevre Kanununda öngörülen idari yaptırımlar için bkz. ÖZTOPRAK, Sezin; Çevre Hukukunda İdari Yaptırımlar, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3.1, (2018): 41-78; ÖZLÜER, Özkaya, Ilgın; İdari Yaptırımların Özellikleri ve Çevre Kanunu, Ankara Barosu Dergisi, 2015/1, s.121-186; ÖĞÜTCÜ, Muhlis; Çevre Kanunundaki İdari Yaptırımlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.

²⁰ POROY, s. 1008.

²¹ POROY, s. 1011.

²² SUNAY, s. 27.

İdare hukuku bağlamında, yatay insan hakları ihlalleri, idarenin koruyucu faaliyetlerinde, özellikle de kolluk hizmetlerinde yaşanan hizmet kusurları olarak karşımıza çıkar. Böyle olunca, idari yargıdaki tam yargı davaları ayrı bir öneme sahiptir.

Ancak, idari yargı yerleri yatay insan hakları ihlallerinin önlenmesi konusunda istikrarlı bir içtihat geliştirememişlerdir. Örneğin; Van İdare Mahkemesince, davacının 1989 yılında ... Kaymakamı olarak görev yapmakta iken izinli olduğu bir dönemde, ilçeye baskın düzenleyen teröristlerce evinin ateşe verildiğinin, evinin içinde bulunan eşyasının tamamının yandığının veya kullanılmaz hale geldiğinin 15.8.1989 tarihinde yetkililerce düzenlenen tutanaktan anlaşıldığı, bu haliyle, meydana gelen olayda, can ve mal güvenliğinin korunması şeklindeki kamu hizmetinin (kolluk hizmetinin) düzenlenmesinde ve işleyişindeki yetersizlik olarak ortaya çıkan hizmet kurusu nedeniyle uğranılan zararın hizmetin sahibi olan idarelerce giderilmesi gerektiği gerekçesiyle, açılan davada, davacı tarafından listeye alınan zati eşyanın olayın meydana geldiği 1989 Yılı rayiç bedeli dikkate alınarak Van esnafından resen bilirkişi olarak seçilen bilirkişi tarafından düzenlenen raporda belirlenen zarar karşılığı olarak 34.540.000.-TL tazminata hükmedilmiş, Danıştay 10. Dairesi de E: 1991/3270 ve K: 1993/979 sayılı kararı ile onamıştır. Yani teröristler tarafından kaymakamın mülkiyet hakkının yatay biçimde ihlal edilmesini önleyemeyen kolluk hizmetini idari yargı yeri kusurlu bulmuş ve açılan tam yargı davasında idare aleyhine hüküm kurmuştur. Ancak, bir başka kamu görevlisinin evinde 11.03.2015 tarihinde yaşanan hırsızlık vakası nedeniyle kamu görevlisinin uğradığı 14 000 TL maddi ve 10 000 TL manevi zararların tazmini için Konya 1. İdare Mahkemesinde açılan E: 2016/663 sayılı tam yargı davası, “... idarenin, özel güvenlik önlemleri alınmasını gerektirmeyen durumlarda meydana gelen güvenlik hizmetlerinde kusuru saptanmadıkça tazminle sorumlu tutulması mümkün bulunmamaktadır” gerekçesiyle, K: 2017/ 602 sayılı kararla reddedilmiştir. Davacı kamu görevlisi, söz konusu ilk derece idari yargı kararını Konya BİM 4. İdari Dava Dairesinde E:2017/3827 sayılı dosya istinafa taşımış, istinaf makamı K:2018/305 sayılı karar ile ilk derece mahkemesi kararını onamıştır. Davacı kamu görevlisi, adaletin tecellisine olan inancını yitirdiği için

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapmamıştır. Davacı kamu görevlisinin yaşadığı olayda hırsız, konut dokunulmazlığını da ihlal ederek kamu görevlisinin değerli eşyalarını çalmıştır. Şayet idare genel idari kolluk önlemi olarak polislerin veya mahalle bekçilerinin devriye gezme hizmetini kusursuz ve eksiksiz gerçekleştirseydi, suç failleri üzerinde caydırıcı etkisi olacaktı.

Bazı durumlarda yatay insan hakkı ihlallerini gerçekleştirenlere karşı idare bir idari yaptırım uyguladığı zaman, yaptırım uygulanan kişinin açtığı iptal davası aracılığıyla da dolaylı olarak yatay insan hakkı ihlalini idari yargı denetlemiş olur. Örneğin, çevreyi kirleterek yatay insan hakkı ihlalini gerçekleştiren kişiye idare yaptırım uyguladığında, yaptırım uygulanan kişinin, 2872 sayılı Çevre Kanununun 25. maddesi kapsamında açacağı iptal davası böyle bir dava olacaktır. Burada ihlalin giderilmesi aşamasında adil yargılama ilkesinin gözetilmesi gerektiği AİHM tarafından vurgulanmıştır²³.

III. İDARİ YARGI YERLERİNCE İHLAL EDİLEN İNSAN HAKLARI

İdari yargı yerleri de nihayetinde birer mahkemelerdir devletin yargı organı içinde yer alırlar. Bu nedenle, en az diğer yargı yerleri kadar idari yargı yerleri de bazen özellikle adil yargılanma hakkının dikey ihlallerine neden olabilmektedir. Bunun somut delili, idari yargı yerlerinde kesinleşen kararlara karşı veya görülen bazı davalar nedeniyle İNSAN HAKLARI NAKDİ TAZMİNAT Komisyonuna²⁴,

²³ AİHM'nin adil yargılanma hakkı ile ilgili idari yargıyı ilgilendirilen uyuşmazlıklar hakkında bkz. ZRVANDYAN, Arman; İdari Yargıda Avrupa Adil Yargılanma Standartlarına İlişkin Emsal Kararlar, (Çeviri: Nilay Arat), Avrupa Konseyi/Folke Bernadotte Akademisi, Mart 2021 Türkçe Baskısı, Tam Pozitif Reklamcılık ve Matbaacılık İç ve Dış Ticaret Ltd. Şti, Ankara; İNCEOĞLU/ARAT/DUYMAZ, s.26 vd.

²⁴ İnsan Hakları Nakdi Tazminat Komisyonu hakkında geniş bilgi için bkz. BİLGİN, Hüseyin; İnsan Hakları Tazminat Komisyonu, *Terazi Hukuk Dergisi*, 8.84, (2013): 80-85; YILDIRIM Zeki, " 6384 Sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun: İnsan Hakları İhlallerinin Çözümüne Dair Farklı Bir Yaklaşım" Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:17, S:1-2 Ocak – Nisan 2013, s.1725 – 1756.

Anayasa Mahkemesine²⁵ ve nihayetinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine²⁶ yapılan başvurulardır.

İdari yargı yerlerinin dikey olarak ihlal ettiği iddiasına en fazla konu olan insan hakkı; adil yargılanma hakkı ve onun alt türevleri olan

²⁵ Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru konusunda geniş bilgi için bkz. EKİNCİ, Hüseyin/ SAĞLAM, Musa; 66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Şen Matbaa, 2012; AYDIN, Öykü Didem; “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S:4, 2011; ÖZBEY, Özcan; Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Birey Başvuru Hakkı, Adalet Yayınevi, 2013; YALÇINÖZ, Bahadır; “Bireysel Başvuruya Konu Olamayacak İşlem ve Kararlar” Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi Cilt 1, Sayı 2, s.187 -206; Kılınc D. B. Türkiye’de Bireysel Başvuru Sisteminin Kurulması: Başarı Vaad Eden Bir Tecrübe, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2015; 0(5): 571-587; TURABİ, Selami; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, Seçkin Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2017; KILIÇ, Ayşe Funda, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Anayasal ve Kişisel Önem Kriteri, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(1), 129-149; ATAY, Abdullah; Bireysel Başvuru Kararlarının İdari Yargıda Usul Kurallarının Yorumuna Etkisi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021; GÖREN, Zafer; Türk Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 2013.

²⁶ AİHM bireysel başvuru hakkında geniş bilgi için bkz. BİLİR, Faruk; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yargılama Yetkisi, Genişletilmiş 2.B, Ankara 2012; KUYAKSİL, Ali; İnsan Hakları Bilgileri, Ankara, 2002; KAYA, Abdulkadir, İnsan Hakları Uygulamaları, Ankara, 2010; KARAOSMANOĞLU, Fatih; İnsan Hakları, Güncelleştirilmiş 2.B, Ankara 2012; TEZCAN, Durmuş/ERDEM M. Ruhan/ SANCAKTAR Oğuz/ÖNOK, R. Murat; İnsan Hakları El Kitabı, 2.B, Ankara 2009; BİLGİN, Hüseyin; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İdari Yargısına Yansımaları, Ankara 2014; GÖZLÜGÖL, Said Vakkas; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuzda Etkisi, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş, 2. B, Ankara 2002, s. 319 vd; ANAYURT Ömer; Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Ankara 2004, s. 158 vd; GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/GÖLCÜKLÜ, Feyyaz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yönetimi 13. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 10.B, Ankara 2013, s.31; BİLGİN, Hüseyin; İdari Yargı İçin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulama Rehberi, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

makul sürede yargılanma hakkı²⁷, mahkemeye erişim hakkı, Danıştay Başsavcılığının görüşünün tebliğ edilmesi hakkı, gerekçeli karar hakkı ve hakkaniyete uygun yargılanma hakkıdır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne idari yargı yerlerinden; makul sürede yargılanma hakkının dikey olarak ihlal edildiği gerekçesiyle giden başvurulardan 62 tanesi²⁸, mahkemeye erişim

²⁷ AKINCI, Müslüm; İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Turhan Kitapevi, Ankara 2008, s. 290 vd; İNCEOĞLU, Sibel; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, Beta Yayınevi, 4. Bası, İstanbul 2013; TAKCI Tuğçe, Türk ve Avrupa Hukukunda Temel Hak Boyutuyla Adil Yargılanma Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017; DEMİRKOL, Selami; Devlet Birey Hukuk İlişkisi (Ders Notları) Beta Yayınları, İstanbul 2021, s.243-298; DEMİRKOL, Selami; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İdari Davalarla İlgili Yargılama Ayrıntıları İhmal-İhlal (İki Resim Arasındaki Fark) Beta Yayınları, İstanbul 2020.

²⁸ Nuri Özkan/Türkiye D, BN:50733/99; Ormancı ve Diğerleri/Türkiye D, BN:43647/98; Çakmak vd/Türkiye D, BN:53672/00; Meryem Güven vd/Türkiye D, BN:50906/99; Özel vd/Türkiye D, BN:50913/00; Mete/ Türkiye D, BN:39327/02; Yiğit/Türkiye D, BN:62838/00; Karakullukçu/Türkiye D, BN:49275/99; Döleneken/Türkiye D, BN:31132/96; Osman Erden/Türkiye D, BN:1520/06; Ahmet Kılıç/Türkiye D, BN:38473/02; Kök/Türkiye D, BN:1855/02; Rodoplu/Türkiye D, BN:41665/02; Serdar Çakmak/Türkiye D, BN:29600/02; Musluoğlu vd/Türkiye D, BN:50948/99; Olcar/Türkiye D, BN:76096/01; Köseoğlu/ Türkiye D, BN:73283/01; Özoğuz/Türkiye D, BN:17533/04; Rabia Tan vd/Türkiye D, BN:8095/02; Yerlikaya/Türkiye D, BN:10985/02-10993/02; Koşal/Türkiye D, BN:23453/04; Mehmet Selçuk/Türkiye D, BN:13090/04; Bas/Türkiye D, BN:49548/99; Tarımcı/Türkiye D, BN:30001/03; Ayık/Türkiye D, BN: 10467/02; Korkut/Türkiye D, BN:10693/03; Erdal Çalışkan/Türkiye D, BN:36062/04; Hasefe/Türkiye D, BN:25580/03; Aras/Türkiye D, BN:1895/05; Abdulaziz Danış/Türkiye D, BN:23573/02; Okçu/Türkiye D, BN:39515/03; Altındağ ve İpek/Türkiye D, BN:42921/02; Alkan/Türkiye D, BN:75588/01; Mustafa Gürbüz/Türkiye D, BN:6016/04; Zeytinli/Türkiye D, BN: 42952/04; Nurten Yavuz/Türkiye D, BN:14295/05; Ateş Sönmez/Türkiye D, BN:22487/05; Köksal ve Durdu/Türkiye D, BN:27080/08-40982/08; Buhur/Türkiye D, BN:24869/05; Hakan Uslu/Türkiye D, BN:21175/06; Nusret Erdem/Türkiye D, BN:34490/03; Berü/Türkiye D, BN:47304/07; Özer Öner vd/Türkiye D, BN:9508/06-26255/06-35853/06; Zaman/Türkiye D, BN:17839/07; Terzi/Türkiye D, BN:23086/07; Gürkan/Türkiye D, BN: 1154/04; Alphan/Türkiye D, BN:770/04; Ahmet İlhan/Türkiye D, BN:8030/07; Mecit Bozkurt/Türkiye D, BN:7089/07; Tumlukolçu/Türkiye D, BN:33621/09; Braun/Türkiye D, BN:10655/07; Nurcan Kara vd/ Türkiye D, BN:16785/09; Akmansoy/Türkiye D, BN:14787/07; Alhan/Türkiye D, BN:8163/07; Aydan/Türkiye D, BN:16281/10; Mehmet Salih Uçar/Türkiye D, BN:5485/07; Tekin/Türkiye D, BN:26252/06; Akat ve Kaynar/Türkiye D, BN:34740/04-2399/06; Behçet Taş/Türkiye D, BN:48888/09; Şevket Kürüm

hakkının dikey ihlaline yönelik giden başvurulardan 8 tanesi²⁹, Danıştay Başsavcılığının görüşünün tebliğ edilmesi hakkının dikey ihlaline yönelik giden başvurulardan 17 tanesi³⁰, (gerekçeli karar hakkının dikey ihlaline ilişkin giden başvurulardan 1 tanesi, hakkaniyete uygun dava hakkının dikey ihlaline ilişkin giden başvurulardan 1 tanesi dahil olmak üzere) kabul edilmiştir. Bu rakamlar sayı itibariyle ciddi rakamlardır.

IV. İNSAN HAKKI İHLALLERİNİN ÖNLENMESİNDE İDARI YARGININ ÖNEMİ

İnsan haklarının gerek dikey gerekse yatay ihlallerinin önlenmesinde, idari yargı yerlerince yapılan denetim ve yargılamalar ayrı bir öneme sahiptir. Çünkü bu yargı türünde bir istisna dışında davalı daima idaredir. İdari davalarda davalı taraf, davacı tarafla kıyaslanamayacak kadar güçlüdür. Bu güç bazen idari yargı mensuplarında tedirginliğe neden olabilmektedir.

İdari yargıda, adil yargılanma hakkı ve onun alt türevlerinin ihlalleri dışındaki yatay ve dikey insan hak ihlallerinin önlenmesi, giderilmesi veya tazminata bağlanması; daha ilk derece idari yargı

vd/Türkiye D, BN:54113/08; Akdemir ve Evin/Türkiye D, BN: 58255/08-29725/09; Ercan Bozkurt/Türkiye D, BN:20620/10.

²⁹ Gençler/Türkiye D, BN:31881/02; Mehmet ve Suna Yiğit/Türkiye D, BN:52658/99; Mesutoğlu/Türkiye D, BN:36533/04; Serin/Türkiye D, BN:18404/04; Serap Demirci/Türkiye D, BN:316/07; Hüseyin Özel/ Türkiye D, BN:2917/05; Bakan/Türkiye D, BN:50939/99; Elinç/Türkiye D, BN:50388/06.

³⁰ Meral/Türkiye D, BN:33446/02; Karaduman ve Tandoğan/Türkiye D, BN:41296/04-41298/04; Hasırcı/Türkiye D, BN: 38012/03; Hidayet Akgül/Türkiye D, BN: 19728/02; Emine Araç/Türkiye D, BN: 9907/02; Melek Sima Yılmaz/Türkiye D, BN:37829/05; Büyükdere ve Diğerleri/Türkiye D, BN:6162/04, 6297/04, 6304/04, 6305/04, 6149/04, 9724/04-9733/04; Tuksalvd/Türkiye D, BN:57711/08; S.S. Balıklıçeşme Beldesi Tarım Kalkınma Kooperatifi ve Diğerleri/Türkiye D, BN:3573/05, 3617/05, 9667/05, 9884/05, 9891/05,10167/05,10228/05, 17258/05,17260/05,17262/05,17275/05,17290/05-17293/05; Erciyas /Türkiye D, BN:10971/05; Mehmet Emin Şimşek/Türkiye D, BN:5488/05; Mehmet Yolcu/Türkiye D, BN: 33200/05; Solakoğlu vd/Türkiye D, BN:3674/09, 4359/09, 15151/09, 15159/09, 15167/09, 15168/09, 15171/09, 15173/09, 27318/09, 27869/09, 28028/09, 28823/09, 29160/09, 30590/09, 31073/09, 32123/09, 32244/09, 32251/09, 32254/09, 32300/09, 32807/09, 33259/09, 33357/09, 36648/09, 36681/09, 38080/09, 43491/09, 48731/09, 49213/09,56105/09, 63781/09 ve 67456/09; Ekmekçi vd/Türkiye D, BN: 2841/05 vd; Şükran Boz/Türkiye D, BN:7906/05; Aysel Kılıç vd/Türkiye D, BN:33162/10.

yerlerince kararlaştırılır. Bu nedenle idari yargı hakimlerinin eğitimleri ve donanımları ayrı bir öneme sahiptir.

V. İDARİ YARGI ATAMALARI İLE İLGİLİ GENEL PROBLEMLER

1) Genelde hakim sınıfı, özelde idari yargı hakimleri, gerek dikey insan hakları ihlallerinin önlenmesinde gerekse yatay insan hakları ihlallerinin önlenmesinde büyük öneme sahiptir. Çünkü adaletin tecellisinde son sözü hakimler söyler.

2) Bu noktada genelde hakimlerin, özelde idari yargı hakimlerinin yetişmesi konusu ilk olarak karşımıza çıkan sorundur. Geçmişte legal bir görüntü içinde kendini gizleyen FETÖ, çok sayıda yandaşını, diğer devlet organları ile birlikte yargı organları içine de yerleştirmiştir. 15 Temmuz hain darbe girişimi sonucunda FETÖ terör örgütü ile irtibat ve iltisacı olduğu gerekçesiyle idari yargı yerlerinde görev yapan hakim ve savcılarının büyük bir kısmı kamudan ihraç edilmiştir. Ancak, bu ihraç edilenlerin bazıları savcılıklar tarafından kovuşturmasına yer olmadığına dair karar verilmesine ve yargılananlardan da bazıları beraat etmesine rağmen yargıçlık görevlerine döndürülmemişlerdir. Danıştay tarafından meslekten ihraç kararı verilmesi işlemine karşı açılan iptal davalarında meslekten çıkarma işleminin iptaline karar verilen yargıçlar görevlerine iade edilmişse de bu sayı oldukça azdır³¹. Bu ihraçlar ve kesinleşmiş beraat kararlarına rağmen yargıçlık görevlerine döndürülmeyenler nedeniyle idari yargı yerlerinde yetişmiş insan gücü problemi ortaya çıkmıştır.

3) Anılan ihraçlardan sonra ise insan gücü eksikliğinin giderilmesi amacıyla çok sayıda yeni idari hakim alınmıştır. Ancak bu hakimlerin bir çoğu, mevzuatta aranan iki yıllık staj süresinin çok çok altında staj yaparak asil hakim olarak atanmışlardır. Hatta o dönemde birkaç aylık staj süresi sonunda atanan hakimler bile olmuştur. Bu durum uygulamada hakimlerin tecrübe eksikliği nedeniyle özellikle kararların gerekçeli yazılması ve dosyaların süresi içerisinde eksiksiz incelenmesi konusunda bir takım problemlere neden olmuştur.

³¹ Bakınız. <https://www.indyrturk.com/node/566776/haber/dan%C4%B1%C5%9Ftay%E2%80%99da-n-fet%C3%B6-gerek%C3%A7esiyle-ihra%C3%A7-edilen-178-hakim-savc%C4%B1-in-g%C3%B6revine-iade-ve> (e.t.16.04.2022)

4) Ancak aradan geçen süre içerisinde bu hakimler tecrübe kazandığı gibi bundan sonraki yeni hakim adayları alımlarında staj süresi önce yeniden 2 yıl olarak belirlenmiş, sonrasında hakim yardımcılığı müessesesinin kabul edilmesiyle birlikte bu süre üç yıla çıkartılmıştır³². Üç yıllık bu sürenin dolu dolu geçirilmesi hakimlerin yetişmesi adına son derece önem arz etmektedir.

VI. AİHM'E TAŞINAN İDARİ YARGI KARARLARININ İNCELENMESİ SONUCUNDA İDARİ YARGIDA GÖREV ALAN HAKİMLERDE OLMASI GEREKEN NİTELİKLER KONUSU

1 İdari yargı ile ilgili AİHM kararlarının çok fazla olduğu görülmektedir³³. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun açılması, sayıca biraz azalmaya neden olmuşsa da sonradan tekrar artmaya başlamıştır. Özellikle adil yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla yapılan başvuruların sayısı dikkat çekicidir.

2 İdari yargı yerlerine, bilindiği üzere idari işlem veya eylemler nedeniyle hakları veya menfaatleri ihlal edilen kişiler başvurmaktadır ve davalı, bir istisna dışında daima bir kamu otoritesi olan idaredir. Bu nedenle, idari yargı hakiminin tarafsızlığı ve bağımsızlığı, gerek dikey insan hakları ihlallerinde gerekse yatay insan hakları ihlallerinin önlenmesinde büyük öneme sahiptir.

3 Öte yandan insan hakları konusunda Türkiye Adalet Akademisinde eğitim verilse de ayrıca 7331 sayılı Yasa³⁴ ile birlikte

³² **Hâkim ve savcı yardımcılığı süresi ve eğitim: MADDE 10- (Başlığı ile Birlikte Değişik:23/6/2022-7413/1 md.)** Hâkim ve savcı yardımcılığı süresi üç yıldır. Hâkim ve savcı yardımcılığı; temel eğitim dönemi, görev dönemi ve son eğitim döneminden oluşur. Temel eğitim ve son eğitim Türkiye Adalet Akademisi tarafından verilir. Görev dönemi ise yargı mercilerinde fiilen görev yapmak suretiyle geçirilir. Hâkim ve savcı yardımcıları, atanmalarını müteakip temel eğitime alınır. Temel eğitim döneminde adli yargı hâkim ve savcı yardımcıları, adli yargı teşkilatının ihtiyaç durumu ile imkânlar ölçüsünde kendi istekleri göz önünde bulundurulmak ve Hâkimler ve Savcılar Kurulunun görüşü alınmak suretiyle, Adalet Bakanlığınca hâkimliğe veya savcılığa atanacak şekilde ayrılır....”

³³ BİLGİN, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları, s.57-707; BİLGİN, Uygulama Rehberi, 5 vd.

³⁴ 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanuna aşağıdaki madde eklenmiştir. “Mahkemede staj MADDE 73/A- (1) Hâkim adayları ile avukat stajyerleri, Mahkemede staj yapabilir.

hakim ve savcı adaylarının stajlarının bir bölümünü Anayasa Mahkemesinde yapabilme imkanı getirilmiştir.

4 Anayasa Mahkemesinde yapılacak staj sayesinde idari hakim adaylarının insan hakları konusundaki farkındalıklarının artırılması sağlanmış olacaktır. Zira insan haklarının korunması yolunda AYM de önemli bir durak olarak karşımıza çıkmaktadır.

5 2011 yılında yapılan anayasa değişikliği sonrasında AİHS'ne konu edilen insan hakları, gerek dikey olarak gerekse yatay olarak ihlal edilirse, hak sahiplerince Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapma imkanı getirilmiştir.

6 Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, idari yargı yerlerinde görülen davalarda oldukça sık olarak başvurulmuş bir yol olarak karşımıza çıkmaktadır³⁵. Bu durum, sadece tarafların verilen karardan tatminsizliği veya yargısal yollara başvuru hakkının kötüye kullanılması ile açıklanamaz.

7 İdari yargı hakimlerinin insan hakları konusunda farkındalığının artması adına gerek hakim adayı iken gerekse meslekte iken Anayasa Mahkemesi'nde hizmet içi eğitim seminerine katılması çok büyük önem arz etmektedir. Aradan geçen bu süreç içerisinde Anayasa Mahkemesi belirli konularda insan hakları ihlalinin önleme noktasında önemli bir yol almıştır. Bu tecrübelerinin idari yargı yerlerindeki hakim ve savcılarca da paylaşılmasının önemi büyüktür.

8 Bunun için pandemi süreci ile birlikte önemi ve kullanımı artan çevrimiçi eğitim yöntemlerinin kullanılması bu konudaki bir kısım masraftan da tasarruf sağlayacaktır. Özellikle hakim adaylarının stajlarında Anayasa Mahkemesine de yer verilecek olması çok olumlu olmakla birlikte öncelikle mevcut hakim ve savcılarının bu konuda Anayasa Mahkemesi üye ve raportörlerince hizmet içi eğitime tabi tutulması gerekir. Bu eğitimin yüz yüze yapılmasında elbette fayda

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir." (7331 SK m. 26).

³⁵ Bu konuda bkz. YAMLI, Mehmet Sadık; Bireysel Başvuruda İdari Yargıya İlişkin İhlal Kararları,(Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi, Şen Matbaa, Ankara 2016; İNCEOĞLU/ARAT/DUYMAZ, s. 103-11;141-143;200;202; 214; 292 vd gibi;

vardır. Fakat yüz yüze hizmet içi eğitim yapma imkanı yoksa, çevrimiçi olarak insan hakları hizmet içi eğitimi tamamlanmalıdır.

9 Eğitim alacaklar ve eğiticiler belirlenirken belli bir cemaat, grup, parti, yakınlığına göre hakimler belirlenmemeli ve tamamen işinin ehli olan kişiler eğitici olarak seçilmelidir ve idari yargıda görev yapan tüm hakim ve başkanlarına, hatta yazı işleri personeline kadar idari yargıda görev yapan herkese bu konuda eğitim verilmelidir. Bu noktada hakim ve savcılarının birinci sınıfa ayrılabilmesi için en az üç meslek içi eğitime katılmış olma şartının getirilmiş olması yerinde bir düzenleme olmuştur³⁶. Ancak kanaatimizce buradaki düzenleme her terfi döneminde en az bir meslek içi eğitime³⁷ katılma ve birinci sınıfa ayrılma için de en az 5 meslek içi eğitime katılma şeklinde düzenlenmesi daha uygun olacaktır.

10 Bu konuda adaletin tecellisi açısından birkaç olumsuz karara imza atmalarına rağmen, Anayasa Mahkemesi üye ve raportörlerinin belirli bir yeterliliğe ve bilgi birikimine sahip olduğu verilen kararlardan anlaşılmaktadır. Özellikle 2577 sayılı Kanun ile bu kanunun 31. maddesinin yaptığı atfı üzerine HMK nin uygulanması nedeniyle ortaya çıkan sorunlar dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine dair çok sayıda AYM kararı bulunmaktadır³⁸.

11 Yine idari yargı yerlerinden Anayasa Mahkemesi'ne giden bireysel başvuruların büyük bir çoğunluğu makul sürede yargılanma hakkının ihlali ile ilgilidir³⁹. Makul süre içerisinde yargılama yapılmamasının nedeni ise yeterli donanımlı yargıcın bulunmaması,

³⁶ *Birinci sınıfa ayrılma koşulları: Madde 32 – Birinci sınıfa ayrılabilmek için: g) (Ek: 23/6/2022-7413/5 md.)* En az üç meslek içi eğitim programına katılmış olmak, Gerekir. (2802 SK m.32).

³⁷ *Meslek içi eğitim: Madde 119 – (Değişik: 8/8/2011-KHK-650/22 md.; İptal: Anayasa Mahkemesinin 18/7/2012 tarihli ve E.: 2011/113 K.: 2012/108 sayılı Kararı ile; Yeniden düzenleme: 27/6/2013-6494/22 md.; Değişik:15/2/2014-6524/3 md.)* Hâkim ve savcılarının hak ve ödevi olan meslek içi eğitimleri Türkiye Adalet Akademisince yaptırılır. Bu eğitimin usul ve esasları, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun görüşü alınarak Türkiye Adalet Akademisince hazırlanan yönetmelikte belirlenir. (2802 SK m. 119).

³⁸ YAMLI, s. 147 vd- s. 375 vd.

³⁹ Makul sürede yargılanma hakkı ile ilgili bkz. YAMLI, s. 245 vd. İNCEOĞLU, Sibel; Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, Şen Matbaa, 2017, Ankara, s. 109-124.

işlerin çok yoğun olması, özellikle istinaf kanun yolu gelmeden önce Danıştay'ın iş yükündeki yoğunluk gibi nedenleri vardır.

12 AYM gibi yine AİHM'e giden davalarla ilgili olarak Adalet Bakanlığı bünyesinde kurulan İnsan Hakları Nakdi Tazminat Komisyonunca yapılan inceleme ve değerlendirmelerde başvurucuyu tatmin edecek kararlar verilmeli, böylece başvurucunun yeni baştan idari yargıya, arkasından bireysel başvuru yoluna⁴⁰ ve nihayetinde

⁴⁰ 05.04.2023 gün ve 32154 sayılı Resmi Gazete de yayımlanan 28.03.2023 tarih ve 7445 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle “**MADDE 39-** 9/1/2013 tarihli ve 6384 sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanununun 4 üncü maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.”(1) Bu Kanun kapsamında yapılacak müracaatlar hakkında karar vermek üzere Bakanlığın merkez teşkilatı ile bağlı ve ilgili kuruluşlarında çalışan hâkim ve savcılar arasından Adalet Bakanı tarafından atanacak dokuz kişiden oluşan bir Komisyon kurulur. Komisyon Başkanı bu üyeler arasından Adalet Bakanı tarafından belirlenir. Komisyon, iş durumuna göre üç üyeden oluşan heyetler halinde de çalışabilir. Heyetlerin başkanları Adalet Bakanı tarafından; heyetlerin oluşumu ve yokluklarında birbirlerinin yerine bakacak üyeler ile iş bölümü Başkan tarafından belirlenir. Başkan, Komisyonun ve heyetlerin verimli ve uyumlu şekilde çalışmasından sorumludur.” “(3) Komisyon asgari yedi üyeye, heyetler üye tam sayısı ile toplanır; kararlar üye tam sayılarının salt çoğunluğuyla verilir. “**MADDE 40-** 6384 sayılı Kanunun geçici 2 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih” ibaresi “9/3/2023 tarihi” şeklinde değiştirilmiştir.” Anılan değişiklik sonrasında Anayasa Mahkemesinde bulunan bazı bireysel başvurular hakkında Komisyona müracaat GEÇİCİ MADDE 2- (Ek:25/7/2018-7145/20 md.) (1) Kanununun 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamında olup, münhasıran 9/3/2023 tarihi itibarıyla Anayasa Mahkemesinde derdest olan bireysel başvurular, başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle verilen kabul edilemezlik kararının tebliğinden itibaren üç ay içinde yapılacak müracaat üzerine Komisyon tarafından incelenir.5 (2) Komisyona müracaat, müracaat edenin kimlik bilgileri ile Anayasa Mahkemesine başvuru tarihi ve numarasını içeren imzalı bir dilekçeyle yapılır. Dilekçeye, Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuruya ilişkin form, kabul edilemezlik kararı ve bu kararın tebliğine dair belge ile ihlal iddiasına ilişkin diğer bilgi ve belgeler eklenir. (3) Müracaat evrakındaki eksikliğin giderilmesi için müracaat edene otuz günü geçmemek üzere süre verilir. Bu süre içinde, geçerli bir mazeret olmaksızın eksikliğin tamamlanmaması hâlinde müracaat reddedilir. (4) Bu madde uyarınca Komisyona gelen müracaatlar bakımından 7 nci maddenin birinci fıkrasındaki dokuz aylık süre, on altı ay olarak uygulanır.” Şeklini almıştır. Anılan değişiklik sonrasında, Ceza hukuku kapsamındaki soruşturma ve kovuşturmalar ile özel hukuk ve idare hukuku kapsamındaki yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı ve mahkeme kararlarının geç veya eksik icra edildiği ya da hiç icra edilmediği gerekçeleri ile, münhasıran 9/3/2023 tarihi itibarıyla Anayasa Mahkemesinde derdest olan bireysel başvuruların, başvuru yollarının

AIHM'ne gitmesinin önüne geçilmelidir. Bunun için komisyonun vereceği özellikle manevi tazminat kararları tatmin edici olmalıdır.

13 Aynı şekilde idari yargı yerlerinde AIHS, AIHM içtihatları, AYM'nin idari yargı yerleri ile ilgili geliştirdiği içtihatlar konusunda derli toplu çalışma sayısı çok azdır. Bu çalışmalar TAA ve Adalet Bakanlığınca desteklenmeli ve ortaya çıkan ürünler hakim adaylarına ve mevcut hakimlere ücretsiz olarak dağıtılmalıdır⁴¹.

14 Yine hakim ve savcıların bu konularda yüksek lisans ve doktora yapma imkanları artırılmalıdır. Lisansüstü eğitim almak isteyen idari yargı hakimlerine, her konuda kolaylıklar sağlanmalı ve tercih noktasında liyakat esas alınmalıdır.

15 İnsan haklarının muhafazası adına özellikle güçlü idarelerce bu hakların daha kolay ihlal (dikey ihlal) edilme riski nedeniyle idare yargıcının bu konuda tam donanımlı olması ve tam donanımdan kaynaklanan özgüvene sahip olması çok büyük önem arz etmektedir. Donanımlı ve bu donanımdan kaynaklanan özgüvenli yargıçlar sayesinde bu konudaki ihlaller azalacaktır. Bu nedenle hakimlere esasın usule feda edilmemesi gerektiği noktasındaki AIHM ve AYM içtihatları iyice öğretilmeli ve hakkın hak sahibine teslimi ile geciken adaletin adalet olmadığı hususu da iyice kavratılmalıdır.

16 Yine hain darbe girişimi sonucunda çıkartılan KHK'ler ile

tüketilmemesi nedeniyle verilen kabul edilemezlik kararının tebliğinden itibaren üç ay içinde yapılacak müracaat üzerine Komisyon tarafından inceleneceği düzenlenmiştir.

⁴¹ Nitekim bu önerimiz doğrultusunda bir takım çalışmalar yapılmış olmakla birlikte bu çalışmaların gerek sayısı gerekse kapsamı oldukça azdır. Anılan çalışmalara örnek olarak; Avrupa Konseyi ile ortak projeler kapsamında basılıp dağıtımı yapılan 1-ZRVANDYAN, Arman; İdari Yargıda Avrupa Adil Yargılanma Standartlarına İlişkin Emsal Kararlar, (Çeviri: Nilay Arat), Avrupa Konseyi/ FolkeBernadotte Akademisi, Mart 2021 Türkçe Baskısı, Tam Pozitif Reklamcılık ve Matbaacılık İç ve Dış Ticaret Ltd. Şti, Ankara; 2- Yargı Mensupları İçin Uluslararası Koruma Süreçleri El Kitabı, Türkiye'nin Ulusal İltica Sisteminin Kuvvetlendirilmesi Projesi, Ankara 2021; 3-İNCEOĞLU, Sibel/ARAT, Nihal/ DUYMAZ, Erkan; İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Emsal Kararlar, Avrupa Konseyi, Haziran 2022, Tam Pozitif Reklam&Matbaa, Ankara; 4- YAMLI, Mehmet Sadık; Bireysel Başvuruda İdari Yargıya İlişkin İhlal Kararları,(Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi, Şen Matbaa, Ankara 2016 gibi

kamu görevinden ihraç edilen personel ve FETÖ terör örgütü ile ilgi ve irtibat nedeniyle el konulan taşınır ve taşınmaz mallarla ilgili olarak birçok uyuşmazlık hala devam etmektedir. Bu uyuşmazlıklardan kesin hükme bağlanmayanlar açısından makul sürede yargılanma hakkının ihlaline ramak kalmıştır. Anılan davalarda ve dava öncesi aşamada çok iyi değerlendirmeler yapılması gerektiği açıktır. Zira bu davalar, öncelikle AYM önüne oradan da netice alınamazsa AİHM önüne gitme ihtimali yüksek davalardır. Bu nedenle özellikle AİHM önünde hak ihlali kararı alınmaması için adil yargılanma ve mülkiyet hakkına ilişkin tüm argümanlar idari yargı aşamasında hatta ilk derece mahkemesinde değerlendirilmelidir. **Yargılamalar, soyut kanıya göre değil, somut kanıta göre yapılmalıdır.** Bu noktada idari yargı yerleri ve idari yargıçlara büyük görev düşmektedir.

17 Yine düşünce ve ifade özgürlüğünün açıklanması ve örgütlenme özgürlüğünün korunması konusunda özellikle idari yargı yerlerindeki hakimlerin çok iyi bilinçlenmesi gerekir⁴². Zira güçlü iktidara yönelik bir takım söylemler ifade özgürlüğü kapsamında görülmeyerek disiplin cezası veya para cezasına konu edilebilmektedir. Bu noktada disiplin soruşturmasına veya diğer idari soruşturmalara konu edilen eylemin ifade özgürlüğü sınırlarını aşıp aşmadığı çok iyi tespit edilmelidir. Bunun için de bu konularda bilinçli olma ve konuya hakim olma gerekir. Kamu görevlisi olması nedeniyle idari hakim in baktığı davada kendisini devletin bir birimi veya tarafı olarak görmemesi gerekir. Özellikle avukatlıktan geçen hakimler noktasında bu tür eleştiriler zaman zaman kamuoyunda yapılmaktadır. Bu eleştirilerin bir çoğu mesnetsiz olmakla birlikte idari hakimlerin de önüne gelen dosyada yürütme organının sözcülüğünü veya savunuculuğu yapma gibi bir rolü de bulunmamaktadır. Bu tür izlenim verecek tavır ve davranışlardan kaçınılması, adil yargılanma hakkının ihlaline yol

⁴² Bu konuda Avrupa Konseyi ile ortak proje kapsamında çıkartılan kitaplar da bulunmaktadır. Örneğin, Anayasa Mahkemesinin İfade Özgürlüğü Konusunda Verdiği Kararların Özeti, Hazırlayanlar ŞEN Murat / KAPLAN Recep, Avrupa Konseyi, Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi AB-AK Ortak Projesi, MatbamAjans&Reklam&Tanıtım, Ankara. Bu tür kitapların sayıları artırılarak görevdeki hakim ve savcılara dağıtılmasında fayda vardır.

açmama adına önem arz eder.

SONUÇ

İnsan hakkı ihlallerinin önlenmesi konusunda idari yargı yerlerinin iki türlü görevi vardır.

Bunlardan birincisi, idari yargı yerlerinin bizzat kendilerinin insan hakkı ihlali yapmamalarıdır. Bir başka deyişle adil yargılanma hakkının ve alt türevlerinin idari yargı yerlerince ihlal edilmemesidir. Bizim tespitlerimize göre, adil yargılanma hakkının ve alt türevlerinin ihlali nedeniyle, idari yargı yerlerinden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne giden ve kabul edilir bulunan başvurunun sayısı 87’dir.

İkincisi de idare işlevinin yerine getirilmesi esnasında ortaya çıkan kusurlu davranışlar nedeniyle oluşan yatay veya dikey insan hakkı ihlallerini yargılamaktır. Bizim tespitlerimize göre idare işlevinin kullanılması sonucu insan hakkının ihlali iddiasıyla AİHM’e yapılan başvurulardan 92 tanesi ciddi görerek kabul edilebilir bulmuştur.

Burada şu tespiti yapmadan geçemeyeceğiz: İdari yargı yerlerinin bizzat kendilerinin yaptığı ihlal sayısı 87 iken idare işlevinin yerine getirilmesi esnasında ortaya çıkan kusurlu davranışlar nedeniyle oluşan insan hakkı ihlallerini dikkate almadığı için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine taşınan ve ciddi bulunan uyuşmazlık sayısı 92 dir. Bu rakamlar birbirine yakın rakamlardır. Bu da gösteriyor ki ihlal sayısı itibariyle, idari yargı yerleri de tıpkı idare kadar insan hakkının ihlaline neden olmaktadır⁴³.

Arzu edilen, bu rakamların hiç olmaması veya sifıra yakın olmasıdır. Bunun için Mecellenin 1792. maddesinde sayılan vasıfları taşıyan idari yarı hakimleri yetiştirmek gerekir⁴⁴. Mecellenin 1792. maddesini özetleyecek olursak, tam donanımlı, tam donanımdan kaynaklanan özgüvene sahip, dürüst, yansız ve bağımsız yargıçlara, özellikle de idari yargı hakimlerine ihtiyacımız var.

⁴³ Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi) Editör SAĞLAM Musa, Avrupa Konseyi 2013, Şen Matbaa, Ankara.

⁴⁴ AVCI, Mustafa, “Mecelle’ye Göre Hâkimin Nitelikleri ve Yargılama Etiği”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.7, S.27 (temmuz 2016), s. 46.

Kanıtı dayalı yaklaşımla yapılan idari yargılama sonucunda verilen yargı kararları, devletin hukuk devleti olma niteliğini güçlendirir. Kanıya dayalı yaklaşımla yapılan idari yargılama sonucunda verilen yargı kararları ise idarenin takdir yetkisini genişleterek toplumu polis devleti anlayışına sürükler. Başta idari yargı yerleri olmak üzere yargı organı içinde yer alan çeşitli mahkemeler veya makamlar yargılama yaparken kanıya dayalı bir yaklaşımı benimserlerse, yasaların herkese tarafsız ve adil uygulandığına ilişkin toplumdaki inanç erozyona uğrar. Nitekim eski Cumhurbaşkanı yardımcısı Sayın Fuat OKTAY, TBMM Plan ve Bütçe komisyonunun 16.07.2019 tarihinde saat 15.06'da başlayan ikinci oturumunda yaptığı konuşmada, **yasaların herkese tarafsız ve adil uygulandığını düşünenlerin oranının 2018 yılında yüzde 38,1 olduğunu beyan etmiştir**⁴⁵.

⁴⁵ <https://t24.com.tr/haber/cumhurbaskani-yardimci-oktay-halkin-yargiya-olan-guveni-yuzde-38,831549>, E.T. 18.08.2021.

KAYNAKLAR

- AKINCI, Müslüm; İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Turhan Kitapevi, Ankara 2008,
- ANAYURT Ömer; Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Ankara 2004,
- ATAY, Abdullah; Bireysel Başvuru Kararlarının İdari Yargıda Usul Kurallarının Yorumuna Etkisi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021;
- AVCI, Mustafa; “Mecelle’ye Göre Hâkimin Nitelikleri ve Yargılama Etiği”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.7, S.27 (temmuz 2016), s. 46.
- AYDIN, Öykü Didem; “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 4, 2011;
- BİLGİN Hüseyin; İnsan Hakları Tazminat Komisyonu, Terazi Hukuk Dergisi, 8.84, (2013): 80-85;
- BİLGİN, Hüseyin; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İdari Yargısına Yansımaları, 1. Baskı, Ankara 2014;
- BİLGİN, Hüseyin; İdari Yargı İçin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulama Rehberi, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- BİLİR, Faruk; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yargılama Yetkisi, Genişletilmiş 2.B., Ankara 2012;
- DEMİRKOL,Selami; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İdari Davalarla İlgili Yargılama Ayrıntıları İhmal-İhlal (İki Resim Arasındaki Fark) Beta Yayınları, İstanbul 2020.
- DEMİRKOL, Selami; Devlet Birey Hukuk İlişkisi (Ders Notları) Beta Yayınları, İstanbul 2021, s.243-298;
- EKİNCİ, Hüseyin/SAĞLAM, Musa; 66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Şen Matbaa, 2012.
- GÖREN, Zafer; Türk Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 2013;

GÖZLÜGÖL, Said Vakkas; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuzda Etkisi, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş, 2. B, Ankara 2002.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref / GÖLCÜKLÜ, Feyyaz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yönetimi 13. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 10. B, Ankara 2013.

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]})

<https://t24.com.tr/haber/cumhurbaskani-yardimci-oktay-halkin-yargiya-olan-guveni-yuzde-38,831549>, et. 18.08.2021.

İNCEOĞLU, Sibel/ARAT, Nihal/ DUYMAZ, Erkan; İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Emsal Kararlar, Avrupa Konseyi, Haziran 2022, Tam Pozitif Reklam&Matbaa, Ankara;

İNCEOĞLU, Sibel; Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, Şen Matbaa, 2017, Ankara, s. 109-124.

İNCEOĞLU, Sibel; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, Beta Yayınevi, 4. Bası, İstanbul 2013.

KARAOSMANOĞLU, Fatih; İnsan Hakları, Güncelleştirilmiş 2.B, Ankara 2012;

KAYA, Abdulkadir, İnsan Hakları Uygulamaları, Ankara, 2010.

KILIÇ, Ayşe Funda, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Anayasal ve Kişisel Önem Kriteri, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(1), 129-149;

KILIÇ, Yavuz, "Hobbes, Locke ve Rousseau'da 'Doğa Durumu' Düşüncesi", <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/219966>, E.T. 07.08.2021.

KILINÇ D. B. Türkiye'de Bireysel Başvuru Sisteminin Kurulması: Başarı Vaad Eden Bir Tecrübe, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2015; 0(5): 571-587;

KOÇAK, Nazım Taha, Tam Yargı Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020;

- KOZANOĞLU, Gonca; Türk İdare Hukukunda Doğal Afetler Nedeniyle İdarenin Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- KUYAKSİL, Ali; İnsan Hakları Bilgileri, Ankara, 2002.
- ÖĞÜTCÜ, Muhlis; Çevre Kanunundaki İdari Yaptırımlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- ÖZBEY, Özcan; Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Birey Başvuru Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- ÖZLÜER, Özkaya, Ilgın; İdari Yaptırımların Özellikleri ve Çevre Kanunu, Ankara Barosu Dergisi, 2015/1, s.121-186.
- ÖZTOPRAK, Sezin, Çevre Hukukunda İdari Yaptırımlar, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3.1, (2018): 41-78.
- POROY, Mehmet Akif, “Yatay İlişkilerde Pozitif Yükümlülük İnsan Haklarının Yatay İlişkilerde Geçerliliği” İstanbul Barosu Dergisi C. 80, Sayı: 3, Y. 2006.
- SAĞLAM Musa; Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabuledilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi) Avrupa Konseyi 2013, Şen Matbaa, Ankara.
- SUNAY, Reyhan, “İnsan HAKLARININ YATAY Etkisi ve Devletin Sorumluluğu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 23, Sayı 1, Yıl 2015, s. 11.
- ŞEN Murat/KAPLAN Recep; Anayasa Mahkemesinin İfade Özgürlüğü Konusunda Verdiği Kararların Özeti, Avrupa Konseyi, Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi AB-AK Ortak Projesi, MatbamAjans&Reklam&Tanıtım, Ankara.
- TAKCI Tuğçe, Türk ve Avrupa Hukukunda Temel Hak Boyutuyla Adil Yargılanma Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017;
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM M. Ruhan/SANCAKTAR Oğuz/ÖNOK, R. Murat; İnsan Hakları El Kitabı, 2. B, Ankara 2009.
- TURABİ, Selami; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, Seçkin Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2017.

- YALÇINÖZ, Bahadır; “Bireysel başvuruya konu olamayacak işlem ve kararlar” Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi Cilt 1, Sayı 2, s.187 - 206;
- YAMLI, Mehmet Sadık; Bireysel Başvuruda İdari Yargıya İlişkin İhlal Kararları,(Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi, Şen Matbaa, Ankara 2016.
- Yargı Mensupları İçin Uluslararası Koruma Süreçleri El Kitabı, Türkiye'nin Ulusal İltica Sisteminin Kuvvetlendirilmesi Projesi, Ankara 2021.
- YILDIRIM Zeki, “ 6384 Sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun: İnsan Hakları İhlallerinin Çözümüne Dair Farklı Bir Yaklaşım” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:17, Sayı :1-2 Ocak – Nisan 2013, s.1725 – 1756.
- ZRVANDYAN, Arman; İdari Yargıda Avrupa Adil Yargılanma Standartlarına İlişkin Emsal Kararlar, (Çeviri: Nilay Arat), Avrupa Konseyi/ FolkeBernadotte Akademisi, Mart 2021 Türkçe Baskısı, Tam Pozitif Reklamcılık ve Matbaacılık İç ve Dış Ticaret Ltd. Şti, Ankara.



İŞ YERİ DIŞINDA KURULAN KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TÜKETİCİ İŞLEMİ NİTELİĞİNE VE KEFİLİN KEFALETTEN CAYMA HAKKINA İLİŞKİN ALMAN FEDERAL MAHKEMESİ KARARININ ALMAN VE TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Fikriye Ceren SADIOĞLU*

Öz

Bir kişisel teminat türü olan kefalette kefil, alacaklıya, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından sorumlu olmayı üstlenmektedir. Kefalet sözleşmesinin bir tüketici işlemi olarak kabul edilip edilemeyeceği ve dolayısıyla kefilin tüketici hukukunun tüketiciyi koruyucu mekanizmalarından yararlanıp yararlanamayacağı Alman hukukunda tartışmalıdır. Alman hukukunda tüketici hukukuna ilişkin hükümlerin uygulama alanı BGB § 312'de belirtilmiştir. Alman Federal Mahkemesi'nin güncel kararına göre kefalet sözleşmesi, kanunun aradığı anlamda karşılıklı borç yükleyen bir tüketici sözleşmesi olmadığından kefilin kefaletten caymasından söz edilemez. Konu Türk hukuku bakımından da tartışmalı olmakla birlikte kefil, ticarî veya meslekî olmayan amaçlarla kefil olmuşsa tüketici sıfatına sahip olur ve kefalet sözleşmesi tüketici işlemi olarak kabul edilebilir. Ancak bu kabul, tüketici

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye | Asst. Prof. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli University, Faculty of Law, Department of Civil Law, Ankara, Turkey.

✉ ceren.sadioglu@hbv.edu.tr • ORCID 0000-0002-5751-8973

✎ **Atf Şekli** | Cite As: SADIOĞLU, Fikriye Ceren: "İş Yeri Dışında Kurulan Kefalet Sözleşmesinin Tüketici İşlemi Niteliğine ve Kefilin Kefaletten Cayma Hakkına İlişkin Alman Federal Mahkemesi Kararının Alman ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", SÜHFD, C. 31, S. 3, 2023, s. 1137-1184.

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

✎ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



kefilin tüketiciyi koruma amacıyla getirilen tüm imkanlardan yararlanabileceği anlamına gelmemektedir. Cayma hakkı, tüketiciyi koruyan önemli bir hak olmakla birlikte, bütün tüketici işlemlerinde tüketiciye tanınmamıştır. Kefalet sözleşmesinde kefilin bu hakka sahip olması için çabalamak, hem cayma hakkına ilişkin hükümlerle korunmak istenen menfaate hem de kefalete ilişkin hükümlere uygun düşmemektedir.

Anahtar Kelimeler

Tüketici İşlemi • İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşme • Tüketici Kredisi • Kefalet Sözleşmesi • Kefaletten Cayma

EVALUATION OF THE DECISION OF THE GERMAN FEDERAL COURT OF JUSTICE ON THE QUALITY OF THE CONSUMER TRANSACTION OF THE SURETY CONTRACT CONCLUDED OUTSIDE THE WORKPLACE AND THE RIGHT TO WITHDRAWAL OF THE SURETY IN TERMS OF GERMAN AND TURKISH LAW

Abstract

In a suretyship, which is a type of personal guarantee, the surety undertakes to be responsible to the creditor for the consequences of the debtor's failure to fulfill the debt. It is controversial in German law whether the surety contract can be considered as a consumer transaction and therefore whether the surety can benefit from the consumer protection mechanisms of consumer law. The scope of application of the provisions related to consumer law in German law is specified in BGB § 312. According to the current decision of the German Federal Court of Justice, since the surety contract is not a synallagmatic consumer contract in the sense sought by the law, it cannot be said that the surety withdraws the suretyship. Although the issue is also controversial from the point of view of Turkish law, if the surety has become a guarantor for commercial or non-professional purposes, he has the title of consumer and the surety contract can be considered as a consumer transaction. However, this acceptance does not mean that the consumer surety can benefit from all the opportunities brought for the purpose of consumer protection. Although the right to withdrawal is an important right that protects the consumer, it is not recognized to the consumer in all consumer transactions. Striving for the surety to have this right in the surety contract does not comply with both the interest sought to be protected by the provision on the right to withdrawal and the provisions related to suretyship.

Keywords

Consumer Transaction • Contract Concluded Outside of The Workplace • Consumer Loan • Contract of Surety • Withdrawal of Surety

GİRİŞ

Çalışma kapsamında, Alman Federal Mahkemesi'nin 22 Eylül 2020 tarihli ve XI ZR 219/19 sayılı kararından yola çıkılarak iş yeri dışında kurulan kefalet sözleşmesinin tüketici işlemi niteliği ve kefilin kefaletten cayma hakkının bulunup bulunmadığı meselesi ele alınmıştır. Söz konusu karara ilişkin olayda limited şirket müdürü, asıl borçlu olan limited şirketin bankaya cari hesap şeklinde işleyen kredi sözleşmesinden doğan borcunu yerine getirmemesinin sonuçlarından sorumlu olmayı, kendi iş yerinde imzaladığı kefalet sözleşmesi ile üstlenmiştir. Kefil, müşterek müteselsil sıfatıyla azamî bir meblağa kefil olmuştur. Hamburg Eyalet Yüksek Mahkemesi, kefilin kefil olma yönündeki iradesinden BGB § 312/f. 1, BGB § 312g/f. 1 ve BGB § 355'e dayanarak cayabileceğini kabul etmiştir. Ayrıca mahkeme, BGB § 312/f. 1'in yeni versiyonunun kefalet sözleşmesini kapsayıp kapsamadığı sorununu ele almıştır. Alman Federal Mahkemesi önceki içtihatlarında, BGB m. 312/f. 1'in eski düzenlemesi bakımından cayma hakkının varlığını kabul etmekteydi. İnceleme ve değerlendirme konusu olan bu kararda Alman Federal Mahkemesi, önceki içtihadı uygun bir yorumun BGB § 312g bakımından yapıp yapılamayacağını ve Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın ön kararının gerekip gerekmediği meselesini tartışmaktadır. Alman Federal Mahkemesi, bir tüketicinin mesafeli olarak veya iş yeri dışında kefil olmayı taahhüt etmesi halinde BGB § 312g'ye göre cayma hakkının bulunmadığına karar vermiştir. Türk hukukunda tüketici kefilin kefaletten cayma hakkı konusunda herhangi bir kanunî düzenleme bulunmamakla birlikte konu doktrinde tartışmalıdır. Çalışmada öncelikle kararın çevirisi yapılmış ve Alman Federal Mahkemesi'nin kararı genel hatlarıyla incelenmiş olup, iş yeri dışında kurulan kefalet sözleşmesinin tüketici işlemi niteliği ve kefilin kefaletten cayması konusu Alman ve Türk hukuku bakımından değerlendirilmiştir.

I. ALMAN FEDERAL MAHKEMESİ KARARI

A. Kararın Çevirisi

BGB §§ 312, 312b, 312g, 765

BGH: Kefilin BGB § 312g uyarınca cayma hakkı yoktur.

(Senato'nun aksi yöndeki kararı için bkz. 9.3.1993-XI ZR 179/92, WM 1993, 683).

BGH, Urt. v. 22.9.2020 – XI ZR 219/19

(OLG Hamburg, 26.04.2019 - 13 U 51/18 - LG Hamburg, 29.03.2018 - 333 O 57/17)

Dava Konusu Olay:

1. Davacı Banka, müşterek müteselsil kefil olan davalıdan sözleşmede belirlenmiş olan azamî miktarı ödemesini talep etmiştir.

2. Davacı Banka, K. Limited Şirketi'ne (asıl borçlu olarak anılacaktır) 22.12.2015 tarihli sözleşme ile yıllık %7,5 faiz oranı ile 300.000 Euro miktarında bir cari hesap kredisi vermiştir. Davalı, K. Limited Şirketi'nin tek ortağı ve müdürüdür. Davalı, davacı bankaya karşı, kredi sözleşmesinden doğan tüm alacakları azamî 170.000 Euro'ya kadar teminat altına almıştır. Davalı, kefalet sözleşmesini 22.12.2015 tarihinde asıl borçlunun iş yerinde davacı Banka çalışanının huzurunda imzalamıştır. Davalıya kefaletten cayma hakkında bilgi verilmemiştir.

3. Asıl borçlu aleyhine iflas davasının açılmasından sonra davacı Banka, 26.04.2016 tarihli ihtarname ile cari hesap kredi sözleşmesini önceden ihbarda bulunmaksızın feshetmiştir ve 295.770,65 Euro bakiyenin ödenmesini talep etmiştir. Davacı Banka, bakiye miktarın faizi ile birlikte 29.06.2016 tarihine kadar ödenmesini 01.06.2016 tarihli ihtarname ile davalıya bildirmiştir. Davalı vekili, önce davalının kefalet sözleşmesinden kaynaklanan aslî sorumluluğunu kabul etmiştir. Ancak 21.09.2016 tarihli ihtarname ile, kefilin 22.12.2015 tarihinde kefalet sözleşmesinin kurulması yönündeki iradesinden caydığını açıklamıştır.

4. İlk derece mahkemesi, davacıya 170.000 Euro'nun ve işleyen 6.474,36 Euro faizin yanında 29.03.2017'den itibaren yasal faiz oranının beş puan üzerinde işleyecek olan ilave faizin ödenmesini kabul etmiştir. İstinaf mahkemesi ise ilk derece mahkemesinin kararını reddetmiştir. İstinaf mahkemesinin davalının istinaf talebini kabul etmesi üzerine davacı talebini yinelemiştir.

Gerekçeler:

A.

5. İstinaf mahkemesi tarafından kabul edilen istinaf başvurusu, istinaf dilekçesine verilen cevaptaki görüşünün aksine tamamen geçerlidir (ZPO § 543 f. 1/b. 1).

6. İstinaf mahkemesi, istinaf başvurusunu kabul etmesinin gerekçesini sadece Alman Federal Mahkemesi'nin kapıdan yapılan işlemlerde kefilin cayma hakkının Avrupa Tüketici Hakları Yönergesi'ne aykırı olabileceği ve Avrupa Birliği Adalet Divanı'na bu konuda başvurulabileceği yönündeki yerleşik içtihadına dayandırdığından, kural olarak istinaf başvurusunun kabulünü engelleyen bir durum bulunmamaktadır.

7. Alman Federal Mahkemesi'nin yerleşik içtihadına göre, temyiz incelemesi uygun bulunan hukukî meselenin, kısmî bir karara veya sınırlı bir temyiz incelemesine konu olabilecek, uyuşmazlığın açıkça tanımlanabilen ve bağımsız bir kısmı bakımından ortaya çıkması halinde, temyiz incelemesinin kabulü bu kısım ile sınırlı olacaktır. Buna karşılık, tek bir uyuşmazlık konusu içerisindeki münferit uyuşmazlıklar bakımından sınırlı bir temyiz talebinin kabulü söz konusu olamaz.

8. Bu kriterlere göre, istinaf mahkemesinin Yönerge'nin uygulama alanına ilişkin açıklamaları tek başına iptal edilemez; çünkü davalının BGB § 355 uyarınca (BGB § 312b/f. 1 ve BGB § 312g/f. 1 ile bağlantılı olarak) cayma hakkını geçerli bir şekilde kullanıp kullanmadığı, uyuşmazlığın sadece bir kısmıdır. Temyiz incelemesinin sınırlandırılması geçersizdir. Sonuç itibariyle, itiraz edilen kararın amacına uygun olarak temyiz talebi, sınırlama olmaksızın kabul edilir.

B.

9. Davacının temyiz talebi yerindedir. Bu durum, istinaf mahkemesi kararının kaldırılmasına ve konunun istinaf mahkemesine geri gönderilmesine yol açar.

I.

10. İstinaf mahkemesi kararını gerekçelendirirken esas olarak şunları belirtmiştir:

11. Kefil, 21.09.2016 tarihli ihtarnamesi ile kefalet sözleşmesinden caydığını geçerli olarak bildirdiği için, davacının davalıdan kefaletten kaynaklanan talep hakkı bulunmamaktadır.

12. Kefalet sözleşmesi kurulurken BGB § 13 anlamında tüketici olarak hareket eden davalı, cayma hakkını kullanmadan önce davacının talebini kabul etmemiştir. Bu nedenle cayma hakkının BGB § 242'ye göre (doğruluk ve güven kuralları gereği) kaybedilmediği kabul edilmelidir. Davalı ayrıca BGB § 312/f. 1, BGB § 312b/f. 1/b. 1, BGB § 312g/f. 1'e göre cayma hakkına sahiptir. BGB § 312/f. 1'de öngörülen koşullar bulunmaktadır. BGB § 312, 2011/83/AB sayılı Tüketici Hakları Yönergesi'nin uygulanmasına hizmet etmektedir. Birlik hukukunun standartları uyarınca yorumlandığında, kefalet sözleşmesinde bankanın karşılıklı bir edimi söz konusudur. Burada bankanın edimi, asıl borçluya, kefalet ile teminat altına alınan krediyi sağlaması veya asıl borçlunun geri ödemesi gereken bir krediyi ertelemesidir. BGB § 312/f. 1'de kullanılan "karşılık" kavramı, Tüketici Hakları Yönergesi'nin özelliği uyarınca geniş olarak anlaşılmalıdır ve tüketicinin sadece para ödemesi olarak anlaşılmamalıdır. Manevî nitelikte olmayan ve teminat verme gibi piyasa değeri bulunan karşılıklar da buna dâhildir.

13. Ayrıca, Avrupa Birliği Adalet Divanı, 85/577/AET'ye ilişkin olarak, kefalet sözleşmesinin kural olarak bu Yönerge'nin kapsamına girdiği yönünde karar vermişti (EuGH, Urt. v. 17.3.1998 - C 45/96). Avrupa Birliği Adalet Divanı, Yönerge'nin uygulanmasını tüketici tarafından kapıdan yapılan işlemlerden doğan borçların kefaletle teminat altına alınması ile sınırlandırdığı için, Alman Federal Mahkemesi'nin içtihatlarına göre bu sınırlandırma, Alman hukuku için geçerli değildir. Bu içtihatlara bağlı kalınabilir. Tüketici Hakları Yönergesi, 85/577/AET'den farklı olarak tam uyumlulaştırmayı amaçlamaktadır. Bununla birlikte Yönerge daha da geliştirilerek, kendi uygulama alanına girmeyen sözleşmeler bakımından üye devletlere Yönerge'ye karşılık gelen kendi ulusal hukuk kurallarını uygulama veya yeni düzenleme yapma imkânı sağlanmıştır. Alman Federal Mahkemesinin içtihadı, BGB § 312'ye de uygundur. Bu hükmün yeniden düzenlenmiş hâli, kefalet veya başka bir teminat işleminin cayma hakkı

avantajından hariç tutulması gerektiğine yönelik bir gösterge içermemektedir.

II.

14. İstinaf mahkemesinin gerekçeleri, hukukî bir incelemeye dayanmamaktadır. İstinaf mahkemesi, davalının kefalet sözleşmesinin kurulmasına yönelik 22.12.2015 tarihli irade beyanından, BGB § 355'e göre (BGB § 312b/f. 1 ve BGB § 312g/f. 1 ile bağlantılı olarak) geçerli bir şekilde caydığını kabul etmiştir ve bu hatalıdır.

15. 1. BGB § 355'e göre (BGB § 312b/f. 1 ve BGB § 312g/f. 1 ile bağlantılı olarak) cayma hakkının söz konusu olması için, BGB § 312/f. 1'e göre bankanın karşılık ediminin bulunduğu bir tüketici sözleşmesinin (BGB § 310/f. 3) varlığı gereklidir. Bankanın, bir tüketici sözleşmesi niteliğindeki sözleşmeden kaynaklanan karakteristik edimi yerine getirmesi gerekmektedir. Cayma hakkından söz edilebilmesi için gerekli olan bu koşullar kefalet sözleşmesinde bulunmamaktadır.

16. a) HWiG § 1'e ve 12 Haziran 2014'e kadar yürürlükte olan BGB § 312/f. 1/c. 1/ b.1'e ilişkin önceki içtihatların aksine, BGB § 312b ve BGB § 312g'nin uygulanması için, kefilin edim borcu karşılığında karşı taraftan kendisi veya üçüncü bir kişi için bu sözleşmeden doğan bir yarar sağlaması beklentisi içerisinde olması yeterli değildir. Gerçi bu bakış açısı, HWiG § 1 ve BGB § 312/f. 1/c. 1/b. 1 kapsamına girecek bir sözleşmenin karşılıklı edim içermesi şartını taşıdığını kabul etmek bakımından yeterliydi. Alacaklının asıl borçluya kredi vermesi karşılığında tüketici tarafından üstlenilen bir kefalette bu anlamda karşılıklı edim söz konusu olduğu şekilde geniş bir yorumlama yapılmaktaydı. 13 Haziran 2014'ten itibaren geçerli olan BGB § 312/f. 1 düzenlemesine göre artık bu durum farklılaşmış; satıcı/sağlayıcının, tüketicinin yerine getireceği edim karşılığında, sözleşme ile üstlendiği edimi (sözleşmenin karakteristik edimini) yerine getirmesi gerektiği kabul edilmiştir. Hükmün açık ifadesine göre tüketicinin sözleşmenin karakteristik edimini karşılıklı olarak yerine getirmeyi üstlenmesi, bu hükmün uygulama alanına girmemektedir.

17. b) HWiG § 1 ve BGB § 312/f. 1/c. 1/ b.1'e ilişkin önceki içtihatlar kısmen savunulursa, kefalet bu anlamda karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme olarak şekillenebilir. Kefilin teminat sağlamayı

üstlenmesi, alacaklı tarafından yerine getirilecek bir edimin karşılığını oluşturduğuna göre satıcı/sağlayıcının karşı edimi, tüketici sözleşmesinden doğmaktadır ve tüketici sözleşmesinde BGB § 355'e göre (BGB § 312g/f. 1 ile bağlantılı olarak) tüketicinin cayma hakkı söz konusudur. Bu imkân, BGB § 310/f. 3'e göre bir tüketici sözleşmesi var olmasını öngören BGB § 312/f. 1'den kaynaklanmaktadır. BGB § 310/f. 3'ye tâbi olmayan ayrı bir sözleşmeden doğan edimin, satıcı/sağlayıcı tarafından üçüncü kişiye ifa edilmesi yeterli değildir.

18. c) Ayrıca BGB §§ 312 ff.'in uygulama alanına finansal hizmet sözleşmelerinin girmesi, davalının cayma hakkına sahip olduğu anlamına gelmez. Kefalet veya diğer kredi teminatları, BGB § 312/f. 5/c. 1'deki finansal hizmetlerin yasal tanımının kapsamına girmez. BGB §§ 312 ff.'in değişikliği ile kavram değişmemiş bilakis kanun koyucu tarafından açıklığa kavuşturulmuştur ve değişiklik BGB § 312/f. 1/c. 2'nin eski hâli ile uyumludur. Daha sonra, (BGB § 312/f. 1'e göre) satıcı/sağlayıcı tarafından sözleşmenin karakteristik ediminin yerine getirilmesi gerektiği ve tüketicinin bu sözleşmeden dolayı hak sahibi olan kişi olması gerektiği kabul edilmiştir.

19. d) BGB § 312b/f. 1 ve § 312g/f. 1 ile bağlantılı olarak BGB § 355'e göre cayma hakkı, koruma amacı düşüncesinden hareketle, kıyas yolu ile iş yeri dışında kurulan tüketici kefaletlerine genişletilemez. Kanunî düzenlemede boşluk söz konusu değildir.

20. aa) Kanun koyucu, 20.09.2013 tarihli Tüketici Hakları Yönergesi'nin Uygulanması ve Konut Kirası Aracılığının Düzenlenmesine İlişkin Kanun'da Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (BGBl. I 2013, S. 3642) ile BGB §§ 312 ff.'de yeni düzenleme yaparak sadece tüketicinin karşı edim yükümlülüğünün söz konusu olduğu iki tarafa borç yükleyen tüketici sözleşmelerini kapsama almıştır. Bu durum, kanun tasarısının gerekçesinden anlaşılmaktadır. Buna göre, bir tüketici sözleşmesinin BGB § 312'ye tâbi olması için, satıcı/sağlayıcının (§ 14) bir mal teslim etmeyi ya da hizmet sağlamayı taahhüt etmesi, tüketicinin (§ 13) de bunun karşılığında bir edim ifa etmesi gerekmektedir. Tüketicinin edimi sadece para ödenmesi ile sınırlı olmayıp para dışındaki edimler de söz konusu olabilir.

21. Buna karşılık, tüketicinin sözleşmenin karakteristik edimini yerine getirmeyi borçlandığı sözleşmeler, tıpkı karşılıksız tüketici sözleşmeleri gibi kapsama alınmamalıdır.

22. bb) Kanun koyucunun BGB § 312'yi yeniden düzenlerken yüksek mahkemenin HWiG § 1 ve BGB § 312/f. 1/c. 1/b. 1'e ilişkin önceki içtihatlarını neden gözardı ettiği ve bu hukukî durumu ortadan kaldıracak iradesinin neden bulunmadığı bilinmemektedir.

23. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 17 Mart 1998 tarihli kararının (C-45/96, "Dietzinger", Slg. 1998, I-1199), kefalette cayma hakkının varlığı konusunda doktrinde ve yargı kararlarında yıllarca süren tartışmaya sebep olduğu bilinmektedir. Bununla birlikte kanun koyucu, kanunun, tüketici sözleşmesinin konusu olarak satıcı/sağlayıcının bir karşılık edimde bulunması gerekliliğini kabul etmesinin, aynı tartışmanın tekrarlanması riskini doğuracağına açıkça dikkat çekmiştir. Kanun koyucu, BGB § 312/f. 1'i yeniden düzenlerken bunu, cayma hakkının tek tarafa borç yükleyen kefalet sözleşmesinde de var olduğunu kabul etmek için bir fırsat olarak görmemiştir. Kanun koyucu, 06.01.2020 tarihine kadar geçerli olan Avrupa Parlamentosu ve Konseyin 25.10.2011 tarih ve 2011/83/AB sayılı, Tüketici Haklarına İlişkin 93/13/AET sayılı Konsey Yönergesi ve 1999/44/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi'ni değiştiren 85/577/AET sayılı Konsey Yönergesi ile 97/7/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergeleri'ni ilga eden Yönergesi'nin 4. maddesinin (ABl. L 304, 22.11.2011, S. 64; 2011/83/AB sayılı Yönerge olarak anılacaktır) temel olarak Yönerge'nin kapsamına girmeyen sözleşmelere uygulanma olasılığının yolunu açtığının bilincindeydi.

24. cc) Ayrıca 13.06.2014 tarihinden itibaren BGB §§ 312 ff. maddelerinde yapılan değişikliklerle birlikte, iş yeri dışında kurulan sözleşmelerde ve mesafeli sözleşmelerde cayma hakkı hakkındaki hükümler büyük ölçüde standart hale getirilmiştir. BGB § 312/f. 1'in uygulama alanının sınırlandırılması, o dönemdeki yüksek mahkeme içtihatlarına uygundu. Tüketici sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen (ivazlı) bir sözleşme olmasına (satıcı/sağlayıcının karşılık ediminin söz konusu olmasına) ilişkin BGB § 312/f. 1'in sınırlaması, hem iş yeri dışında kurulan sözleşmeleri hem de mesafeli sözleşmeleri

ilgilendirmektedir. Bu düzenleme, İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmelerde Tüketicilerin Korunmasına İlişkin 20.12.1985 tarihli 85/577/AET sayılı eski Konsey Yönergesi (ABl. L 372, 31.12.1985, S. 31; 85/577/AET sayılı Yönerge olarak anılacaktır) ile Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunmasına İlişkin 20.05.1997 tarihli 97/7/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi'ni (ABl. L 144, 4.6.1997, S. 19; 97/7/AT sayılı Yönerge olarak anılacaktır) birleştirmiştir.

25. BGB § 312b'nin eski düzenlemesine göre tedarik eden tarafında satıcı/sağlayıcının, müşteri tarafında tüketicinin bulunduğu mesafeli sözleşmelerde tüketicinin cayma hakkı vardı. Sadece tüketici tarafından mal tedarikine ilişkin sözleşmeler bu kapsamda değildi. Hâkim görüşüne göre, tüketiciler tarafından sağlanan kefaletler de dâhil kredi teminatları için de aynı durum geçerliydi (cayma hakkı yoktu). Kanun koyucunun açık atfı sebebiyle, 2011/83/AB sayılı Yönerge m. 2/f. 5 ve f. 6'nın mesafeli sözleşmeler için belirlemiş olduğu sözleşme anlayışını sürdürmek ve BGB § 312/f. 1'in kabul edilmesiyle iş yeri dışında kurulan sözleşmeleri de kapsam içerisine almak gerekmektedir.

26. 2. BGB § 312/f. 1, BGB § 312b/f. 1, BGB § 312g/f. 1, Yönerge'ye uygun yorum ve hukuk yaratma yoluyla kefalet sözleşmelerine genişletilemez. BGB § 312/f. 1, tüketici sözleşmesinin konusu olarak satıcı/sağlayıcının bir karşılık edimini öngördüğü için, 2011/83/AB sayılı Yönerge'ye uygundur.

27. 2011/83/AB sayılı Yönerge m. 3/f. 1'e dayanılarak bunun aksi yönünde bir yorum yapılamaz. 2011/83/AB sayılı Yönerge m. 3/f. 1'in ikinci kısmında yer alan "satıcı/sağlayıcı ile tüketici arasındaki her sözleşme" tanımlamasına göre -BGB § 310/f. 3'a da uygun olarak-satıcı/sağlayıcı ile tüketici arasındaki sözleşmeler, konusuna bakılmaksızın bu kapsama girmektedir. Ancak bu sözleşme, 2011/83/AB sayılı Yönerge m. 3/f. 1'in birinci kısmında belirtilen koşulları taşıdığı takdirde bahsi geçen satıcı/sağlayıcı ile tüketici arasındaki sözleşmeler kapsama girmektedir. Mesafeli olarak kurulan tüketici satış sözleşmelerinde veya iş yeri dışında kurulan tüketici sözleşmelerinde cayma hakkı, Yönerge'nin 9. maddesinde düzenlenmiştir. Yönerge m. 9/f. 1'e göre tüketicinin, m. 9/f. 2'de özel olarak belirtilen sözleşmelerde 14 günlük cayma hakkı vardır. Yönerge m. 2/b. 6 kapsamındaki hizmet

sözleşmeleri, m. 2/b. 5 kapsamındaki satış sözleşmeleri ile belirli bir hacim veya miktarda satışa sunulmamak kaydıyla uzaktan ısıtma sistemlerinde su, gaz ve elektrik tedarikine ilişkin sözleşmelerde veya fiziksel bir veri taşıyıcısı ile tedarik edilmeyen dijital içeriklerde tüketicinin cayma hakkı bulunmaktadır.

28. Daha sonra, önceki 85/577/AET sayılı Yönerge ile 97/7/AT sayılı Yönerge'de yer almayan, kamu hizmetlerinin sağlanmasına ve dijital içeriklerin tedarikine ilişkin sözleşmeler de Yönerge'nin uygulama alanına eklenmiştir. Bu sözleşmeler satış veya hizmet sözleşmeleri olarak değil kendine özgü yapısı olan sözleşmeler olarak ele alınmalıdır. 2011/83/AB sayılı Yönerge m. 3/f. 1'e göre (m. 9/f. 2 ile bağlantılı olarak) tüketiciye tek taraflı borç yükleyen sözleşmelerde cayma hakkı bulunmamaktadır. Bu sözleşmeler, satıcı/sağlayıcının edimi söz konusu olmadığı için Yönerge'nin uygulama alanına girmez.

29. 2011/83/AB sayılı Yönerge m. 3/f. 1'deki bu anlayış, Yönerge'nin koruma amacına uygundur. Çünkü Yönerge, tüketici ve satıcı/sağlayıcı arasındaki tüm sözleşmeleri uygulama alanına almayı amaçlamamaktadır. Yönerge tarafından oluşturulan koruma sistemi daha ziyade tüketicinin satıcı/sağlayıcı karşısında zayıf bir pozisyonda olduğu ticarî sözleşmeleri kapsamına almayı amaçlamaktadır. İş yeri dışında kurulan sözleşmelerde cayma hakkı ile amaçlanan, bu yolla kurulan sözleşmelerde sözleşme müzakerelerinin genellikle satıcı/sağlayıcı tarafından başlatılması ve iş yeri dışındaki tüketicinin buna henüz hazır olmaması ve psikolojik olarak baskı altında olması sebebiyle oluşacak dezavantajları dengelemektir. İş yeri dışında kurulan sözleşmelerde, tüketicinin başka türlü satın almayacağı mal veya hizmetleri, mal veya hizmetin kalitesini ve fiyatını karşılaştırma imkânı olmadığı için yüksek fiyatlarla satın alma tehlikesi bulunur. Mesafeli satış sözleşmesinde cayma hakkı ile tüketiciye satın aldığı malı incelemesi ve denemesi veya hizmetin özelliklerini dikkate alması için uygun bir süre tanınmıştır. Tüm hususlar, satıcı/sağlayıcının bir edimine odaklanmaktadır. Yönerge'nin 6. maddesindeki satıcı/sağlayıcının bilgilendirme yükümlülüğü ile 14. maddesindeki tüketicinin yükümlülükleri birbiriyle bağlantılıdır. Ayrıca satıcı/sağlayıcının

malların teslimi, hizmetlerin yerine getirilmesi ve bakım hizmetlerinin sağlanması yükümlülüğünün olduğu anlaşılmaktadır.

30. 3. Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın 267. maddesine göre Avrupa Birliği Adalet Divanı'na başvurmak için bir sebep bulunmamaktadır.

31. Birlik hukukuna ilişkin önemli bir mesele ortaya çıkmamıştır. 2011/83/AB sayılı Yönerge'nin -BGB § 312/f. 1'e göre- satıcı/sağlayıcının mutlaka karşılık edimini gerektirip gerektirmediği, Yönerge'nin lafzına, sistematığına ve amacına bakıldığında kolayca cevaplanabilir. Birlik hukukunun doğru uygulanışı ile ilgili şüphe yoktur.

32. Temyiz edilen karar bozulmuş ve Senato, davanın esası hakkında karar veremediği için (ZPO § 563/f. 3) istinaf mahkemesine geri gönderilmiştir.

33. İstinaf mahkemesi, davalı tarafından 15.12.2017 tarihinde yapılan savunmada kefalet sözleşmesinin geçerliliğine ve kredi sözleşmesinin feshine ilişkin yapılan itirazları ele almamıştır. Davalı bu itirazlara, hem 18.06.2018 tarihli istinaf dilekçesinde hem de 13.11.2018 tarihli yazılı beyanında atıfta bulunmuştur. ZPO § 296a uyarınca sözlü duruşmanın bitiminden sonra sunulan yazılı savunmada, ilk derece mahkemesinin davalının beyanlarını dikkate almaması, istinaf mahkemesinde bu beyanların tekrarlanmasına engel olmaz. Bu durumda ZPO § 529 ve ZPO § 531'e göre yeni bir başvuru olarak değerlendirilecektir. Senato, davacının ZPO § 531/f. 2 uyarınca ilk derece mahkemesindeki itirazlarının kabulü için nedenlerin olup olmadığına ilişkin bir inceleme yapmayı reddetmiştir. Bu inceleme ve ayrıca itirazın kabulü halinde tespit yapılması, istinaf mahkemesinin görevidir.

B. Olayın Özeti

Davacı Banka, asıl borçlu olan K. Limited Şirketi ile akdettiği 22.12.2015 tarihli sözleşmeye göre yıllık %7,5 faiz oranı ile 300.000 Euro miktarında cari hesap şeklinde işleyen kredi (*Kontokorrentkredit*) vermiştir. Limited şirketin müdürü, şirketin tek ortağıdır. Müdür, asıl borçlunun bankaya kredi sözleşmesinden doğan borcunu yerine getirmemesinin sonuçlarını, kendi iş yerinde davacı bankanın çalışanının huzurunda imzaladığı kefalet sözleşmesi ile üstlenmiştir. Sözleşmeye göre müdür, müşterek müteselsil sıfatıyla azamî 170.000

Euro için 22.12.2015 tarihinde kefil olmuştur. Sözleşme kurulurken kendisine cayma hakkı konusunda herhangi bir bilgilendirme yapılmamıştır.

Asıl borçlu aleyhine iflas davasının açılmasından sonra davacı Banka, 26.04.2016 tarihli ihtarname ile cari hesap şeklinde işleyen kredi sözleşmesini önceden ihbarda bulunmaksızın feshederek 295.770,65 Euro bakiyenin ödenmesini talep etmiştir. Davacı Banka, bakiye miktarın faizi ile birlikte 29.06.2016 tarihine kadar ödenmesini 01.06.2016 tarihli ihtarname ile davalıya bildirmiştir. Kefil ise 21.09.2016 tarihli ihtarname ile kefalet sözleşmesinden caydığını bildirmiştir. Banka, kredi borcunun ödenmesi için BGB § 765/f. 1' dayanarak kefile dava açmıştır.

İlk derece mahkemesi, davalı tarafından davacıya 170.000 Euro'nun ve işleyen 6.474,36 Euro faizin yanında 29.03.2017'den itibaren yasal faiz oranının beş puan üzerinde işleyecek olan ilave faizin ödenmesini kabul etmiştir. Davalının istinaf mahkemesine başvurusu üzerine istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak davacının talebini reddetmiştir. Daha sonra karar, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

C. Mahkemelerin Kararları

1. İlk Derece Mahkemesinin ve İstinaf Mahkemesinin Kararı

Alman Federal Mahkemesi'nin kararında, ilk derece mahkemesinin kararı ile ilgili ayrıntılı açıklamalar yapılmamıştır¹. Kararda sadece ilk derece mahkemesinin, davalı tarafından davacıya 170.000 Euro'nun ve işleyen 6.474,36 Euro faizin yanında 29.03.2017'den itibaren yasal faiz oranının beş puan üzerinde işleyecek olan ilave faizin ödenmesini kabul ettiği ifade edilmektedir. Kararda ayrıca ilk derece mahkemesinin, ZPO § 296a uyarınca sözlü duruşmanın bitiminden sonra sunulan yazılı savunmada davalının beyanlarını dikkate almadığı belirtilmiştir. Davalı kefil, ilk derece mahkemesinin kararına karşı istinaf yoluna başvurmuştur².

¹ Alman Federal Mahkemesi kararının tam metni için bkz. BGH, Urt. v. 22.9.2020 – XI ZR 219/19, NJW, 2020, s. 3649-365, <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 01.06.2022.

² İlk derece mahkemesi kararının tam metni için bkz. LG Hamburg, Urt. v. 29.03.2018 - 333 O 57/17, BeckRS, 2018, 51287, <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 01.06.2022.

İstinaf mahkemesi, davalı kefilin kefalet sözleşmesinin kurulmasına yönelik 22.12.2015 tarihli irade beyanından, BGB § 355'e göre (BGB § 312b/f. 1 ve BGB § 312g/f. 1 ile bağlantılı olarak) geçerli bir şekilde caydığını kabul etmiştir³. Mahkeme, davalının, kefalet sözleşmesi kurulurken BGB § 13 anlamında tüketici olarak hareket ettiğini ve cayma hakkını kullanmadan önce davacının talebini kabul etmediğinden BGB § 242'ye göre doğruluk ve güven kuralları gereği cayma hakkını kaybetmediğini kabul etmiştir. Mahkeme, Alman Federal Mahkemesi'nin içtihatlarına dayanarak, limited şirket müdürü tarafından imzalanan kefalet sözleşmesinin özel amaç için yapılan bir hukukî işlem olduğunu, kefilin ticarî veya meslekî amaçlarla hareket etmediğini ve bu nedenle bir tüketici işlemi olduğunu kabul etmiştir⁴. Bunun sonucu olarak davalı kefilin BGB § 312/f. 1, BGB § 312b/f. 1/b. 1, BGB § 312g/f. 1 maddeleri uyarınca cayma hakkına sahip olduğunu ifade etmiştir.

İstinaf mahkemesine göre BGB § 312, 2011/83/AB sayılı Tüketici Hakları Yönergesi'nin uygulanmasına hizmet etmektedir ve birlik hukukunun standartları uyarınca yorumlanmalıdır. Bu nedenle BGB § 312 maddesinde aranan "karşılıklı edimin" geniş yorumlanması gerektiği ve bu karşılığın kefalet sözleşmesinde var olduğu kabul edilmelidir⁵. İstinaf mahkemesine göre, kefalet sözleşmesi kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olsa da ve herhangi bir karşılık edimi gerektirmese de somut olayda kefilin kefil olma ediminin karşılığında bankanın kredi verme edimi bulunmaktadır.

İstinaf mahkemesi, önceki 85/577/AET sayılı Yönerge'ye ilişkin olan 17.3.1998 tarihli Avrupa Birliği Adalet Divanı kararına karşı olmadığını açıklamıştır. Somut olaydaki sözleşme, BGB § 312b/f. 1/b. 1'de düzenlenen iş yeri dışında kurulan sözleşmelerin özelliklerini taşıdığından, davalı kefalet sözleşmesinden geçerli bir şekilde cayabilir.

2. Federal Mahkemenin Kararı

³ İstinaf mahkemesi kararının tam metni için bkz. OLG Hamburg, Urt. v. 26.4.2019 - 13 U 51/18, BKR, 2020, s. 412-415, <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 01.06.2022.

⁴ İstinaf mahkemesinin bu husustaki kararının Alman Federal Mahkemesi'nin içtihadı ile uyumlu olduğu yönünde bkz. **TIEDEMANN**, Lutz: "Widerruf einer Geschäftsführer-Bürgschaft", BKR, 2020, s. 412-416, s. 415.

⁵ Aynı görüşte bkz. **TIEDEMANN**, s. 415.

Temyiz mahkemesi, istinaf mahkemesinin, davalının kefalet sözleşmesinin kurulmasına yönelik irade beyanından, BGB § 355'e göre (BGB § 312b/f. 1 ve BGB § 312g/f. 1 ile bağlantılı olarak) geçerli bir şekilde caydığını kabul etmesini hatalı bulmuştur. Çünkü BGB § 355'e göre (BGB § 312b/f. 1 ve BGB § 312g/f. 1 ile bağlantılı olarak) cayma hakkının söz konusu olması için, BGB § 312/f. 1 uyarınca bankanın karşılık ediminin bulunduğu bir tüketici sözleşmesinin (BGB § 310/f. 3) varlığı gereklidir. Cayma hakkından söz edilebilmesi için bankanın, tüketici sözleşmesi niteliğindeki bir sözleşmeden doğan edimi yerine getirmesi gerekmektedir. Oysa ki bu özellik, kefalet sözleşmesinde bulunmamaktadır.

Kapıdan İşlemlerde ve Benzer İşlemlerde Cayma Hakkına İlişkin Kanun (HWiG) § 1'e ve 12 Haziran 2014'e kadar yürürlükte olan BGB § 312/f. 1/c. 1/b. 1'e ilişkin Alman Federal Mahkemesi içtihadı, 13 Haziran 2014'ten itibaren geçerli olan BGB § 312/f. 1 düzenlemesine ilişkin olarak artık uygulanmamaktadır. Çünkü 13 Haziran 2014'ten itibaren geçerli olan BGB § 312/f. 1'e göre satıcı/sağlayıcı, tüketicinin yerine getireceği edim karşılığında, sözleşme ile üstlendiği edimi (sözleşmenin karakteristik edimini) yerine getirmelidir. Hükmün açık ifadesine göre tüketicinin sözleşmenin karakteristik edimini karşılıklı olarak yerine getirmeyi üstlenmesi, bu hükmün uygulama alanına girmemektedir.

Temyiz mahkemesine göre, BGB §§ 312 ff.'in finansal hizmetlere ilişkin sözleşmelere uygulanması, davalı kefilin cayma hakkına sahip olduğu anlamına gelmemektedir. Çünkü tüketicilerin kefalet veya diğer kredi teminatlarına ilişkin sözleşmeleri, BGB § 312/f. 5/b. 1'deki finansal hizmet tanımına uymamaktadır⁶. Tüketiciyi koruma düşüncesiyle bu hükümlerin kıyasen uygulanması söz konusu değildir. Zira kıyasen uygulanma için hukuk boşluğu bulunmalıdır ancak burada boşluk bulunmamaktadır. BGB § 312/f. 1, BGB § 312b/f. 1 ve BGB § 312g/f. 1'nin, Yönerge'ye uygun yorum veya hukuk yaratma yoluyla tüketici kefalet sözleşmelerini kapsamına aldığı söylenemez. Temyiz mahkemesine göre kefil, BGB § 312g uyarınca cayma hakkına sahip değildir ve kefilin

⁶ Finansal hizmetlerin BGB § 312/f. 5'te yasal olarak tanımlandığı ve kefalet sözleşmesinin, kredi verme ile bağlantılı bir bankacılık hizmeti olması sebebiyle finansal hizmet olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. TIEDEMANN, s. 416.

21.09.2016 tarihli yazılı beyanı ile 22.12.2015 tarihli kefalet sözleşmesinden cayması geçerli değildir⁷.

Temyiz mahkemesi, Avrupa Birliği Adalet Divanı'na başvurulması için bir sebep görmemiştir. Çünkü birlik hukukuna ilişkin önemli bir mesele bulunmamaktadır. 2011/83/AB sayılı Yönerge'nin -BGB § 312/f. 1'e göre- satıcı/sağlayıcının mutlaka karşılık edimini gerektirip gerektirmediği, Yönerge'nin lafzına, sistematığına ve amacına bakıldığında kolayca cevaplanabilir⁸. Mahkemeye göre bu konuda şüpheye yer yoktur.

Temyiz mahkemesi, istinaf mahkemesinin kararını bozmuş ve meselenin esası hakkında kendisi karar veremediği için uyuşmazlığı istinaf mahkemesine geri göndermiştir.

II. KARARIN ALMAN HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Alman Federal Mahkemesi kararına konu olan uyuşmazlığa bakıldığında, meselenin davacı banka ile davalı kefil (aynı zamanda asıl borçlu olan limited şirketin müdürü) arasındaki kefalet sözleşmesinin geçerli olup olmadığı ve kefilin BGB § 765/f. 1 uyarınca sorumluluğunun söz konusu olup olmadığına ilişkin olduğu görülmektedir. Kefalet sözleşmesinin en önemli özelliği, kefilin borcunun fer'i, yani asıl borca bağımlı bir borç olmasıdır. Dolayısıyla kefilin borcu, doğuş, devam ve ifa mecburiyeti açısından asıl borca bağlıdır ve asıl borç olmadan kefalet

⁷ Bu yöndeki kararın, 85/577/AET sayılı Kapıdan İşlemlerle İlgili Yönerge kapsamında amaçlanan tüketicinin korunması seviyesinin düşürülmesine yol açacağı ve bu gelişmenin hem Alman kanun koyucusunun iradesine hem de Avrupa Birliği hukukunda tüketicinin korunması düşüncesine aykırı olacağı yönünde bkz. **TIEDEMANN**, s. 416. Ticarî amaca hizmet eden kredi sözleşmesi için kapıdan işlem şeklinde kefalet taahhüdünde bulunan kefilin, kredi sözleşmesini imzalayandan daha kötü durumda olmaması gerektiği ve kredi borçlusunun karşılık edim aldığı düşünüldüğünde herhangi bir karşılık edimi bulunmayan kefilin her zaman daha korunmaya değer olduğu yönünde bkz. **SCHINKELS**, Boris: "Widerruf des Bürgschaftsvertrags nach Verbraucherrecht", LMK, 2020, 434762.

⁸ **OMLOR**, Sebastian: "Schuldrecht: Widerrufsrecht des Bürgen", JuS, 2020, s. 1209-1211, s. 1211; **DEUTSCHMANN**, Lennart: "Widerrufsrecht beim Bürgschaftsvertrag?", ZJS, (5), 2021, s. 669-672, s. 671.

borcu söz konusu olmaz⁹. Kefile başvurulduğu anda asıl borcun mevcut ve geçerli olması, kefalet sözleşmesinin geçerliliği bakımından gerekli ve yeterlidir¹⁰. BGB § 767/f. 1/c. 1'de kefilin sorumluluğunun, asıl borcun varlığına bağlı olduğu açıkça ifade edilmiştir. Somut olayda asıl borcun varlığı ve geçerliliği konusunda herhangi bir uyuşmazlık yoktur. Davacı banka ile kefil arasındaki kefalet sözleşmesinin kurulması aşamasında da herhangi bir sakatlık olmadığı görülmektedir¹¹. Uyuşmazlık, kefilin 21.09.2016 tarihinde BGB §355/f. 1/c. 1 ve BGB § 357/f. 1'e dayanarak açıkladığı cayma beyanının, 22.12.2015 tarihinde akdedilmiş olan kefalet sözleşmesini sona erdirip erdirmediği noktasındadır. Bu konunun açıklığa kavuşturulması neticesinde eğer kefilin cayma beyanının kefalet sözleşmesini ortadan kaldırdığı kabul edilirse davacı banka, limited şirkete verilen kredinin ödenmemesi sebebiyle davalı kefile BGB § 765/f. 1 uyarınca başvuramayacaktır.

Alman Federal Mahkemesi kararını değerlendirebilmek için, bankanın vermiş olduğu krediyi güvence altına almak amacıyla imzaladığı kefalet sözleşmesini, tüketici ile iş yeri dışında kurulan bir sözleşme şeklinde kurması durumunda, Alman Medeni Kanunu'na göre tüketicinin cayma hakkının var olup olmadığını incelemek gerekmektedir. Ayrıca Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın

⁹ EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara, 2021, s. 778; REİSOĞLU, Seza: Türk Kefalet Hukuku, Ankara, 2013, s. 22 vd.; ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Ankara, 2015, s. 466; TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, İstanbul, 2010, s. 695 ÖZEN, Burak: "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefilin Sorumluluğunun Kefalet Sözleşmesine Özgü Sebeplerle Sona Ermesi", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, Temmuz 2011, s. 53-77, s. 54; AYRANCI, Hasan: "Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, S. 1-2, 2005, s. 107-126, s. 109; AYAN, Serkan: Kefalet Sözleşmesi, Ankara, 2018, s. 26 vd.; TAŞATAN, Caner: "Kefalet Sözleşmesinin Geçerliliği ve Sona Ermesi Bakımından Asıl Borç", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXV, Sa. 2, 2021, s. 341-369, s. 343; Kefaletin fer'iliğine bağlı olan sonuçlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ARAL/AYRANCI, s. 466 vd.; AYAN, s. 29 vd.; REİSOĞLU, s. 22 vd.

¹⁰ REİSOĞLU, s. 47; TAŞATAN, s. 348.

¹¹ OMLOR, s. 1210.

267. maddesine göre Avrupa Birliği Adalet Divanı'na başvuru sebeplerinin bulunup bulunmadığı da ele alınmalıdır.

1. Alman Medeni Kanunu § 312g Uyarınca Tüketicinin Cayma Hakkı

Tüketiciyi koruyucu düzenlemelerden en önemlisi, tüketiciye tanınan cayma hakkıdır (*Widerrufsrecht*). Tüketici sözleşmelerinde cayma hakkını genel olarak düzenleyen BGB § 355'e ve iş yeri dışında kurulan sözleşmelerde cayma hakkını düzenleyen BGB § 312b/f. 1 ve BGB § 312g/f. 1 maddelerine göre cayma hakkının söz konusu olabilmesi için BGB § 312/f. 1'e göre bir tüketici sözleşmesinin (BGB § 310/f. 3) varlığı gerekmektedir¹². BGB § 312g/f. 1 uyarınca cayma hakkının söz konusu olabilmesi için bu tüketici sözleşmesinin iş yeri dışında kurulması veya mesafeli sözleşme olarak kurulması gerekmektedir.

Bir sözleşmenin iş yeri dışında kurulmuş olması için sözleşmenin, satıcı/sağlayıcının iş yeri olmayan, tüketici ile satıcı/sağlayıcının fizikî olarak buldukları bir yerde kurulmuş olması veya bu koşullar altında tüketicinin sözleşmenin kurulması amacıyla öneride bulunmuş olması gerekmektedir (BGB § 312b/f. 1/b. 1, b. 2). Federal Mahkeme'nin kararına konu olan olayda, kefalet sözleşmesinin iş yeri dışında kurulmuş olması konusunda herhangi bir tartışma yoktur¹³. Kararda tartışılan husus, söz konusu kefalet sözleşmesinin tüketiciye cayma hakkı bahşeden bir tüketici işlemi niteliği taşıyıp taşımadığıdır¹⁴. Tüketici hukukuna ilişkin Alman Medeni Kanunu hükümlerinin uygulama alanını düzenleyen BGB § 312/f. 1'e göre bir tüketici sözleşmesinden söz edebilmek için satıcı/sağlayıcı ile tüketici arasında karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme olmalı ve satıcı/sağlayıcının ifa etmesi gereken edim, sözleşmenin karakteristik edimi olmalıdır¹⁵.

¹² OMLOR, s. 1210; DEUTSCHMANN, s. 670.

¹³ Kefil olmaya ilişkin irade beyanının alacaklıya karşı asıl borçlunun iş yerinde yöneltmesinin, 2011/83/AB sayılı Tüketici Hakları Yönergesi'nin anlam ve amacı bakımından uygulama alanına dâhil olup olmadığının şüpheli olduğu yönünde bkz. MAIER, Arne: "Widerrufsrecht des Bürger", VuR, 2021, s. 23-28, s. 27.

¹⁴ OMLOR, s. 1210.

¹⁵ BGH, Urt. v. 22.9.2020 – XI ZR 219/19, NJW, 2020, s. 3649-3653, Rn. 15, <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 01.06.2022.

2. Kefalet Sözleşmesinin Tüketici İşlemi Olarak Kabul Edilebilirliği Meselesi

Alman Federal Mahkemesi'nin kararında, davalının BGB § 13 anlamında bir tüketici olarak kefalet sözleşmesini imzalayıp imzalamadığı konusunda açıklama yapılmadığı görülmektedir. İstinaf mahkemesi ise kefilin tüketici niteliğine sahip olduğunu teyit etmiştir¹⁶. İstinaf mahkemesine göre davalı kefilin, aynı zamanda asıl borçlu olan şirketin ortağı olmasının önemi yoktur¹⁷. Çünkü davalı, yönetici ortak dahi olsa, kredinin ödenmesi bakımından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlenmesiyle şirketin varlığının devamını ve böylece kendi ekonomik varlığını garanti altına almayı amaçlandığından, şirketin yönetim organı olarak değil gerçek bir kişi olarak hareket etmiştir. Limited şirketin müdürü HGB §§ 1 ff. anlamında tacir olmadığı gibi, BGB § 14 anlamında satıcı/sağlayıcı da değildir¹⁸.

Davalı kefil ve davacı banka arasında bir tüketici sözleşmesinin imzalanıp imzalanmadığı ve BGB § 312/f. 1'de sözü edilen karşılıklı edimin söz konusu olup olmadığı meselesine Alman Federal Mahkemesi'nin olumsuz yanıt verdiği görülmektedir. Federal Mahkeme'nin HWiG¹⁹ § 1'e ve 12 Haziran 2014'e kadar yürürlükte olan BGB § 312/f. 1/c. 1/ b.1'e ilişkin önceki içtihatlarına göre BGB § 312b ve BGB § 312g'nin uygulanması için kefilin ifa taahhüdünün, kendisine

¹⁶ OLG Hamburg, Urt. v. 26.4.2019 - 13 U 51/18, BKR, 2020, s. 412-415, s. 413, <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 01.06.2022.

¹⁷ Alman Federal Mahkemesi'nin yerleşik içtihadına göre teminat verenin, kredi alan limited şirketin yöneticisi ve tek ortağı olması ve bununla birlikte kredi sözleşmesinden doğan borca, katılma veya benzeri bir işlem ile teminat vermesi durumunda Tüketici Kredileri Hakkında Kanun (VerbKrG) hükümleri geçerli olur. Bkz. BGH, Urt. v. 8.11.2005 – XI ZR 34/05, NJW, 2006, s. 431-434, Rn. 8, <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 01.06.2022.

¹⁸ OLG Hamburg, Urt. v. 26.4.2019 - 13 U 51/18, BKR, 2020, s. 412-415, s. 413, <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 01.06.2022; ayrıca bkz. BGH, Urt. v. 22.9.2020 – XI ZR 219/19, NJW, 2020, s. 3649-3653, Rn. 20, <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 01.06.2022.

¹⁹ Kapıdan İşlemlerde ve Benzer İşlemlerde Cayma Hakkına İlişkin Kanun (HWiG), 1.1.2002'den itibaren yürürlükten kalkmıştır. Bu tarihten itibaren konuya ilişkin düzenleme 12 Haziran 2014'e kadar "Kapıdan İşlemlerde Cayma Hakkı" başlığı altında BGB § 312'de yer almıştır. 12 Haziran 2014'ten sonra ise bu konu "İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler" başlığı altında BGB § 312b'de düzenlenmiştir.

veya üçüncü bir kişiye yarar sağlanması karşılığında olması yeterliydi²⁰. HWiG § 1 ve 12 Haziran 2014'e kadar yürürlükte olan BGB § 312/f. 1/c. 1/ b.1, sadece bir karşı edimin varlığını aramaktaydı. Bu karşı edimin satıcı/sağlayıcı veya tüketici tarafından yerine getirilmesinin bir önemi bulunmamaktaydı. Federal Mahkeme'ye göre BGB § 312/f. 1'in 13 Haziran 2014'ten itibaren yürürlükte olan hâline göre²¹ BGB § 312b ve BGB § 312g'nin uygulanması için kefilin, kendisine veya üçüncü bir kişiye yarar sağlanması karşılığında ifa taahhüdünde bulunması yeterli olmaz. Satıcı/sağlayıcı, tüketicinin yerine getirmesi kararlaştırılan ediminin karşılığında sözleşmenin karakteristik edimini ifa etmelidir. Maddenin açık ifadesine göre sözleşmenin karakteristik ediminin tüketici tarafından ifa edildiği sözleşmeler, bu hükümlere tâbi değildir²².

Kefil tarafından üstlenilen kefaletin, alacaklı banka tarafından yerine getirilecek kredi verme ediminin karşılığı olduğu ve karşılıklı borç yükleyen bir tüketici sözleşmesi olarak kabul edilebileceğini savunan görüş Alman Federal Mahkemesi'nin kararında kabul edilmemiştir²³.

Kefalet sözleşmesinde kefilin, tüketici sözleşmelerinde cayma hakkını genel olarak düzenleyen BGB § 355'e ve iş yeri dışında kurulan sözleşmelerde cayma hakkını düzenleyen BGB § 312b/f. 1 ve BGB § 312g/f. 1 maddelerine göre cayma hakkının bulunmadığı; diğer bir

²⁰ BGH, Urt. v. 22.9.2020 – XI ZR 219/19, NJW, 2020, s. 3649-3653, Rn. 16, <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 01.06.2022.

²¹ "Uygulama Alanı" başlığı altındaki BGB § 312'de, 13.6.2014'ten itibaren çeşitli değişiklikler yapılmış ancak 31.12.2021'e kadar "Tüketici sözleşmelerinin genel ilkeleri ve uygulama alanı" başlıklı 1. bölüm hükümleri ile "İş yeri dışında kurulan sözleşmeler ve mesafeli sözleşmeler" başlıklı 2. bölüm hükümlerinin sadece satıcı/sağlayıcının karşılıklı bir ediminin bulunduğu, BGB § 310/f. 3 anlamındaki tüketici sözleşmelerine uygulanacağı belirlenmişti (BGB § 312/f. 1). Maddenin 1.1.2022 tarihinden itibaren geçerli olan düzenlemesinde ise "Tüketici sözleşmelerinin genel ilkeleri ve uygulama alanı" başlıklı 1. bölüm hükümleri ile "İş yeri dışında kurulan sözleşmeler ve mesafeli sözleşmeler" başlıklı 2. bölüm hükümlerinin tüketicinin bir bedel ödemeyi taahhüt ettiği tüketici sözleşmelerine uygulanacağı belirlenmiştir (BGB § 312/f. 1).

²² BGH, Urt. v. 22.9.2020 – XI ZR 219/19, NJW, 2020, s. 3649-3653, Rn. 16, <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 01.06.2022; SCHINKELS, 434762.

²³ BGH, Urt. v. 22.9.2020 – XI ZR 219/19, NJW, 2020, s. 3649-3653, Rn. 17, <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 01.06.2022; SCHINKELS, 434762.

ifadeyle kefalet sözleşmesinin BGB § 312/f. 1'in doğrudan uygulama alanına girmediği tespit edildikten sonra BGB §§ 312 ff.'in ve BGB §§ 355 ff.'in kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı sorusu gündeme gelmiştir. Hukukta kıyas, belirli bir uyuşmazlık için ihdas edilen kuralda öngörülen ilkenin benzer başka bir uyuşmazlıkta uygulanmasına denir. Hâkimin önüne gelen bir olaya, kanunda ve örf ve âdet hukukunda uygulanacak bir hüküm bulunmaması durumunda hukuk boşluğu söz konusu olur ve bu boşluk hâkimin hukuk yaratması yoluyla doldurulur²⁴. Kıyasa başvurma yoluyla (örnekseme yoluyla) boşluk doldurma, hâkimin hukuk yaratma yöntemlerinden birisidir²⁵. Bir kuralın kıyas yoluyla uygulanması için ayrıca, o kuralın düzenlediği olay veya hukukî ilişkideki çıkar uyuşmazlığının, hakkında kural öngörülmemiş olan olay veya hukukî ilişkideki çıkar uyuşmazlığı ile benzer bir nitelik taşıması gereklidir²⁶. Son olarak bir kuralın kıyas yoluyla uygulanması için kıyas yasağının bulunmaması gerekmektedir.

Görüldüğü üzere bir kuralın kıyas yoluyla uygulanması şartlarından biri, hukuk boşluğunun bulunmasıdır. BGB §§ 312 ff.'in ve BGB §§ 355 ff.'in satıcı/sağlayıcı ile tüketici arasındaki kefalet sözleşmesine kıyasen uygulanması (*Analogie*) Alman Federal Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Çünkü burada bir hukuk boşluğu (*planwidrige Unvollstaendigkeit*) söz konusu değildir²⁷. Alman Federal Mahkemesi'ne göre kanun koyucu BGB §§ 312 ff. düzenlemesiyle sadece karşılıklı borç yükleyen tüketici sözleşmelerini, diğer bir ifadeyle tüketicinin karşı ediminin bulunduğu tüketici sözleşmelerini kapsamayı amaçlamıştır²⁸. Tıpkı tek tarafa borç yükleyen (karşılıksız) sözleşmelerin BGB §§

²⁴ DURAL, Mustafa/SARI, Suat: Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2021, s. 141-142.

²⁵ EDİS, Seyfullah: Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Altıncı Basım, Ankara, 1997, s. 143; DURAL/SARI, s. 144.

²⁶ EDİS, s. 143.

²⁷ BGH, Urt. v. 22.9.2020 – XI ZR 219/19, NJW, 2020, s. 3649-3653, Rn. 19, <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 01.06.2022. Alman kanun koyucusunun BGB § 312/f. 1'de kasıtlı olarak sınırlı bir uygulama alanı belirlediği yönünde bkz. OMLOR, s. 1210.

²⁸ BGH, Urt. v. 22.9.2020 – XI ZR 219/19, NJW, 2020, s. 3649-3653, Rn. 20, <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 01.06.2022. Alman Federal Mahkemesi bu konuda ilgili madde gerekçesine atıfta bulunmaktadır. Madde gerekçesi için bkz. BT-Drs. 17/13951, S. 72, <<https://dserver.bundestag.de/btd/17/139/1713951.pdf>> E.T.: 24.06.2022.

312 ff.'in uygulama alanına girmemesi gibi, sözleşmenin karakteristik ediminin tüketici tarafından yerine getirileceği sözleşmeler de kanun koyucunun iradesine göre, BGB §§ 312 ff.'in uygulama alanına girmez²⁹. Diğer bir ifadeyle BGB §§ 312 ff.'in uygulama alanına giren tüketici sözleşmelerinde sözleşmenin konusu olan malın teslimini veya hizmetin yerine getirilmesini satıcı/sağlayıcı üstlenmiş olmalıdır. Alman Federal Mahkemesi'ne göre, kanun koyucunun BGB §§ 312 ff.'in uygulama alanına ihmali veya özensizliği neticesinde kredi teminatlarını almayı unutmaması söz konusu değildir. Çünkü kefaletten cayma konusu, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 17.03.1998 tarihli "*Dietzinger*" kararından³⁰ beri uzun yıllardır doktrinde ve yargı kararlarında tartışmalıdır³¹. Bu nedenle BGB 312/Abs. 1'in, tüketici kefalet sözleşmelerine kıyasen uygulanması kabul edilmemelidir³².

Alman Federal Mahkemesi'nin kararında, 2011/83/AB sayılı Tüketici Hakları Yönergesi'ne uygun yorum yapma veya hukuk yaratma

²⁹ BT-Drs. 17/12637, S. 45, <<https://dserver.bundestag.de/btd/17/126/1712637.pdf>> E.T.: 24.06.2022; BT-Drs. 17/13951, S. 71 f., <<https://dserver.bundestag.de/btd/17/139/1713951.pdf>> E.T.: 24.06.2022; SCHINKELS, 434762.

³⁰ EuGH, Urt. v. 17.03.1998 - C-45/96, NJW, 1998, s. 1295-1296, s. 1296, <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 01.06.2022. Avrupa Birliği Adalet Divanı 17.03.1998 tarihli "*Dietzinger*" kararında, tüketici kefaleti sözleşmesi kapıdan işlem olarak kurulmuş ve teminat altına alınan asıl borcu doğuran sözleşme, tüketici işlemi niteliğinde ise 85/577/AET sayılı Kapıdan İşlemlerle İlgili Yönerge'de tüketiciye tanınan korumadan kefilin de yararlanabileceğini kabul etmiştir. Avrupa Birliği Adalet Divanı, 85/577/AET sayılı Kapıdan İşlemlerle İlgili Yönerge hükümlerinin kefalet sözleşmesine uygulanması için, kefil ile asıl borçlunun tüketici sıfatına sahip olması ve hem kefalet sözleşmesinin hem de teminat altına alınan asıl borcu doğuran sözleşmenin Yönerge kapsamında bir kapıdan işlem olarak yapılması gerektiğini ifade etmiştir. Kararda kefalet sözleşmesinin Yönerge kapsamında bir mal veya hizmet sunan tacir ile tüketici arasında kurulan sözleşmelerden olup olmadığı tartışılmıştır. Bankanın kredi verme ediminin Yönerge kapsamında bir hizmet olarak kabul edilebileceği ve sözleşme konusu mal veya hizmetin tüketiciye sunulması şart olmadığından üçüncü kişiye ifasının da mümkün olabileceği ifade edilerek kefalet sözleşmesinin Yönerge kapsamında yer aldığına karar verilmiştir.

³¹ BGH, Urt. v. 22.9.2020 – XI ZR 219/19, NJW, 2020, s. 3649-3653, Rn. 23, <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 01.06.2022.

³² Aynı yönde bkz. OMLOR, s. 1210; DEUTSCHMANN, s. 670. Alman Federal Mahkemesi'nin kararında asıl borçlu ile kefil arasında keyfi olarak ayrımcılık yapılması sorununa yeterince açıklık getirilmediği yönünde bkz. SCHINKELS, 434762.

yöntemiyle kefalet sözleşmesinin BGB § 312/f. 1'in uygulama alanına dâhil edilip edilemeyeceği ihtimaline de değinilmiştir. Avrupa Birliği yönergelerine uygun hukuk yaratmanın koşulu, ulusal hukuk kurallarının uygulanmasının Avrupa Birliği yönergelerinin amaçlarına aykırı olmasıdır. 2011/83/AB sayılı Tüketici Hakları Yönergesi, Alman kanun koyucusu tarafından BGB §§ 312 ff.'e aktarılmıştır. Alman Federal Mahkemesi'ne göre Alman kanun koyucusunun bu Yönerge'yi hatalı olarak uyumlulaştırması söz konusu değildir³³. BGB § 312/f. 1, tüketici sözleşmesinin konusunun mutlaka satıcı/sağlayıcının edimini içermesini öngördüğü için Yönerge'ye uygundur³⁴. Tek taraflı olarak sadece tüketiciye borç yükleyen sözleşmeler, 2011/83/AB sayılı Tüketici Hakları Yönergesi m. 3/f. 1, m. 9/f. 2'ye göre cayma hakkı bahşetmez. Zira satıcı/sağlayıcının bir edimi söz konusu olmadığından bu tür sözleşmeler Yönerge'nin uygulama alanına girmez³⁵. 2011/83/AB sayılı Tüketici Hakları Yönergesi, tüketici ile satıcı/sağlayıcının karşı karşıya olduğu bütün sözleşmelere uygulanmamaktadır. Çünkü bu Yönerge'nin temelinde tüketicilerin, ticarî amaçlarla hareket eden satıcı/sağlayıcılara karşı zayıf konumda olmaları sebebiyle korunmaları gerektiği düşüncesi

³³ **OMLOR**, s. 1210. Kanun koyucunun, Yönerge'nin tamamen uyumlulaştırılmasından kasıtlı olarak kaçındığı ve BGB §§ 312 ff.'in uygulama alanına kredi teminatlarını dâhil etmediği yönünde bkz. **OMLOR**, s. 1210.

³⁴ BGH, Urt. v. 22.9.2020 – XI ZR 219/19, NJW, 2020, s. 3649-3653, Rn. 26, <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 01.06.2022.

³⁵ BGH, Urt. v. 22.9.2020 – XI ZR 219/19, NJW, 2020, s. 3649-3653, Rn. 27, <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 01.06.2022. Senato, 2011/83/AB sayılı Tüketici Hakları Yönergesi'ni, kefilin alacaklının iş yeri dışında kefil olma iradesini açıklaması durumunda cayma hakkının bulunmaması gerektiği şeklinde yorumlamaktadır. Senato bu yorumu ile Alman doktrinindeki hâkim görüşten ayrılmaktadır. Ancak yine de Senato'nun Yönerge hakkında Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşmanın 267. maddesine göre Avrupa Birliği Adalet Divanı'na başvurmak için bir sebep bulunmadığı yönündeki (*Acte Clair doktrini*) yorumunun isabetli olduğu açıktır. Bkz. **MAIER**, s. 27. *Fritz'e* göre Birlik hukukunun doğru uygulanaşı, ortaya çıkan sorunun çözüm biçimi ile ilgili olarak herhangi bir makul şüpheye yer vermeyecek derecede aşikâr değildir ve bu nedenle ulusal mahkemenin Avrupa Birliği Adalet Divanı'na başvuru yükümlülüğünden kurtulduğu söylenemez. Alman Yüksek Federal Mahkemesi, somut davada aynı konumdaki hiçbir tüketicinin BGB § 312g uyarınca cayma hakkına sahip olmadığına karar verdiğinden Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın 267. maddesi uyarınca Avrupa Birliği Adalet Divanı'na başvurulması gerekirdi. Bkz. **FRITZ**, Bernhard: "Der Verbraucher als Bürge", NJW, 2020, s. 3629-3632, s. 3632.

yatmaktadır³⁶. İş yeri dışında kurulan sözleşmelerde tüketiciye cayma hakkı verilmesinin amacı, sözleşme müzakerelerinin satıcı/sağlayıcıdan kaynaklanması sebebiyle tüketicinin bu müzakerelere hazırlıksız olması veya psikolojik olarak baskı altında hissetmesi dezavantajını telafi etmektir³⁷. Çünkü iş yeri dışında kurulan sözleşmede tüketici, satın aldığı malın veya hizmetin kalitesini ve fiyatını karşılaştırma imkânı bulunmadığından hazırlıksızdır ve tüketici malı veya hizmeti satın alırken psikolojik olarak baskı altında olduğundan düşünme fırsatına sahip olmaz³⁸. Mesafeli sözleşmelerde tüketiciye cayma hakkının verilmesinin amacı ise tüketiciye satın aldığı mal veya hizmetin özelliklerini denemesi ve değerlendirmesi için düşünme süresi vermektir³⁹. İşte cayma hakkı, tüketiciye kararını gözden geçirme imkânı sağlayarak, sözleşme kurma iradesinin oluşması sürecinde karşısına çıkan çeşitli olumsuzlukları ortadan kaldırmaktadır⁴⁰.

Tüketiciye tanınan cayma hakkının gerekçesi olarak ileri sürülen tüm durumlarda satıcı/sağlayıcının bir edimde bulunması gerekmektedir⁴¹. 2011/83/AB sayılı Tüketici Hakları Yönergesi'nin mesafeli sözleşmelerde ve iş yeri dışında kurulan sözleşmelerde satıcı/sağlayıcının tüketiciyi bilgilendirme yükümlülüğünü düzenleyen 6. maddesi ve cayma durumunda tüketicinin yükümlülüklerini düzenleyen 14. maddesi, satıcı/sağlayıcının mal teslim etme veya hizmet sağlama edimlerini öngörmektedir⁴². Sonuç itibarıyla Alman Federal

³⁶ BGH, Urt. v. 22.9.2020 – XI ZR 219/19, NJW, 2020, s. 3649-3653, Rn. 28, <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 01.06.2022.

³⁷ BGH, Urt. v. 22.9.2020 – XI ZR 219/19, NJW, 2020, s. 3649-3653, Rn. 29, <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 01.06.2022. Aynı yönde bkz. KURT, L. Müjde: “TKHK Açısından Kapıdan Sözleşmelerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, 2011, s. 43-68, s. 45-46.

³⁸ BGH, Urt. v. 22.9.2020 – XI ZR 219/19, NJW, 2020, s. 3649-3653, Rn. 29, <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 01.06.2022. Aynı yönde bkz. KURT, s. 47.

³⁹ BGH, Urt. v. 22.9.2020 – XI ZR 219/19, NJW, 2020, s. 3649-3653, Rn. 29, <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 01.06.2022.

⁴⁰ KURT, s. 47.

⁴¹ BGH, Urt. v. 22.9.2020 – XI ZR 219/19, NJW, 2020, s. 3649-3653, Rn. 29, <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 01.06.2022.

⁴² BGH, Urt. v. 22.9.2020 – XI ZR 219/19, NJW, 2020, s. 3649-3653, Rn. 29, <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 01.06.2022.

Mahkemesi, Tüketici Hakları Yönergesi'ne uygun yorumlama veya hukuk yaratma yoluyla BGB §§ 312 ff.'in uygulama alanının genişletilemeyeceğini ve tüketici kefalet sözleşmelerinin kapsama dâhil edilemeyeceğini kabul etmiştir⁴³.

3. Tüketici Kredisine İlişkin Hükümlerin Kefalet Sözleşmesine Uygulanabilirliği Meselesi

Bankacılık sisteminde bankalar, tüketici ile kredi sözleşmesi kurulması aşamasında kendisine güvence verilmesini talep etmektedir. Bu amaçla verilen şahsî güvencelerin başında kefalet gelmektedir⁴⁴.

İnceleme konusu olan kararda kefilin tüketici kredisi hükümleri uyarınca cayma hakkına sahip olup olmayacağı meselesinin tartışılmadığı görülmektedir⁴⁵. Avrupa Birliği Adalet Divanı, 23.03.2000 tarihli "*Berliner Kindl*" kararı⁴⁶ ile tüketici kefaletinin 87/102/AET sayılı eski Tüketici Kredisine Yönergesi kapsamında olmadığına karar vermiştir. Avrupa Birliği Adalet Divanı, öncelikle kefalet sözleşmesinin 87/102/AET sayılı eski Tüketici Kredisine Yönergesi m. 1/f. 2/b. c uyarınca bir kredi sözleşmesi olmadığını tespit etmiştir. 2008/48/AT sayılı yeni Tüketici Kredisine Yönergesi m. 3/b. c'deki kredi sözleşmesi tanımı, önceki Yönerge'deki tanım ile aynıdır. Avrupa Birliği Adalet Divanı daha sonraki adımda, 87/102/AET sayılı eski Tüketici Kredisine Yönergesi'nin sistematüğinden ve amacından sapmanın olup olmadığını incelemiştir. 87/102/AET sayılı eski Tüketici Kredisine Yönergesi kefilin koruyabilecek çok az hüküm içermekteydi. Hatta bu Yönerge, kredi alana bile cayma hakkı tanımamaktaydı. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 87/102/AET sayılı eski Tüketici Kredisine Yönergesi'ne ilişkin olarak 23.03.2000 tarihinde vermiş olduğu "*Berliner Kindl*" kararının 2008/48/AT sayılı yeni Tüketici Kredisine Yönergesi bakımından aynen geçerli olacağı varsayımı isabetli olmayacağından bu sorunun çözüme kavuşturulması için kefilin

⁴³ OMLOR, s. 1211; DEUTSCHMANN, s. 671.

⁴⁴ SEÇER, Öz: "Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Kapsamında Tüketici Kredisi Sözleşmelerinde Kefalet", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 139-140, Mart-Nisan 2016, s. 91-120, s. 92.

⁴⁵ OMLOR, s. 1211.

⁴⁶ EuGH, Urt. v. 23.03.2000- C-208/98, NJW, 2000, s. 1323-1324, <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 01.06.2022.

cayma hakkı konusunda yeni bir Avrupa Birliği Adalet Divanı kararı gerekmektedir⁴⁷. Alman hukukundaki bir görüşe göre⁴⁸ 2008/48/AT sayılı yeni Tüketici Kredisi Yönergesi'nde kefil korunmaya yönelik daha fazla düzenleme olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu Yönerge'ye göre kredi alanın sahip olduğu cayma hakkının kefil için de geçerli olması gerektiği; asıl borçlu ve kefilin tüketici sıfatına sahip olduğu hallerde, kefilin de kıyas yoluyla Tüketici Kredisi Yönergesi'nin ve Tüketici Kredileri Hakkında Kanun'un (VerbKrG) uygulama alanına dâhil edilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Çünkü burada bir boşluk vardır ve bu boşluk korunması amaçlanan menfaatler tartılarak doldurulmalıdır. Tüketici Kredisi Yönergesi kapsamında korunan menfaatlere bakıldığında kredi alan ile kefilin korunma menfaati birbirine benzemekle birlikte; kefil, kredi verene karşı bir şey talep etmeksizin kredi alanın borcu için garanti verdiğiinden kefilin korunma ihtiyacı daha fazladır⁴⁹.

Aksi yöndeki hâkim görüşe göre ise Tüketici Kredisi Yönergesi'nde teminatlardan bahsedilmektedir fakat kefilleri ve diğer teminat verenleri kapsama alan bir hüküm bulunmamaktadır⁵⁰. Dolayısıyla burada boşluk mevcut değildir. Ayrıca Avrupa Toplulukları Komisyonu, Tüketici Kredisi Yönergesi'nin uygulama alanı konusundaki tartışmalardan yola çıkarak, 1997 yılında sunduğu raporda kefalet sözleşmesinin Yönerge'nin konusu olmadığını açıkça ifade etmiştir⁵¹.

⁴⁷ MAIER, s. 28.

⁴⁸ ARTZ, Markus: "Bürgschaft und Verbraucherkreditgesetz-Zur Anwendbarkeit des VerbKrG auf Bürgschaften unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Schuldbeitritt", VuR, 1997, s. 227-233, s. 229; RIEHM, Thomas: "Aktuelle Faelle zum Bürgschaftsrecht, Teil I (Verbraucherkreditgesetz, Haustürwiderrufgesetz)", JuS, 2000, s. 138-144, s. 141, dn. 30.

⁴⁹ Bu görüşün eleştirisi için bkz. SERDAR, İlknur: "Tüketici Kredilerinde Teminat", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 9, Sayı 99, Kasım 2014, s. 70-86, s. 73-74.

⁵⁰ OMLOR, s 1210.

⁵¹ COM (97) 465 final, s. 16-17, <<http://aei.pitt.edu/3510/1/3510.pdf>> E.T.: 01.06.2022.

III. KARARIN TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Tüketicinin Cayma Hakkı

Cayma hakkı, Alman hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da tüketiciyi koruyucu önemli bir haktır. Cayma hakkı Türk hukukunda, kendisine özgü etkileri olan bağımsız ve bütünlük arz eden bir kurum olarak kabul görmemiştir⁵². Zira Türk hukukunda cayma hakkı kavramının kullanıldığı çeşitli kanunlara bakıldığında, yerine göre dönme, fesih, geri alma veya iptal hakkını içerdiği görülmektedir⁵³.

Cayma hakkı ile, tüketicinin sözleşme ile bağlılığını yeniden gözden geçirerek isterse tek taraflı olarak sözleşmeyi sona erdirmesini sağlamak amaçlanmaktadır. Tüketici, bu hakkı kullanarak kurulmuş ve hükümlerini doğurmaya başlamış olan sözleşmeyi tek taraflı ve geçmişe etkili olarak ortadan kaldırma olanağına sahiptir⁵⁴. Cayma hakkının kullanılmasıyla taraflar, sözleşme kurulmadan önceki durumlarına

⁵² **ÖZEL**, Çağlar: Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara, 1999, s. 71.

⁵³ **YILDIRIM**, Abdulkerim: Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, İstanbul, 2009, s. 221; **BAYSAL**, Başak: "Cayma Hakkının Sözleşme Hukukundaki Yeri", İÜHFİM, C. LXXV, S. 1, 2017, s. 273-292, s. 282. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da öngörülen cayma hakkının teknik anlamda geri alma hakkı (*Widerrufsrecht*) olduğu yönünde bkz. **OĞUZ**, Cemal: "Kapıdan Satışlarda Tüketicie Tanınan Cayma Hakkının Kullanılmasının Şartları ve Caymanın Sonuçları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1-2, 2004, s. 33-48, s. 35; **DEMİR**, Mehmet: Kapıdan İşlemlerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara, 2003, s. 275-276; **ASLAN**, İ. Yılmaz: Bankacılar İçin Tüketici Hukuku, Bankalararası Kart Merkezi, İstanbul, 2016, s. 220; **ÖZEL**, s. 168. *Kurt'a* göre eski 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 8. maddesinin 3. fıkrası hükmüyle kapıdan sözleşmelerde tüketiciye tanınan geri alma hakkı, geciktirici şart olgusu da dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Nasıl ki geciktirici şarta bağlı sözleşmelerde şartın gerçekleşmemesi sözleşmeyi kurulduğu andan itibaren geçersiz kılıyorsa, kapıdan sözleşmede tüketicinin sözleşmeyi kurmaya yönelik irade beyanını geri alması, yani geri alma hakkını kullanmasıyla, sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurabilmesi için gerekli olan geciktirici şart gerçekleşmemiş olur. Geciktirici şart gerçekleşmediğinde, kapıdan sözleşme kurulduğu andan itibaren ortadan kalkar. Bkz. **KURT**, s. 57. Aynı yönde bkz. **ASLAN**, s. 227.

⁵⁴ **SERT SÜTÇÜ**, Selin: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Tüketicinin Cayma Hakkı, Ankara, 2016, s. 4; **YILDIRIM**, s. 211.

dönmektedir. Tüketici kendisine teslim edilen edimi, satıcı veya sağlayıcı da kendisine ödenen bedeli iade etmekle yükümlüdür⁵⁵. Cayma hakkı her ne kadar sözleşmeye bağlılık ilkesinin bir istisnası gibi görünse de aksine, bu ilkenin gerçekleştirilmesine hizmet eden bir haktır⁵⁶.

Cayma hakkının özellikleri; bozucu yenilik doğuran bir hak olması⁵⁷, herhangi bir gerekçe göstermeden, cezaî şart veya tazminat ödemek zorunda olmadan serbestçe kullanılabilmesi ve bu hakkı ortadan kaldıran veya sınırlandıran sözleşme hükümlerinin geçersiz olmasıdır⁵⁸. Tüketicieye tanınan on dört günlük cayma hakkı süresi, cayma hakkının yenilik doğuran hak olma özelliğinden dolayı, hak düşürücü niteliktedir⁵⁹. Tüketicinin tek taraflı beyanıyla cayma hakkını kullanması ile birlikte karşı tarafın hukuk alanında değişiklik meydana gelmekte ve sözleşme ilişkisi son bulmaktadır. Tarafların sözleşmeyi yeniden geçerli hale getirmeleri imkânı da bulunmamaktadır⁶⁰. Tüketicieye tanınan cayma hakkına ilişkin hükümlerin emredici nitelik taşımasının sonucu olarak tüketici, sözleşmeye konan bir hükümlerle cayma hakkından mahrum bırakılamayacağı gibi, tüketicinin bu haktan feragat etmesi de geçersiz olur⁶¹.

Cayma hakkı, tüm tüketici sözleşmelerinde ya da işlemlerinde tüketicieye tanınmamıştır⁶². 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da, 4077 sayılı eski Kanun'a oranla cayma hakkının kapsamı oldukça genişletilmiştir. 4077 sayılı Kanun'da mevcut olan cayma hakkı süreleri artırılmış; taksitle satışlar, ön ödemeli konut satışları, finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeler, uzun süreli tatil hizmeti sözleşmeleri ve tüketici kredilerinde cayma hakkı getirilmiştir.

⁵⁵ SERT SÜTÇÜ, s. 126.

⁵⁶ ÖZEL, s. 81-82; BAYSAL, s. 279.

⁵⁷ Cayma hakkının değiştirici yenilik doğuran bir hak olduğu görüşü için bkz. DEMİR, s. 301; ASLAN, s. 222.

⁵⁸ YILDIRIM, s. 224 vd.; BAYSAL, s. 275; OĞUZ, s. 35; KURT, s. 57, 58, 60.

⁵⁹ DEMİR, s. 315.

⁶⁰ OĞUZ, s. 35.

⁶¹ YILDIRIM, s. 228; SERT SÜTÇÜ, s. 114.

⁶² SERT SÜTÇÜ, s. 16.

İş yeri dışında (kapıdan) kurulan sözleşmeler, tüketiciye cayma hakkının tanındığı sözleşmelerden biridir⁶³. 6502 sayılı TKHK m. 47/f. 1'e göre "Satıcı veya sağlayıcı ile tüketici arasında; a) Teklifin tüketici ya da satıcı veya sağlayıcı tarafından yapılmasına bakılmaksızın iş yeri dışında, tarafların eş zamanlı fiziksel varlığında kurulan, b) Tarafların eş zamanlı fiziksel varlığında tüketiciyle iş yeri dışında görüşülmesinin hemen sonrasında, satıcı veya sağlayıcının iş yerinde ya da herhangi bir uzaktan iletişim aracıyla kurulan, c) Mal ve hizmetlerin tüketiciye tanıtımı ya da satışı amacıyla satıcı veya sağlayıcı tarafından düzenlenen bir gezi esnasında kurulan sözleşmeler iş yeri dışında kurulan sözleşmeler olarak kabul edilir." İş yeri dışında kurulan sözleşmeler, çok sayıda ve çeşitli tipte yapılan tüketici sözleşmelerini kapsamaktadır⁶⁴. İş yeri dışında kurulan sözleşmelerde tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezaî şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkında sahiptir⁶⁵. Cayma hakkının kullanıldığında dair bildirim bu süre içerisinde satıcı veya sağlayıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir (TKHK m. 47/f. 5, c. 1-2). Cayma hakkının ne zaman işlemeye başlayacağı ve cayma hakkının kullanılma şekli, İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir.

İş yeri dışında kurulan sözleşmelerde tüketiciye cayma hakkı verilmesinin amacı, hiç beklemediği bir anda sözleşme kurmak zorunda kalan tüketicinin dilerse bu sözleşmeden kurtulabilmesi ve bunun neticesinde hiçbir maddî yükümlülük altına girmemesidir⁶⁶.

Karara konu olan olayda kefalet sözleşmesi, banka ile kefil arasında, asıl borçlu olan limited şirketin iş yerinde kurulmuştur. Dolayısıyla TKHK m. 47/f. 1/(a) uyarınca iş yeri dışında kurulan bir

⁶³ İş yeri dışında kurulan sözleşmelere ilişkin olarak 6502 sayılı TKHK ile getirilen değişiklikler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **KABAŞ**, Esen: "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunla İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmelere İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, S. 3, 2015, s. 73-100, s. 75 vd.

⁶⁴ **DEMİR**, s. 296.

⁶⁵ 4077 sayılı TKHK'da yedi gün olarak öngörülen bu sürenin, 6502 sayılı TKHK ile on dört güne çıkarılmasının tüketicinin korunması bakımından önemli bir gelişme olduğu ve böylece tüketicinin düşünmek ve sağlıklı karar verebilmek için daha geniş bir zamana kavuştuğu yönünde bkz. **KABAŞ**, s. 79.

⁶⁶ **AYDOĞDU**, Murat/**KAHVECİ**, Nalan: Tüketici Hukuku, Ankara, 2021, s. 403.

sözleşme söz konusu olduğu şüphesizdir. Ancak iş yeri dışında kurulan bir sözleşmenin, Kanun'un koruyucu hükümlerinden yararlanabilmesi için bu Kanun'un uygulama alanına giren bir tüketici sözleşmesi niteliğinde olması gerektiğinden bu niteliğin tespit edilmesi gerekmektedir⁶⁷.

B. Kefalet Sözleşmesinin Tüketici İşlemi Olarak Kabul Edilebilirliği Meselesi

İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliği m. 2/(2)/a uyarınca bu Yönetmelik hükümleri finansal hizmetler ile ilgili sözleşmelere uygulanmaz. Dolayısıyla burada kefalet sözleşmesinin tüketici işlemi olup olmadığı ve ayrıca Yönetmeliğin uygulama alanı içerisinde olmayan finansal hizmet niteliğinde olup olmadığı tespit edilmelidir.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a göre bir işlemin tüketici işlemi olabilmesi için taraf, süre ve konu bakımından gerekli koşulları taşıması gerekmektedir. Taraf koşulunun sağlanabilmesi için, alıcının tüketici sıfatıyla; satıcı veya sağlayıcının meslekî faaliyet kapsamında hareket etmesi gerekmektedir. Taraf şartı, tarafların işlem yaparken hangi amaçla hareket ettiğini de içerecek tarzda anlaşılmalıdır⁶⁸. Süre koşulunun sağlanabilmesi için işlemin, TKHK'nun yürürlüğe girdiği tarihten sonra yapılmış olması gerekmektedir⁶⁹. Konu koşulunun sağlanabilmesi için ise TKHK anlamında tanımlanan, satıcının "mal" teslimine veya sağlayıcının "hizmet" sunmasına ilişkin bir sözleşmenin yapılmış olması gerekmektedir⁷⁰.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a göre tüketici, ticarî veya meslekî olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder (TKHK m. 3/e). Kanun'a göre satıcı, kamu tüzel

⁶⁷ 6502 sayılı Kanun'da isabetli olarak "tüketici işlemleri" terimi kullanılmaktadır. Tüketici işlemleri terimi, tüketici sözleşmeleri teriminden daha geniştir çünkü işlem, hem tek taraflı hukukî işlemleri hem de çok taraflı işlemlerden olan sözleşmeleri de kapsamaktadır.

⁶⁸ AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 89.

⁶⁹ AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 90.

⁷⁰ AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 90.

kişileri de dâhil olmak üzere ticarî veya meslekî amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi; sağlayıcı ise kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticarî veya meslekî amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder (TKHK m. 3/1 ve m. 3/i). Yine aynı Kanun'a göre hizmet; bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu ifade etmektedir (TKHK m. 3/d).

Tüketici işleminin tanımı TKHK'da oldukça geniş tutulmuştur. Kanun'a göre tüketici işlemi, mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticarî veya meslekî amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukukî işlemi ifade eder (TKHK m. 3/1). Tanımdaki sözleşmeler sınırlayıcı olarak değil, örnekleyici olarak sayılmıştır⁷¹. Örnekleyici olarak sayılan bu sözleşmelerin tarafları aynı zamanda tüketici ve satıcı/sağlayıcı sıfatına sahipse bu sözleşmeler, TKHK m. 1 vd. hükümlerinin uygulama alanına girmektedir⁷².

Tüketici işleminin tanımının yapıldığı TKHK m. 3/1'de birçok sözleşme adı sayılmış olmasına rağmen kefalet sözleşmesi sayılmamıştır. Bu noktada kefalet sözleşmesinde Kanun'un aradığı anlamda hizmetin söz konusu olup olmadığını; diğer bir ifadeyle kefaletin bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki bir tüketici işlemi olarak kabul edilip edilemeyeceğini tespit etmek gerekmektedir. Kefalet sözleşmesi kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Ancak kefalet sözleşmesinde alacaklının da bir yükümlülüğü kararlaştırılabilir⁷³. Bu takdirde TBK m. 97, m. 123

⁷¹ *Aydoğdu ve Kahveci*, 6502 sayılı Kanun'da bedel bakımından sınır getirilmemesini eleştirmektedir. Yazara göre tüketici işleminin kapsamı genişlemiş olsa da bedel bakımından sınır getirilerek amaca ulaşılması daha uygun olurdu. Bkz. **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 117, dn. 141.

⁷² Bu sözleşme örnekleri için bkz. **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 118 vd.

⁷³ **EREN**, s. 774-775; **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt-II, 3. Bası, İstanbul, 2014, s. 329; **TANDOĞAN**, s. 694. Kefalet, ariyet, faizsiz ödünç gibi

ve m. 125'in uygulanması mümkün olur. Alacaklının yükümlülüğü; borçlunun borcunun ertelenmesi veya ona yeni kredi verilmesi ya da başka kefillerin veya rehinlerin serbest bırakılması taahhüdü olabilir⁷⁴. Olayda davalı kefil, limited şirketin tek ortağı ve aynı zamanda müdürüdür. Bu anlamda kefilin kefalet sözleşmesini ivazsız olarak akdettiği söylenemez. Kefilin kefalet sözleşmesini akdetmesinin karşılığı, alacaklı bankanın limited şirkete kredi vermesidir. Kefilin kefaleti sayesinde şirket kredi alabilmiş ve böylece varlığını sürdürmeye devam etmiştir. Bu durum dolaylı olarak kefilin ekonomik varlığını garanti altına almasını sağlamıştır. Dolayısıyla burada menfaat karşılığında yapılan mal sağlama dışında bir tüketici işlemi olduğu kabul edilebilir.

Doktrindeki bizim de katıldığımız görüşe göre, bankalar ve diğer girişimci sıfatına sahip kişiler ile akdedilen başta kefalet sözleşmesi olmak üzere teminat sözleşmeleri, bir tüketici sözleşmesinden doğan alacağı teminat altına alsalar da almasalar da eğer teminat veren kişi tüketici sıfatına sahipse, tüketici işlemi olarak nitelenirler⁷⁵. Diğer bir ifadeyle kişi, gelir elde etme amacıyla değil de ticarî veya meslekî olmayan amaçlarla kefil olmuşsa, tüketici sıfatına sahip olur ve kefalet sözleşmesi tüketici işlemi olarak kabul edilir. Bununla birlikte bankalar ve diğer girişimci sıfatına sahip kişiler ile akdedilen kefalet sözleşmesinin bir tüketici sözleşmesinden doğan alacağı teminat altına alsa da almasa da tüketici işlemi olarak kabul edilmesi, kefilin kefalet sözleşmesinden cayma hakkının bulunduğu anlamına gelmez. Çünkü tüketici hukukunda cayma hakkı bütün tüketici işlemleri için tüketiciye tanınmamıştır. İş yeri dışında kurulan sözleşmeler, tüketiciye cayma hakkı tanınan sözleşmelerden biridir. Bu noktada karara konu olan olaydaki kefalet sözleşmesinin İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliği'nin uygulama alanına girip girmediğini ve özellikle İş Yeri

tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerin TKHK'nın kapsamına girmeyeceği yönünde bkz. OĞUZ, s. 41.

⁷⁴ EREN, s. 775; GÜMÜŞ, s. 329; TANDOĞAN, s. 694.

⁷⁵ GÜMÜŞ, Mustafa Alper: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi Cilt 1, İstanbul, 2014, s. 10; SERDAR, s. 83; SEÇER, s. 95. Örneğin bir ticarî kredi kefilinin temerrüde düşmesi halinde, asıl borcun niteliği ne olursa olsun, temerrüt faizi oranında TBK m 120/f. 2'deki sınırlamanın geçerli olacağı yönünde bkz. SERDAR, s. 83, dn. 98.

Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliği'nin uygulama alanı dışında olan sözleşmelerden finansal hizmet niteliğinde olup olmadığına karar vermek gerekmektedir⁷⁶. TKHK m. 49/(1)'e göre "Finansal hizmetler, her türlü banka hizmeti, kredi, sigorta, bireysel emeklilik, yatırım ve ödeme ile ilgili hizmetleri ifade eder...." Olayda davalı kefilin kefaletinin karşılığının bankanın kredi verme edimi olduğu düşünüldüğünde finansal hizmetin söz konusu olduğu ve İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliği'nin uygulama alanı dışında olduğu söylenebilir. Dolayısıyla finansal hizmet ediminin karşı edim borçlusunu kefilin, bu Yönetmelik'ten doğan cayma hakkı bulunmamaktadır. Bu noktada Alman hukukunda tartışılan çifte tüketici işlemi şartının ve çifte iş yeri dışında kurulan sözleşme şartının sağlanıp sağlanmadığını sorgulamaya gerek yoktur. Diğer bir ifadeyle hem kefalet sözleşmesinin hem de ifası temin edilen borcu doğuran sözleşmenin tüketici işlemi olması ve aynı zamanda ikisinin de iş yeri dışında kurulan sözleşme olması aranmaksızın, kefalet sözleşmesindeki kefilin karşı ediminin finansal hizmet niteliğindeki kredi verme edimi olması sebebiyle Yönetmeliğin uygulama alanı dışında olduğu kanaatindeyiz.

C. Tüketici Kredisine İlişkin Hükümlerin Kefalet Sözleşmesine Uygulanabilirliği Meselesi

İnceleme konusu karar bakımından tüketici kredisine ilişkin hükümlerin olaydaki kefalet sözleşmesine uygulanıp uygulanmayacağı da tartışılmalıdır. Tüketici kredisi, 6502 sayılı TKHK'nın 22 ilâ 31.

⁷⁶ İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliği m.2/(2)'ye göre "a) Finansal hizmetler, b)Taşınmaz malların veya bu mallara ilişkin hakların oluşumu, devri veya kazanımı, c) Konut kiralama, ç) Paket turlar, d) Devre tatil, uzun süreli tatil hizmeti ve bunların yeniden satımı veya değişimi, e) Fuar, panayır ve pazar yerlerinde yapılan satışlar, f) Beslenme destek ürünleri hariç olmak üzere, yiyecek ve içecekler gibi günlük tüketim maddelerinin, satıcının düzenli teslimatları çerçevesinde tüketicinin meskenine veya iş yerine götürülmesi, g) Mal veya hizmet bedeli otuz Türk Lirasını aşmayan satışlar, ğ) Malların montaj, bakım ve onarımı, h) 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu uyarınca yetkilendirilmiş işletmecilerin, mal satışları ile mal ve hizmet satışını birlikte yaptıkları durumlar hariç olmak üzere, sunduğu elektronik haberleşme hizmetleri, ı) Elektrik, su ve doğal gaz hizmetlerine ilişkin abonelikler ile ilgili sözleşmelere" yönetmelik hükümleri uygulanmayacaktır. Yönetmeliğin uygulama alanının yönetmelikle sınırlandırılmış olmasının eleştirisi için bkz. DEMİR, s. 141.

maddeleri arasında düzenlenmiştir. 6502 sayılı TKHK m. 22'ye göre "Tüketici kredisi sözleşmesi, kredi verenin tüketiciye faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında ödemenin ertelenmesi, ödünç veya benzeri finansman şekilleri aracılığıyla kredi verdiği veya kredi vermeyi taahhüt ettiği sözleşmeyi ifade eder." Bizim de katıldığımız görüşe göre kefalet sözleşmesi, tüketici kredisi tanımına uymamaktadır. Dolayısıyla tüketici kredisine ilişkin hükümlerin kefalet sözleşmesine doğrudan uygulanması söz konusu olamaz. Şayet bir tüketici kredisine kefalet söz konusu ise tüketici kredisine ilişkin tüketiciyi koruyucu hükümlerden kefilin de yararlanması ihtimali gündeme gelebilir. Bu noktada ise karara konu olan olaydaki kredi sözleşmesinin tüketici kredisi niteliğinde olup olmadığını tespit etmek gerekmektedir.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 22'deki tüketici kredisi sözleşmesi tanımına bakıldığında, karara konu olan olaydaki kredi sözleşmesinde kredi alanın, tüketici niteliğine sahip olması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Zaten bir işlemin 6502 sayılı TKHK kapsamında tüketici sözleşmesi olabilmesi için taşınması gereken koşullardan ilki taraf koşulu olup bu koşul, sözleşmenin bir tarafında tüketicinin yer alması zorunluluğunu ve tüketicinin mal veya hizmeti ticarî veya meslekî olmayan amaçlarla satın almasını ifade eder. Taraf koşulunun sağlanması için sözleşmenin karşı tarafındaki satıcı veya sağlayıcının mal veya hizmet sunmayı meslek edinmiş olması gerekmektedir⁷⁷. İkinci koşul, konu koşuludur. Bu koşul, yürürlük tarihine göre 4077 sayılı Kanun veya 6502 sayılı Kanun anlamında tanımlanan mal teslimine veya hizmet sunulmasına ilişkin bir tüketici sözleşmesi kurulmasını gerektirmektedir⁷⁸. Süre koşulu ise 4077 sayılı Kanun'a bağlı işlemler bakımından işlemin 08.09.1995; 6502 sayılı Kanun'a bağlı işlemler bakımından ise işlemin 28.05.2014 tarihinden sonra yapılmış olmasını gerektirmektedir⁷⁹.

Türk hukuku bakımından bir değerlendirme yapabilmek için, karara konu olan olaydaki limited şirketin tüketici sıfatına sahip olup olamayacağı, diğer bir ifadeyle işlemin taraf koşulunu karşılayıp

⁷⁷ AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 89.

⁷⁸ AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 90.

⁷⁹ AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 90.

karşılımadığı öncelikle değerlendirilmelidir. Tüzel kişilerden ticaret şirketlerinin tüketici sıfatına sahip olabilmeleri konusu doktrinde tartışmalıdır. Hâkim görüş, TTK m. 19'a dayanarak, tüzel kişi tacirlerin tüketici sıfatına sahip olamayacağını savunmaktadır⁸⁰. Zira TTK m. 19/f. 1 hükmü dikkate alındığında, tüzel kişi tacirlerin tüm işleri ticarî niteliktedir. TTK m. 19'da gerçek kişi tacirlerin bazı koşullar altında adî işlerinin söz konusu olabileceği kabul edilirken, tüzel kişi tacirler bakımından böyle bir belirleme yapılmamıştır. Bu görüş taraftarlarına göre tüzel kişi tacirlerin tüm işlemleri istisnasız olarak ticarî iş niteliğindedir. Aksi yöndeki kanaatimizce isabetli olan görüş ise tüzel kişi tacirlerin de ticarî veya meslekî amaç dışında hukukî işlemler yapabileceğini benimsemektedir⁸¹. Mesela bir tacirin ticarî işletmesinde kullanılmak üzere nihaî kullanım amacıyla ve ticarî veya meslekî bir gelir elde etmeksizin herhangi bir mal veya hizmet satın alması söz konusu olabilir⁸². Bu görüşe göre tüzel kişi tacirlerin iktisadî faaliyet konuları dışında kalan mal ve hizmet edinimleri bakımından tüketici sıfatına sahip olabilecekleri kabul edilmeli ve tüketim amacı ile hareket

⁸⁰ ZEVKLİLER, Aydın/**AYDOĞDU**, Murat: Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara, 2004, s. 80 vd.; **GÜMÜŞ**, Tüketici, s. 31; **OĞUZ**, s. 36; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 91-92; **AYHAN**, Rıza/**ÖZDAMAR**, Mehmet/**ÇAĞLAR**, Hayrettin: Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 7. Bası, Ankara, 2014, s. 65-66; **OZANOĞLU**, Hasan Seçkin: "Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Anlamda Uygulama Alanı)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 50, Sayı I, 2001, s. 55-90, s. 72, dn. 59. Aynı yönde bkz. Yargıtay HGK., T. 21.09.2011, E. 2011/19-500, K. 2011/550, <<https://legalbank.net>> E.T.: 21.11.2022; Yargıtay HGK., T. 08.11.2006, E. 2006/13-637, K. 2006/679, <<https://legalbank.net>> E.T.: 21.11.2022; Yargıtay 20. HD., T. 28.11.2022, E. 2002/8260, K. 2002/9761, <<https://legalbank.net>> E.T.: 21.11.2022; Yargıtay HGK., T. 11.10.2006, E. 2006/19-684, K. 2006/647, <<https://legalbank.net>> E.T.: 21.11.2022.

⁸¹ **POROY**, Reha: "Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları", Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul, 1978, s. 513-550, s.524-525; **TAŞKIN**, Mustafa: "Tüzel Kişilerin ve Şirketlerin Tüketici Vafı", Ankara Barosu Dergisi, S. I, 1997, s. 30-37, s. 34-37. Aynı yönde bkz. Yargıtay 19. HD., T. 06.07.1999, E. 1999/3932, K. 1999/4621, <<https://legalbank.net>> E.T.: 21.11.2022.

⁸² **YÜCER AKTÜRK**, İpek: "Tüzelkişi Tacirin Tüketici Sıfatı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XX, Sayı 2, 2016, s. 103-128, s. 118.

eden tüzel kişi tacirler, tüketici hukukunun sağladığı korumadan yararlanmalıdır⁸³.

Sonuç itibariyle, tüzel kişi tacirlerin tüketici sıfatına sahip olamayacağı görüşü benimsendiğinde, TTK m. 19/f. 1 hükmü uyarınca tüzel kişi tacirlerin tüm işlemleri ticarî nitelikte olacağından, limited şirketin aldığı kredi ticarî kredi olacaktır. Bu kredi sözleşmesi, tüketici kredisine ilişkin hükümlere tâbi olamayacağından söz konusu krediyi teminat altına alan kefalet sözleşmesine tüketici kredisine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı meselesi de ortaya çıkmayacaktır. Ancak tüzel kişi tacirin tüketici sıfatına sahip olabileceği görüşü benimsendiğinde ise, tüzel kişi tacirin tüketici sıfatıyla aldığı krediye teminat veren kefilin, tüketici kredisine ilişkin hükümlerden kıyasen yararlanıp yararlanamayacağı sorusu gündeme gelecektir.

Karara konu olan olaydaki kredi sözleşmesinin taraf koşulu hakkındaki yukarıda bahsi geçen görüş farklılıkları sebebiyle bu koşulun varlığı konusunda kesin bir sonuca varmak mümkün değilken, söz konusu sözleşmeyi konu koşulu bakımından da değerlendirmek gerekmektedir. 6502 sayılı TKHK'ya göre tüketici işlemi, mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticarî veya meslekî amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukukî işlemi ifade eder (TKHK m. 3/(1)/1). Kanun'daki bu açık hüküm gereği bankacılık işlemleri bu Kanun kapsamındadır⁸⁴. Kredi sözleşmesinin bir bankacılık işlemi olduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır.

⁸³ *Yücer Aktürk'e* göre burada her ticarî işin, ticarî veya meslekî bir amaç taşıyıp taşımadığı sorusuna cevap bulunmalı; eğer bu soru olumsuz bir şekilde cevaplandırılırsa tüzel kişi tacirlerin de amaçları doğrultusunda belirli hallerde tüketici sıfatına sahip olabilecekleri kabul edilmelidir. Tüzel kişi tacirin mal veya hizmetten nihaî yararlanan olması, yani mal veya hizmeti kâr veya çıkar amacı gütmeksizin kendi özel ihtiyacı ve tüketimi için elde etmesi durumunda ticarî veya meslekî bir amaç ile hareket edilmiş olmaz. TKHK, tüzel kişi tacirleri kapsam dışında bırakmadığından, ticarî veya meslekî amaçlar dışında hareket edildiği açık olan hallerde şirketlerin de tüketici sayılması gerektiği kabul edilmelidir. Bkz. **YÜCER AKTÜRK**, s. 119-120.

⁸⁴ **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 123.

Doktrindeki genel tüketici tanımından yola çıkıldığında, tüketici kredisi, herhangi bir mal veya hizmetin satın alınması veya tedarik edilmesi maksadıyla ve mutlaka ticarî amaçlar dışında yararlanmak şartıyla, gerçek veya tüzel kişilere, banka veya finans kurumları tarafından ödünç, avans veya malî yardım şeklinde önceden belirlenmiş koşullarda geri ödenmek üzere verilen kredidir⁸⁵. Tüketici kredileri bankalar veya diğer finans kuruluşları tarafından çeşitli şekillerde verilebilir. Tüketici kredisi, kredi veren tarafından tüketici kredisinin nerede kullanılacağına tespit edilip edilmemesine göre serbest (nakdî) tüketici kredisi ve bağlı tüketici kredisi olarak ikiye ayrılır⁸⁶. Serbest tüketici kredisi, kredi veren tarafından tüketiciye istediği mal veya hizmeti, istediği satıcıdan alması için doğrudan ve nakit olarak verilen kredidir. Bu durumda, satıcı ile tüketici arasında satış sözleşmesi, banka ile tüketici arasında tüketici kredisi sözleşmesi olmak üzere iki sözleşme bulunmaktadır⁸⁷. Taahhüt kredisi ve ihtiyaç kredisi, serbest tüketici kredisine örnek olarak verilebilir⁸⁸. Bağlı tüketici kredisinde ise durum daha değişiktir. Serbest tüketici kredisinde kredi veren tarafından tüketicinin bu krediyi nerede kullanacağı tespit edilmezken, bağlı tüketici kredisinde bu, tespit edilmektedir. Ayrıca serbest tüketici kredisinden farklı olarak bağlı tüketici kredisinde üçlü bir ilişki bulunmaktadır. Satıcı ve tüketici arasında satış sözleşmesi, banka ve tüketici arasında tüketici kredisi sözleşmesi, banka ile satıcı arasında da çerçeve sözleşme vardır⁸⁹.

⁸⁵ AKİPEK ÖCAL, Şebnem: "Tüketici Kredisi ve Kredi Kartları Bakımından Tüketicinin Korunması", Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, S. 99, Kasım 2014, s. 57-65, s. 59.

⁸⁶ ASLAN, s. 193-194; ÖZTEK, Selçuk: "Genel Olarak Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredilerinde Kişisel Teminatlar", Bankacılar Dergisi, Sayı 67, 2008, s. 6-27, s. 8. Tüketici kredilerini sürekli kullanılabilen ve bir kerede kullanılabilen olmak üzere de ikiye ayırmak mümkündür. Serbest krediler ve bağlı krediler bir kerede kullanılabilirken, kredili mevduat hesapları ve kredi kartları ile kullanılan krediler kapatıldıkça tekrar kullanılabilir. Bkz. ASLAN, s. 193-194.

⁸⁷ ASLAN, s. 141.

⁸⁸ ÖZTEK, s. 8; ASLAN, s. 141.

⁸⁹ ÖZTEK, s. 8; ASLAN, s. 142. TKHK m. 30(1)'e göre "Bağlı kredi sözleşmesi; tüketici kredisinin münhasıran belirli bir malın veya hizmetin tedarikine ilişkin bir sözleşmenin finansmanı için verildiği ve bu iki sözleşmenin objektif açıdan ekonomik birlik oluşturduğu sözleşmedir."

Bağlı tüketici kredileri, ön tahsisli krediler grubunda yer almaktadır. Ön tahsisli kredi, satıştan önce belirli bir mal veya hizmetin finansmanına tahsis edilmiş kredidir. Bu kredide satış sözleşmesi ve kredi sözleşmesi, kurulduğu andan itibaren birbirlerine bağlanır. Tüketicinin, mal veya hizmet edinmesine tahsis edilmiş bu krediyi kullanma konusunda özgürlüğü bulunmamakla birlikte tüketici, satıcının talimatları ile bağlıdır⁹⁰. Satış sonrası tahsisli krediler ise kredi verilmesinin kabul edildiği sırada değil, kredinin kullanılması sırasında belirli bir mal veya hizmet edinilmesine tahsis edilmesi öngörülen kredilerdir. Bu kredilerde tüketici, krediyi seçeceği mal ve hizmetleri finanse etmek için kullanma hakkına sahip olur. Satış sonrası tahsisli krediler, kredi kartları, taksitle satış kartları, cari hesap şeklinde işleyen krediler olmak üzere üç gruptur⁹¹.

İnceleme konusu karara konu olan olayda, cari hesap şeklinde işleyen bir kredi sözleşmesi söz konusu olduğundan, bu tür bir kredi sözleşmesinin TKHK kapsamında olup olmadığını tespit etmek gerekmektedir. Cari hesap şeklinde işleyen kredi sözleşmelerinde kredi veren, sözleşmenin geçerlilik süresi içerisinde ve sözleşmede kararlaştırılan limiti aşmamak üzere vereceği krediyi sürekli tekrarlamayı ve kredi alan müşterinin kredi taleplerini bu limit içerisinde karşılamayı borçlanır. Böylece kredi alan, belirlenen limit dâhilinde aldığı kredileri zamanında geri ödemek suretiyle yeniden kredi talep etme imkânına kavuşmuş olur⁹². Bizim de katıldığımız görüşe göre cari hesap şeklinde işleyen krediler, tacirlerin akdetmiş

⁹⁰ ÖZTEK, s. 9; ASLAN, s. 142.

⁹¹ ÖZTEK, s. 9.

⁹² AKKANAT, Halil: "Kefaletin Fer'iliği İlkesi ve Banka Ticari Kredi Sözleşmeleri", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan", Ankara, 2004, s. 275-289, s. 281-282. Cari hesap şeklinde işleyen kredilerde, kredi alanın aldığı krediyi zamanında ödemesi, sadece münferit kredi borcunun sona ermesine yol açmakta fakat kredi açma sözleşmesinin ortadan kalkmasına sebebiyet vermemektedir. Bu hukukî durumun doğal sonucu olarak da cari hesap şeklinde işleyen genel kredi sözleşmesini kefil sıfatıyla imzalamış veya borçlu için rehin vermiş bulunan şahısların bu sıfatla sağladıkları teminatlar, genel kredi sözleşmesi yürürlükte kaldığı sürece devam eder. Bkz. AKKANAT, s. 282.

oldukları kredilerden olup tüketici kredisi niteliğinde değildir⁹³. Dolayısıyla sözleşmenin tarafı olan kredi alan, TKHK'nın tüketiciyi koruyan hükümlerinden yararlanamayacağı gibi, kredi alanın borcuna kefil olan kişinin de bu kapsamda korunması ihtimali söz konusu olamaz.

Kaldı ki karara konu olan olaydaki kredi sözleşmesinin bir tüketici kredisi niteliğinde olması varsayımında dahi, kanımızca tüketici kredisindeki tüketicinin cayma hakkından kefilin de yararlanması düşünülmemelidir⁹⁴. Cayma hakkı, 6502 sayılı TKHK'nın tüketici kredilerinde tüketiciye tanıdığı önemli haklardan biridir⁹⁵. TKHK m. 24/(1)'e göre "Tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezaî şart ödemeksizin tüketici kredisi sözleşmesinden cayma hakkına sahiptir." Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un bütününe bakıldığında, kefalet sözleşmesinden

⁹³ **YILMAZ**, Çiğdem Mine: "Yargıtay Kararları Çerçevesinde Kredi Borçlusunun Erken Ödeme ve Yeniden Yapılandırma Hakkı", ERÜHFD, C. XVI, S. 2, 2021, s. 139-190, s. 157-158; **TOPALOĞLU**, Mustafa: "Banka Kredilerinde Erken Ödeme", Terazi Dergisi, Yıl: 5, Sayı: 50, Ekim 2010, s. 53-73, s. 70 vd.; **ÖNDER**, M. Fahrettin/**ÖZKUL**, Burcu: "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketici Kredisi Sözleşmelerinde Bankaya Verilen Şahsi Güvence: Adi Kefalet Sözleşmesi", Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 3, 2013, s. 25-46, s. 29-30; **ÖZTEK**, s. 9. Aynı yönde bkz. Yargıtay 13. HD., T. 27.09.2007, E. 6791, K. 11147, <<https://legalbank.net>> E.T.: 21.11.2022. Cari hesap kredisinin teminine ilişkin olarak verilen kefaletin geçerliliği konusundaki tartışmalar ve doktrindeki görüşler için bkz. **AYRANCI**, s. 116 vd.

⁹⁴ Aksi yöndeki görüşe göre ise tüketici kredisindeki tüketicinin cayma hakkından kefilin de yararlanması ve ayrıca kefilin korunması amacıyla bu düzenlemenin kanunda yer alması gerekmektedir. Bkz. **CEYLAN**, Ebru: "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Tüketici Kredisi ve Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Kişisel Teminatlarla İlgili Değerlendirmeler", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 9, Sayı 17, Haziran 2021, s. 93-131, s. 115-116; **SERDAR**, s. 82. Tüketici işleminin tarafı olan tüketiciyi koruyucu hükümlerden, tüketici için fedakarlıkta bulunan kefilin de yararlanması gerektiği yönünde bkz. **ARAT**, Ayşe: "Tüketici Hukuku'nda Kefalet Sözleşmesi", Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi, Cilt 19, 41. Yıl Özel Sayısı, s. 207-223, s. 216.

⁹⁵ **AKİPEK**, s. 60. Tüketici kredileri sözleşmelerinde tüketicinin, geri ödeyebileceğine inandığı maddî bir yükümlülük altına çok düşünmeden girmesi tehlikesi söz konusudur. Ancak bazen tüketicinin tüketici kredisi sözleşmesi ile üstlendiği yükümlülük, ödeme gücünü aşabilir. Bu nedenle tüketiciye düşünmesi ve cayma hakkını kullanması için on dört günlük süre tanınmıştır. Bkz. **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 355; **CEYLAN**, s. 95.

sadece m. 4/(6)'da bahsedildiği görülmektedir. TKHK m. 4/(6)'ya göre "Tüketici işlemlerinde, tüketicinin edimlerine karşılık olarak alınan şahsi teminatlar, her ne isim altında olursa olsun adî kefalet sayılır. Tüketicinin alacaklarına ilişkin karşı tarafça verilen şahsi teminatlar diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça müteselsil kefalet sayılır." Madde gerekçesine göre bu düzenlemenin amacı, tüketici işlemlerinde kefil olanları korumaktır⁹⁶. Müteselsil kefalet, kefil için ağır yükümlülükler getirdiğinden, tüketiciye kefil olmak isteyenler için bu kefaletin adî kefalet sayılması, kefalet sözleşmesinin kurulmasını teşvik edici niteliktedir⁹⁷. Ayrıca bu düzenleme ile tüketicinin kefil bulması kolaylaştırılmıştır⁹⁸. Kanun koyucu, şahsî teminat veren kişinin niteliği konusunda bir ayırım yapmamıştır. Teminat veren, tüketici sıfatına sahip olsa da olmasa da bu hükmün kapsamına girmektedir⁹⁹. Diğer bir ifadeyle kefil, ticarî veya meslekî olmayan amaçlarla hareket etmiş olsa veya gelir elde etme amacıyla teminat vermiş olsa da bu hükümdeki

⁹⁶ Eski 4077 sayılı TKHK'dan farklı olarak bu hususun sadece tüketici kredileri ve konut finansmanı sözleşmeleri değil tüm tüketici sözleşmeleri bakımından kabul edilmiş olmasının isabetli olduğu yönünde bkz. AKÇAAL, Mehmet/UYUMAZ, Alper: "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Bazı Hükümlerine (m. 1-16) İlişkin Bir inceleme", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 2, 2013, s. 241-276, s. 251.

⁹⁷ Adî kefalet-müteselsil kefalet ayrımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HELVACI, İlhan: "Banka Kredi Sözleşmeleri Çerçevesinde Adî Kefalet Sözleşmesine İlişkin Gelişmeler", İÜHFİM, C. LXV, S. 1, 2001, s. 263-272, s. 264 vd. Müteselsil kefilin hukukî sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için ELÇİN, Gülçin: "Bankaların Genel Kredi Sözleşmelerinde Yer Alan Kefalet Hükümlerinin Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi", İstanbul Barosu Dergisi, C. 87, S. 3, 2013, s. 16-33, s. 22 vd.

⁹⁸ CEYLAN, s. 111. Tüketici işlemlerinde, tüketicinin edimlerine karşılık olarak alınan şahsî teminatların her ne isim altında olursa olsun adî kefalet sayılacağına ilişkin hükmün emredici nitelik taşıdığı ve artık bir tüketici işleminde tüketicinin borcu için şahsî teminat verilmesi durumunda tarafların şahsî teminatın türüne karar verme olanağının bulunmadığı yönünde bkz. AYAN, Serkan: Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Ankara, 2013, s. 57; HELVACI, s. 271; SERDAR, s. 79, SEÇER, s. 93. Şayet taraflar arasında adî kefalet sözleşmesi yerine müteselsil kefalet sözleşmesi yapılırsa bu sözleşmenin kesin hükümsüz olacağı; kesin hükümsüzlükle sakat olan bu müteselsil kefalet sözleşmesinin adî kefalet sözleşmesine tahvil edilerek ayakta tutulması gerektiği yönünde bkz. HELVACI, s. 271-272.

⁹⁹ SEÇER, s. 95.

korumadan yararlanmalıdır¹⁰⁰. Maddede ayrıca tüketicinin alacaklı olduğu durumlarda diğer tarafın verdiği şahsî güvencenin müteselsil kefalet olduğu kabul edilerek tüketicinin de korunması amaçlanmaktadır¹⁰¹.

Kanun koyucu, kefil, asıl borçlu olan tüketiciye başvurmadan borcun ifası tehdidi ile karşı karşıya kalma tehlikesi bakımından korumayı yeterli görmüştür. Yoksa bazı özellikli tüketici işlemlerinde sözleşme ile bağlılığını bir kez daha gözden geçirme fırsatı veren cayma hakkını kefile tanımayı amaçlamamıştır. Cayma hakkı, her tüketici işlemi için söz konusu olmayıp bazı özellikleri sebebiyle diğer tüketici sözleşmelerine nazaran tüketicinin daha zayıf konumda olduğu tüketici sözleşmelerinde tüketiciye tanınmıştır. Kanaatimize göre asıl borç ilişkisinin tarafı olan tüketiciye cayma hakkı tanınırken, onun borcuna kefil olan kişiye bu hakkın tanınmaması bilinçli bir iradenin ürünüdür. Ayrıca tüketici kredisindeki tüketicinin cayma hakkından kefilin de yararlanması şeklindeki bir uygulama, kefaletin bağımlı bir yan (fer'i) borç olma özelliği ile bağdaşmamaktadır. Kefaletin fer'i bir borç olması, asıl borcun mevcudiyetini gerektirmesi ve onunla birlikte varlığını sürdürmesi anlamına gelmektedir¹⁰². Asıl borç sona ererse kefalet borcu

¹⁰⁰ SEÇER, s. 95.

¹⁰¹ Önder ve Özkul'a göre TKHK m. 4/(6)'daki düzenleme tam anlamıyla tüketiciyi korumaya yöneliktir. Çünkü tüketicinin kefil sıfatıyla borçlu olduğu hallerde, alacak öncelikle asıl borçludan alınmaya çalışılıp bu mümkün olmadığında kefilten istenebilecekken; tüketicinin alacaklı sıfatına sahip olduğu hallerde ise tüketici asıl borçluya başvurmak zorunda kalmadan alacağını doğrudan doğruya kefilten isteyebilecektir. Bkz. ÖNDER/ÖZKUL, s. 32. Ancak kanaatimize göre bu maddede kefil, tüketici sıfatına sahip olduğu için değil, tüketici işleminden doğan bir borca kefil olduğu için korunmaktadır. Zira bizim de katıldığımız görüşe göre bir tüketici sözleşmesinden doğan alacağı teminat altına almasa da bankalar veya diğer girişimci sıfatına sahip kişiler ile akdedilen kefalet sözleşmesi tüketici işlemi sayılmaktadır. Ancak tüketici işleminden doğmayan bir alacağı teminat altına alan kefalet sözleşmesi, TKHK m. 4/(6)'da bahsedilen "tüketici işleminde tüketicinin edimine karşılık alınan bir teminat" olma özelliğine sahip olmayacağından, kefil bu maddedeki korumadan yararlanamayacaktır. Dolayısıyla bu maddede kısmen tüketicinin borcu için teminat veren kefilin, kısmen de alacaklı sıfatına sahip olan tüketicinin korunması amaçlanmaktadır.

¹⁰² EREN, s. 778; AYRANCI, s. 109; ELÇİN, s. 17; KUNTALP, Erden/ALTINOK ORMANCI, Pınar: "Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi", Nevzat Toroslu'ya Armağan, Cilt-II, Ankara, 2015, s. 729-751, s. 731.

da sona erer. Dolayısıyla ancak tüketici, kanunun kendisine tüketici kredisinin tarafı olması sebebiyle tanımış olduğu cayma hakkını kullandığı takdirde kefilin borcu da asıl borca bağımlılığı sebebiyle sona erecektir.

Kefalet sözleşmesi asıl borca ilişkin sebeplerle sona erebileceği gibi kefalet sözleşmesine özgü sebeplerle de sona erebilir¹⁰³. Ayrıca kefalet, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine göre de sona erebilir¹⁰⁴. Kefaletin kefalet sözleşmesine özgü sebeplerle sona erme hallerinden biri de kefilin kefaletten dönmesidir. Kefilin kefalet sözleşmesinden dönme hakkının koşulları sınırlı olarak TBK m. 599'da sayılmıştır¹⁰⁵. Kefalet sözleşmesinin kefilin cayması yoluyla sona ermesi konusunda TKHK'da ve TBK'da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Diğer yandan asıl borç ile kefalet borcunun sebepleri de birbirinden farklıdır¹⁰⁶. Asıl borç tüketim ödöncü sözleşmesinde ifa sebebine sahipken, kefilin borcu teminat sebebine dayanmaktadır. Kanımızca tüketicinin cayma hakkına sahip olduğu tüketici işlemlerinde, asıl borçlu olan tüketicinin borcunun ifasını temin eden kefilin de bu hakka sahip olması gerektiğini söylemek, cayma hakkına ilişkin normun koruma amacını aşan bir yorum olacağı gibi kefaletin niteliği ile de bağdaşmamaktadır.

SONUÇ

Kefalet gibi kişisel teminatlarda kefilin cayma hakkının var olup olmadığı meselesi uzun süredir Alman doktrinde ve yargı kararlarında tartışmalıdır. Bilindiği üzere kefaletle ilişkin BGB § 765 vd. maddelerinde kefile cayma hakkı tanınmamaktadır. Alman Federal Mahkemesi 22.09.2020 tarihli kararı ile kefalet sözleşmesinin kıyas yoluyla veya

¹⁰³ ÖZEN, s. 54; OĞUZ, Cemal: "Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefaletin Sona Ermesi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 3, 2022, s. 29-60, s. 31. Kefaleti sona erdiren sebepler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZ, Kefalet, s. 32 vd.; KUNTALP/ALTINOK ORMANCI, s. 734 vd. Kefilin sorumluluğunun kefalet sözleşmesine özgü sebeplerle sona ermesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEN, s. 55 vd. Kefaletin asıl borca bağlı olarak sona ermesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TAŞATAN, s. 355 vd.

¹⁰⁴ OĞUZ, Kefalet, s. 31.

¹⁰⁵ Kefilin kefalet sözleşmesinden dönmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEN, s. 72 vd.; AYAN, s. 661 vd.; KUNTALP/ALTINOK ORMANCI, s. 746 vd.

¹⁰⁶ EREN, s. 779.

2011/83/AB sayılı Tüketici Hakları Yönergesi'ne uygun yorum ya da hukuk yaratma yoluyla BGB §§ 312 ff.'in konu bakımından uygulama alanına girmeyeceği sonucuna varmıştır. Federal mahkeme tarafından, iş yeri dışında imzaladığı sözleşme ile teminat veren kefilin BGB § 312g uyarınca cayma hakkına sahip olmadığı ve kefilin 21.09.2016 tarihli yazılı beyanı ile 22.12.2015 tarihli kefalet sözleşmesinden BGB § 355/f. 1/c. 1 ve BGB § 357/f. 1'e dayanarak caymasının geçerli olmadığı kabul edilmiştir. Diğer bir ifadeyle davacı banka ile davalı kefil arasındaki kefalet sözleşmesi o tarihte hala geçerli olduğundan davalı, BGB § 765/f. 1'e göre asıl borçlunun yani limited şirketin borcundan dolayı sorumludur.

Alman Federal Mahkemesi'nin ilgili kararı incelendiğinde, tüketici kredisine ilişkin BGB hükümlerinin ve BGB § 495/f. 1'deki cayma hakkının kıyasen uygulanması konusunda yorum yapılmadığı görülmektedir. Alman doktrininde bu konudaki tartışma devam etmektedir. Nitekim bir görüşe göre burada bir boşluk bulunmaktadır. Bu nedenle asıl borçlu ve kefilin tüketici sıfatına sahip olduğu hallerde, kefil de kıyas yoluyla Tüketici Kredisi Yönergesi'nin ve Tüketici Kredileri Hakkında Kanun'un (VerbKrG) uygulama alanına dâhil edilmelidir. Kaldı ki Tüketici Kredisi Yönergesi kapsamında korunan menfaatlere bakıldığında kefilin de en az kredi alan kadar korunmaya ihtiyacı vardır. Aksi yöndeki görüşe göre ise Tüketici Kredisi Yönergesi'nde kefilleri ve diğer teminat verenleri kapsama alan bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla burada bir boşluk bulunmadığından kefilin kıyasen bu korumadan yararlanması söz konusu olamaz.

İnceleme konusu kararın, Alman Federal Mahkemesi'nin kefilin cayma hakkının bulunmadığı yönündeki bugüne kadar mevcut olan içtihatları ile uyumlu olduğu söylenebilir. İfade etmek gerekir ki bu karar, Alman hukukunda tüketicilerin kişisel teminat sözleşmelerinde korunması konusunu bir kez daha gündeme getirmesi ve bu konudaki yasal düzenlemeleri tekrar gözden geçirme fırsatı vermesi bakımından önemlidir.

Alman Federal Mahkemesi'nin kararında varılan sonuç Türk hukuku bakımından değerlendirildiğinde, bir banka ile akdedilen kefalet sözleşmesi her ne kadar tüketici işlemi niteliğine sahip olsa da kefilin, tüketici hukukunun tüketiciye sağladığı tüm korumalardan yararlanmasının mümkün olmadığı sonucuna varılmaktadır. Cayma hakkı, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un tüketiciye

sağladığı önemli bir koruma olmakla birlikte tüm tüketici işlemlerinde tüketiciye sağlanmamıştır. İş yeri dışında kurulan sözleşmelerde kural olarak tüketicinin cayma hakkı bulunmakla birlikte, kefilin kefaletinin karşılığının bankanın kredi verme edimi olduğu düşünüldüğünde finansal hizmetin söz konusu olduğu ve İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliği'nin uygulama alanı dışında kaldığı söylenebilir. Bu nedenle kefilin İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliği'nden kaynaklanan cayma hakkı bulunmaz.

Tüketici kredisine ilişkin hükümlerin kefalet sözleşmesine uygulanabilirliğine bakıldığında ise kefalet sözleşmesi, tüketici kredisi niteliğinde olmadığından bu hükümlerin doğrudan uygulanması söz konusu değildir. Ancak bir tüketici kredisinde kredi alanın borcuna teminat teşkil etmek üzere kurulan kefalet sözleşmesinde kefilin de tüketicinin sahip olduğu koruma araçlarından biri olan cayma hakkından kıyasen yararlanabilmesi tartışması gündeme gelmektedir. Kanaatimize göre kefilin teminat verdiği kredi tüketici kredisi niteliğinde olsa da kefil, tüketiciye sağlanan korumadan yararlanmamalıdır. Zira kefil, gerek TKHK m. 4/(6) ile gerekse TBK hükümleri ile kefaletin niteliğine uygun bir şekilde koruma altındadır ve kanun koyucu bu korumadan fazlasını gerek görmemiştir. Tüketiciye bile istisnaî olarak tanınan cayma hakkından, tüketicinin borcuna teminat veren kefilin de yararlanabileceğini kabul etmek, normun koruma amacını aşan bir yorum olacağı gibi kefaletin fer'i niteliğine ve kefaletin sona ermesine ilişkin TBK hükümlerine uygun düşmemektedir.

KAYNAKLAR

- AKÇAAL, Mehmet/UYUMAZ, Alper: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Bazı Hükümlerine (m. 1-16) İlişkin Bir inceleme”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 2, 2013, s. 241-276.
- AKİPEK ÖCAL, Şebnem: “Tüketici Kredisi ve Kredi Kartları Bakımından Tüketicinin Korunması”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, S. 99, Kasım 2014, s. 57-65.
- AKKANAT, Halil: “Kefaletin Fer’iliği İlkesi ve Banka Ticari Kredi Sözleşmeleri”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan”, Ankara, 2004, s. 275-289.
- ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Ankara, 2015.
- ARAT, Ayşe: “Tüketici Hukuku’nda Kefalet Sözleşmesi”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi, Cilt 19, 41. Yıl Özel Sayısı, s. 207-223.
- ARTZ, Markus: “Bürgschaft und Verbraucherkreditgesetz-Zur Anwendbarkeit des VerbKrG auf Bürgschaften unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Schuldbeitritt”, VuR, 1997, s. 227-233.
- ASLAN, İ. Yılmaz: Bankacılar İçin Tüketici Hukuku, Bankalararası Kart Merkezi, İstanbul, 2016.
- AYAN, Serkan: Kefalet Sözleşmesi, Ankara, 2018.
- AYAN, Serkan: Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Ankara, 2013. (Kısaltılmışı: AYAN, Kefilin Sorumluluğu)
- AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan: Tüketici Hukuku, Ankara, 2021.
- AYHAN, Rıza/ÖZDAMAR, Mehmet/ÇAĞLAR, Hayrettin: Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 7. Bası, Ankara, 2014.
- AYRANCI, Hasan: “Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, S. 1-2, 2005, s. 107-126.
- BAYSAL, Başak: “Cayma Hakkının Sözleşme Hukukundaki Yeri”, İÜHFİM, C. LXXV, S. 1, 2017, s. 273-292.
- CEYLAN, Ebru: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Tüketici Kredisi ve Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Kişisel Teminatlarla İlgili Değerlendirmeler”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 9, Sayı 17, Haziran 2021, s. 93-131.

- DEMİR, Mehmet: Kapıdan İşlemlerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara, 2003.
- DEUTSCHMANN, Lennart: "Widerrufsrecht beim Bürgschaftsvertrag?", ZJS, (5), 2021, s. 669-672.
- DURAL, Mustafa/SARI, Suat: Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2021.
- EDİS, Seyfullah: Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Altıncı Basım, Ankara, 1997.
- ELÇİN, Gülçin: "Bankaların Genel Kredi Sözleşmelerinde Yer Alan Kefalet Hükümlerinin Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi", İstanbul Barosu Dergisi, C. 87, S. 3, 2013, s. 16-33.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara, 2021.
- FRITZ, Bernhard: "Der Verbraucher als Bürge", NJW, 2020, s. 3629-3632.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt-II, 3. Bası, İstanbul, 2014.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi Cilt 1, İstanbul, 2014. (Kısaltılmışı: GÜMÜŞ, Tüketici)
- HELVACI, İlhan: "Banka Kredi Sözleşmeleri Çerçevesinde Adi Kefalet Sözleşmesine İlişkin Gelişmeler", İÜHFM, C. LXV, S. 1, 2001, s. 263-272.
- KABAŞ, Esen: "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunla İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmelere İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, S. 3, 2015, s. 73-100.
- KUNTALP, Erden/ALTINOK ORMANCI, Pınar: "Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi", Nevzat Toroslu'ya Armağan, Cilt-II, Ankara, 2015, s. 729-751.
- KURT, L. Müjde: "TKHK Açısından Kapıdan Sözleşmelerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı", Ankara Barosu Dergisi, S. 2, 2011, s. 43-68.
- MAIER, Arne: "Widerrufsrecht des Bürgen", VuR, 2021, s. 23-28.
- OĞUZ, Cemal: "Kapıdan Satışlarda Tüketicie Tanınan Cayma Hakkının Kullanılmasının Şartları ve Caymanın Sonuçları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1-2, 2004, s. 33-48.

- OĞUZ, Cemal: “Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefaletin Sona Ermesi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 3, 2022, s. 29-60. (Kısaltılmışı: OĞUZ, Kefalet)
- OMLOR, Sebastian: “Schuldrecht: Widerrufsrecht des Bürgen”, JuS, 2020, s. 1209-1211.
- OZANOĞLU, Hasan Seçkin: “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulama Alanı)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 50, Sayı I, 2001, s. 55-90.
- ÖNDER, M. Fahrettin/ÖZKUL, Burcu: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketici Kredisi Sözleşmelerinde Bankaya Verilen Şahsi Güvence: Adi Kefalet Sözleşmesi”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 3, 2013, s. 25-46.
- ÖZEL, Çağlar: Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara, 1999.
- ÖZEN, Burak: “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefilin Sorumluluğunun Kefalet Sözleşmesine Özgü Sebeplerle Sona Ermesi”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, Temmuz 2011, s. 53-77.
- ÖZTEK, Selçuk: “Genel Olarak Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredilerinde Kişisel Teminatlar”, Bankacılar Dergisi, Sayı 67, 2008, s. 6-27.
- POROY, Reha: “Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları”, Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, İstanbul, 1978, s. 513-550.
- REİSOĞLU, Seza: Türk Kefalet Hukuku, Ankara, 2013.
- RIEHM, Thomas: “Aktuelle Faelle zum Bürgschaftsrecht, Teil I (Verbraucherkreditgesetz, Haustürwiderrufsgesetz)”, JuS, 2000, s. 138-144.
- SCHINKELS, Boris: “Widerruf des Bürgschaftsvertrags nach Verbraucherrecht”, LMK, 2020, 434762.
- SEÇER, Öz: “Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Kapsamında Tüketici Kredisi Sözleşmelerinde Kefalet”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 139-140, Mart-Nisan 2016, s. 91-120.
- SERDAR, İlknur: “Tüketici Kredilerinde Teminat”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 9, Sayı 99, Kasım 2014, s. 70-86.

- SERT SÜTÇÜ, Selin: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Tüketicinin Cayma Hakkı, Ankara, 2016.
- TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, İstanbul, 2010.
- TAŞATAN, Caner: “Kefalet Sözleşmesinin Geçerliliği ve Sona Ermesi Bakımından Asıl Borç”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXV, Sa. 2, 2021, s. 341-369.
- TAŞKIN, Mustafa: “Tüzel Kişilerin ve Şirketlerin Tüketici Vasfı”, Ankara Barosu Dergisi, S. I, 1997, s. 30-37.
- TIEDEMANN, Lutz: “Widerruf einer Geschaefstführer-Bürgschaft”, BKR, 2020, s. 412-416.
- TOPALOĞLU, Mustafa: “Banka Kredilerinde Erken Ödeme”, Terazi Dergisi, Yıl: 5, Sayı: 50, Ekim 2010, s. 53-73.
- YILDIRIM, Abdulkerim: Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, İstanbul, 2009.
- YILMAZ, Çiğdem Mine: “Yargıtay Kararları Çerçevesinde Kredi Borçlusunun Erken Ödeme ve Yeniden Yapılandırma Hakkı”, ERÜHFD, C. XVI, S. 2, 2021, s. 139-190.
- YÜCER AKTÜRK, İpek: “Tüzelkişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XX, Sayı 2, 2016, s. 103-128.
- ZEVKLİLER, Aydın/AYDOĞDU, Murat: Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara, 2004.

BİR İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARI IŞIĞINDA MERNİS ADRESİNE YAPILAN DOĞRUDAN TEBLİGAT

(YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME BÜYÜK GENEL
KURULU, E. 2019/2, K. 2020/3, T. 20.11.2020)

Dr. Öğr. Üyesi Hilal ÜNAL KAYA*

Öz

Yargılama işlemleri dâhil olmak üzere, kişilerin kendilerini ilgilendiren hukuki işlemlerden zamanında haberdar olarak yasal haklarını kullanabilmelerine imkân tanıyan tebligat, gördüğü bu işlev sayesinde hukukun önemli ve güncelliğini hiç yitirmeyen konuları arasında yerini almıştır. İctihadi birleştirme kararları ise Yargıtay daireleri arasındaki görüş ayrılıklarına son vererek benzer konularda bağlayıcı nitelik taşımaları nedeniyle hukuk düzenin önemli kaynakları arasında yer alırlar. Çalışmamıza konu olan içtihadi birleştirme kararı, muhatabın bilinen en son adresine çıkarılan tebligatın iade edilmesi ve adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresinin bilinen adresten farklı olması hâlinde; adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresine Tebligat Kanununun 21/2 maddesi uyarınca doğrudan tebligat çıkarılmasının yeterli olup olmadığı hususunda uygulamada yaşanan belirsizliğe (şimdilik) bir son

* Dr. Öğr. Üyesi Hilal Ünal Kaya, Türk-Alman Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, Türkiye | Asst. Prof., Hilal Ünal Kaya, Türk-Alman University, Institute of Social Sciences, Istanbul, Turkey. ✉ hilal.kaya@tau.edu.tr • ORCID 0000-0001-6065-0919.

✉ **Atf Şekli** | Cite As: KAYA, Hilal ÜNAL: “Bir İctihadi Birleştirme Kararı Işığında Mernis Adresine Yapılan Doğrudan Tebligat”, SÜHFD, C. 31, S. 3, 2023, s. 1185-1212.

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

✉ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

vermiş gibi görünse de, verilen kararın halen tartışmaya açık pek çok yönü bulunmaktadır. Kurul'un ancak üçüncü görüşmede oy çokluğu ile karara varabilmiş olması ve alınan karar hakkında çoğu etraflıca yazılmış olmak üzere toplam beş adet muhalefet şerhinin bulunması konuda bir sonuca ulaşmanın hiç de kolay olmadığını göstermiştir.

Anahtar Kelimeler

Bilinen Son Adres • Adres Kayıt Sistemindeki Adres (Mernis Adresi) • Doğrudan Tebligat (Teb. K. M. 21/2) • Normal Yoldan Tebligat (Teb. K. M. 21/1) • Muhataba Ulaşılması

DIRECT NOTIFICATION TO THE MERNIS ADDRESS IN LIGHT OF A DECISION ON THE UNIFICATION OF CASE LAW

(GRAND GENERAL ASSEMBLY OF THE UNIFICATION OF CASE LAW OF THE COURT OF CASSATION, CASE NO. 2019/2, DECISION NO. 2020/3, DATED 20.11.2020)

Abstract

Notification, which enables individuals to be informed of legal proceedings concerning them in a timely manner and to exercise their legal rights, including judicial proceedings, has taken its place among the important and evergreen subjects of law thanks to this function. The decisions on unification of case law, on the other hand, are among the important sources of the legal order as they are binding on similar issues by putting an end to the differences of opinion between the chambers of the Court of Cassation. Although the decision on the unification of case law, which is the subject of our study, seems to have put an end (for the time being) to the uncertainty in practice regarding whether it is sufficient to issue a direct notification to the residential address in the address registration system in accordance with Article 21/2 of the Notification Law in case the notification issued to the last known address of the addressee is returned and the residential address in the address registration system is different from the known address, there are still many aspects of the decision that are open to discussion. The fact that the Board was only able to reach a decision by a majority of votes in the third meeting and that there were five dissenting opinions against the decision, most of which were written in detail, shows that it was not easy to reach a conclusion on the dispute.

Keywords

Last Known Address • Address In The Address Registration System (Mernis Address) • Direct Notification (Article 21/2 of the Notification Law) • Normal Notification (Article 21/1 of the Notification Law) • Reaching The Addressee.

I. İÇTİHATLARI BİRLEŐTİRMENİN KONUSU

Yargıtay İÇtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunda yapılan görüşmelerde içtihadı birleştirmenin konusu "muhatapın bilinen en son adresine çıkartılan tebligatın iade edilmesi ve adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresinin bu adresten farklı olması hâlinde; adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresine "Mernis adresi" şerhi verilerek Tebligat Kanunu'nun 21/2. maddesi uyarınca doğrudan tebligat çıkartılmasının yeterli olup olmadığı, öncelikle bu adrese normal bir tebligat çıkartılmasının gerekip gerekmediği" şeklinde belirlenmiştir.

Kararın incelenmesine geçmeden önce bir hususa açıklık getirmek isteriz ki, kararda geçen "normal tebligat" terimi, muhatapın adreste olup olmadığı ile adreste değil ise nedeninin araştırıldığı, farklı bir adresinin tespit edilmesi halinde tebligatın buraya yönlendirildiği, adresten geçici ayrılma halinde ise tebligattan haberdar kılınma ve Tebligat Kanunu (Teb. K.) m. 20'deki ek süreden yararlanabilme imkânının tanındığı, aynı zamanda "olağan" olarak da tabir edilen yöntemi ifade ederken (Teb. K. m. 21/1; Teb. Yön. m. 30, 31); "doğrudan tebligat" terimi, muhatapın adreste bulunmama nedeninin araştırılmasına gerek kalmayan, yeni adres tespitinin yapılmadığı ve tebligattan haberdar kılınmaya yönelik tedbirleri içermeyen, daha hızlı ve pratik bir yöntemi ifade etmektedir (Teb. K. m. 21/2; Teb. Yön. m. 16/2). İncelediğimiz karar ile paralellik sağlamak adına bizim de çalışma içerisinde aynı terminolojiyi takip edeceğimizi belirtmek isteriz.

II. DAİRELERİN GÖRÜŞ ÖZETLERİ

Konuya ilişkin Hukuk Genel Kurulu, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi ve Yargıtay 12. Hukuk Dairesi kararları arasında görüş ayrılığı bulunmaktadır. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi ile Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin ortak görüşü, tebligatın öncelikle muhatapın bildirilen adresine çıkarılacağı, bu tebligatın tebliğ edilemeden merciine iadesi durumunda muhatapın adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresine (AKS adresine) öncelikle "Mernis kaydı içermeyen" normal tebligat çıkarılacağı, şayet muhatap adreste oturmakla birlikte, adresten geçici olarak ayrılmış ise Tebligat Kanunu'nun 21/1. maddesi koşullarına uygun şekilde tebligat yapılacağı,

muhatabın adreste oturmadığı tespit edilerek tebligatın iade edilmesi hâlinde ise muhatabın adres kayıt sistemindeki adresi olduğuna dair kayıt (Mernis kaydı) düşülerek Tebligat Kanunu'nun 21/2. maddesi uyarınca doğrudan tebligat yapılacağı yönündedir.

Hukuk Genel Kurulu ile Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin ortak görüşü ise muhatabın bilinen en son adresine çıkartılan tebligatın iade edilmesi ve adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresinin bu adresten farklı olması hâlinde, adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresine doğrudan “Mernis adresi” şerhi verilerek Tebligat Kanunu'nun 21/2. maddesi uyarınca tebligat çıkartılmasının yeterli olduğu, ilgili adrese öncelikle normal yoldan bir tebligat çıkartılmasının gerekli olmadığı yönündedir.

Görüldüğü üzere, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi ile 4. Hukuk Dairesi muhatabın bilinen son adresine çıkarılan tebligatın bila¹ olması halinde öncelikle AKS adresine normal yoldan bir tebligat çıkarılmasını, bu tebligatın başarısız olması halinde ancak o zaman Teb. K. m. 21/2 uyarınca “Mernis adresi” şerhi verilerek doğrudan tebligat yapılmasını öngörerek üç aşamalı bir yöntem izlemektedir. Hukuk Genel Kurulu ile Yargıtay 12. Hukuk Dairesi ise bilinen son adrese yapılan tebligatın iade edilmesi sonrasında AKS adresine Teb. K. m. 21/2 uyarınca “Mernis adresi” şerhi verilerek doğrudan tebligat yapılmasının yeterli olduğunu, normal yoldan yapılacak bir tebligata gerek olmadığını belirterek iki aşamalı bir yöntem izlemektedir.

III. İÇTİHA TLARI BİRLEŞTİRME BÜYÜK GENEL

KURULUNUN KARARI VE GEREKÇESİ

Konuya ilişkin Genel Kurulun kararı özetle şu şekildedir: “... Muhatabın bilinen en son adresine çıkartılan tebligatın iade edilmesi ve adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresinin bu adresten farklı olması hâlinde: adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresine “Mernis adresi” şerhi verilerek Tebligat Kanunu'nun 21/2. maddesi uyarınca doğrudan tebligat çıkartılmasının yeterli olduğuna, öncelikle bu adrese

¹ Türk Dil Kurumu Sözlüğünde bila “-sız/-siz, -maksızın/-meksizin, -madan/-meden eklerine karşılık olan ön ek” olarak tanımlanmıştır. Bila tebliğ ise tebliğ yapılması istenen tarafa tebligatın yapılamadığı anlamına gelmektedir.

normal bir tebligat çıkartılmasının gerekmediğine dair. 20.11.2020 tarihinde yapılan üçüncü görüşmede oy çokluğu ile karar verilmiştir...” Görüldüğü üzere, Kurul muhatabın bilinen son adresine tebligat yapılamaması halinde, bu adres ile adres kayıt sistemindeki adres farklı olsa bile, Tebligat Kanunu'nun 21/2. maddesi uyarınca doğrudan tebligat çıkarılmasının yeterli olduğuna, öncesinde normal yoldan bir tebligat çıkarılmasına gerek olmadığına karar vererek Hukuk Genel Kurulu ve Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin görüşlerini izlemiştir. Fakat Kurulun bu karara ulaşması kolay olmamış, Kurul ancak üçüncü görüşmede oy çokluğu ile karar alabilmiştir. Gerek kararın gerekçe kısmında gerekse de muhalefet şerhlerinde önemli tartışma noktalarına değinilmiştir. Gerekçede yer alan hususlara ana hatlarıyla bu başlık altında yer verilecek olup; muhalefet şerhlerindeki hususlara ise yeri geldikçe değinilecektir.

Karar içerisinde, sorunun değerlendirilmesine geçilmeden önce konuyla doğrudan yahut dolaylı olarak ilgisi bulunan birçok mevzuat hükmüne yer verildiği görülmektedir. İlgili hükümler 7201 sayılı Tebligat Kanunu ve Tebligat Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik (Teb. Yön.) başta olmak üzere 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununda yer alan hükümlerdir. Gerekçe kısmı yakından incelendiğinde ise karara temel olanın Tebligat Kanunu'nun 10/2 ve 21/2 maddeleri ile Yönetmeliğin 16/2, 30/1 ve 31' inci maddeleri olduğu anlaşılmaktadır.

Kurulun gerekçesi özetle şu şekildedir:

- Teb. K. m. 10/2: “Bilinen en son adresin tebligata elverişli olmadığına anlaşılması veya tebligat yapılamaması hâlinde, muhatabın adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresi, bilinen en son adresi olarak kabul edilir ve tebligat buraya yapılır”. Kurul, bu hükümden adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresinin bilinen en son adres olduğu yönünde aksinin ispatı mümkün olmayan bir varsayım bulunduğundan yola ıkmaktadır². AKS adresi son adres olarak kabul

² Karar içerisinde varsayım su şekilde tanımlanmıştır: “... Varsayım bir kurucu unsurun hukuki sonuçlarının başka bir unsur içinde doğru olup olmadığına araştırmaya ihtiyaç duymaksızın aynen kabulüdür...”.

edildiğinden, tebligatı çıkartan merci veya posta memurunun başkaca bir adres araştırması yapamayacağı belirtilmektedir. Kurula göre, şayet AKS adresine normal usulde, yani Kanunun 21/1 maddesine göre tebligat yapılması kabul edilirse, bu metod adres araştırmasını da içermesi nedeniyle Teb. K. m. 10/2 hükmüne açıkça aykırı olacaktır.

• Teb. K. m. 21/2: “Gösterilen adres muhatabın adres kayıt sistemindeki adresi olup, muhatap o adreste hiç oturmamış veya o adresten sürekli olarak ayrılmış olsa dahi, tebliğ memuru tebliğ olunacak evrakı, o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti azasından birine veyahut zabıta amir veya memurlarına imza karşılığında teslim eder ve tesellüm edenin adresini ihtiva eden ihbarnameyi gösterilen adresteki binanın kapısına yapıştırır. İhbarnamenin kapıya yapıştırıldığı tarih, tebliğ tarihi sayılır”. Kurul, AKS adresine doğrudan tebligat yapılabilmesi için öncelikle bilinen en son adrese normal yoldan bir tebligat çıkarılması gerektiğine vurgu yaptıktan sonra, bilinen en son adrese çıkarılan tebligatın merciiine iade edilmesi halinde, ikinci (ve son) aşama olarak AKS adresine “Mernis adresi” şerhi düşülerek doğrudan tebligat yapılması gerektiği kanaatindedir. Kurul bu sonuca, özellikle Teb. K. m. 10/2’de yer alan “muhatabın adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresi, bilinen en son adresi olarak kabul edilir” yönündeki varsayım ile Teb. K. m. 21/2’ de yer alan “... tebliğ memuru tebliğ olunacak evrakı o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti azasından birine veyahut zabıta amir veya memurlarına imza karşılığında teslim eder ve tesellüm edenin adresini ihtiva eden ihbarnameyi gösterilen adresteki binanın kapısına yapıştırır.” ifadesini birlikte ele alarak ulaştığını belirtmiştir.

• Teb. Yön. m. 16/2: “Bilinen en son adresin tebligata elverişli olmadığına anlaşılması veya tebligat yapılamaması hâlinde, muhatabın adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresi bilinen en son adresi olarak kabul edilir ve tebligat buraya yapılır. Ayrıca başkaca adres araştırması yapılmaz. 79 uncu maddenin ikinci fıkrasına göre renkli bastırılan tebligat zarfında, adresin muhatabın adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresi olduğu belirtilerek bu adrese tebligat yapılacağına dair meşruhata yer verilir.” Kurul, Yönetmeliğin bu hükmünü Teb. K. m. 10/2 ve m. 21/2 hükümlerine ilişkin yaptığı değerlendirmelere dayanak

olarak göstermiştir. Kararda, özellikle maddede yer alan “başkaca adres araştırması yapılamayacağına” ilişkin ifade ile AKS adresine çıkarılan tebligatta “bu hususa ilişkin meşruhata yer verilmesine” yönelik ifadeye dikkat çekilmiştir.

•Teb. Yön. m. 30/1: “Adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresine meşruhat verilerek çıkarılan tebligatlar hariç olmak üzere, muhatap veya muhatap adına tebliğ yapılabilir olanlardan hiçbiri gösterilen adreste sürekli olarak bulunmazsa, tebliğ memurunun, adreste bulunmama sebebini bilmesi muhtemel komşu, yönetici, kapıcı, muhtar, ihtiyar heyeti veya meclisi yeleri, kolluk amir ve memurlarından araştırarak beyanlarını tebliğ mazbatasına yazıp imzalatması, imzadan çekinmeleri halinde bu durumu yazarak imzalaması gerekir.” Yönetmeliğin 30. maddesi, başlığında da belirtildiği üzere, muhatabın adreste bulunmaması, ölmesi veya adresinden sürekli olarak ayrılması hâlinde yapılacak işlemleri düzenlemektedir. Kurul, maddenin ilk cümlesinde yer alan “adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresine meşruhat verilerek çıkarılan tebligatlar hariç olmak üzere” açıklamasından, Teb. K. m. 21/2` ye göre yapılacak tebligatlarda muhatabın adreste aranmasının ve yeni adres tespiti halinde tebligatın buraya yönlendirilmesinin mümkün olmadığı sonucunun pekiştirildiği kanaatindedir.

•Teb. Yön. m. 31: “(1) Tebliğ memuru;

a) Muhatap veya muhatap adına tebligat yapılabilir kişiler, o adreste buldukları halde hiçbirinin tebliğ anında gösterilen adreste mevcut olmamaları,

b) Muhatap ya da kendilerine tebligat yapılabilir kişilerin tebellüğden kaçınması,

c) Muhatap, gösterilen adreste hiç oturmamış veya bu adresten sürekli olarak ayrılmış olsa dahi tebligatın, muhatabın adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresine bu husus meşruhat verilerek çıkarılması,

hallerinden biri gerçekleştiği takdirde tebliğ olunacak evrakı, o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti veya meclisi üyesinden birine ya da kolluk amir veya memuruna imza karşılığında teslim eder. Tebliğ

memuru, ek-1'de yer alan (2) numaralı örneğe uygun olarak düzenlenen ihbarnameyi gösterilen adresteki kapıya yapıştırır. (a) bendinde belirtilen halin gerçekleşmesi durumunda tebliğ memuru, tebliğ olunacak şahsa keyfiyetin haber verilmesini de mümkün oldukça en yakın komşularından birine, varsa yönetici veya kapıcıya da bildirir.

(2) Birinci fıkranın (c) bendi gereğince yapılacak tebligatlarda tebliğ memurunca 30 uncu maddeye göre araştırma yapılmaz." Yönetmeliğin bu maddesi ise tebliğ imkânsızlığı ve tebellüğden kaçınma hali ile adres kayıt sistemindeki adreste bulunmama halinde yapılacak işlemleri düzenlemektedir. Kurul, maddenin ilk fıkrasının (c) bendi ile ikinci fıkrasını birlikte yorumlayarak, muhatabın adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresine bu husus meşruhat verilerek çıkarılan tebligatlarda, muhatabın adreste bulunmaması halinde tebliğ memurunun bildirim ve araştırma yapma yükümlülüğünün olmadığına hükmetmiştir.

• Gereğince son olarak adil yargılanma hakkı ile bu hakkın bir unsuru olan hukuki dinlenilme hakkına ve silahların eşitliği ilkesine yer verilmiştir. Kurul, adil yargılanma hakkı ile yargılamanın makul sürede bitirilmesi arasında hassas bir dengenin bulunduğu işaret etmiştir. Adil yargılanmanın gerçekleştirilebilmesi için sadece hukukî dinlenilme hakkının tanınmış olmasının yetmediği; aynı zamanda tarafların bu haktan eşit olarak yararlanmaları gerektiği belirtilerek silahların eşitliği ilkesine vurgu yapmıştır. Kurula göre, muhatabın hukuki dinlenilme hakkı gerekçe gösterilerek Teb. K. m. 21/2 uyarınca tebligat yapılmasının ön koşulu olarak Mernis adresine öncelikle normal yoldan bir tebligat gönderilmesi gerektiği kabul edilirse, bu durum Kanun ve Yönetmeliğe aykırı olduğu gibi, tebligat işlemini gereksiz uzatarak karşı tarafın makul sürede yargılanma hakkını da ihlal edecektir.

IV. DEĞERLENDİRME

A. Tebligat Kanunu'nun İlgili Maddelerinin Değerlendirilmesi

1. Teb. K. m. 10

Tebligat Kanunu'nun 10. maddesinin ilk fıkrası tebligatın öncelikle tebliğ yapılacak şahsın bilinen en son adresine yapılacağı; ikinci fıkrası ise bilinen en son adresin tebligata elverişli olmaması veya bu adrese

tebligat yapılılamaması hâlinde, muhatabın adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresinin bilinen en son adres olarak kabul edilerek tebligatın buraya yapılacağını düzenlemektedir. Düzenlemeden de anlaşılabilereği üzere, kanun koyucu öncelikle muhataba en hızlı ve kolay yoldan ulaşılabileceği düşünölen bilinen en son adresine tebligat yapılmasını, buradan bir sonuç alınamaz ise o zaman adres kayıt sistemindeki adresine tebligat yapılmasını öngörmüřtür³. Fakat madde içerisinde AKS adresine ęıkarılacak tebligatın normal yoldan mı yoksa doğrudan mı olması gerektiğine ilişkin herhangi bir ağıklamada bulunulmamıştır.

Bilinen en son adresin tespitinde, tebliğ isteyeninin beyanı, muhatabın veya diğer ilgililerin bildirimleri ya da mevcut belgeler esas alınır (Teb. Yön. m.16/1). Bilinen en son adres bu şekilde tespit edildikten sonra (şayet muhatabın adres kayıt sisteminde yerleşim yeri adresi var ise)⁴ iki ihtimal gündeme gelebilir: Birinci ihtimal, muhatabın tespit edilen adresi ile AKS adresinin aynı olması ihtimalidir. Bu durumda, öğretide her ne kadar AKS adresine doğrudan tebligat ęıkarılması gerektiği ileri sürölmüşse de⁵, uygulama – İBK’ da da kabul edildiği

³ “...Bilinen en son adresin tebliğe elverişli olmadığı anlaşılmadan veya bu adreste tebligat yapılamadığı görölmeyen doğrudan adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresinde tebligatın yapılması; yapılan tebligatı usulsöz kılar (Teb. K. M. 10/2)...” Yargıtay 2. HD, 13.06.2022, E. 2022/5084, K. 2022/5601 (Lexpera). Benzer yöndeki bir diğer karar için bkz: Yargıtay 1. HD, 10.05.2022, E. 2021/9411, K. 2022/3788 (Lexpera).

⁴ Adres kayıt sisteminde kayıtlı olmayan geręek kişiler için ise bilinen adrese tebligat yapılamadığı takdirde son ęare olarak Teb. K. m. 28 uyarınca ilan edilen tebligat yapılacaktır. Detaylı bilgi için bkz: **AKCAN**, Recep/**ALBAYRAK**, Hakan, Tebligat Hukuku, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 56 vd.

⁵ *Yeşilova* kayıtlı adrese ęıkarılacak tebligatın kağıncı kez olduğuna bakılmaksızın Teb. K. m. 21/2 uyarınca doğrudan yapılması gerektiği kanaatindedir. Yazara göre, adres kayıt sistemindeki adresin başkaca bir adres araştırmasına hukuken imkân vermeyen yapısı, aynı adrese olağan usulde, yani Kanunun 21/1 maddesine göre tebligat yapılmasına doğal olarak engeldir. **YEŞİLOVA**, Bilgehan, “Tebligat Kanunu’nun 6099 s. K. İle Değişik 10/II ve 21/II Maddesi Hükömlerinin Uygulama Alanlarının Tespiti-Bir İċtihat Değerlendirmesinin Düşöndürdükleri”, Ankara Barosu Dergisi, 2014/3, s. 92, 105. **Benzer yönde: YILMAZ**, Ejder/**ÇAğLAR**, Tacar, Tebligat Hukuku, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 369, 370; **DURAN**, Osman, “Adres Kayıt Sisteminin Tebligat Hukuku Üzerine Etkileri”, EÜHFD, 2013/2, s. 937, 938; **PEKSÖZ**, Vildan, “Adres Değişikliği Hâlinde Tebligat”, İÜHFM,

üzere – bilinen adres ile AKS adresinin aynı olması durumunda ilgili adrese öncelikle normal yoldan bir tebligat çıkarılması, bu tebligattan bir sonuç alınamaz ise ancak o zaman doğrudan tebligat çıkarılması gerektiği yönündedir⁶. Biz de bu karara katılmaktayız zira – aşağıda daha detaylı olarak ele alacağımız üzere – Teb. K. m. 21/2`de düzenlenen doğrudan tebligat usulü muhatabı korumaya yönelik bazı önemli tedbirlerden yoksundur. Şayet AKS adresine tek aşamalı olarak doğrudan tebligat çıkarılması kabul edilseydi, bu durum vatandaşlık görevini yerine getirerek adres kayıt sistemine zamanında ve usulüne uygun olarak adresini bildirmiş olan bireylerin hak kaybına uğramalarına neden olabilirdi.

Tebliğatin yapılacağı adres tespit edildikten sonra doğabilecek ikinci ihtimal ise, tespit edilen (bilinen) adres ile AKS adresinin farklı olması ihtimalidir. İşte asıl tartışma konusu da bu noktada ortaya çıkmaktadır. Böyle bir durumda bilinen adrese yapılan ilk tebliğin normal usul ve yöntemler izlenerek yapılacağı konusunda herhangi bir tereddüt yoktur. Ancak yapılan bu tebliğin bila dönmesi halinde AKS adresine çıkarılacak tebliğin öncelikle normal yoldan mı yoksa doğrudan mı olması gerektiği hususunda bir açıklık yoktur.

Tartışmanın Tebligat Kanunu'nun 10. maddesini ilgilendiren kısmı 2011 yılında 6099 sayılı Kanun ile getirilen ikinci fıkrasıdır. İkinci fıkra, bilinen en son adresin tebligata elverişli olmadığına anlaşılması veya bu adrese tebligat yapılamaması halinde, adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresinin bilinen en son adres olarak kabul edilerek

2016/1, s. 355. **Aksi yönde:** ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI Emel, Medeni Usul Hukuku, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 192; SALGIRTAY, Teoman, "Tebliğat Kanununda Yapılan Değişiklikler Ve Bir Yargıtay Kararı Işığında (Yargıtay 12. H.D. 2012 / 32459 E. – 2013 / 3328 K. S. -11.02.2013 T.) Tebligat Kanunu Uygulamaları", Ankara Barosu Dergisi, 2013/4, s. 302.

⁶ Yargıtay 12. HD., 19.3.2013, E. 2013/2332, K. 2013/10176 (Legalbank); Yargıtay 1. HD, 03.10.2022, E. 2021/4893, K. 2022/6362 (Legalbank); Yargıtay 12. HD., 12.10.2022, E. 2022/2286, K. 2022/10186 (Legalbank); Yargıtay 12. HD., 10.11.2022, E. 2022/4235, K. 2022/11869 (Legalbank). İncelemekte olduğumuz İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçesinde şu ifadeler yer almaktadır: "...Kanun koyucu bilinen en son adres ile mernis adresinin aynı olması hâlini ayrıca düzenlememiş ise de bu durumla ilgili bir içtihat aykırılığı bulunmamaktadır...".

tebligatın buraya yapılacağını düzenlemektedir. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, AKS adresi başkaca bir araştırmaı gerekli kılmayan son adres olarak kabul edilmiřtir⁷. Kurul, buradan hareketle her iki adresin farklı olduğu durumlarda bilinen adrese yapılan ilk tebliğin bila olması halinde, AKS adresine doğrudan tebligat çıkarılması gerektiğini, çünkü normal yoldan çıkarılacak bir tebligatın adres araştırmasını da içermesi nedeniyle Teb. K. m. 10/2 hükmüne açıkça aykırı olacağını belirtmektedir. İlginç olan şudur ki, Kurul, bilinen adres ile AKS adresinin örtüşmesi durumunda ise bu sefer AKS adresine doğrudan tebligat yapılamayacağı, mutlaka öncelikle normal yoldan tebligatın denenmesi gerektiği yönündeki görüşe katılmaktadır⁸. Kanımızca burada şöyle bir çelişki ortaya çıkmaktadır: şayet “AKS adresi başka bir araştırmaı gerekli kılmaz” ifadesi Kurulun yorumladığı gibi ele alınıp bir çözüme varılmak isteniyorsa, son halde de (yani her iki adresin örtüşmesi durumunda da) AKS adresine normal değil doğrudan tebligat yapılabilmesi gerekirdi, zira normal yoldan yapılacak bir tebligat bu halde de adres araştırmasını iğerirdi. Oysaki ilgili görüş böyle bir durumda muhatabın AKS adresine normal yoldan tebligat denenmeksizin doğrudan tebligat yapılmasını hukuka aykırı bulmaktadır.

Kanımızca tartışmanın kilit noktalarından birisi, AKS adresine yapılan tebligatın hiçbir şekilde yeni bir adres araştırması iğeremeyeceği düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Bu düşünceye dayanak olarak gösterilen Teb. K. m. 10/2 hükmünün gerekçesinde şu ifadelere yer verilmiştir: “Yeni düzenlemeyle birlikte adres kayıt sisteminde bir adres mevcut olduğu sürece, adresin meçhul sayılması ve adres araştırması yapılması mümkün değildir. Bu sebeple 28 inci madde hükmünün uygulanması oldukça istisnai kullanılabilir bir hal alacaktır”. Bize göre bu ifadeden çıkan sonuç şudur: AKS adresinin başkaca bir araştırmaı gerekli kılmaması ile

⁷ Bu sayede, özellikle uygulamada gerçek kişilerin adresinin tespit edilememesinden kaynaklanan gecikmelerin önüne geçilmesinin hedeflendiği belirtilmiştir. Bkz: 6099 s. K. Gerekçe m. 3.

⁸ “...Dolayısı ile bir kimsenin doğrudan doğruya mernis adresine tebligat yapılması mümkün olmayıp, mernis adresine tebligat ikincil bir yol veya çare olarak kullanılır...”.

anlatılmak istenen, adres kayıt sisteminin oluşturulmasıyla birlikte artık sistemde kayıtlı adresi bulunanlar için ilanen tebligata ve dolayısıyla tebligatı çıkaran merci tarafından yapılacak son bir adres araştırmasına gerek kalmadığıdır⁹. Bunun haricinde, ilgili ifadeden adres araştırması içerdiği gerekçesiyle AKS adresine normal yoldan tebligat çıkarılamayacağı sonucuna ulaşmak kanımızca mümkün değildir.

Kaldı ki, normal tebligat usulü adres araştırmasından da öte, muhatabın adresten geçici süreyle mi yoksa sürekli olarak mı ayrıldığıнын tespiti ile geçici ayrılma halinde onun tebligattan haberdar kılınması ve Teb. K. m. 20’de öngörülen şartların oluşması halinde on beş günlük ek süreden yararlanması¹⁰ haklarını da içeren daha kapsamlı bir yöntemi ifade etmektedir. Şayet sırf yeni bir adres araştırmasına mahal vermemek için AKS adresine doğrudan tebligat çıkarılması gerektiği kabul edilirse, bu durumda muhatap tebligata ilişkin diğer haklarından da mahrum bırakılmış olmaktadır¹¹. Bu yüzdendir ki bilinen en son adres muhatabın AKS adresi olsa bile yapılacak ilk tebligatın öncelikle normal yoldan çıkarılması gerektiği kabul edilmektedir.

⁹ Bilindiği üzere, ilanen tebligatta tebligatı çıkaran mercii tebliğ memurunca adresi tespit edilemeyenler için Teb. K. m. 28/2’ de öngörülen yöntemlerle son bir adres araştırması yapmakta ve buradan da bir sonuç alınmadığı takdirde ilanen tebligat yoluna başvurmaktadır. Detaylı bilgi için bkz: **RUHİ**, Canan / **RUHİ**, Ahmet Cemal, Tebligat Hukuku Bilgisi, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 223. **ATALI**, Murat/**ERMENEK**, İbrahim/**ÜÇÜNCÜ**, S. Hilal, Tebligat Hukuku, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 51 vd.

¹⁰ Teb. K. m. 20 uyarınca, muhatabın geçici olarak başka yere gitmesi halinde, tebliğ evrakı Teb. K. m. 20 ‘de belirtilen kişilere teslim edilmişse tebligat bu tarihte yapılmış sayılır. Ancak bu kişiler tebliğ evrakını kabulden kaçınırsa tebliğ memuru bu hususu tutanağa geçirerek tebliğ olunacak evrakı o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti üyesinden birine ya da kolluk amiri veya memurlarına imza karşılığında teslim eder ve teslim ettiği kişinin adresini içeren ihbarnameyi gösterilen adresin kapısına yapıştırır. Tebligat ihbarnamenin kapıya yapıştırıldığı tarihten on beş gün sonra yapılmış sayılır. Detaylı bilgi için bkz: **EKECİK**, Şükran /**DURAN**, Osman, “Tebligat Kanunu’nun 20. Maddesi Üzerine Düşünceler”, Ankara Barosu Dergisi, 2013/3, s. 88 vd. Öğretide, Teb. K. m. 20 hükmünün muhatabın adresten uzunca bir süre ayrılmış olması halinde uygulanacağı belirtilmiştir. Bkz: **DELİDUMAN**, Seyithan, Tebligat Hukuku Bilgisi, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 106; **ATALI/ERMENEK/ÜÇÜNCÜ**, s. 182 vd.

¹¹ Bu hususa hemen hemen tüm muhalefet şerhleri içerisinde dikkat çekilmiştir.

Aynı dūřuncenin her iki adresin farklı olması durumunda niçin uygulama alanı bulamadığını anlamak güçtür. Her ne kadar açıkça belirtmese de Kurul'un řu argümandan yola çıktığını düşünmekteyiz: Her iki adresin farklı olması durumunda, bilinen adrese çıkarılan ilk tebligat normal yoldan olacağı için AKS adresine tekrar normal yoldan bir tebligat çıkarılmasına gerek yoktur; her iki adresin aynı olması durumunda ise, muhataba henüz normal yoldan çıkarılmış bir tebligat olmadığı için öncelikle bu yolun denenmesi ancak başarısız olunursa o zaman doğrudan tebligat yapılması gerekir. Fakat bu gerekçeden yola çıkılacak olursa göz ardı edilmemesi gereken şudur ki; bilinen adresin tespiti sıklıkla tebligatı isteyen tarafın beyanına ya da ilgili merciinin araştırmasına dayanabilmektedir¹². 10' uncu maddenin gerekçesinde yer alan “Ancak tebligatın yapılmasını isteyeninin veya tebligatı çıkartan makamın bildirdiği adresin, tebligata elverişli olmadığıının anlaşılması ya da bu adrese tebligat yapılamaması hâlinde, muhatabın 5490 sayılı Kanuna göre adres kayıt sistemindeki adresi bilinen son adresi olarak kabul edilerek, tebligat buraya yapılacaktır” ifadesi de uygulamanın bu yönde olduğuna işaret etmektedir. Tebligatın yapılmasını isteyeninin veya tebligatı çıkartan makamın bildirdiği adrese tebligat yapılamaması halinde, muhatabın AKS adresine doğrudan tebligat çıkarılabileceği kabul edildiğinde, bu durumda muhatap kendisinden kaynaklanmayan bir nedenden ötürü en güvenilir adres olarak tabir edilen AKS adresinde olağan yöntemlerle aranmaksızın adeta şekli bir tebligat yöntemine tabi tutulmuş olmaktadır. Dięer yandan, böyle bir uygulamanın varlığından haberdar olan kötü niyetli ilgililerin de sırf bilinen adrese yapılan tebligatı başarısız kılmak ve bunu takiben muhatabın AKS adresine doğrudan tebligat yapılmasını sağlayabilmek için yanlış adres bildirmeleri de mümkündür¹³.

¹² 1, 4, 5 nolu muhalefet şerhleri. “Bilinen en son adresi tebliğ muhatabı (kendisine tebligat yapılacak kişi) bildirmiş olabileceği gibi diğer ilgili kimseler de (mesela davacı veya takibe girişen alacaklı) bildirebilir. Tebligatı çıkaracak merci (mesela mahkeme veya icra dairesi) de soruşturma yaparak, muhatabın bilinen en son adresini tespit edebilir”. MUŐUL, Timuçin, Tebligat Hukuku, 7. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 182, 183.

¹³ Bkz. 1, 4, 5 nolu muhalefet şerhleri. Kuşkusuz muhatabın kendisine tebligat yapılması için bildirdiği adresin AKS adresi ile örtüşmediği durumlara da karşılaşmak mümkündür. Böyle bir durumda ise, muhatabın bildirdiği adrese

Bu noktada, bir çözüm olması açısından, “tebligat öncelikle muhatabın bilinen en son adresine yapılır” kuralının tekrar gözden geçirilebileceği kanaatindeyiz. Zira, tebligatı çıkaran merciye öncelikle tebligat adresinin tespit edilmesi görevini yükleyen bu kuralın uygulaması adres kayıt sisteminin oluşturulmasından önceye dayanmaktadır. Halbuki kapsamlı ve güvenilir bir adres kayıt sistemi oluşturulduktan sonra aynı uygulamayı sürdürmek yerine, yeni bir düzenlemeyle sistemde kayıtlı adrese öncelik verilerek yapılacak ilk tebligatın AKS adresine normal yoldan çıkarılması, buradan bir sonuç alınamaz ise AKS adresine doğrudan tebligat çıkarılarak sürecin sonlandırılması düşünülebilir. Böylece hem uygulamada yaşanan bilinen adres ile AKS adresinin farklı olması durumunda ortaya çıkan karmaşanın hem de bilinen adresin tespiti için kaybedilen zamanın önüne geçilmiş olacaktır. Adres kayıt sisteminde kayıtlı bir adresi bulunmayanlar için ise ilan tebligat ya da – daha esnek bir çözüm benimsenmek istenirse – bir defaya mahsus bilinen adres tespiti yapılması ve şayet adres tespit edilirse tebligatın doğrudan buraya yönlendirilmesiyle sürecin sonlandırılması düşünülebilir. Ancak AKS adresine öncelik tanınan böyle bir çözüm benimsendiğinde, sistemin doğru ve düzgün işleyişi için gerekli tedbirlerin alınmasının her zamankinden daha önemli hale geleceği de göz ardı edilmemelidir¹⁴.

“Tebligat öncelikle muhatabın bilinen en son adresine yapılır” kuralı muhafaza edilmek istenirse de o zaman alternatif olarak şu çözüm yolu önerilebilir: Bilinen adrese yapılan bila tebliğ üzerine AKS adresine yapılacak normal yoldan tebligatta yeni bir adres araştırması

normal yoldan çıkarılan tebligatın yapılamayarak merciine iadesi üzerine AKS adresine normal yoldan çıkarılacak yeni bir tebligat bu sefer de tebligat isteyen tarafın menfaatlerinin zedelenmesine sebebiyet verebilir. Bu sonucu önleyebilmek adına, belki o zaman Kurul tarafından benimsenen, bilinen adrese çıkarılan ilk tebligatın başarısız olması üzerine AKS adresine doğrudan tebligat çıkarılması gerektiği düşünülebilir. Fakat durumun istisnai özelliği dikkate alındığında, bu yöntemin genel bir kural olarak değil, muhatabın kötü niyetli yahut ihmalkâr davranışlarını önlemeye yönelik bir tür yaptırım olarak düzenlenmesi daha uygun olabilir.

¹⁴ Sistemin işleyişine yönelik hâlihazırda getirilmiş bazı eleştiriler için bkz: AKİL, Cenk, “11.1.2011 Gün ve 6099 Sayılı Kanun ile 7201 Sayılı Tebligat Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler”, TBB Dergisi 2012/101, s. 255, 257.

yapılmayacağı açıkça hüküm altına alınabilir. Böylece AKS adresine normal yoldan tebligat çıkarılsa bile adres tespiti dışında muhatabın tebligata ilişkin diğer korumalardan yararlanması mümkün kılınmış olacaktır.

2. Teb. K. m. 21

Kurul'un kararına dayanak olarak gösterdiği diğer önemli bir düzenleme Tebligat Kanunu'nun 21'inci maddesidir. Maddenin ilk fıkrası, normal yöntem olarak da tabir edilen, "*bilinen adrese yapılan*" tebligatı düzenlemektedir. Buna göre, muhatap veya muhatap adına tebliğ yapılabilecek olanlardan hiçbiri gösterilen adreste bulunmaz veya tebellüğden imtina ederse, tebliğ memuru tebliğ olunacak evrakı, o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti azasından birine veyahut zabıta amir veya memurlarına imza karşılığında teslim eder. Tebliğ memuru, teslim alanın adresini ihtiva eden ihbarnameyi gösterilen adresteki binanın kapısına yapıştırır ve adreste bulunmama halinde muhatabın durumdan haberdar edilmesini en yakın komşularından birine, varsa yönetici veya kapıcıya da bildirir. Tebliğ, ihbarnamenin kapıya yapıştırıldığı tarihte gerçekleşmiş sayılır (Teb. K. m. 21/1). Fıkradaki önemli ayrıntı, geçici olarak adreste bulunmama halinde, muhatabın tebligattan haberdar edilmesine yönelik tebliğ memuruna getirilen yükümlülüktür. Tebellüğden imtina hali için ise böyle bir yükümlülüğün öngörülmemiş olması anlaşılabilir bir durumdur, zira adreste bulunan muhatap ya da onun yerine tebligatı alabilecek olan kişinin tebligattan zaten haberi olmuřtur¹⁵.

21' inci maddenin ikinci fıkrası ise doğrudan tebligat usulünü düzenlemektedir. Buna göre, şayet gösterilen adres muhatabın adres kayıt sistemindeki adresi olup da muhatap o adreste hiç oturmamış veya o adresten sürekli olarak ayrılmış, dahi olsa, tebliğ memuru tebliğ olunacak evrakı, o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti azasından birine veyahut zabıta amir veya memurlarına imza karşılığında teslim eder ve teslim alanın adresini içeren ihbarnameyi gösterilen adresteki binanın

¹⁵ ALBAYRAK, Hakan, Tebligat Hukuku, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 136; DELİDUMAN, s. 112.

kapısına yapıştırır. İhbarnamenin kapıya yapıştırıldığı tarih, tebliğ tarihi olarak kabul edilir (Teb. K. m. 21/2).

İlk ve ikinci fıkra arasında iki temel fark olduğu görülür: Bunlardan birisi, m. 21/1 uyarınca yapılacak tebligatlarda, muhataba ulaşamayan tebliğ memuru adreste bulunmama sebebini maddede belirtilen şekilde araştıracaktır. Muhatabın farklı bir adresi tespit edilirse tebligat oraya yönlendirilecektir (Bkz. Teb. Yön. m. 30/1, 3, 4). Buna karşılık, m. 21/2'ye göre yapılacak tebligatlarda muhatabın adreste bulunmama nedeninin araştırılması ve yeni bir adres tespitinin yapılması öngörülmemiştir (Bkz. Teb. Yön. m. 30/1).

Teb. K. m. 21/1 ile m. 21/2 arasındaki ikinci önemli fark ise adreste geçici bulunmama halinde muhatabın durumdan haberdar kılınmasına yönelik getirilen düzenlemedir. Teb. K. m. 21/1'e göre yapılacak tebligatlarda, tebliğ memurunun ihbarnameyi kapıya yapıştırdıktan sonra muhatabın durumdan haberdar edilmesini en yakın komşularından birine, varsa yönetici veya kapıcıya da bildirmesi gerekirken (Bkz. Yön. 31/1); Teb. K. m. 21/2 hükmüne göre yapılacak tebligatlarda tebliğ memurunun bu yönde bir bildirim yükümlülüğü bulunmamaktadır (Bkz. Teb. Yön. 31/1).

Ancak kanun koyucu m. 21/2' nin uygulanabilmesi için daha en başta çok önemli bir şart getirmekte ve bu şart kanımızca Kurulun da yapmış olduğu üzere sıklıkla gözden kaçırılmaktadır. İlginçtir ki, bu hususa muhalefet şerhleri içerisinde de değinilmemiştir. Dikkat edilirse, m. 21/2 "*Gösterilen adres muhatabın adres kayıt sistemindeki adresi olup ...*" şeklinde başlamaktadır. Bu ifade m. 21/2 hükmünün uygulanabilmesi için gösterilen adresin aynı zamanda muhatabın AKS adresi olması gerekliliğini daha en başından ifade etmektedir. Burada "*gösterilen adres*" ile kastedilen muhatabın "*bilinen son adresi*" dir¹⁶. Zira maddenin normal usulde tebligatı düzenleyen ilk fıkrasında da aynı ibare kullanılmıştır. Bilinen son adres ise tebligatın normal yoldan, yani Teb. K. m. 21/1 uyarınca yapılacağı adrestir (Karş. Teb. K. m. 10/1). Bu adresin aynı

¹⁶ Tebligat mevzuatında adres konusunda kavram birliği oluşmamıştır. "*Gösterilen adres*", "*bilinen en son adres*", "*bilinen adres*", "*bildirilen adres*" gibi kavramlar birbirinin yerine kullanılabilir. Bkz: **ALBAYRAK**, s. 20.

zamanda muhatabın AKS adresi olması bir Őeyi değiştirmmez, zira daha önce de belirttiğimiz gibi, AKS adresine tek aşamalı olarak m. 21/2 uyarınca doğrudan tebligat yapılması mümkün deęildir¹⁷. Dolayısıyla m. 21/2 hükmünü ancak m. 21/1 hükmüne göre yapılan tebligatın başarısız olması halinde uygulanabilecek bir hüküm olarak ele almak gerekir. O zaman, gösterilen adres (diğer bir ifadeyle bilinen en son adres) aynı zamanda muhatabın AKS adresi ise ve yapılan ilk tebligat başarısız olmuşsa, bu demek oluyor ki muhatap AKS adresinde hâlihazırda normal yollardan aranmış fakat ona ulaşılamamıştır. Artık aynı adrese ikinci kez normal yoldan bir tebligat yapılmasına gerek olmadığı aktır. Fakat gösterilen adres ile AKS adresi farklı ise aynı Őeyi söylemek mümkün değildir. Bu durumda gösterilen adrese karılan ancak yapılamayarak mercine iade edilen ilk tebligat normal yoldan olmakla birlikte henüz AKS adresine karılmış normal yoldan bir tebligat yoktur. Şayet başarısız olan ilk tebligat zerine AKS adresine doğrudan tebligat karılması kabul edilirse, bu durumda muhataba en güvenilir adres olarak nitelendirilen AKS adresinde olağan yöntemler denenerek ulaşılmaya çalışılmış olmayacaktır. Kanımızca böyle bir sonuç, muhatabın AKS adresinde öncelikle normal yoldan aranması gereklilięi¹⁸ ile bağdaşmadığı gibi, fıkranın başında yer alan “Gösterilen adres muhatabın adres kayıt sistemindeki adresi olup ...” ifadesiyle de çelişmektedir.

B. Tebligat Kanunu’nun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin İlgili Maddelerinin Değerlendirilmesi

1. Teb. Yön. m. 16

Yönetmeliğin 16`ncı maddesinin ilk fıkrası, Teb. K. m. 10`a paralel olarak, tebligatın öncelikle bilinen en son adrese yapılacağını; ikinci fıkrası ise bilinen en son adresin tebligata elverişli olmadığına anlaşılması veya tebligat yapılamaması halinde, muhatabın adres kayıt

¹⁷ Bkz. Başlık IV. A.1.

¹⁸ Daha önce de belirttiğimiz gibi, bu gereklilik yargı kararlarında ifadesini bulan “bilinen adres ile AKS adresinin örtüşmesi durumunda ilgili adrese tek aşamalı olarak doğrudan tebligat karılamayacağı” gerekçesinden doğmaktadır. Bkz. Başlık IV. A.1.

sisteminde bulunan yerleşim yeri adresinin bilinen en son adres olarak kabul edilerek tebligatın buraya yapılacağını düzenlemiştir. Ancak ikinci fıkranın son cümlesinde – Teb. K. m. 10`dan farklı olarak – AKS adresine yapılacak tebligatın renkli zarf içerisinde Mernis adresi şerhi verilerek çıkarılacağı ve başka bir adres araştırması yapılmayacağı açıkça ifade edilmiştir. Bu ifade, Kurulun görüşüne dayanak olarak gösterdiği önemli bir düzenlemedir. Gerçekten de ifadenin yarattığı ilk izlenim, bilinen adrese yapılan tebligatın başarısız olması üzerine AKS adresine meşruhatlı olarak doğrudan tebligat çıkarılması gerektiği yönündedir.

Öncelikle şunu belirtmek isteriz ki, Yönetmelik hükümleri Kanunun ilgili maddelerine uygun olarak yorumlanmak durumundadır. Şayet kanun koyucunun iradesi Kurulun belirttiği yönde, yani bilinen en son adrese yapılan tebligatın bila dönmesi halinde AKS adresine doğrudan tebligat çıkarılması gerektiği yönünde olsaydı, bu hususa Teb. K. m. 10 ya da Teb. K. m. 21 içerisinde rahatlıkla değinilebilirdi. Ancak kanun koyucu aksi yönde bir tutum sergilemiş ve Teb. K. m. 21/2 içerisinde doğrudan tebligat çıkarılabilmesinin ön şartı olarak gösterilen adres ile AKS adresinin örtüşmesi gerekliliğini ifade etmiştir. Gösterilen adres ise yukarıda belirttiğimiz gibi, tebligatın öncelikle normal yoldan çıkarılması gereken adrestir. Dolayısıyla Teb. Yön. m. 16/2 hükmü Teb. K. m. 21/2 hükmüne uygun olarak yorumlandığında, gösterilen (diğer bir ifadeyle bilinen) adrese yapılan ilk tebligatın bila olması halinde AKS adresine doğrudan tebligat yapılabilmesi için her iki adresin aynı olması gerektiğinin, her iki adresin farklı olması durumunda ise - muhalefet şerhlerinde de belirtildiği gibi - AKS adresine öncelikle Teb. K. m. 21/1 uyarınca normal yoldan bir tebligat çıkarılması, buradan bir sonuç alınamazsa o zaman doğrudan tebligat çıkarılmasının kabulünün daha doğru bir yaklaşım olduğu kanaatindeyiz.

2. Teb. Yön. m. 30

Yönetmeliğin 30`uncu maddesi muhatabın adreste sürekli olarak bulunmaması halinde izlenmesi gereken yöntemi düzenlemektedir. Maddenin başında “Adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresine meşruhat verilerek çıkarılan tebligatlar hariç olmak üzere...” denilmek suretiyle, Teb. K. m. 21/2 uyarınca çıkarılacak tebligatların düzenlemenin dışında bırakıldığı daha en baştan belirtilmiştir.

Yönetmeliğin 30' uncu maddesinin birinci fıkrası uyarınca, muhatap veya muhatap adına tebliğ yapılabilecek olanlardan hiçbiri gösterilen adreste sürekli olarak bulunmazsa, tebliğ memuru, adreste bulunmama sebebini bilmesi muhtemel komşu, yönetici, kapıcı, muhtar, ihtiyar heyeti, meclisi üyeleri, kolluk amir veya memurlarına sorarak tespit etmeye çalışır (Teb. Yön. m. 30/1). şayet muhatabın öldüğü veya gösterilen adresten sürekli olarak ayrılmakla birlikte başka bir adresi tespit edilemezse, tebligat evrakı tebligatı çıkararak mercie geri gönderilir (Teb. Yön. m. 30/2). Eğer tebliğ memuru muhataba ait yeni bir adres tespit ederse, tebligat bu adrese yönlendirilir (Teb. Yön. m. 30/3,4,5).

Yönetmeliğin 30' uncu maddesi tebligatın bilgilendirme unsuruna ilişkin iki önemli özelliği birden içerisinde barındırmaktadır. Bunlardan ilki, adreste bulunmama nedeninin araştırılması, ikincisi ise şayet tebligata elverişli yeni bir adres tespit edilirse tebligatın buraya yönlendirilmesidir. Ancak dikkat edilirse düzenlemenin kapsamı dışında bırakılan sadece AKS adresine "meşruhat verilerek" çıkarılan tebligatlardır. Diğer bir ifadeyle, AKS adresine çıkarılacak her tebligat değil yalnızca meşruhatlı olarak doğrudan çıkarılanlar kapsam dışı bırakılmıştır. Aslında kanun koyucunun bu ifadesi bir anlamda AKS adresine çıkarılan her tebligatın mutlaka meşruhatlı olması gerekmediğinin de bir göstergesidir. Hâlihazırda AKS adresine meşruhat verilerek çıkarılan bir tebligat var ise, bizim de savunduğumuz görüş uyarınca zaten öncesinde muhataba bu adreste olağan yollardan ulaşılmaya çalışılmış fakat başarısız olunmuş demektir. Aynı adrese doğrudan çıkarılan tebligatta artık adreste bulunmama nedeninin araştırılmasına ve yeni adres tespitine gerek olmadığı açıktır.

3. Teb. Yön. m. 31

Yönetmeliğin 31'inci maddesinin ilk fıkrası Tebligat Kanunu'nun 21'inci maddesinin ilk fıkrasına paralel şekilde adresten geçiçi süreli ayrılma ve tebellüğden imtina hallerinde izlenecek olan yöntemi tarif etmektedir. Buna göre, muhatap veya muhatap adına tebligat yapılabilecek kişiler, adreste buldukları halde hiçbirinin tebliğ anında gösterilen adreste olmaması halinde tebliğ memuru, tebliğ olunacak evrakı, o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti veya meclisi üyesinden birine ya da kolluk amir veya memuruna imza karşılığında teslim edecek ve

tebliğ olunacak şahsa keyfiyetin haber verilmesini mümkün oldukça en yakın komşularından birine, varsa yönetici veya kapıcıya da bildirecektir. Ancak tebellüğden imtina ve muhatabın adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresine meşruhat verilerek çıkarılan tebligatlar için böyle bir bildirim yükümlülüğünün olmadığı belirtilmiştir. Tebellüğden imtina halinde muhatap ya da muhatap adına tebliğ yapılabilecek kişinin tebligattan hâlihazırda haberi olduğu için ayrıca bir bildirim yükümlülüğüne gerek duyulmamıştır.

Asıl dikkat çekici olan, kanun koyucunun – tıpkı Teb. Yön. m. 30`da yaptığı gibi – adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresine “meşruhat verilerek” çıkarılan tebligatları düzenlemenin dışında bırakmış olduğunu vurgulamasıdır. Kanun koyucunun yaptığı bu vurgu, AKS adresine çıkarılan tebligatın mutlaka meşruhatla olması gerekmediğinin Yönetmelik içerisinde yer alan diğer bir göstergesidir. AKS adresine meşruhat verilerek çıkarılan bir tebligat var ise, savunduğumuz görüş uyarınca Teb. K. m. 21/2` nin başında yer alan “gösterilen adresin muhatabın adres kayıt sistemindeki adresi olması” şartı gerçekleşmiş olacağı ve bu adrese hâlihazırda normal yoldan bir tebligat denenmiş olacağı için meşruhat verilerek çıkarılan sonraki tebligatta bildirim yapılmasına gerek olmaması normal karşılanmalıdır.

Yönetmeliğin 31`inci maddesinin 2`nci fıkrasında ise adres araştırmasının dışında bırakılan yine yalnızca AKS adresine “meşruhat verilerek” çıkarılan tebligatlar olmuştur. Maddenin her iki fıkrasındaki istisnai hüküm de, AKS adresine çıkarılan her tebligatın mutlaka doğrudan olması gerekmediğine, bu adrese normal yoldan da tebligat çıkarılabileceğine işaret etmektedir. Nasıl ki, muhatabın tespit edilen son adresi aynı zamanda onun AKS adresi ise öncesinde normal yoldan bir tebligat çıkarılabiliyorsa; her iki adresin farklı olması durumunda da AKS adresine öncelikle normal yoldan tebligat çıkarılmasında Yönetmelik hükümlerince bir engel bulunmadığı kanaatindeyiz.

C. Tebligatın Amacı Doğrultusunda Bir Değerlendirme

Tebligatın amacı, muhatabın tebliğ konusu hakkında zamanında, yazılı olarak bilgilendirilmesi ve aynı zamanda bu bilgilendirmenin

belgelendirilmesini saęlamaktır¹⁹. Bireylerin haklarını doğru ve zamanında kullanabilmeleri çoğu kez usulüne uygun yapılmış bir tebligatla m¼mk¼nd¼r. Örneğin, hakkında dava aēılan bir kişinin kendini savunabilmesi ya da hakkında icra takibi başlatılmış olan bir kişinin itiraz ederek takibe karşı koyabilmesi iēin dava dilekēesinin ya da ödeme emrinin kendisine usulüne uygun olarak tebliğ edilmiş olması gerekir²⁰. Tebligat bu yön¼yle, adil yargılanma hakkı ve onun bir unsuru olan hukuki dinlenilme hakkı ile yakından ilgilidir²¹.

Kanun koyucu bir yandan muhataba en güvenilir ve doğru yoldan ulaşmaya çalışarak hukuki dinlenilme hakkının korunması, diğer yandan da tebligat işlemlerinin m¼mk¼n olan en kısa sürede, en ucuz ve en basit şekliyle yapılarak yargılamanın makul sürede sonuēlandırılması gayreti iēerisinde²². Karara konu uyuşmazlığa yön veren Teb. K. m. 10/2 ve m. 21/2 hükümleri aradaki bu dengeyi korumaya yönelik getirilmiş önemli düzenlemelerdir. İlgili düzenlemeler, muhataba öncelikle olağan yol ve yöntemler kullanılarak ulaşılmasını, bu m¼mk¼n olmazsa doğrudan tebligat yapılmasını öngörmektedir.

Gerek Teb. K. m. 10 gerekse de Teb. K. m. 21 hükmünün gerekēesinde, oluşturulan adres kayıt sistemi sayesinde daha önce muhatabın adres tespitinin yapılamamasından kaynaklanan zaman ve masraf kaybının önüne geēilmesinin hedeflendiği gör¼lmektedir. Bu amaçla AKS adresi tebligatın yapılabileceği son adres olarak kabul edilmiş ve başka bir adres araştırması yapılmayacağı belirtilmiştir.

¹⁹ **KONURALP**, Haluk/**ÖZEKEş**, Muhammed, Yargı Örg¼tü ve Tebligat Hukuku, 2. Bası, Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir 2006, s. 105; **YILMAZ/ÇAğLAR**, s. 39; **MERİÇ**, Nedim, “Tebligatın Anlamı Ve İlgili Mevzuat”, Olaylarla Tebligat Hukuku, Editörler, **MERİÇ**, Nedim/**ARSLANPINAR TAT**, Tuğçe/**İşIK**, Melih/**KORKMAZ**, Nurdan/**KIDIL**, Barçın Özkan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 4. **YEşİLOVA**, Bilgehan, “7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nun ve Tebliğe İlişkin Diğer Hük¼mlerin Tahkimde Uygulama Yeri”, **UTTDER**, 2014/1, s. 102.

²⁰ **KONURALP/ÖZEKES**, s. 107; **ÖZBAY**, İbrahim/**YARDIMCI**, Taner Emre, Tebligat Hukuku, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 17.

²¹ **ÖZEKES**, Muhammet, “Usuls¼z Tebligat ve D¼r¼stlük Kuralı (Karar İncelemesi)”, Manisa Barosu Dergisi, 1998/66, s. 56; **RUHİ/RUHİ**, s. 19; **KURT KONCA**, Nesibe, “T¼rk Hukukunda Tebligata İlişkin Güncel Sorunlar Ve Çöz¼m Önerileri”, **TBB Dergisi**, 2014/114, s. 240.

²² Bkz: 6099 sayılı Kanun Genel Gerekēesi.

Ancak başka bir adres araştırması yapılmaması AKS adresine doğrudan çıkarılan tebligatlar bakımından geçerli olup, bu adrese normal yoldan bir tebligat çıkarılamayacağı anlamı taşımamaktadır. Diğer bir ifadeyle, adres araştırması yapılamayacak olması doğrudan tebligatın bir nedeni değil, olsa olsa bir sonucu olabilir. Zira daha önce de belirttiğimiz gibi, normal tebligat usulü yalnızca adres araştırmasını değil, öncesinde muhatabın adreste bulunup bulunmadığının tespitini, adreste bulunmama halinde bunun geçici süreyle mi yoksa sürekli mi olduğunun belirlenmesini, şayet geçici süreyle ise muhatabın tebligattan haberdar kılınmasını ve yine geçici süreli ayrılma halinde Teb. K. m. 20'deki şartların oluşması halinde on beş günlük ek süreden yararlanma imkânını içeren kapsamlı bir uygulamadır. Şayet muhatap AKS adresine yapılacak daha ilk tebligat bakımından bahsettiğimiz korumalardan mahrum bırakılacak olursa, bu durum sorumluluğunu yerine getirerek adres kayıt sistemine kaydolmuş vatandaşların bir anlamda dezavantajlı konuma düşürülmesi anlamı da taşımaktadır²³. Kaldı ki, adres kayıt sisteminde adresi olmayanlar için öngörülen ilan tebligat usulü dahi muhataba yönelik – özellikle süre bakımından²⁴ – daha etkin korumalar içermektedir.

Bir an için Kurulun kabul ettiği şekliyle, muhataba tespit edilen son adresi aracılığıyla ulaşamadığını ve bunun üzerine adres kayıt sistemindeki adresine doğrudan tebligat çıkarıldığını varsayalım. Şayet muhatap AKS adresinde oturmakla birlikte uzun süreli bir seyahatte ise ya da hastanede tedavi görmekte ise kendisine çıkarılacak doğrudan tebligattan zamanında haberdar olması mümkün olmayabilecektir²⁵. Zira bu halde Teb. K. m. 21/2 gereği tebligat ihbarnamenin kapıya asıldığı

²³ Bkz: 4 nolu muhalefet şerhi.

²⁴ İlan tebligatın yapılabilmesi için öncelikle muhatabın adresinin meçhul olduğunun tespiti gerekir. Bunun için tebligatı çıkaran merci muhatabın adresini resmî veya özel kurum ve dairelerden, bunlardan sonuç alınmadığı takdirde kolluk vasıtasıyla araştırması gerekir (Teb. K. m. 28; Yön. m. 48/2). Yapılan araştırmalara rağmen muhatabın adresinin tespit edilememesi halinde adres meçhul sayılır ve son çare olarak ilan tebligata başvurulur. İlan tebliği, son ilan tarihinden itibaren yedi gün sonra yapılmış sayılır. İlan tebliğe karar veren merci, bu süreyi 15 günü geçmeyecek şekilde uzatabilir (Teb. K. m. 31).

²⁵ **SALGIRTAY**, s. 305, 306; Örnek bir olay için bkz: Yargıtay 12. HD., 21.06.2022, E. 2022/935, K. 2022/7588 (Legalbank).

tarihte gerçekleşmiş sayılacak ve muhatabın tebliğden haberdar kılınmasıyla ilgili tedbirler de uygulanmayacaktır²⁶. Bu durum, özellikle tebligatla işlemeye başlayan srelerin kaçırılması gibi sonradan telafisi güç sonuçlara yol açabilecek niteliktedir²⁷.

Muhatabın AKS adresinde aranmaksızın doğrudan gerçekleşen tebligatlar bakımından karşılaşılabilecek zorluğa diğer bir örnek, bir muhalefet şerhi içerisinde de dikkat çekildiği gibi, muhatabın lm fakat tebligatın ölüm olayı henüz nüfusa işlenmeden önce gerçekleşmiş olmasıdır²⁸. Böyle bir durumda, Teb. Yön. m. 30 'daki araştırmayı yapamayacak olan tebligat memuru ölüm olayını tespit edemeden ihbarnameyi kapıya yapıştırmakla yükümlü olacaktır²⁹. Benzer bir zorluk, tebligatın çıkarıldığı AKS adresinden taşınan fakat yeni adresini bildirme süresi yasal olarak henüz geçmemiş olan kişiye yapılan doğrudan tebligat bakımından da geerlidir³⁰. Muhatabın adreste bulunmama nedeninin araştırılmadığı bu gibi durumlarda hukuka aykırı gerçekleşen tebligatın sonuçlarının sonradan düzeltilebilmesi için

²⁶ Bkz: 6099 sayılı Kanun Gerekçe m. 4.

²⁷ Konuya ilişkin eleştiriler için ayrıca bkz: 4 nolu muhalefet şerhi; ÖZBAY, İbrahim, "6099 Sayılı Kanun ve Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik erevesinde Tebligat Hukukundaki Son Değişiklikler", EÜHFD, 2012/1,2 s. 43; AKİL, s. 257, ALBAYRAK, s. 136; DURAN, s. 934.

²⁸ Bkz: 5 nolu muhalefet şerhi. Mezarlık Yerlerinin İnşası İle Cenaze Nakil Ve Defin İşlemleri Hakkında Yönetmelik m. 22 uyarınca "lmler, ölüm olayının meydana geldiği tarihten itibaren 10 gün içinde halk sağlığı müdürlüğü tarafından elektronik ortamda nüfus müdürlüğüne bildirilir".

²⁹ Böyle bir durumda yapılan tebligatın usulsz tebliğ mi yoksa yok hükmünde mi sayılması gerektiği hususu açık değildir. Yargıtay bir kararında ölen kişiye yapılan tebliği usulsz tebliğ olarak nitelendirmiştir. Yargıtay 16. HD., 17.12.2018, E. 2016/4526, K. 2018/7768 (Legalbank). Ancak bize göre böyle bir durumda kendisine tebligat yapılabilecek bir kimse mevcut olmadığı için usulsz de olsa bir tebligatın varlığından söz edilemez. Dolayısıyla yapılan tebligat yok hükmünde olmalıdır. Aynı yönde bkz: RUHİ/RUHİ, s. 222; ALBAYRAK, s. 129. Tebliğ yokluğu ile usulsz tebliğ arasındaki farklar için bkz: GüNEş, Derya Belgin, Tebliğ Yokluğu, İÜHFM, 2016/1, s. 223 vd; KÖKSAL, Mehmet, Tebligat Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 99,98. rnek olaylar için bkz: IşIK, Melih, "Tebligatın Yokluğu Ve Usulsz Tebliğ", Olaylarla Tebligat Hukuku MERİÇ/TAT/IşIK/KORKMAZ/KIDİL, s. 141 vd.

³⁰ Bkz: 4 nolu muhalefet şerhi. Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 50/3'te adres bildiriminin yapılması için yirmi günlük yasal süre tanınmıştır.

fazladan emek, zaman ve masraf harcanması gerekecektir ki, bu durum kanun koyucunun doğrudan tebligat yöntemiyle ulaşmak istediği sonucun tam tersidir.

Kurulun kararına dayanak olan Kanun ve Yönetmelikteki düzenlemeler, tebligatta öncelikli hedefin muhataba ulaşmak olduğunun fakat muhataba ulaşma çabasının da makul bir sürede sonlandırılması için gerekli tedbirlerin alınması gerektiğinin göstergeleridir. Bu tedbirlerden birisi olarak nitelendirebileceğimiz doğrudan tebligat ise tebligatı hızlandırma amacı taşımakla birlikte, asıl amaç olan muhataba ulaşılmasından (kısmen de olsa) vazgeçildiği anlamına gelmemelidir. Bu yüzden ki, bize göre kanun koyucu doğrudan tebligatın düzenlendiği Teb. K. m. 21/2' nin daha en başında "gösterilen adresin aynı zamanda muhatabın adres kayıt sistemindeki adresi olması" şartını aramıştır. Zira ancak o zaman muhatap gösterilen ve aynı zamanda adres kayıt sisteminde kayıtlı olan adresinde öncelikle normal yoldan aranmış fakat kendisine ulaşılamamış olacağı için aynı adrese tekrar normal yoldan bir tebligat çıkarılmasına gerek duyulmamıştır. Her iki adresin farklı olması durumunda ise, bilinen son adrese yapılan tebligatın başarısız olması üzerine muhatap henüz asıl aranması gereken AKS adresinde normal yol ve yöntemler denenerek aranmış değildir.

SONUÇ

1. Öncelikle, Kurulun kararına dayanak olarak aldığı, AKS adresine yapılan tebligatın adres araştırması içeremeyeceği yönündeki görüşe katılmadığımızı belirtmek isteriz. Eğer öyle olsaydı AKS adresine doğrudan tebligat dışında normal yoldan tebligat yapılamaması gerekirdi. Ancak bugün, muhatabın bilinen son adresi aynı zamanda onun AKS adresi ise, ilgili adrese tek aşamalı olarak doğrudan tebligat (Teb. K. m. 21/2) çıkarılamayacağı, öncelikle normal yoldan bir tebligat (Teb. K. m. 21/1) çıkarılması, buradan bir sonuç alınamaz ise o zaman doğrudan tebligat çıkarılması gerektiği yargı kararlarıyla da kabul görmektedir.

2. Ne Teb. K. m. 10/2 ne de Teb. K. m. 21/2 hükmü içerisinde AKS adresine normal yoldan tebligat çıkarılmasını engelleyen bir ifade vardır. Teb. K. m. 21/2`deki düzenleme, aşağıda belirteceğimiz üzere, doğrudan

tebligat yapılabilmesi için çok özel bir şart öngörmektedir. Teb. K. m. 10/2 hükmünün gerekçesinde yer alan, “adres kayıt sistemindeki adresin başkaca adres araştırmasını gerekli kılmadığı” yönündeki ifade ise, şayet adres kayıt sisteminde kayıtlı bir adres var ise bundan böyle ilan edilen tebligatta olduğu gibi öncesinde tebligat memurunca yeni bir adres soruşturması yapılmasına gerek olmaksızın AKS adresinin bilinen en son adres olarak kabul edilerek tebligatın buraya yapılacağına işaret etmektedir. Bunun haricinde, ilgili hükümlerden AKS adresine normal yoldan tebligat çıkarılamayacağı sonucuna varmak kanımızca kanunun amacını aşan bir yorumdur.

3. Muhatabın bilinen en son adresi ile AKS adresinin farklı olması durumunda, tebligatın öncelikle bilinen en son adrese normal yoldan çıkarılacağı konusunda herhangi bir tereddüt yoktur (Teb. K. m. 10/1). Ancak bu adrese yapılan tebligatın başarısız olması halinde muhatabın AKS adresine doğrudan tebligat çıkarılabilmesi için kanun koyucu Teb. K. m. 21/2’ nin başında önemli bir şart ön görmüştür. Bu şart, “Gösterilen adres muhatabın adres kayıt sistemindeki adresi olup ...” şeklinde başlayan ifadeden anlaşılabilceği gibi, bilinen adres (maddede gösterilen adres olarak ifade edilmiştir) ile AKS adresinin örtüşmesi gerekliliğidir. Ancak o zaman muhataba bilinen ve aynı zamanda adres kayıt sisteminde kayıtlı olan adresinde normal yol ve yöntemler denenerek ulaşılmaya çalışılmış olacağı için artık aynı adrese ikinci kez normal yoldan bir tebligat çıkarılmasına gerek duyulmamıştır. Her iki adresin farklı olması durumunda ise aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Bu durumda, bilinen son adrese normal yoldan çıkarılmış fakat başarısız olunmuş bir tebligat olmakla birlikte, muhataba henüz asıl aranması gereken AKS adresinde olağan yöntemler denenerek ulaşılmaya çalışılmış değildir. şayet bu durumda AKS adresine doğrudan tebligat çıkarılması kabul edilirse, muhatap kendisinden kaynaklanmayan nedenlerden ötürü “en güvenilir adres” olarak nitelendirilen AKS adresinde tebligata ilişkin haklarından mahrum bırakılabilmektedir. Özellikle bilinen son adresin muhatabın iradesi dışında (tebliğ merciinin araştırması yahut tebliğ isteyen tarafın beyanı doğrutusunda) tespit edildiği hallerde, bu sonucun yarattığı sakinca daha iyi anlaşılmaktadır.

4. Alternatif bir çözüm olması açısından, “tebligat öncelikle muhatabın bilinen en son adresine yapılır” kuralından vazgeçilerek, sürecin muhatabın AKS adresine çıkarılan normal yoldan bir tebligat ile başlatılması, buradan bir sonuç alınamaz ise aynı adrese doğrudan tebligat yapılarak sürecin sonlandırılmasına yönelik yeni bir düzenleme getirilmesi düşünülebilir. AKS adresi bulunmayanlar için ise ilan edilen tebligat ya da daha esnek bir çözüm benimsenmek istenirse, öncesinde bir defaya mahsus bilinen adres tespiti yapılması, şayet adres tespit edilirse tebligatın doğrudan bu adrese yönlendirilmesiyle sürecin sonlandırılması düşünülebilir. Şayet “tebligat öncelikle muhatabın bilinen en son adresine yapılır” kuralı muhafaza edilecek ise, o zaman önerebileceğimiz çözüm yolu, bilinen adrese yapılan fakat başarısız olan ilk tebligat üzerine, AKS adresine çıkarılan normal yoldan tebligatta adres araştırması yapılmayacağına yönelik bir hüküm sevk edilmesi olabilir. Böylece yeni bir adres tespiti yapılmamakla birlikte muhatap AKS adresinde tebligata ilişkin diğer haklarından yoksun bırakılmamış olacaktır.

5. Adres kayıt sisteminin getirilme amaçlarından önemli bir tanesi tebligat da dâhil olmak üzere resmi işlemlerin yapılmasını kolaylaştırmak ve hızlandırmaktır. Ancak bu amaç, bireyin kendisine yasayla tanınan haklardan mahrum bırakılması sonucunu doğurmamalıdır. Kurulun kabul ettiği çözüm yolu bu haliyle adres kayıt sistemini vatandaşlar için bir avantaj olmaktan çıkarıp, dezavantaj haline dönüştürmeye elverişlidir.

6. Yukarıda belirttiğimiz nedenlerden ötürü, Kurulun vermiş olduğu karara katılmadığımızı, AKS adresine Teb. K. m. 21/2 uyarınca doğrudan tebligat çıkarılabilmesi için bu adrese öncesinde Teb. K. m. 21/1 uyarınca normal yoldan bir tebligat çıkarılması gerektiğinin kabulünü Kanuna ve tebligatın amacına daha uygun bulduğumuzu belirtmek isteriz.

KAYNAKLAR

- AKCAN, Recep/ALBAYRAK, Hakan: Tebligat Hukuku, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- AKİL, Cenk: “11.1.2011 Gün Ve 6099 Sayılı Kanun İle 7201 Sayılı Tebligat Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler”, TBB Dergisi 2012/101, s. 247-266.
- ALBAYRAK, Hakan: Tebligat Hukuku, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAşPINAR, Ayvaz Sema/HANAĞASI, Emel: Medeni Usul Hukuku, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ÜÇÜNCÜ, S. Hilal: Tebligat Hukuku, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- DELİDUMAN, Seyithan: Tebligat Hukuku Bilgisi, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- DURAN, Osman: “Adres Kayıt Sisteminin Tebligat Hukuku zerine Etkileri”, EÜHFD, 2013/2, s. 919-944.
- EKECİK, şükran/DURAN, Osman: “Tebligat Kanunu’nun 20. Maddesi zerine Düşünceler”, Ankara Barosu Dergisi, 2013/3, s. 86-102.
- GüNEş, Derya Belgin: Tebliğ Yokluğu, İÜHFM, 2016/1, s. 221-231.
- İşIK, Melih: “Tebligatın Yokluğu ve Usulsz Tebliğ”, Olaylarla Tebligat Hukuku, Editörler, MERİÇ, Nedim/ARSLANPINAR TAT, Tuğçe/İşIK, Melih/KORKMAZ, Nurdan/KIDIL, Barçın zkan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 141-160.
- KONURALP, Haluk/ÖZEKEş, Muhammed: Yargı rgt ve Tebligat Hukuku, 2. Bası, Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir 2006.
- KÖKSAL, Mehmet: Tebligat Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.
- KURT KONCA, Nesibe: “Türk Hukukunda Tebligata İlişkin Güncel Sorunlar Ve Çözüm nerileri”, TBB Dergisi, 2014/114, s. 239-274.
- MERİÇ, Nedim: “Tebligatın Anlamı ve İlgili Mevzuat”, Olaylarla Tebligat Hukuku, Editörler, MERİÇ, Nedim/ARSLANPINAR TAT, Tuğçe/İşIK, Melih/KORKMAZ, Nurdan/KIDIL, Barçın zkan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 1-9.
- MUşUL, Timuçin: Tebligat Hukuku, 7. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- ÖZBAY, İbrahim: “6099 Sayılı Kanun ve Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik Çerçevesinde Tebligat Hukukundaki Son Değişiklikler”, EÜHFD, 2012/1,2, s. 115-157.

- ÖZBAY, İbrahim/YARDIMCI, Taner Emre: Tebligat Hukuku, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- ÖZEKES, Muhammet: “Usulsüz Tebligat ve Dürüstlük Kuralı (Karar İncelemesi)”, Manisa Barosu Dergisi, 1998/66, s. 56-63.
- PEKSÖZ, Vildan: “Adres Değişikliği Hâlinde Tebligat”, İÜHFİM, 2016/1, s. 349-372.
- RUHİ, Canan/RUHİ, Ahmet Cemal: Tebligat Hukuku Bilgisi, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- SALGIRTAY, Teoman: “Tebligat Kanununda Yapılan Değişiklikler Ve Bir Yargıtay Kararı Işığında (Yargıtay 12. H.D. 2012 / 32459 E. – 2013 / 3328 K. S.-11.02.2013 T.) Tebligat Kanunu Uygulamaları”, Ankara Barosu Dergisi, 2013/4, s. 297-328.
- YEŞİLOVA, Bilgehan: “7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nun ve Tebliğe İlişkin Diğer Hükümlerin Tahkimde Uygulama Yeri”, UTDER, 2014/1, s. 97-128.
- YEŞİLOVA, Bilgehan: “Tebligat Kanunu'nun 6099 s. K. İle Değişik 10/II ve 21/II Maddesi Hükümlerinin Uygulama Alanlarının Tespiti-Bir İctihat Değerlendirmesinin Düşündürdükleri”, Ankara Barosu Dergisi, 2014/3, s. 55-114.
- YILMAZ, Ejder/ÇAĞLAR, Tacar: Tebligat Hukuku, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

LEGAL STATUS AND INDEMNITY, VETERINARY- EPIDEMIOLOGICAL AND PSYCHOLOGICAL CONTEXT OF STRAY DOGS IN THE LEGAL SYSTEM OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Lejla SULJEVIĆ*, Muhamed KATICA*, Belma BAJRIĆ*, Safet KAPO*,
Nadža KAPO*, Anida KAPO-GURDA*, Amela BAJRIĆ*

* Master of Laws, Legal and HR Assistan, Atalian Global Services BH d.o.o., Sarajevo, Bosnia and Herzegovina

✉ lejla_suljevic_@hotmail.com • ORCID 0000-0003-1685-8717

* Full Professor, Department of Clinical Sciences of Veterinary Medicine, University of Sarajevo, Veterinary Faculty, Sarajevo, Bosnia and Herzegovina

✉ muhamed.katica@vfs.unsa.ba • ORCID 0000-0002-8184-0065

* Assistant Professor, Faculty of Law, University of Bihać, Bihać, Bosnia and Herzegovina

✉ belmabajric5@gmail.com • ORCID 0000-0003-4175-8208

* Full Professor, Faculty of Sport and Physical Education, University of Sarajevo; Sarajevo, Bosnia and Herzegovina

✉ kapo.safet@gmail.com • ORCID 0000-0002-7899-2789

* Doctor of Veterinary Medicine (DVM), Veterinary Faculty, University of Sarajevo, Sarajevo, Bosnia and Herzegovina

✉ nadzakapo@gmail.com • ORCID 0000-0002-9922-8034

* Master of Sports and Physical Education, PhD candidate, Faculty of Educational Sciences, University of Sarajevo, Sarajevo, Bosnia and Herzegovina,

✉ anida.kapo2@gmail.com • ORCID 0000-0002-7865-806X

* Specialist of general surgery, Canton Hospital „Dr. Irfan Ljubijankić, Bihać, Bosnia and Herzegovina

✉ amelabajricdr@gmail.com • ORCID 0000-0002-0831-6988

✎ **Atf Şekli | Cite As:** SULJEVIC Lejla, KATICA Muhamed, BAYRIC Belma, KAPO Safet, KAPO Nadza, KAPO-GURDA, Anida, BAJRIC Amela “Legal Status and Indemnity, Veterinary-Epidemiological and Psychological Context of Stray Dogs in the Legal System of Bosnia and Herzegovina”, SÜHFD., C. 31, S. 3, 2023, s. 1213-1241.

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

✎ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Abstract

Attacks by dogs, primarily stray dogs, are a very common problem faced by both underdeveloped and developed local governments. The damage caused by attacks from stray dogs has multiple, and often long-lasting, harmful consequences for their victims, which are also reflected on members of their families. This manuscript provides a veterinary-epidemiological definition of the concept of dogs, as well as their legal definition in the context of „dangerous things“, and the psychological aspect that is regularly manifested in victims. Analyzing the legislation of Bosnia and Herzegovina, with a comparative presentation of the regulations of the EU member states, systematic overviews and answers are given, which are important for the improvement of existing regulations and harmonization of law and jurisprudence.

Keywords

Stray Dogs, Veterinary-Epidemiological Aspect, Psychological Aspect, Legal Aspect (Dangerous Things), Damage (Non-Material and Material)

INTRODUCTION

Bosnia and Herzegovina¹ like all neighboring countries, has an organized system of norms of right of indemnity that treat damages caused by dangerous things. As the great problem of today's damage is caused by attacks of animals, explicitly dogs, and especially stray dogs, there was an urgent need to connect two different areas, but in this case closely related. This manuscript identifies the dog, as well as lists the dangerous types of dogs that are positively recognized by legal norms as „dangerous things“ and a potential cause of non-property and property damage.

The dog as a man's „best“ friend practically exists with him in almost all segments of his life. Their mutual relationship in the modern world is the subject of analysis and study from the legal, veterinary-epidemiological, social, psychological-pedagogical point of view of regulation and observation. In order to properly understand the relationship between man and dog, the author's intention is to clarify the relationship man and dog, with all its specifics, through an interdisciplinary approach. In that sense, the authors tried to connect veterinary with the legal aspect of this issue and to clarify what kind of liability for damages

¹ Hereinafter: BiH

is in question and how it is regulated in Bosnia and Herzegovina and the neighboring countries.

1. VETERINARY-EPIDEMIOLOGICAL ASPECT OF DETERMINATION OF DOGS WITH ACCENT TO STRAY DOGS

The dog is a member of the *Canidae* family, and that family is quite diverse, from the desert fox (Fenek) to the Canadian wolf for towing timber.² There are reports, Fogle (2000) that confirm that there are more than 400 domesticated dog breeds; a large number of mixed races and a much smaller number of purebreds. They are manily intended for human society, although the number of those who are very socially useful is not negligible: livestock dog breeds, specially trained „service dogs“ in military and police services, as well as in mountain rescue services and so.

The lack of human support for dogs causes the activation of their self-preservation mechanisms and a return to natural patterns of behavior. After their owners abandoned them, dogs that had previously become accustomed to special and very acceptable living conditions found themselves in a very confusing situation. Stray dogs are those that lack the attention of potential owners, so they are usually free to roam the streets and other public spaces without proper identification.³

They can be divided into four groups (according to the World Health Organization⁴):

- abandoned dogs or those who have lost their owner;
- dogs of known owners that move freely in public spaces without supervision of the owner;
- dogs that never had an owner and were born on the street and

² FOGLE, Bruce, *The New Encyclopedia of the dog*, London: Dorling Kindersley Limited, 2000, pp. 27-29.

³ KATICA, Muhamed/OBRADOVIĆ, Zarema/GRADAŠČEVIĆ, Nedžad/HADŽIMUSIĆ, Nejra/MUJKANOVIĆ, Ramo/MESTRIĆ, Esad, et al., „Assessment of the Effect of Stray Dogs as a Risk Factor for the Health of Population in Certain Areas of Bosnia and Herzegovina“, *EJBS*, 4, 2017., pp. 107-11.

⁴ Hereinafter: WHO.

- wild dogs.⁵

After the war in BiH, many pets (dogs) lost their owners and homes and so, like their descendants, they had to live like stray dogs. Due to their relatively high reproductive capacity and the lack of necessary activities of municipal authorities in this direction, the number of stray dogs has mainly increased, with an equal increase in potential danger to human health. Excrement, urine and hair of stray dogs may indirectly pose a potential risk for the development of echinococcosis and other parasitic and bacterial diseases, by contaminating arable land, land, pastures, meadows and water sources.⁶

A dog's oral cavity consists of a large spectrum of more than 200 bacteria, viruses and dog bites are potential risks of infection. For years, people have been attacked and wounded by dogs of well-known owners, but also by stray dogs to a relatively equal extent.⁷ The children, the elderly and pregnant women are the categories most susceptible to dog attacks.⁸

Despite numerous studies, it is difficult to prove the reasons for dogs attacking people, as well as determining at what point and which profile of a person is particularly at risk. There are several reasons for aggressive behavior of dogs, and the most important are protection of

⁵ KATICA, Aida, „Psi lutilice potencijalna „eko bomba“, Veterinaria, No. 68(3), Sarajevo, 2019., pp. 52-54. and ORGANIZATION for Respect and Care of Animals „Orca“. 2005. i „Stray dogs – humane and efficient control, manual for the development of programs for control and reduction of the population of stray dogs and cats according to WHO and WSPA recommendations.“ Internal publication, Publisher „Orca“, Press, Kolibri, Belgrade, Serbia, pp. 11-112.

⁶ KATICA, Muhamed/GRADAŠČEVIĆ, Nedžad/HADŽIMUSIĆ, Nejra/OBRADOVIĆ, Zarema/MUJKANOVIĆ, Ramo/MESTRIĆ, Esad/ČOLOMAN, Senad/DUPOVAC, Muhamed, „Widespread of stray dogs: methods for solving the problem in certain regions of Bosnia and Herzegovina“, International Journal of Research -GRANTHAALAYAH 5 (6), 2017., pp. 414-422.

⁷ KATICA, Muhamed/OBRADOVIĆ, Zarema/AHMED, Nasreldin Hassan/MEHMEDIKA-SULJIĆ, Enra/STANIĆ, Žana/MOHAMED, Rowida Seifeldin Abdalaziz/DERVIŠEVIĆ, Emina, „Interdisciplinary aspects of possible negative effects of dogs on humans in Bosnia and Herzegovina“, Medicinski Glasnik, No. 17(2), Zenica, 2020., pp. 246-251.

⁸ Katica/Obradović/Ahmed/Mehmedika-Suljić/Stanić/Mohamed/Derivišević, pp. 246-251.

their puppies, protection of their territory and search for food. High population density, as well as the number of people moving in certain areas are the most common factors that lead to increased aggression of dogs. Some dog breeds (Bull Terrier, German Shepherd, Cocker Spaniel, Pit Bull, Collie, Rottweiler, Doberman Pinscher and Siberian Husky) have been identified as more aggressive dog breeds than others. (Lazzetti, 1998; Presutti, 2001).⁹ Contamination of public areas with dog feces, urine and hair, especially from stray dogs that have never had veterinary care, is a danger to human health.¹⁰

A. ASPECT OF DETERMINATION OF DOGS WITH ACCENT TO STRAY DOGS ON THE PSYCHOLOGY AND MENTAL STATUS OF THE ATTACKED PEOPLE

Different physiological needs, as well as some specific circumstances in stray dogs, especially from the third and fourth groups according to the WHO, influence that these categories of animals view human beings as their potential prey.¹¹ In urban areas, these animals produce noise (barking) and consequently usurp the social peace of people. In addition to usurping social peace and inflicting bodily injuries through bites, people often experience long-term psychological trauma during dog attacks. Thus, dog attacks on people with and/or without bites often lead to intense fear, horror and helplessness. They stimulate the reaction of adrenaline in the human body, which results in action to flight or fight. Ultimately, it can lead to many symptoms of so-called Post Traumatic Stress Disorder (PTSD).¹² The most vulnerable group are undoubtedly

⁹ KATICA, Muhamed/OBRADOVIĆ, Zarema/AHMED, Nasreldin Hassan/DERVIŠEVIĆ, Emina/DELIBEGOVIĆ, Samir, „Dog Bites and Their Treatment in Federation of Bosnia and Herzegovina“, J Med Sci, No. 4(2), Cyprus, 2019., pp. 136-40. and KATICA, Muhamed/KAPO, Nadža/AHMED, Nasreldin Hassan/KAPO-GURDA, Anida/KAPO, Safet, „Dog bites and attacks on athletes: lack of effective prevention mechanisms“, Med Glas, No. 18(2), Zenica, 2021., pp. 338-342. DOI: 10.17392/1344-21

¹⁰ Katica, pp. 52-54.

¹¹ BORCHELT, Peter L./LOCKWOOD, Randall/BECK, Alan M./VOITH, Victoria L., „Attacks by packs of dogs involving predation on human beings“ _Public Health Report (Washington, D.C.: 1974), No. 98(1), 1983., pp. 57-66.

¹² ANYFANTAKIS, Dimitrois./BOTZAKIS, Emmanouil./MPLEVRAKIS, Evangelos./SYMVOULAKIS, Emmanouil K./ARBIROS, Ioannis., „Selective mutism due to

children, and in this aspect the risk that arises from this relates to their psycho-physical health. Unfortunately, pediatric care in most cases underestimates such events.¹³ The exact cause of PTSD in some children has not been fully elucidated. But it certainly corresponds to the intensity, character and severity of the dog's attack.¹⁴ In the most severe variant, children who have had violent and/or multiple dog bites often have geogeneous developmental disorder characterized by distraction, impulsivity, irritability and hyperactivity, as well as an obvious lack of attention.¹⁵ Disorder in people, such as attention-deficit/hyperactivity disorder (ADHD), after a dog attack, requires priority treatment in terms of including psychotherapy.¹⁶ And sportsmen, especially athletes, are not spared from dog attacks during training and even during official competitions. Particular unfavorable psychological effect can be suffered by active, professional athletes, which can be automatically unfavorably repercuse their results during the competition.¹⁷

2. LEGAL FRAMEWORK FOR REGULATION OF COMPENSATION FOR DAMAGES DONE BY STRAY DOGS

a dog bite trauma in a 4-year-old girl: a case report", J Med Case Rep, 2009; 3:100.; ZIEGLER, Michael F./GREENWALD, Michael H./De GUZMAN, Michael A./SIMON, Harold K., „Post-traumatic stress responses in children: awareness and practice among a sample of pediatric emergency care providers", Pediatrics, 2005., 115:1261-7. and KATICA, Muhamed./OBRADOVIĆ, Zerema./AHMED, Hasan Nasreldin./MEHMEDIKA-SULJIĆ, Enra. /STANIĆ, Žana./MOHAMED, Abdalaziz Seifeldin Rowida./DERVIŠEVIĆ, Emina. Medicinski Glasnik (Zenica). 2020 No.17(2): pp. 246-251.

¹³ PETERS, Vincennt./SOTTIAUX, Martine./APPELBOOM, Jocelyne./KAHN, Andre. „Posttraumatic stress disorder after dog bites in children", Journal Pediatrics, No. 144., 2004., pp. 121-2.

¹⁴ Katica/Obradović/Ahmed/Mehmedika-Suljić/Stanić/Mohamed/Dervišević, pp. 246-251.

¹⁵ Peters/Sottiaux/Appelboom/Kahn, pp. 121-2.

¹⁶ ŞAHIN, Berkan./BOZKURT, Abdullah. /KARABEKIROGLU, Koray., „Sleep problems in children with attention deficit hyperactivity disorder", Duzce Med J, 2018., 20:81-6. and YEHUDA, Rachel. „Current status of cortisol findings in posttraumatic stress disorder", Psychiatr Clin North, 2002., 25:341-68.

¹⁷ Katica/Kapo/Ahmed/Kapo-Gurda/Kapo, pp. 338-342.

Law on Obligations of the Federation of Bosnia and Herzegovina¹⁸ does not state exhaustively what the term „*dangerous things*“ encompass. Thus, dogs as dangerous animals are not defined under the above term, but ZOO states that damage caused in connection with a dangerous activity is considered to originate from that object/activity unless it is proven that they were not cause of the damage.¹⁹ Damage from objects or activities, which give rise to an increased risk of damage to the environment, is liable regardless of fault.²⁰ In order for the injured party to be entitled to compensation, it is sufficient to prove that he has suffered damage and that it originates from a dangerous object or dangerous activity. Moreover, the ZOO also relieves him of the duty to prove the fact that the damage was caused by a very dangerous object, ie a dangerous activity, if they materially participated in the harmful event. In other words, the ZOO prescribes the presumption that the cause of damage caused in connection with a dangerous thing, ie activity, is that thing, ie activity. This assumption is relative and can be refuted by contrary evidence.²¹

The ZOO prescribes that the owner of the thing is responsible for the damage from the dangerous thing, and the owner of the thing or the

¹⁸ Law on Obligations of the Federation of Bosnia and Herzegovina, later on in the text: Federation of BiH, Official Gazette of SFRY, No. 29/1978. ,39/1985., 45/1989. – desicion USY and 57/1989., Official Gazette of the Republic of BiH, No. 2/1992., 13/1993. and 13/1994. and Official Gazette of the Federation of BiH, No. 29/2003. and 42/2011. Later on in the text: ZOO. Available at:

<https://www.paragraf.ba/propisi/fbih/zakon-o-obligacionim-odnosima.html>

¹⁹ This prvision is contained in Art. 173. of the ZOO, and the rules of strict liability are attached to it. If there is damage on the basis of strict liability, the injured party must prove the existence of damage, and that the damage originates from a dangerous object. See more: BIKIĆ, Abedin, Obligaciono pravo-opći dio, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007., pp. 217.

²⁰ According to Art. 154. pp. 2. of the ZOO liability for damage caused by a dangerous thing or dangerous activity is not based on guilt, but on the risk created. It is independent of guilt.

²¹ The legal presumption that a dangerous thing is the cause of damage can be refuted by proof that the damage was caused by force majeure (*vis maior*), by the action of the injured party or a third party (Art. 177. pp. 1. i 2. of the ZOO). See more: PEROVIĆ, Slobodan, Komentar Zakona o obligacionim odnosima-knjiga prva, Savremena administracija, Beograd, 1995., pp. 401-402.

social legal entity that has the right of disposal, ie to whom the thing was given for temporary use, is considered the owner.²² However, it is very important to emphasize here that the thing that caused the damage can belong to one person, and that it is used by another person at the time of causing the damage. Therefore, we can talk about primary and secondary responsibility.²³ As the ZOO prescribes that the possessor is liable for damage from a dangerous object, thus accepting the view that the holder of that object is primarily responsible, because „possessor“ and „holder“ have the same meaning in this context.

In the case when the dangerous object has been confiscated from the possessor in an illegal manner, he is not responsible for the damage caused by it, but the one who confiscated the dangerous object, if the possessor is not responsible for it.²⁴ Dakle, neovlašteni držalac će

²² Art. 174. of the ZOO.

²³ Prof. Slobodan Perović states (Perović, pp. 403.) that primary responsibility is tied to a particular category of people, but that category is not the same in all legal systems. Some legal systems put the holder in the foreground, others the owner, and still others the possessor of dangerous things. In a number of legal systems in European countries, its holder is primarily responsible for damage from dangerous objects. This means that the responsible person is not determined according to the formal, but according to the material criteria. It is not predetermined, but only determinable, and the determination is made based on the idea that the damage caused by a dangerous object should be attributed to those who use it in their own interest and who are able to eliminate the danger of damage. See also: KOZIOL, Helmut/RUMMEL, Marcus-Florian, *Österreichisches Haftpflichtrecht Band II, Besonderer Teil, 2. Auflage, Wien, 1984.*, pp. 528. The holder is, therefore, the person who has the true power to dispose of objects. In most cases, it is its owner. However, property and other legal relations regarding the matter are not decisive for the notion of the holder, although they may be an indication. Short-term of giving objects to another does not lose the status of the holder in terms of the responsibility, because the holder must be in a position to prevent damage from the property by appropriate measures, and this is not possible for those who only temporarily use the object. The notion of the holder of objects presupposes a lasting relationship, but it is not known in advance how long that relationship should last. The theory simply does not want to generalize the time of the state, but it requires that the circumstances of the case be taken into account. See: Koziol/Rummel, pp. 531. Better said, there is no strong rule about who is considered the holder of the object, which would apply to all cases and exclude any doubt.

²⁴ According to the provisions of Art. 175. ZOO. In the sense of the above mentioned, it should be pointed out that if the possessor, without knowledge or against his will, is deprived of the state's property, ie if he unlawfully took something from

odgovarati umjesto imaoca. But if the possessor, through his own fault, enabled the illegal holder to obtain dangerous thing, then he is jointly and severally liable with him.²⁵

Instead of the possessor of the object, and just like him, the person to whom the possessor entrusted the object to use is responsible, or the person who is otherwise obliged to supervise it and is not working with him. But the possessor of the object will also be liable if the damage resulted from some hidden flaw or hidden property of the object that he did not draw his attention to. In that case, the responsible person who paid the compensation to the injured party has the right to demand the entire amount from the possessor. The possessor of a dangerous object who has entrusted it to a person who is not qualified or authorize to handle it, is liable for the damage resulting from that object.²⁶

him, the reasons for his responsibility have disappeared. However, the conditions were also met for the responsibility of the person who unlawfully confiscated the object, who became its unauthorized holder. Seizure of another's property is also a criminal offense, but the criminal responsibility of the delinquent is not a condition of his civil responsibility. There are no motives of an unauthorized holder that would be able to justify his actions (for example, a state of extreme necessity, etc.), because confiscating someone else's property as a means to an end is impermissible and leads to an unauthorized state. According to: OFTINGER, Karl, Schweizerisches Haftpflichtrecht, II/2, Zürich, 1970., pp. 576. and Perović, pp. 404.

²⁵ Enabling such a position means creating more favorable conditions for it to be acquired. The possessor is considered guilty when he did not keep the object with average care, when he did not take the necessary measures to prevent the unauthorized use of the object. If the possessor settles the injured party, he can be reimbursed by the unauthorized holder for the entire amount paid, because he is not guilty for losing the state property to the unauthorized holder, but to the injured party. More: BECKER, Helmut, Kraftverkehrs Haftpflichtschäden, 12. Auflage, Karlsruhe, 1973., pp. 60 and Perović, pp. 405.

²⁶ According to Art. 176. of the ZOO. The mentioned provision covers persons who are secondarily responsible for damage from dangerous objects. But this is the responsibility of the authorized holder, ie the person who keeps the dangerous object on some legal basis, with the knowledge and will of the possessor. Two categories of persons have the status of authorized holder: those to whom the possessor has entrusted the thing to use and those to whom the possessor has handed over the thing for some other reasons with the obligation to supervise it (for example, veterinarians, animal hospitals, etc.). However, the position of the authorized holder is not held by the persons to whom the possessor has entrusted the thing as his employees. It is important to mention that the ZOO prevents entrusting a dangerous object to a person who is not trained or authorized to handle it. The possessor who

The possessor is released from liability if he proves that the damage originates from some cause that was outside of the object, and which effect could not have been foreseen, avoided or eliminated. Also, the possessor of the object is released from liability if he proves that the damage was caused exclusively by the action of the injured party or by a third party, which he could not foresee and whose consequences he could not avoid or eliminate. The possessor is partially released from liability if the injured party has partially contributed to the damage. If the damage was partly contributed by a third party, he is liable to the injured party in solidarity with the possessor of the object, and he is obliged to bear compensation in proportion to the gravity of his guilt. The person used by the possessor in the use of the thing is not considered a third party.²⁷

The question that arises is it why it is important to define and place a dog within the concept of a dangerous object. As BiH law leaves it to the jurisprudence to decide in each case which things and activities are considered dangerous, there is a legally recognized area of responsibility. Therefore, the damage caused by a dog according to the provisions of the ZOO is subsumed under certain norms on liability for damage, and with such a definition connects the type of liability of the "respon-

does so still acts at his own risk and is therefore solely responsible for the damage resulting from the property. More: Perović, pp. 405-406.

²⁷ According to Art. 177. of the ZOO. Liability for damage caused by a dangerous object is increased, but not unconditional. The possessor has the option to avoid liability if he proves that the damage is due to certain circumstances. These circumstances include force majeure, the action of the injured party and the action of a third party. Having proved the fact that some of these circumstances is the real cause of the damage, and that the dangerous object had only a passive role, the possessor overturns the legal presumption of causality prescribed by the provision of Art. 173 of the ZOO. Such circumstances must be unpredictable, unavoidable and external. Also, it is envisaged to exclude the liability of the possessor of the dangerous thing by the action of the injured party and a third party. The actions of the injured party and the third party should be unpredictable and unavoidable for the possessor of the dangerous object, to represent a kind of force majeure (Bulletin of the Supreme Court of Macedonia, No. 23/1966, pp. 4-5.). In addition to the above, it should be emphasized that the partial contribution of the injured party to the occurrence of damage entails a proportional reduction of the liability of the possessor of the dangerous object. More: Perović, pp. 407-408.

sible person" for certain illegal actions under this law, as well as the type of sanctions which comes as the result of cause-and-effect action.²⁸

In the context of the previous allegations, it is necessary to mention the definition of the Law on Real Rights of the Federation of BiH²⁹ from the provision of Art. 6, paragraph. 7, which stipulates that animals are not objects, but everything that applies to things applies to them, unless otherwise provided by law, and in connection with the provision of the same Act of the same article but paragraph 1 which is the subject of property rights individually determined immovable (real estate) or movable (movables) thing, except for those that are not suitable for it or not otherwise determined by law. Therefore, dogs from the aspect of the mentioned regulation are considered movables over which the ownership regime has been established. If we were to engage in further theorizing in the spirit of defining property that includes all subjective property rights that belong to a particular subject, it could be concluded that dogs represent property that belongs to its owner.

When it comes to keeping dangerous animals, more precisely dogs, the Regulations on keeping dangerous animals speaks in more detail³⁰, and the term dangerous dog, as prescribed by Article 2 of the

²⁸ From the aspect of the provisions of the ZOO of the Federation of BiH, it is left to the court's assessment in each specific case to determine a dangerous object, and if an attempt was made to define a dangerous object, the definition would have to be resorted from prof. Mihailo Konstantinović (*Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima*, Centar za dokumentaciju i publikacije Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1969. in Art. 136. pp. 1.), and according to which "a dangerous object can be any movable or immovable thing which, due to its position, use, or some other property, represents an increased danger to the environment." Furthermore, prof. Abedin Bikić (Bikić, pp. 217.) states that "domestic animals (eg dogs or horses) are not dangerous objects in principle, but due to the unpredictability of their behavior, they can also be dangerous objects." The dangerous object is the legal standard, which is set as an open question and can be changed if necessary. Therefore, the ZOO did not determine the list of dangerous objects, because such a list would always be incomplete and temporary.

²⁹ Law on Real Rights of the Federation of BiH, Official Gazette of the Federation of BiH, number: 66/13 and 100/13.

³⁰ The Regulations on keeping dangerous animals of Bosnia and Herzegovina, Official Gazette of BiH, No. 27/10. (hereinafter: the Regulations), available at: <http://www.sluzbenilist.ba/page/akt/Axb5WLI05A=>

Regulation, is a unit of that species, originating from any breed that unprovokedly attacked a man and inflicted bodily injuries or killed him, unintentionally attacked another dog and inflicted grievous bodily harm, bred or trained for dog fights or caught in organized fights with other dogs.

The before mentioned Regulation unequivocally stipulates that the owner of a dangerous/potentially dangerous animal is obliged to keep the animal in accordance with the regulations on the protection and welfare of animals, veterinary medicine, nature protection, public order and peace.

Also, the Regulation defines the conditions that must be met by a dog *owner* where it is stated that dogs from controlled breeding of bull terrier breeds - Staffordshire Bull Terrier, American Staffordshire Terrier, Bull Terrier and Mini Bull Terrier, namely: that is older than 21 years, that is capable of business, that he has conditions for safe accommodation for a dangerous dog, that no criminal proceedings have been instituted against him, as well as that he has not been convicted of certain offenses and criminal offenses, and that there are no other circumstances that indicate that the dog could have been abused.

Accordingly, we can state that only keeping dangerous animals requires the need to comply with certain rules and a certain dose of responsibility, and beyond the continuation of potential damage from the actions of dogs.

It is important to emphasize that the Regulation does not clearly state or distinguish the characteristics of a person who keeps dogs, and the term dog owner remains in the light of broad meaning, and since the Regulation does not recognize the terms and differences in dog owner, dog possessor, dog breeder, temporary dog possessor/owner/breeder, this also entails certain difficulties in identifying responsibility for the actions of such persons for the treatment of dogs.

At the same time, Articles 2 and 3 of the Regulation on Breeding and Registration of Dogs in the Pedigree Book of the Kennel Club of

BiH³¹ defines the term *dog owner*. *Owner* is the person who acquired the female dog or the dog in a lawful manner, who is in the undisputed ownership of the female dog or the dog and who can prove it by the lawful ownership of the original pedigree. *Breeder* is the owner of the female dog at the time it is mated, unless the ownership has been transferred in writing to the new owner and the *temporary owner of an educational unit* retains all educational rights and obligations as well as the owner for the duration of the contract on the assignment of educational rights.

Law on Protection and Welfare of Animals of BiH³² recognizes and defines *possessor or animal owner* as a physical or legal person or any other person who is permanently or occasionally the owner of the animal, responsible or in charge of the animal, or responsible for the care and control of children under 16 who have an animal, or engaged in breeding, protection, use, managing, training, transporting or selling animals.³³

From the above it follows that for terms *dog owner/breeder/temporary owner of an educational unit* there is a need to classify them under one unified term, and that is – *dog owner* and on this basis for the actions of these dogs we can insist on the appropriate responsibility of the respon-

³¹ See at: <http://www.kinolokisavez-hb.com/Datoteke/Download/pravilnik-o-uzgoju-i-upisu-pasa-u-rodovnu-knjigu-ksbih.pdf>

³² Law on Protection and Welfare of Animals of Bosnia and Herzegovina, Official Gazette of BiH, number: 25/2009., 9/2018. Available at: http://www.vet.gov.ba/pdffiles/zakon_dobrobit_ziv/Zakon_o_zastiti_i_dobrobiti_zi_votinja_hr.pdf

³³ It should be noted that local self-government units (municipalities and cities) in BiH make decisions of municipal and city councils which complete the legal framework for breeding and management of animals, so, for example, the city of Cazin, then Cazin municipality, prepared a Draft of Decision on keeping and protection of domestic animals and pets in the municipality of Cazin. According to the said Decision, stray dogs are unregistered and unmarked animals that are not taken care of and that roam the streets and other public areas without supervision. For the purposes of this Decision, the holder of an animal is considered to be any physical or legal person who is the owner of the animal, or who is permanently or occasionally responsible or in charge of the animal. The holder of the animal cannot be a person under 18 years of age. Downloaded from: <https://gradcazin.gov.ba/dokumenti/>

sible persons – *dog owners* which is prescribed by the positive legislation of BiH.

The question arises as to why the characteristic of the person responsible for the treatment of dogs is important. It can be said that this classification is important because of the responsibility for the damage caused, and for which according to Art. 174 of the ZOO of the Federation of BiH, its possessor is responsible.³⁴

Judicial practice has made a great contribution to clarifying the concept of "dangerous objects" and bringing dogs under this legal concept.³⁵

Accordingly, we can say that a clear classification of the person responsible for the dog, dangerous dog and his actions leaves less room for case law to have conflicting opinions and views in the interpretation and adjudication of individual legal cases.

When it comes to the treatment of dogs in relation to their owners, the Criminal Code of BiH³⁶, as a state regulation, does not specify certain

³⁴ *Supra.*

³⁵ Since the ZOO does not provide a definition of a dangerous object, a more specific definition of this term can be found in case law, so in the Decision of the Supreme Court of the Republic of Croatia, no. Rev 190/2007-2 od 27. ožujka 2007. it is pointed out that dangerous objects are those „which by their purpose, properties, position, place and manner of use or otherwise constitute an increased risk of damage to the environment, and must be monitored and used with increased care“. Court decision that should clarify what is considered a dangerous object, and relate to a dog that moves on a public road without the control of the owner (Varaždin County Court, no. Gž-2997/15-3 od 10. ožujka 2016.). Thus, the case law shows that the matter may pose an increased risk of causing damage due to its characteristics or its nature, which is especially noticeable in the example of animals (whether domestic or wild) because their behavior is only partially predictable or completely unpredictable. See more: Čižmeš, Željko, *Opasna stvar – primjeri iz sudske prakse* (Available at: www.iusinfo.hr/aktualno/u-središtu) Supreme Court of the Federation of BiH, judgment of the Supreme Court of the Federation of BiH number: 43 0 Ps 024729 11 Rev from 16.05.2013., Bulletin of case law of the Supreme Court of the Federation of BiH, number 1-2., January-December 2013., Official Gazette of BiH. Available at: https://www.pravosudje.ba/vstv/faces/docservlet?p_id_doc=26746

³⁶ Criminal Code of Bosnia and Herzegovina, Official Gazette of BiH, no. 3/2003., 32/2003. -cor. 37/2003., 54/2004., 61/2004., 30/2005., 53/2006., 55/2006., 8/2010., 47/2014., 22/2015., 40/2015. and 35/2018. Available at: <https://www.paragraf.ba/propisi/bih/krivicni-zakon-bosne-i-hercegovine.html>

actions that are closely related to the actions and responsibilities of dog owners, and only through the provisions of the Criminal Code of the Federation of BiH³⁷, as an entity regulation, Article 327 (unscrupulous guarding of dogs and other dangerous animals) paragraph 1. says that whoever takes dogs or other animals to places without a prescribed muzzle or adequate protection and without direct guarding and thus endangers life or body or property, shall be punished by a fine or imprisonment for up to 6 months, and if physically injured, the perpetrator will be punished by imprisonment for up to 3 years.

With this article of the Criminal Code of FBiH, the legislator does not recognize the perpetrator of this crime as a dog owner but as a responsible person and based on that responsibility prescribes two types of penalties that are already deeply rooted in BiH criminal regulations, namely: imprisonment and fines.

It is necessary to emphasize that the Criminal Code of the Republika Srpska³⁸ does not know this same act which is classified as an act of negligent keeping of dogs and other dangerous animals, while the Criminal Code of the Brčko District of Bosnia and Herzegovina in its Criminal Code³⁹ knows an identical criminal offense, as referred to in Article 321 as prescribed by Article 327 of the FBiH Criminal Code.

The Law on Protection and Welfare of Animals categorizes the actions of the owner of an animal/dog that keeps animals/dogs dangerous

³⁷ Criminal Code of Bosnia and Herzegovina, Official Gazette of the Federation of BiH, number: 36/2003., 21/2004., 69/2004., 18/2005., 42/2010., 42/2011., 59/2014., 76/2014., 46/2016., 75/2017. Available at: <https://www.paragraf.ba/propisi/fbih/krivicni-zakon-federacije-bosne-i-hercegovine.html>

³⁸ Criminal Code of the Republika Srpska, Official Gazette of RS, no. 64/2017. and 104/2018. Available at: <https://www.paragraf.ba/propisi/republika-srpska/krivicni-zakon-republike-srpske.html>

³⁹ Criminal Code of Brčko District, Official Gazette of the Brčko District of BiH, No. 19/2020. Available at: <https://www.paragraf.ba/propisi/brcko/krivicni-zakon-brcko-distrikta-bosne-i-hercegovine.html>

to life as *offence*, and provides for a fine in the amount of 300 to 10,000 KM⁴⁰.

Since the attack of dogs can have certain psychological consequences for another person, and accordingly we can say that in addition to the criminal sanctions we have listed on the basis of legal regulations that are closely related to this area, the other injured party may seek compensation for non-pecuniary damage, to achieve the same through the competent court within the civil procedure. In addition to regulating non-material damage, the ZOO also provides special provisions on compensation for material damage in the event of death, bodily injury and damage to the health. Namely, whoever causes someone's death is obliged to reimburse the usual costs of his funeral. He is also obliged to reimburse the costs of his treatment of injuries and other necessary expenses related to the treatment, as well as the income lost due to incapacity for work. Also, the right of the person who was supported by the deceased is envisaged. A person who was supported or regularly assisted by the deceased, as well as one who was legally entitled to demand maintenance from the deceased, is entitled to compensation for the damage he suffers from the loss of support or assistance. This damage is compensated by the payment of an annuity, the amount of which is measured in view of all the circumstances of the case, and which cannot be greater than what the injured party would have received from the deceased if he had survived. Whoever inflicts bodily injury on another or impairs his health, is obliged to reimburse him for the costs of treatment and other necessary expenses in this regard, as well as the income lost due to incapacity for work during treatment. If the injured person loses his earnings due to complete or partial incapacity for work, or his needs are permanently increased, or the possibilities of his further development and advancement are destroyed or reduced, the responsible person is obliged to pay a certain rent to the injured party.⁴¹

⁴⁰ The monetary unit of BiH is convertible mark, whose symbol is „KM“, ie the international designation is „BAM“.

⁴¹ The court may, at the request of the injured party, increase the annuity for the future, and may reduce or cancel it at the request of the injured party, if the circumstances that the court had in mind when making an earlier decision change signifi-

The term non-pecuniary damage refers to damage that affects a person, ie his life, body, freedom, honor, private life, and which can be claimed in the form of compensation in civil law.

Recognition of the occurrence of non-pecuniary damage and its compensation is an expression of a person's mental life, as well as the need to protect the human person in a particular cultural environment.⁴²

Today, the ZOO overlooks compensation for non-pecuniary damage, so Art. 154 paragraph 1 states that the person who caused the damage is obliged to compensate it unless he proves that the damage occurred through no fault of his, and for damage from things or activities from which the increased danger to the environment arises, is liable regardless guilt.

Non-pecuniary damage can be repaired by non-monetary compensation, ie moral satisfaction or monetary compensation. Until 1953, the law of BiH did not recognize monetary compensation for non-property damage, but now it accepts the so-called a positive theory of monetary compensation for non-pecuniary damage, as evidenced by existing legislation.

Non-pecuniary damage in the ZOO means physical pain, mental pain and fear, so monetary compensation can be awarded only when the injury manifested itself in one of the following forms.

According to the provisions of Art. 200-203. of the ZOO of the Federation of BiH monetary compensation can be awarded for already suffered and for future forms of non-pecuniary damage: physical pain, fear, mental pain due to reduced life activities, mental pain due to impairment, violation of reputation and honor, freedom, personality rights, death of a loved one serious disability of a close person and for a crime against sexual integrity, dignity or morals.

cantly. The right to compensation in the form of monetary annuity due to the death of a close person or due to bodily injury or damage to health cannot be transferred to another person. Due amounts of compensation may be transferred to another, if the amount of compensation is determined by a written agreement of the parties or a final court decision. Listed under the provisions of Art. 193-197. of the ZOO.

⁴² Abedin Bikić, *Naknada štete*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2010., pp. 26.

According to the case law, the orientation criteria for non-pecuniary damages are not a mathematical formula that is used automatically to determine and calculate fair monetary compensation, because deciding on the amount of non-pecuniary damage is a trial in which the legal standard of fairness is applied.

The consequence of the attack of dogs as dangerous animals can be manifested as mental pain, for which the case law of the Supreme Court of the Federation of BiH⁴³ determines that mental pain due to impairment of general vitality from Art. 200 of the ZOO awards as a form of non-pecuniary damage only if the consequences of the injury the injured party feels in his spiritual sphere and which manifests itself as mental pain. Such pain can be experienced if the injured party has remained incapable of work or his working abilities have been reduced or his ability to advance in the profession has been destroyed, or he is unable to engage in activities that he performed until the injury or his needs have significantly increased.⁴⁴ Also, the mental pain suffered may take the form of distress.⁴⁵

⁴³ Stručni i informativni časopis za sudsku, upravnu, privredno-prekršajnu praksu, godina XVI, br. 79, januar, februar i mart 2019, Privredna štampa d.o.o. Sarajevo, str. 119., a prema presudi Vrhovnog suda Federacije BiH, broj: 65 0 P 233771 16 Rev od 11. 12. 2018. godine.

⁴⁴ Reduction of vital activities occurs if the possibility of functioning of the organ as a whole or one of its parts is reduced due to a bodily injury in the injured party. As a result of the bodily injury, the victim's mental pain arises. He may experience this pain due to reduced working ability, inability to advance in the profession, inability to engage in other activities in his spare time, making increased efforts to perform life activities, etc. Whether life activity is reduced is determined after treatment. If, due to the injury, after the completion of the treatment and the final judgment of the compensation for non-pecuniary damage, the vital activity is reduced, the court may, at the request of the injured party, subsequently award compensation on this basis. Life activities can also be diminished as a result of the fear suffered. In that case, in addition to compensation for non-pecuniary damage due to the fear suffered, the injured party is also entitled to compensation for non-pecuniary damage due to impairment of vital activity. (Such a position was correctly taken by the District Court in Valjevo (Serbia) in the Judgment Gž. 600/2006 from 13. April 2006.: „If the suffered fear left permanent consequences and thus led to a reduction in life activity, in addition to compensation for the fear suffered, the injured party is also entitled to compensation for mental pain due to reduction of life activity.“ – Published in Sudskoj praksi paragraph Co, downloaded 10. January 2008. from www.paragraf.co.yu). Relevant circumstances for awarding monetary compensa-

tion for non-pecuniary damage due to mental pain are: the severity of the pain and its duration (whether the mental pain lasted a certain time or lifelong), type and severity of injury (ie percentage of disability), age of the victim will feel pain for a longer time due to reduced vital activity, occupation of the injured party, etc. According to: BABIĆ, Ilija, *Obligaciono pravo*, Opšti dio, Fakultet za evropske pravno-političke studije Univerziteta Singidunum i Službeni glasnik, Beograd-Sremska Kamenica, 2009., pp. 259-260.; CRNIĆ, Ivica: „Naknada nematerijalne štete – Neka pitanja“, *Godišnjak*, br. 9.; „Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse“, br. 17., Opatija, 2002. i „Oblici nematerijalne štete i kriteriji za odmjeravanje pravične novčane naknade“, *Naša zakonitost*, br. 10., Zagreb, 1986.; PETROVIĆ, Zdravko, *Naknada nematerijalne štete zbog povrede prava ličnosti*, Vojna knjiga, Beograd, 1996., str. 97. i STANKOVIĆ Obren, *Naknada štete*, Nomos, Beograd, 1998., str. 143.

- ⁴⁵ Impairment is a visible deformation of the physical integrity and harmony of an individual due to complete or partial loss of a limb, scars or other changes in the body that impair the appearance of that person (compared to the appearance that existed before the deformation). The mere violation of the integrity and harmony of the body is not the basis for awarding compensation for non-pecuniary damage but the mental pain suffered by the injured party. In case law and legal literature, impairment is interpreted as a general term, which includes: severe impairment, moderate impairment and mild impairment. Compensation for non-pecuniary damage is awarded for all degrees, but the strength of the degree of damage affects the measurement of the amount of compensation for non-pecuniary damage. The court will not award compensation for this damage if the damage is insignificant. The amount of compensation for non-pecuniary damage is affected by other circumstances, not only the degree of damage. A higher amount of compensation should be awarded for damage that cannot be concealed, such as facial damage, severe lameness, etc. The right to compensation also belongs to a person who can cover the damage (clothes, shoes, hat, hat, etc.). This impairment becomes visible under certain circumstances - during intimate relationships, on the beach, with family, due to a different way of dressing, etc. In these cases, the victim will suffer mental pain and is entitled to compensation for non-pecuniary damage due to impairment. The age and sex of the injured party affect the amount of compensation for non-pecuniary damage due to damage. Children who are not yet aware of the damage are also entitled to compensation for this damage, if it is certain that this damage will continue in the future and result in mental pain of the injured party (future damage - Article 203 of the ZOO). When assessing compensation for non-pecuniary damage, the court must determine the severity of the mental pain suffered by the injured party, given the sex and sensitivity of the injured party. Judicial practice justifiably takes the position that the profession of the injured party is also important for determining the amount of damages if appearance is important for its performance - models, actors, singers, players, etc. was the former appearance of the injured party (by inspecting photographs, films, etc.), and the court should, in addition to hearing an expert witness of the relevant profession, obtain information directly about the appearance of the injured party - by inspecting the courtroom or other suitable room, respecting the rights of the injured party. According to: Babić,

In addition to mental pain, the victim also suffers from physical pain.⁴⁶

When it comes to non-pecuniary damage and compensation of claims of this kind in the Republic of Croatia, we can say that each legal case is assessed separately in accordance with the circumstances and legally relevant facts. The field of this assessment is very wide, which results in different case law between different legal systems and between different courts of the same state, as well as the departments and councils of individual courts. Generally speaking, two methods can be used to determine compensation for non-pecuniary damage: objective

pp. 260-261.; Crnić, pp. 1325., Petrović, pp. 102. and SALMA, Jožef, *Obligaciono pravo*, Naučna knjiga, Beograd, 1988., pp. 445.

⁴⁶ Physical pain occurs due to some organic injury or disorder of the organism. Pain is a special area for feeling, tied to a special sense. Pain receptors are sensitive nerve endings that branch under the surface of the body and inside. There are separate sensory points on the skin for pain, touch, cold and heat. Taken from: *Medicinska enciklopedija*, Jugoslovenski leksikografski zavod, tom I, Zagreb, 1967., str. 483. Pain is a highly subjective experience and it is not possible to estimate how much its manifestation is proportional to the actual stimuli. Taken from: KRSTIĆ, Dragan, *Psihološki rečnik*, Savremena administracija, Beograd, 1991., str. 68. Awarding compensation for non-pecuniary damage to the injured party due to the suffered physical pain is provided by the provisions of Art. 200 para. 1 of the ZOO. They enable the court to concretize them in each individual case. Namely, the court will determine fair monetary compensation for non-pecuniary damage for the suffered physical pain "if it finds that the circumstances of the case, and especially the intensity of the pain and their duration, justify it". Any physical pain, therefore, is not a basis for awarding non-pecuniary damage. Whether he will award damages depends on the "circumstances of the case". From these circumstances, the ZOO singles out the severity of illness and their duration. The jurisprudence generally classifies pain into mild pain, moderate pain, severe pain, and pain of particularly high intensity. In doing so, the court should take into account other circumstances of the case, such as: the nature of the injury suffered by the injured party, the part of the body where the injury occurred, the inconvenience to which the injured party was exposed during treatment (the number of operations lying motionless, performing physiological needs in bed, pain during rehabilitation, difficulty in eating, etc.) and subjective characteristics of the victim. Compensation for non-pecuniary damage for physical pain suffered is additional compensation for damage in cases of bodily injury. According to: Babić, str. 258-259.; BLAGOJEVIĆ, Borislav (et al), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, tom I, Savremena administracija, Beograd, 1980., pp. 536.; Crnić, pp. 1322., Petrović, pp. 88-95. and RADOVANOV, Aleksandar, „Pravična novčana naknada nematerijalne štete i stavovi sudske prakse“, *Zbornik Aktuelni problemi naknade štete i osiguranja*, Budva, 2004., pp. 79.

(abstract) and subjective (concrete). The objective method in determining compensation takes into account the average, the commonness of similar cases, while the subjective method determines all the circumstances and specifics of each case.⁴⁷

3. COMPARATIVE LEGISLATION

Comparative indemnification rights (Croatian, Austrian, German and Spanish) are increasingly accepting strict liability for damages caused by dangerous objects. Namely, the Croatian legislation regulates this area in the same way as the law of Bosnia and Herzegovina.⁴⁸ The rules of strict liability apply to damages from dangerous objects and activities (Article 1045, paragraph 3 of the ZOO⁴⁹) and damages in other cases prescribed by law (Article 1045, paragraph 4 of the ZOO). The ZOO did not define which things and activities are dangerous, but left the issue to court practice and legal theory.

In Austria, according to § 1320. ABGB⁵⁰, for damages from animals (whether domestic or not) their possessor is responsible. Although the provision does not mention the guilt of the possessor, it is unanimous that it is still required. Deviation from the classic concept of liability for damage is found in the second sentence, the possessor is agreed unless he proves that he has ensured proper keeping and supervision of the animal. Suitability is assessed in terms of objective criteria based on the characteristics of the animal itself. The absence of guilt does not absolve the possessor of responsibility. This "compromise between liability

⁴⁷ Taken from: BUKOVAC PUVAČA, Maja, „Deset godina nove koncepcije neimovinske štete“, Zbornik Pravnog fak. Sveučilišta Rijeka (1991) v. 36, no. 1, 157-180 (2015), pp. 166.

⁴⁸ The reason for this is that the Republic of Croatia has transposed into its legal system the Law on Obligations of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (hereinafter: SFRY) from 1978, as well as all states created by the division of SFRY.

⁴⁹ Law on Obligations of the Republic of Croatia, National newspaper, number 35/05., 41/08., 125/11. – Law on deadlines for fulfillment of financial obligations, 78/15., 29/18. and 126/21.

⁵⁰ Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch iz 1811., in power from 1.1.1812. (JGS 946.).

based on guilt and strict liability" applies only when there was a special danger to the animal that occurred.⁵¹

And in the German tort law, the legislature has a number of provisions of the BGB⁵² (§§ 831.-834., 836.-838.) which shifted the burden of proving the damage. The guilt of the pest is presumed and it is up to him to prove his guilt, either by proving that his conduct was appropriate given the attention generally sought in those situations, or by proving circumstances that make the harmful event inevitable regardless of appropriate conduct. He is therefore faced with the risk of a lack of evidence. These are, *inter alia*, the liability of owners of animals used for commercial or professional purposes and the liability of the owner of animals who supervise them on the basis of a contract.

According to Spanish *Código Civil*⁵³ the general principle of liability in tort law is liability based on guilt (Art. 1902), but cases of objective liability are found both in the CC and in many special liability regulations. However, there is no sharp dichotomy, on the one hand court decisions have led to stricter liability based on guilt (a process that began in the 1950s), and on the other hand the rules on strict liability do not have the same intensity in all cases.⁵⁴

European expert groups have also been doing research in the field of tort law for years, and as a result are the Principles of European tort law, which define damage as a material and non-material violation of a legally protected interest. From the above we see that the institute of non-pecuniary damage has come to life in the European Union, but it is also specific that experts in drafting these principles were guided by legislation and case law in EU countries, and we see that it is very important certain institutes and legally define and regulate the concepts so

⁵¹ KOCH, Bernhard, A./KOZIOL, Helmut, (eds.) et al., *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague, 2002., pp. 10.

⁵² *Bürgerliches Gesetzbuch* from 18.8.1896., RGBl. S. 195

⁵³ Spanish Civil Code from 1889 (later on in the text: CC)

⁵⁴ See more: BUKOVAC PUVAČA, Maja, „Sive zone“ izvanugovorne odgovornosti-područja moguće primjene pravila o odgovornosti na temelju krivnje i objektivne odgovornosti za štetu, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, (1991), v. 30, no. 1., pp. 221-243. (2009)

that the courts have a foothold in resolving legal cases, and all the same important for the reason of harmonization of regulations and practice of our country with the *acquis communautaire*.

CONCLUSION

The manuscript presents, among other things, veterinary-epidemiological, psychological aspect of defining the concept of dogs with special reference to stray dogs, where it is systematically presented this type of animal, and with the legal aspect as a potential cause of non-material, but in some cases material damage.

From the legal aspect, the provisions of the Law on Real Rights, as well as the Law on Obligations and the Criminal Code are presented. Analyzing separately the provisions of the mentioned legal regulations, the cross-section of the understanding of animals, ie in the specific case of dogs, is given, as well as the responsibility for the damages caused by them. A system of norms according to which dogs are considered potentially "dangerous objects" was presented, as well as a legal regime for resolving the issue of liability for damages. Closely related issues for determining liability for damages are the determinations of possessors, holders, injured parties and third parties, as well as the use of dogs with the knowledge and will of the possessor or their illegal use. In addition to presenting legislative solutions, the legal framework for dealing with damages caused by "dangerous objects" in EU member states was presented. Ultimately, it is to be assumed that this current topic will be analyzed for a long time in all countries, because more and more situations in which animals and dogs are, both voluntarily and without the will of their owners, abandoned (earthquakes, floods, poverty, death of dog owners and other negative phenomena). The urgent need is to educate the population about the possibilities of taking care of unwanted dogs, which would also make a step forward in the prevention of harm to humans.

The necessary knowledge that the manuscript offers provides a safe environment and clear rules that people should adhere to in order for dogs to be "satisfied" and enjoy the protection and love we need to return for their loyalty to people. Their missions to protect people,

hunting uses, find explosives, find the injured, help the blind, etc., oblige us to do so. Human-dog interaction is important and necessary, so we believe that manuscript can be constructive for anyone who wants to encounter dogs.

KAYNAKLAR

- Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch iz 1811., na snazi od 1.1.1812. (JGS 946.).
- ANYFANTAKIS, Dimitrios./BOTZAKIS, Emmanouil./MPLEVRAKIS, Evangelos./SYMVOULAKIS, Emmanouil.K./ARBIROS, Ioannis., „Selective mutism due to a dog bite trauma in a 4-year-old girl: a case report“, *Journal od Medical Case Reports*, 2009; 3:100.
- BABIĆ, Ilija, Obligaciono pravo, Opšti dio, Fakultet za europske pravno-političke studije Univerziteta Singidunum i Službeni glasnik, Beograd-Sremska Kamenica, 2009.;
- BECKER, Helmut, Kraftverkehrs Haftpflichtschäden, 12. Auflage, Karlsruhe, 1973.;
- BIKIĆ, Abedin, Naknada štete, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2010;
- BIKIĆ, Abedin, Obligaciono pravo-opći dio, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007.;
- Bilten sudske prakse Vrhovnog suda FBiH, broj 1-2, Službeni list BiH, januar-decembar 2013;
- Bilten Vrhovnog suda Makedonije, br. 23/1966.;
- BLAGOJEVIĆ, Borislav (i grupa autora), Komentar Zakona o obligacionim odnosima, tom I, Savremena administracija, Beograd, 1980.
- BORCHELT, Peter L./LOCKWOOD, Randall/BECK, Alan M./VOITH, Victoria L., „Attacks by packs of dogs involving predation on human beings“, *Public Health Report (Washington, D.C.: 1974)*, br. 98(1), 1983., str. 57-66.
- BUKOVAC PUVAČA, Maja, „Deset godina nove koncepcije neimovinske štete“, *Zbornik Pravnog fakulteta, Sveučilište Rijeka*, br. 1, 2015.;
- BUKOVAC PUVAČA, Maja „Sive zone“ izvanugovorne odgovornosti-područja moguće primjene pravila o odgovornosti na temelju krivnje i objektivne odgovornosti za štetu“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, (1991), v. 30, br. 1., str. 221-243. (2009);
- Bürgerliches Gesetzbuch od 18.8.1896., RGBL. S. 195;

- CRNIĆ, Ivica, „Naknada nematerijalne štete – Neka pitanja“, *Godišnjak*, br. 9.;
- CRNIĆ, Ivica, „Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse“, br. 17., Opatija, 2002.;
- CRNIĆ, Ivica, „Oblici nematerijalne štete i kriteriji za odmjeravanje pravične novčane naknade“, *Naša zakonitost*, br. 10., Zagreb, 1986.;
- ČIŽMEŠ, Željko, „Opasna stvar – primjeri iz sudske prakse“ (dostupno na: www.iusinfo.hr/aktualno/u-središtu)
- FOGLE, Bruce, *The New Encyclopedia of the dog*. London: Dorling Kindersley Limited, 2000.
- KATICA, Aida, „Psi lutalice potencijalna „eko bomba“, *Veterinaria*, br. 68(3), Sarajevo, 2019., str. 52-54.;
- ORGANIZATION for Respect and Care of Animals „Orca“. 2005. i „Stray dogs – humane and efficient control, manual for the development of programs for control and reduction of the population of stray dogs and cats according to WHO and WSPA recommendations.“ Internal publication, Publisher „Orca“, Press, Kolibri, Belgrade, Serbia, str. 11-112.
- KATICA, Muhamed/GRADAŠČEVIĆ, Nedžad/HADŽIMUSIĆ, Nejra/OBRADOVIĆ, Zarema/MUJKANOVIĆ, Ramo/MESTRIĆ, Esad/ČOLOMAN, Senad/DUPOVAC, Muhamed, *International Journal of Research -GRANTHAALAYAH* 5 (6), 2017., str. 414-422.
- KATICA, Muhamed/KAPO, Nadža/AHMED, Nasreldin Hassan/KAPO-GURDA, Anida/KAPO, Safet, „Dog bites and attacks on athletes: lack of effective prevention mechanisms“, *Med Glas*, br. 18(2), Zenica, 2021., str. 338-342. DOI: 10.17392/1344-21
- KATICA, Muhamed/OBRADOVIĆ, Zarema/AHMED, Nasreldin Hassan/DERVIŠEVIĆ, Emina/DELIBEGOVIĆ, Samir, „Dog Bites and Their Treatment in Federation of Bosnia and Herzegovina“, *J Med Sci*, br. 4(2), Cyprus, 2019., str. 136-40.
- KATICA, Muhamed/OBRADOVIĆ, Zarema/AHMED, Nasreldin Hassan/MEHMEDIKA-SULJIĆ, Enra/STANIĆ, Žana/MOHAMED, Rowida Seifeldin Abdalaziz/DERVIŠEVIĆ, Emina, „Interdisciplinary aspects of possible negative effects of dogs on humans in

Bosnia and Herzegovina“, *Med Glas*, br. 17(2), Zenica, 2020., str. 246-251.

KATICA, Muhamed/OBRADOVIĆ, Zarema/GRADAŠČEVIĆ, Nedžad/HADŽIMUSIĆ, Nejra/MUJKANOVIĆ, Ramo/MESTRIĆ, Esad, et al., „Assessment of the Effect of Stray Dogs as a Risk Factor for the Health of Population in Certain Areas of Bosnia and Herzegovina“, *EJBS*, 4, 2017., str. 107-11.

KOCH, Bernhard, A./KOZIOL, Helmut, (eds.) et al., *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague, 2002., str. 10.

KONSTANTINOVIĆ, Mihailo, *Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima*, Centar za dokumentaciju i publikacije Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1969.

KOZIOL, Helmut/RUMMEL, Marcus-Florian, *Österreichisches Haftpflichtrecht Band II, Besonderer Teil, 2. Auflage*, Wien, 1984.;

Krivični zakon Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BiH*, broj: 3/2003., 32/2003. - ispr. 37/2003., 54/2004., 61/2004., 30/2005., 53/2006., 55/2006., 8/2010., 47/2014., 22/2015., 40/2015. i 35/2018.;

Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine Federacije BiH*, broj: 36/2003., 21/2004., 69/2004., 18/2005., 42/2010., 42/2011., 59/2014., 76/2014., 46/2016., 75/2017.;

Krivični zakon Republike Srpske, *Službeni glasnik RS*, br.64/2017., 104/2018.;

Krivični zakon Brčko Distrikt, *Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH*, br.19/2020.;

KRSTIĆ, Dragan, *Psihološki rečnik*, Savremena administracija, Beograd, 1991.;

Medicinska enciklopedija, Jugoslovenski leksikografski zavod, tom I, Zagreb, 1967.;

Nacrt Odluke o držanju i zaštiti domaćih životinja i kućnih ljubimaca na području općine Cazin;

OFTINGER, Karl, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, II/2, Zürich, 1970.;

PEROVIĆ, Slobodan, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima-knjiga prva*, Savremena administracija, Beograd, 1995.;

- PETERS, Vincent./SOTTIAUX, Martine./APPELBOOM, Jocelyne./KAHN, Anre., „Posttraumatic stress disorder after dog bites in children“, J Pediatrics, 2004., 144:121-2.
- PETROVIĆ, Zdravko, Naknada nematerijalne štete zbog povrede prava ličnosti, Vojna knjiga, Beograd, 1996.;
- Pravilnik o držanju opasnih životinja Bosne i Hercegovine, Službene list BiH, br.27/10.;
- RADOVANOV, Aleksandar, Pravična novčana naknada nematerijalne štete i stavovi sudske prakse, Zbornik Aktuelni problemi naknade štete i osiguranja, Budva, 2004.;
- SALMA, Jožef, Obligaciono pravo, Naučna knjiga, Beograd, 1988.;
- STANKOVIĆ, Obren, Naknada štete, Nomos, Beograd, 1998., str. 143.
- Stručni i informativni časopis za sudsku, upravnu, privredno-prekršajnu praksu, godina XVI, br. 79, , Privredna štampa d.o.o. Sarajevo, januar, februar i mart 2019;
- ŠAHIN, Berkan./BOZKURT, Abdullah./KARABEKIROGLU, Koray., „Sleep problems in children with attention deficit hyperactivity disorder“, Duzce Med J, 2018., 20:81-6.
- Španjolski građanski zakonik iz 1889. godine (u daljem tekstu: CC)
- YEHUDA, Rachel., Current status of cortisol findings in posttraumatic stress disorder, Psychiatr Clin North, 2002., 25:341-68.
- Zakon o obligacionim odnosima Federacije Bosne i Hercegovine, u daljem tekstu: Federacije BiH, Službeni list SFRJ, br. 29/1978., 39/1985., 45/1989. - odluka USJ i 57/1989., Službeni list Republike BiH, br. 2/1992., 13/1993. i 13/1994. i Službene novine Federacije BiH, br. 29/2003. i 42/2011.;
- Zakon o obveznim odnosima Republike Hrvatske, Narodne novine, broj 35/05., 41/08., 125/11. – Zakon o rokovima ispunjenja novčanih obveza, 78/15., 29/18. i 126/21.;
- Zakon o stvarnim pravima Federacije BiH, Službene novine Federacije BiH, broj: 66/13 i 100/13.;
- Zakon o zaštiti i dobrobiti životinja Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik BiH, broj: 25/2009., 9/2018.
- ZIEGLER, Michael.F./GREENWALD, Michael.H./DEGUZMAN, Michael.A./SIMON, Harold.K., „Post-traumatic stress responses in

children: awareness and practice among a sample of pediatric emergency care providers“, Journal Pediatrics, 2005., 115:1261-7.

Official Pages:

<https://gradcazin.gov.ba/dokumenti/>

<http://www.sluzbenilist.ba/>

<https://hrcak.srce.hr/>

<https://www.paragraf.ba/>

<https://advokat-prnjavorac.com/>

<https://www.pravosudje.ba/>

<http://vet.gov.ba/v2/?lang=hr>

<https://www.bksavez.net/>

<https://e-justice.europa.eu/home.do?action=home>

<https://vsud-fbih.pravosudje.ba/>

<http://www.vsrh.hr/EasyWeb.asp?pcpid=579>

<https://www.paragraf.ba/propisi/fbih/zakon-obligacionimodnosima.html>

www.paragraf.co.yu



ÇEKTE DÜZENLEYEN TARAFINDAN DEF'İLERİN İLERİ SÜRÜLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Muhammet Emin BİNGÖL*

Öz

Bu çalışmada çekte düzenleyenin sahip olduğu def'ileri ne şekilde dermeyân edebildiği ya da karşılığı bulunan bir çek bakımından düzenleyenin def'ileri ileri sürmek hakkının bulunup bulunmadığı incelenmiştir. Sorunun çözümü için ilk olarak çekin hukukî niteliği ile düzenleyenin def'ilerini ileri sürmesi bakımından önem arz eden muhatap ile düzenleyen arasındaki ilişkinin niteliği irdelenmiştir. Ardından muhatap bakımından öngörülen ve düzenleyenin def'ilerini ileri sürmesi bakımından engel olarak nitelendirilebilecek yükümlülük olan, muhatabın ödeme yükümlülüğü değerlendirilmiştir. Ayrıca muhatabın ödeme yapmama yükümlülüğü kısaca açıklanmıştır. Son olarak, kıymetli evrak bakımından öngörülen def'i sistemi, çekte düzenleyen tarafından def'ilerin ileri sürülmesi açısından ve herhangi bir şekilde hamile karşı ileri sürebileceği def'iyeye sahip olan düzenleyenin muhataba yönelik ödememe talimatı verip veremeyeceği, muhatabın bu şekilde bir talimat karşısında ne şekilde hareket etmesi gerektiği hususları mütalâa edilmiştir.

* Dr. Öğr. Üyesi. İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Asst. Prof.Dr. Istanbul Medipol University, Faculty of Law, Commercial Law Department, İstanbul, Turkey.

✉ mebingol@medipol.edu.tr • ORCID 0000-0001-7176-636X.

✎ **Atf Şekli** | Cite As: BİNGÖL, Muhammet Emin: "Çekte Düzenleyen Tarafından Defilerin İleri Sürülmesi", SÜHFD, C. 31, S. 3, 2023, s.1243-1276.

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

✎ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-Non-Commercial 4.0 International License.



Anahtar Kelimeler

• Çek • Düzenleyen • Def'i • Muhatabın Ödeme Yükümlülüğü • Kıymetli Evrak

ASSERTION OF DEFENSES BY THE DRAWER IN THE CHEQUE

Abstract

This study examines the ways in which the drawer can assert his/her defenses in a cheque or whether the drawer has the right to assert his/her defenses in respect of a cheque that has a counterparty. In order to solve the problem, firstly, the legal nature of the cheque and the nature of the relationship between the drawee bank and the drawer, which is important for the drawer to assert its defenses, are examined. Then, the payment obligation of the drawee bank, which is an obligation foreseen for the drawee bank and which may be considered as an obstacle for the drawer to assert its defenses, is evaluated. In addition, the obligation of the drawee bank to refrain from making payment, which is the obligation that the drawee bank should determine on its own and which may be in the nature of a defense that could be asserted by the drawer if there were a bilateral relationship, is briefly explained. Finally, the defenses system foreseen in terms of negotiable instruments, in terms of the assertion of defenses by the drawer in the cheque, and whether the drawer, who has any defenses that he can assert against the bearer in any way, can instruct the drawee bank not to pay, and how the drawee bank should act in the face of such an instruction, have been discussed.

Key Words

• Cheque • Drawer • Defence • Drawee Bank's Obligation to Pay • Negotiable Instruments

GİRİŞ

Bir ödeme aracı olarak ortaya çıkan çek, Türkiye uygulamasında ileri tarihli çekler ile birlikte çoğu kez aynı zamanda teminat aracı olarak da kullanılmaktadır. Çekin bu işlevi görmesi, onu uygulamada en sıklıkla kullanılan kambiyo senedi hâline getirmektedir. Bu durum, çeke ilişkin birçok çözüme muhtaç sorunu beraberinde getirmektedir.

Bu çerçevede çözüme muhtaç olduğu düşünülen bir sorun da çekte düzenleyenin sahip olduğu def'ileri nasıl ileri süreceğidir. Bilindiği üzere poliçeye benzer bir şekilde üçlü bir ilişkinin var olduğu çekte ödeme, muhatap tarafından düzenleyene ait çek hesabından yapılır. Muhatabın

İlgili ödemeyi yaparken 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ("TTK") ve 5941 sayılı Çek Kanunu ("ÇekK") kapsamında birçok yükümlülüğü bulunmakta iken, düzenleyenin bir def'ie sahip olup olmadığına ilişkin araştırma yükümlülüğüne dair herhangi bir açık düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum da düzenleyenin sahip olduğu def'ileri ne şekilde ileri sürebileceği sorununu gündeme getirmektedir. Zira çekin işlediği hesapta çek bedelinin bulunması durumunda, muhatap banka, ÇekK'da öngörülen yükümlülükleri yerine getirdikten sonra, hamile ödeme yapmaktadır. Ödeme her ne kadar muhatap tarafından yapılsa da düzenleyenin banka hesabından yapıldığı için, netice itibarıyla düzenleyen tarafından yapılmaktadır. Bu durumda, kıymetli evrak hukuku çerçevesinde kambiyo taahhüdünde bulunanlara ödeme yapmaktan imtina hakkı tanıyan def'ilerin, düzenleyen tarafından kullanılması imkânı ortadan kalkmaktadır. Sorun bu şekilde ele alındığında, literatürde ve uygulamada tüm kambiyo senetleri bakımından ortak bir şekilde ele alınan def'iler bakımından çeklere özgü bir ayırımın yapılıp yapılmaması gerektiği gündeme gelmektedir. Aynı zamanda çekte muhatap bankanın zaten kanunen yükümlülüklerini yerine getirirken kontrol etmesi gereken senet metnine ilişkin def'iler dışında düzenleyenin def'i imkânının var olup olmadığına ayrıca incelenmesi gerekmektedir.

Bu çalışmada en temelde çekte düzenleyenin sahip olduğu def'ileri ne şekilde dermeyân edebildiği ya da karşılığı bulunan bir çek bakımından düzenleyenin def'ileri ileri sürmek hakkının bulunup bulunmadığının incelenmesi planlanmaktadır. Sorunun çözümü için ilk olarak çekin hukukî niteliği ile düzenleyenin def'ilerini ileri sürmesi bakımından önem arz eden muhatap ile düzenleyen arasındaki ilişkinin niteliği incelenecektir. Ardından muhatap açısından öngörülen ve düzenleyenin def'ilerini ileri sürmesi bakımından engel olarak nitelendirilebilecek yükümlülük olan, muhatabın ödeme yükümlülüğü değerlendirilecektir. Buna ek olarak muhatabın kendiliğinden tespit etmesi gereken ve aslında iki taraflı bir ilişki olsaydı düzenleyen tarafından da ileri sürülebilecek def'i niteliğinde olabilecek hâller olan, muhatabın ödeme yapmaktan kaçınması yükümlülüğü hakkında kısaca bilgilendirme yapılacaktır. Son olarak, kıymetli evrak bakımından

öngörülen def'i sistemi, çekte düzenleyen tarafından def'ilerin ileri sürülmesi bakımından ve herhangi bir şekilde hamile karşı ileri sürebileceği bir def'iyeye sahip olan düzenleyenin muhataba yönelik ödememe talimatı verip veremeyeceği, muhatabın bu şekilde bir talimat karşısında hukuken ne şekilde hareket etmesi gerektiği hususları mütalâa edilecektir.

I. ÇEKİN VE MUHATAP İLE DÜZENLEYEN ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ

A. Çekin Hukukî Niteliği

Doktrinde çekin tıpkı poliçe gibi özel bir havale niteliğinde olduğu ifade edilmiş ve bununla birlikte çek ile poliçe arasındaki farklılar vurgulanmıştır¹. Bununla birlikte mehaz niteliğindeki İsviçre hukukundan farklı olarak çekin de kambiyo senetleri arasında sayılması eleştirilmiş; bir ödeme aracı olan çekin, kambiyo senedi olarak nitelendirilmesinin yerinde olmadığı belirtilmiştir².

TTK'nın 780. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca, çeklerin kayıtsız ve şartsız belirli bir bedelin ödenmesi için bir havaleyi içermesi zorunludur. Bu anlamda çekin düzenlenmesi ile birlikte, çekle işleyen hesabın bulunduğu muhatap banka, lehine çek düzenlenen lehtara ya da çeki devralmak suretiyle çek alacaklısı konumuna geçen hamile, düzenleyenin hesabından kayıtsız şartsız bir bedelin ödenmesi hususunda yetkilendirilmektedir³. Bununla birlikte çekin geçerliliği bakımından belirli şekil şartlarının öngörülmüş olması ve kayıtsız şartsız belirli bir bedelin ödenmesi emri içermesi zorunluluğu gibi hususlar, çeki nitelikli bir havaleye büründürmekte ve Türk Borçlar Kanunu'nda ("TBK") düzenlenen havaleden ayırmaktadır. Dolayısıyla bu noktada çek

¹ Bu yönde bkz. ÖZTAN, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara 1997, s. 1029; KENDİGELEN, Abuzer, Çek Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2019, s. 45; KENDİGELEN, Abuzer / KIRCA, İsmail, Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2021, Nr. 607; REİSOĞLU, Seza, Çek Hukuku, Ankara 2011, s. 38.

² Birçokları yerine bkz. CAN, Mertol, "Çek Hamilinin Muhatap Bankaya Karşı Durumu", GÜHFD, C. 2, S. 2, 1998, s. 4-5; ayrıca bkz. KENDİGELEN, s. 26 vd..

³ ÖZTAN, s. 1029; REİSOĞLU, s. 37; BOZER, Ali/GÖLE, Celal, Kıymetli Evrak Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2018, s. 225; PULAŞLI, Hasan, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 8. Baskı, Ankara 2020, s. 283; KENDİGELEN, s. 45; BAHTİYAR, Mehmet, Kıymetli Evrak Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2019, s. 128; ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N. Füsün, Kıymetli Evrak Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2019, s. 259; KENDİGELEN (KENDİGELEN/KIRCA), Nr. 599.

de poliçeye benzemektedir. Ancak doktrinde de ifade edildiği üzere, her ne kadar temellerinde yatan ilişki aynı olsa da çek ile poliçe arasında birçok farklılık bulunmaktadır. Diğer farklılıklar bir yana⁴, konu açısından en fazla öneme sahip farklılıklar, çekte kabul müessesesinin bulunmaması ve dolayısıyla muhatapın hiçbir şekilde kambiyo ilişkisine dâhil olmaması ve çekte ilişkin ödemenin poliçeden farklı olarak düzenleyene ait muhatap nezdinde açılmış olan hesaptan yapılıyor olmasıdır.

B. Muhatap Banka ile Düzenleyen Arasındaki İlişkinin Niteliği

Yukarıda belirtildiği üzere, çekin temelinde havale ilişkisi yatmaktadır ve düzenleyen bu ilişkide havale eden konumunda iken muhatap havale ödeyicisidir. Bu anlamda üçlü ilişkide düzenleyen ile muhatap arasındaki ilişki karşılık ilişkisidir⁵. Havalede, havale ödeyicisi havale alıcısına yapacağı ödeme için havale edenden bir karşılık almış veya ilgili karşılığı alacağını düşünerek havale alıcısına ödeme yapmayı kabul eder. TTK'nın 783. maddesine göre çekte de muhatap tarafından lehtara ya da hamile yapılan ödemenin temelinde düzenleyen ve muhatap arasındaki çek anlaşması bulunmaktadır. Çek anlaşmasından doğan bu karşılık, muhatap banka nezdinde bulunan ve düzenleyene ait mevduat hesabındaki nakit ya da muhatap bankanın düzenleyen lehine açtığı bir kredi şeklinde olabilmektedir.

Dolayısıyla ilişkinin niteliğinin belirlenmesi bakımından ayrıca taraflar arasında imzalanan çek anlaşmasının da hukukî niteliğinin tespiti gerekmektedir. Çek anlaşması, TTK'nın 783. maddesinde kısmen düzenlenen ve çekin düzenlenmesini mümkün kılan sözleşme olarak nitelendirilmektedir⁶. Söz konusu sözleşme herhangi bir şekil şartına tâbi olmayıp⁷, açık bir şekilde kurulabileceği gibi zımnî olarak da kurulabilir. İlgili sözleşmenin hukukî niteliği ise doktrinde en çok tartışılan konulardan biridir. Özellikle mukayeseli hukukta düzenleyen ve muhatap arasında yapılan çek anlaşmasının hukukî niteliğine ilişkin

⁴ Söz konusu farklılıklar bakımından bkz. ÖZTAN, 1029-1033; KENDİGELEN, Çek Hukuku, s. 46-47.

⁵ KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku III – Ticarî Senetler (Kambiyo Senetleri), Dördüncü Baskı, Ankara, 1970, s. 88; KINACIOĞLU, Naci, Kıymetli Evrak Hukuku, 3. Baskı, Ankara 1987, s. 102; ÖZTAN, s. 376.

⁶ KENDİGELEN (KENDİGELEN/KIRCA), Nr. 613.

⁷ Bununla birlikte ÇekK'nın 2. maddesinin 3. fıkrası, çek anlaşmasının yazılı şekilde yapılması gerektiğini hüküm altına almıştır.

olarak, temsil, hizmet akdi, vekalet ve iş görme sözleşmesi teorilerine ek olarak kendine özgü (*sui generis*) sözleşme ve üçüncü kişi yararına sözleşme görüşleri de ileri sürülmüştür⁸. Bununla birlikte Türk hukukunda ifade edilen görüşlerden yalnızca *sui generis* sözleşme ile üçüncü kişi yararına sözleşme görüşleri taraftar bulmuştur. Bu yüzden çek anlaşmasının hukukî niteliğine ilişkin açıklamalar da yalnızca bu iki görüş çerçevesinde ele alınacaktır. Üçüncü kişi yararına sözleşme görüşüne göre, çek anlaşmasında lehtar lehine bir şart bulunması ve ilgili şartın lehtara ya da hamile çek anlaşmasından doğan borcun ifasını talep etmek yetkisini vermesi sebepleriyle, ilgili anlaşma üçüncü kişi yararına bir anlaşmadır⁹. Ancak doktrinde bu görüş eleştirilmiş ve muhatapın çeki kabul etmesi TTK'nın 784. maddesi çerçevesinde yasaklandığı ve bu yönüyle lehtarın ya da hamilin muhatap bankaya yönelik kambiyo hukukundan kaynaklı herhangi bir talepte bulunamayacağı ifade edilmiştir¹⁰. Yani bu görüş haklı olarak çek anlaşmasının kambiyo hukukuna özgü bir niteliğinin bulunmadığını ve anlaşmanın salt düzenleyen ile muhatap arasındaki ilişkileri konu aldığını ifade etmiştir¹¹. Dolayısıyla modern doktrinde çek anlaşmasının niteliğinin TBK'da sayılan tipik borç sözleşmelerinin hiçbirinin tam olarak kapsamına girmeyen atipik nitelikte *sui generis* bir sözleşme olduğu ifade edilmektedir¹². Bu çalışma kapsamında en temelde bir iş görme ediminin bulunduğu çek anlaşmasının kendine özgü bir niteliği haiz olduğu benimsenmektedir. Buna ek olarak temelde yatan edimin niteliği iş görme olduğu için, TBK'nın 502. maddesinin 2. fıkrası çek anlaşmaları bakımından da uygulama alanı bulmaktadır. Yani vekaletle ilişkin

⁸ Söz konusu teorilere ve ilgili teorilerin her birine ilişkin değerlendirmelere yönelik olarak birçokları yerine bkz. ÖZTAN, s. 1099 vd..

⁹ KARAYALÇIN, s. 281.

¹⁰ ÖZTAN, s. 1092; BATTAL, Ahmet, "Karşılığı Bulunmasına Rağmen Çek Bedelini Ödemeyen Bankanın Hamile Karşı Hukuki Sorumluluğu", GÜHFD, C. 2, S. 1, 1998, 67-81, s. 80; PULAŞLI, s. 304; POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 22. Bası, İstanbul 2018, s. 332; KENDİGELEN, Çek Hukuku, s. 83; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s. 314; KENDİGELEN (KENDİGELEN/KIRCA), Nr. 607.

¹¹ KENDİGELEN (KENDİGELEN/KIRCA), Nr. 616.

¹² ÖZTAN, s. 1097; KENDİGELEN, Çek Hukuku, s. 82; KENDİGELEN (KENDİGELEN/KIRCA), Nr. 614.

hükümler, niteliğine uygun düştüğü ölçüde çek anlaşmasına da uygulanacaktır¹³.

Bu noktada çek anlaşmasının *sui generis* bir iş görme sözleşmesi olması ve vekaletle ilişkin hükümlerin uygun düştüğü ölçüde çek anlaşmasına da uygulanması, konu bakımından TBK'nın 505. maddesinde düzenlenen ve vekilin vekalet verenin talimatlarına uymak yükümlülüğü noktasında kendini göstermektedir. Herhangi meşru bir def'iyi kullanma imkânı bulunan düzenleyenin, çek bedelinin lehtara ya da hamile ödenmemesi talimatının, muhatap nezdinde nasıl karşılık bulması gerektiği hususu, kanaatimizce çek anlaşmasının bu niteliği dikkate alınarak da ayrıca değerlendirilmelidir.

II. ÇEKİN ÖDENMESİ VE ÖDEMEDEN KAÇINMA

A. Muhatabın Ödeme Yapma Yükümlülüğü

Yukarıda da ifade edildiği üzere, çek anlaşması çerçevesinde muhatabın düzenleyene karşı üstlenmiş olduğu aslî edim yükümlülüğü, yetkili hamile hesapta bulunan karşılığın ödenmesidir¹⁴. Bu çerçevede muhatabın yetkili hamile ödeme yapmaması, sözleşmesel yükümlülüğünün ihlâli anlamına gelir ve muhatap, TBK'nın borca aykırılık hükümleri (TBK m. 112 vd.) çerçevesinde düzenleyene karşı sorumlu olur¹⁵.

Muhatabın çek anlaşmasından kaynaklanan ve düzenleyene karşı olan bu sorumluluğu dışında ayrıca hamile karşı bir ödeme yükümlülüğünün var olup olmadığı meselesi ise ayrıca incelenmelidir. Bu anlamda 3167 sayılı ve 1985 tarihli Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun henüz yürürlüğe girmeden dahi bazı yazarlar tarafından muhatap bankanın hamile ödeme yükümlülüğünün bulunduğu ileri sürülmüştü¹⁶. Bu yazarlar genel olarak 6762 sayılı TTK'nın bankanın kısmi karşılığı ödeme yükümlülüğüne

¹³ ÖZTAN, s. 1097; PULAŞLI, s. 304; BOZER/GÖLE, s. 334; KENDİGELEN, Çek Hukuku, s. 82; KENDİGELEN (KENDİGELEN/KIRCA), Nr. 614.

¹⁴ Ödeme yükümlülüğüne yönelik olarak 3167 sayılı Kanun öncesi ve sonrasındaki doktrindeki tartışmalar ve değerlendirmeler için bkz. NARBAY, Şafak, Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı (Çekten Cayma), 2. Baskı, İstanbul 1999, s. 15 vd.

¹⁵ KENDİGELEN, Çek Hukuku, s. 299; NARBAY, Çekten Cayma, s. 23.

¹⁶ İlgili görüşler için bkz. KARAYALÇIN, s. 280; KENDİGELEN, Abuzer, "Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı", Makalelerim C. I 1986-2001, 3. Bası, İstanbul 2018, s. 89-90.

ilişkin 695. maddesinin 2. fıkrası ile ibraz süresi içerisinde çekten caymanın sonuç doğurmayacağına yönelik 711. maddesine dayanmaktadır. Bununla birlikte ilgili dönemde muhatap bankanın böyle bir yükümlülüğünün olmadığına ileri süren yazarlar da bulunmaktaydı¹⁷. 3167 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra Kanun'un 4. maddesinin 1. fıkrası çerçevesinde ödeme yükümlülüğünü savunan görüşe destek artmış, nihayet ÇekK ile birlikte muhatapın hamile karşı bir ödeme yükümlülüğü bulunduğu dair görüş, doktrinde hâkim görüş niteliğini kazanmıştır¹⁸. ÇekK'nın 3. maddesinin 1. ve 7. fıkraları ile 7. maddesinin 5. fıkrası söz konusu görüş tarafından dayanak olarak gösterilmektedir¹⁹. Yine bu görüşe göre, TTK'nın 783. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "... ödemekle yükümlüdür." şeklindeki açık ifade ve TTK'nın 799. maddesinin 1. fıkrasında ibraz süresi dolmadan çekten cayılamayacağı düzenlenerek, muhatapın ödeme yükümlülüğüne ilişkin genel kabul görüşü desteklenmektedir²⁰. Buna karşılık doktrinde bir yazar, muhatapın hamile karşı ödeme yükümlülüğünün kaynağına dair ilgili hükümlerden yalnızca ÇekK'nın 3. maddesinin 7. fıkrasının söz konusu olabileceğini, diğer hükümlerin muhatapın hamile ödeme yükümlülüğüne yönelik olarak dayanak teşkil etmeyeceğini ifade etmiştir²¹. Bu görüş, muhatapın bir ödeme yükümlülüğünün varlığının çekişmesiz olduğunu (çek anlaşması çerçevesinde doğan ödeme yükümlülüğü), diğer hükümlerin yalnızca bu durumu ortaya koyduğunu ve muhatapın hamile karşı

¹⁷ İNAN, Nurkut, Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk, Ankara 1981, s. 76; hükme ilişkin ayrıca bkz. NARBAY, Şafak, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Kıymetli Evrak Hukuku Kitabında Yapılan Düzenlemeler ve Değişiklik Önerilerimiz", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, Özel Sayı, 2005, s. 214 vd.

¹⁸ KENDİGELEN, Çek Hukuku, s. 292 vd.; KENDİGELEN (KENDİGELEN/KIRCA), Nr. 718; BOZER/GÖLE, s. 365-366; REİSOĞLU, s. 305; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER-ERTAN, s. 332; NARBAY, Çekten Cayma, s. 19 vd.

¹⁹ KENDİGELEN, Çek Hukuku, s. 292 vd.; BOZER/GÖLE, s. 367 vd.; REİSOĞLU, s. 305; NARBAY, Şafak/ÇELİK, Ferhat, "Süresi İçinde İbraz Edilmeyen Çekin Hukuki Niteliği", Legal Hukuk Dergisi, C. 14, S. 167, 2016, s. 6050.

²⁰ KENDİGELEN, Çek Hukuku, s. 297-298.

²¹ ÖZSOY, Ahmet, Muhatabın Çek Kanunu'na Dayalı Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2020, s. 92.

ödeme yükümlülüğünü ortaya koyan tek hükmün anılan ÇekK'nın 3. maddesinin 7. fıkrasının olduğunu belirtmiştir. Söz konusu görüş TTK'da yer alan 783 ve 799. maddeler çerçevesinde her ne kadar yerinde olsa da ÇekK'nın 3. maddesinin 1. fıkrası ile 7. maddesinin 5. fıkrasından da kanaatimizce muhatabın hamile karşı bir ödeme yükümlülüğün varlığı anlaşılmaktadır. Zira anılan ilk hükümde, karşılığın bulunması durumunda hamilin varsa vergi kimlik numarası alınarak ödemenin yapılacağını ifade edilmekte ve hüküm bu yönüyle yazarın dayandığı 7. fıkradan herhangi bir farklılık arz etmemektedir. Yine anılan diğer hükümde de açık bir şekilde karşılığı bulunan çekin ödenmemesi bir suç olarak nitelendirilmiş ve çek bedelini ödemeyen banka görevlisi hakkında bir yıla kadar hapis cezası uygulanacağı öngörülmüştür. Bu hükmün de karşılığı bulunan bir çek bakımından hamile ödeme yükümlülüğü getirdiğini ifade etmek mümkündür²².

Muhatabın çeki ibraz eden hamile ödeme yükümlülüğünün doğması için, muhatap ile düzenleyen arasında geçerli bir çek anlaşmasının bulunması (ÇekK m. 2/f. 10)²³, çekin geçerli olması (TTK m. 780-781), hamilin yetkili hamil sıfatını haiz olması (TTK m. 790) ve çekin ibraz süreleri içerisinde ibraz edilmesi gerekmektedir (TTK m. 796)²⁴. Bununla birlikte ÇekK'nın 3. maddesinin 8. fıkrasının yürürlüğe girmesiyle birlikte, ileri düzenleme tarihli bir çekin ibraz süresinden önce

²² Nitekim bu yönde **KENDİGELEN**, Çek Hukuku, s. 297-298. Ayrıca bkz. bkz. **ÖZSOY**, s. 93. Bu anlamda yazarın söz konusu suçun banka görevlisi bakımından öngörülmüş olduğunu ayrıca vurgulaması kanaatimizce ödeme yükümlülüğü bakımından farklı bir durum meydana getirmemektedir. Suçun fiili işleyen banka görevlisi açısından öngörülmüş olması da ceza hukuku bakımından yerinde bir yaklaşımdır.

²³ **NARBAY**, Şafak, "3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanununun 10 uncu Maddesi Hükmü Uyarınca Muhatap Bankanın Sorumlu Olduğu Miktar Hakkında Bir İnceleme", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, C. 4, S. 29, 2009, s. 19 vd.; **ÖZSOY**, s. 95.

²⁴ Bu çerçevede sahte veya tahrif edilmiş bir çek bakımından muhatabın ödeme yükümlülüğü bulunmadığı gibi mahkeme tarafından ödeme yasağı konulduğu hâllerde de söz konusu yükümlülük gündeme gelmez. Yine düzenleyenin başka bir hesabında para bulunması durumunda, düzenleyen tarafından bankaya ödeme yetkisi verilmediği sürece, muhatabın ödeme yükümlülüğü bulunmaz. Bu hususlar ve diğer hâller bakımından geniş bilgi için bkz. **ÖZSOY**, s. 95-96.

ibraz edilen çekler bakımından da karşılığın bulunduğu miktar kadar bankanın ödeme yapma yükümlülüğü bulunmaktadır²⁵. Bu şartların kümülatif olarak bulunmadığı durumlarda muhatabın hamile karşı ödeme yükümlülüğünden bahis ise mümkün değildir.

Yükümlülüğün varlığı ve şartları tespit edildikten sonra, ilgili yükümlülüğün hukukî niteliğinin tespiti de gerekmektedir. Bankanın ödeme yükümlülüğünün varlığına işaret eden yazarlar arasında yükümlülüğün hukukî niteliğine ilişkin görüş birliği bulunmamaktadır²⁶. Çek anlaşmasının hukukî niteliğini üçüncü kişi yararına sözleşme olarak nitelendiren görüş zaten ödeme yükümlülüğünün de bundan kaynaklandığını ifade etmektedir²⁷. Buna karşılık çek anlaşmasının *sui generis* bir sözleşme olduğunu ifade eden görüş, bankanın ödeme yükümlülüğü noktasında genel olarak ikiye ayrılmaktadır. İlk görüş, bankanın yükümlülüğünün genel bir davranış kural olduğunu ve bunun ihlâli hâlinde muhatabın haksız fiilden sorumluluğunun gündeme geleceğini ifade etmektedir²⁸. İlgili görüşün temel gerekçesi, muhatap bankanın ödeme için ibraz eden hamile ödeme yapmayarak emredici bir hukuk normunu ihlâl etmesinin haksız fiilin unsurlarından biri olan hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmesine sebebiyet vermesidir²⁹. İkinci görüş ise, muhatabın çekin meşru hamiline karşı ödeme borcunun kanundan kaynaklandığını, geçerli bir çekin düzenlenmesi ve bankaya ibrazı ile birlikte muhatap ve hamil arasında kanunî bir borç ilişkisinin kurulduğunu belirtmiş ve söz konusu borca aykırılık hâlinde haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğun değil, TBK'nın 112. maddesi ve devamı hükümlerinde düzenlenen sözleşmeye aykırılığa dair

²⁵ **KENDİGELEN**, Çek Hukuku, s. 267, dn. 3; **KIRCA**, İsmail, 5941 Sayılı Çek Kanunu, Konferans (22 Ocak 2010), Ankara 2010, s. 19-20; **ÖZSOY**, s. 95, dn. 19.

²⁶ Görüşlere ilişkin değerlendirmeler için bkz. **ÖZSOY**, s. 99.

²⁷ **KARAYALÇIN**, s. 281.

²⁸ **TEKİL**, Müge, Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1997, s. 41.

Yargıtay 11. HD'nin 15.02.2002 tarih ve 2001- 1052/1243 sayılı kararında, bu görüşün desteklendiği anlaşılmaktadır. Çünkü ilgili kararda kusuru ispat yükü zarar görenin üzerinde bırakılmıştır. Bu yönde bkz. **KENDİGELEN**, Çek Hukuku, s. 299, dn. 168.

²⁹ **TEKİL**, s. 41.

hükümlerin uygulanacağını ifade etmiştir³⁰. Kanaatimizce ilgili hususta ikinci görüşe üstünlük tanınarak, bankanın ödeme borcunun kanundan kaynaklanan bir borç olduğunu benimsemek gerekir. Zira bir paranın ödenmesi yükümlülüğünün genel bir davranış normu olarak nitelendirilmesinin zorluğu bir yana, ÇekK'da kullanılan ifadeler de taraflar arasında bir borç ilişkisinin kurulduğunu göstermektedir³¹.

B. Muhatabın Ödeme Yapmama Yükümlülüğünün Bulunduğu Hâller

Yukarıda ÇekK sebebiyle banka ve çeki ibraz eden hamil arasında kanundan kaynaklanan bir borç ilişkisinin bulunduğu belirtilmiş ve bu borç sebebiyle bankanın ödeme yükümlülüğünün var olduğu dile getirilmişti. Her ne kadar temel prensip bu olsa da belirli bazı hâllerde bankanın ödeme yapmak yükümlülüğünün yerini "ödeme yapmamak" yükümlülüğü alır. Çeki ibraz eden kişinin meşru hamil olmaması, çekin geçerli olmaması, çekin sahte ya da tahrif edilmiş olması, çek hakkında ödemeden men kararı verilmiş olması, ibraz süresi geçtikten sonra çekten caymanın gerçekleşmiş olması, çekle işleyen hesap üzerinde üçüncü bir şahıs lehine rehin ya da haciz bulunması gibi hâllerde muhatap banka tarafından çekin ödenmemesi gerekmektedir. Bu gibi hâllerin varlığına rağmen muhatap banka tarafından çek bedelinin çeki ibraz eden hamile ödenmesi durumunda, muhatap tarafından yapılan bu ödeme, düzenleyenin hesabına yansıtılamaz³².

Konu bakımından söz konusu hâllerden bazılarının kısaca incelenecek olmasının sebebi, muhatapın ödeme yükümlülüğünün karşısında ne gibi hâllerde ödeme yapmama yükümlülüğünün var olduğunun tespiti ve bu çerçevede düzenleyenin sahip olduğu def'ilerin bu hâllerin kapsamına sokulup sokulamayacağını ya da ilgili hükümlerden yola çıkarak düzenleyenin haklı bir def'i kullanma hakkının bulunduğu durumlarda muhatapın nasıl hareket etmesi gerektiğini tespit etmektir.

³⁰ KENDİGELEN, Çek Hukuku, s. 299; NARBAY, Çekten Cayma, s. 23; ÖZTAN, s. 1203.

³¹ Benzer yönde bkz. ÖZSOY, s. 99.

³² KENDİGELEN, Çek Hukuku, s. 309-310.

Muhatabın ödememe yükümlülüğü denilince akla gelen ilk durum, hamil tarafından muhataba sahte veya tahrif edilmiş bir çekin ibraz edilmesidir. TTK'nın 812. maddesi; *“Sahte veya tahrif edilmiş bir çeki ödemiş olmasından doğan zarar muhataba ait olur; meğerki, senette düzenleyen olarak gösterilen kişiye, kendisine verilen çek defterini iyi saklamamış olması gibi bir kusurun yüklenmesi mümkün olsun.”* şeklindedir. Görüleceği üzere hüküm çerçevesinde muhatap banka, sahte ya da üzerinde tahrifat yapılmış bir çeki öderse, düzenleyenin uğramış olduğu zarardan sorumlu olur. Bu kapsamda TTK'nın 812. maddesi ile kanun koyucu tarafından muhatap banka aleyhine bir kusursuz sorumluluk hâli öngörülmüştür³³. Bu yüzden sahte veya tahrif edilmiş çekin varlığını tespit eden muhatabın çek bedelini senedi ibraz eden hamile ödememesi gerekmektedir³⁴.

Yine düzenleyenin geçerli bir şekilde çekten cayması durumunda da eğer ibraz süresi geçtikten sonra hamil tarafından çek muhataba ibraz edilmişse muhatap banka artık ilgili çek bedelini hamile ödeyemez (TTK m. 799/f.1). Bu çerçevede ibraz süresi geçen çeklerin muhataba ibraz edilmesi durumunda muhatap banka, ödeme yapmadan düzenleyen tarafından çekten cayılıp cayılmadığını da kontrol etmelidir³⁵.

Çekin zayi olması hâlinde, hak sahibinin talebi üzerine mahkeme tarafından ödemededen men kararı verilmişse (TTK m. 757/f. 1; 818/f. 1/s) muhatap banka, çek hesabında bulunan karşılığı hamile ödememekle mükelleftir³⁶.

³³ Bu sorumluluğun bir kusursuz sorumluluk olduğuna ilişkin birçokları yerine bkz. **KENDİGELEN**, Çek Hukuku, s. 330.

³⁴ Bununla birlikte düzenleyenin kendisine verilen çek defterini iyi saklamamış olması gibi düzenleyene bir kusurun atfedilebildiği durumlarda, muhatap banka, düzenleyenin kusuru nispetinde sorumluluktan kurtulabilir (TTK m. 812).

³⁵ **KENDİGELEN**, Çek Hukuku, s. 311. Ayrıca TTK'nın 799. maddesinin 2. fıkrası; *“Çekten cayılmamışsa, muhatap, ibraz süresinin geçmesinden sonra da çeki ödeyebilir.”* şeklindedir. Dolayısıyla ibraz süresi geçmiş olmasına rağmen düzenleyen tarafından muhataba ulaşılmış bir cayma beyanının bulunmaması durumunda, muhatabın herhangi bir ödememe yükümlülüğünden bahis mümkün değildir. Bu yüzden muhatabın ödeme yapması hâlinde düzenleyene karşı bir sorumluluğu da doğmayacaktır.

³⁶ **KENDİGELEN**, Çek Hukuku, s. 311.

C. Karşılığı Bulunan Bir Çekte Düzenleyenin Sahip Olduğu Def'ileri İleri Sürüp Süremeyeceği

1. Meselenin Def'i Sistemi Bakımından Ele Alınması

Def'i, borçluya alacaklı tarafından edim talep edildiğinde, edimin ifasından geçici ya da sürekli olarak kaçınmak imkânı tanıyan savunma aracı olarak tanımlanabilir. Bununla birlikte kambiyo hukukunda def'i kavramı yalnızca borcun ifasından kaçınma imkânı tanıyan "hak"lar olarak değil, aynı zamanda itirazı da bünyesinde barındıracak bir şekilde borçluya ait savunmaların tamamı anlamına gelmektedir³⁷. Bu anlamıyla kambiyo hukukunda def'i kavramı ile kambiyo borçlusunun ödemeyi reddedebileceği hâllerin tamamı kastedilmektedir³⁸. Yani aslında kıymetli evrakta def'iler, hak sahibine ilgili def'iyi ileri sürme imkânını bahşetmektedir. Alacaklı senedi ibraz edip borçludan senet bedelini talep ettiğinde, borçlu def'ileri ileri sürerek hukuka uygun bir şekilde borcu ödemekten imtina etmek hakkını haizdir.

Her ne kadar kıymetli evraka dair yazılan eserlerin neredeyse tamamı, def'iler ve def'i sistemine ilişkin açıklamalarını tüm kambiyo senetlerine yönelik yapmış olsalar da yukarıda yer alan esasların mesele çek olduğunda uygulanabilirliği kanaatimizce tartışmaya açıktır. Sorunun tespiti ve belki de çözümü bakımından öncelikli olarak şu soruların sorulması ve yanıtlanması gerekir: Çek hesabında çek bedeline yetecek bir karşılığın bulunması ve lehtarın temel ilişkiden kaynaklanan borcunu ifa etmemesi durumunda, düzenleyen, lehtara karşı sahip olduğu ödemezlik def'ini ne şekilde ileri sürecektir? Düzenleyen ehliyetsiz iken bir çek düzenlediği durumlarda hamil bu senedi bankaya ödeme için ibraz ettiğinde, düzenleyen klasik öğretilerde mutlak def'i yani herkese karşı ileri sürülebilir bir def'i niteliğinde olan ehliyetsizlik def'isini hamile karşı ileri sürerek ödemedi kaçınma imkânı var mıdır? Söz konusu sorular, farklı şekillerdeki def'i örnekleri ile artırılabilir. Bununla birlikte ilgili soruların da temelinde kıymetli evraktaki def'i

³⁷ Birçokları yerine bkz. **KIRCA(KENDİGELEN/KIRCA)**, Nr. 182 vd..

³⁸ **OKTAY**, Saibe, *Poliçede Def'iler*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1984, s. 12; **HELVACI**, Mehmet, *Kambiyo Senetlerinde Defiler*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1985, s. 12; **ÖZTAN**, s. 215.

sistemi çeke uygun mudur veya çekte uygulanabilecek bir def'i sistemi bulunmakta mıdır soruları yatmaktadır.

Çek bakımından kıymetli evraktaki def'i sisteminin anılan şekilde sorgulanmasının sebebi de aslında yukarıda yer verilen, çekte ödemenin aslında düzenleyenin hesabından yapılıyor olması, muhatap bankanın kambiyo ilişkisinin dâhil olamaması ile kambiyo ilişkisinde adeta bir aracı konumunda olması ve ÇekK ile muhatap bankaya ödeme yükümlülüğünün öngörülmüş olması hususlarıdır. Yani aslında lehtar ya da hamil tarafından muhatap bankadan ödeme talep edildiğinde, muhatap banka ilgili ödemeyi -kural olarak- düzenleyene ait hesaptan yapar ve ilgili ödeme nispetinde düzenleyenin banka hesabında doğrudan doğruya / otomatik bir azalma meydana gelir³⁹. Yani her ne kadar çekin ödenmesi ile birlikte muhatap banka çek anlaşması ile üstlendiği asli edimi ifa etmiş gibi olsa da çekin ödenmesi ile birlikte aynı zamanda düzenleyenin çek hamiline karşı borcu da ifa edilmektedir.

Bonoda olduğu gibi çekin ödenmesi ile birlikte doğrudan düzenleyenin mal varlığının eksildiği böyle bir durumda, kıymetli evrakta borçlular bakımından ifayı talep eden hamile karşı ileri sürülebilecek ve ödemededen imtina hakkı tanıyan defi'ilerin de düzenleyen tarafından kullanılabilmesi beklenmektedir. Zira meseleye nihai borçlu olan düzenleyen zaviyesinden bakıldığında, çekin düzenleyeni ile bononun düzenleyeni arasında hiçbir farklılık bulunmamaktadır. Ancak çekte muhatabın bulunduğu üçlü bir sistemin öngörülmüş olması, düzenleyenin def'ilerini ileri sürmesi bakımından araya muhatabı da sokmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, çek bu yönüyle temelinde üçlü ilişkinin bulunduğu diğer kambiyo senedi olan poliçeden de farklıdır. Zira poliçede muhatabın kambiyo ilişkisine dâhil olması ve dolayısıyla düzenleyenden bağımsız bir taahhüt vermesi mümkün olduğu gibi

³⁹ Nitekim doktrinde banka tarafından yapılan ödemenin hukukî niteliğine ilişkin de tartışma bulunmaktadır. Tartışmanın odağında ödeme ile birlikte düzenleyenin hesabında doğrudan doğruya bir azalma mı yoksa sadece iş görme noktasında bir iznin mi olduğu hususları yatmaktadır. Bununla birlikte her iki görüşün de aynı yerde birleştiği de ifade edilmiştir. Her iki görüş ve değerlendirme için bkz. ÖZTAN, s. 1099.

muhatap tarafından yapılan ödemeler muhatabın kendi mal varlığından sağlanır. Muhatabın poliçeyi kabul etmemesi ya da hamile ödemede bulunmaması durumlarında, hamil tarafından kendisine başvurulması hâlinde düzenleyen hâlâ sahip olduğu def'ileri dermeyân etmek imkânını haizdir ve bu yüzden poliçenin düzenleyeni bakımından kıymetli evraktaki def'iler yine de anlamlı ve kullanılabilir niteliktedir. Buna karşılık belirtildiği üzere, çek bakımından def'ilerin aynı işleve sahip olduğunu ifade etmek güçtür. Zira senedi muhatap bankaya ibraz eden hamile karşı TTK çerçevesinde ileri sürebileceği bir def'iyeye sahip olan düzenleyenin, kıymetli evraktaki def'ilerin sağladığı ve çekin işlediği (ve kendisine ait olan) hesaptan ödemekten kaçınma imkânı, yalnızca muhatap banka tarafından söz konusu def'inin varlığı sebebiyle ödeme yapılmaması hâlinde gündeme gelebilir. Ancak bu durumun mümkün olup olmadığı bir kenara bırakılsa bile, böyle bir hâlde düzenleyen tarafından ileri sürülen bir def'inin varlığı bile tartışmaya açıktır. Yine yukarıda muhatap bankanın ödeme yapmamakla yükümlü olduğu hâllerde, kanunen muhataba yüklenen sorumluluk çerçevesinde muhatabın yaptığı inceleme sonucunda ödemekten kaçınması gerekli olan hâllerin de muhatap tarafından bir def'inin dermeyânı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Bununla birlikte kıymetli evrak anlamında çekin düzenleyenin sahip olduğu def'ileri doğrudan kullanabileceği tek hâlin ise, çekin çekildiği hesapta çek karşılığının bulunmaması sonucunda düzenleyene karşı başvuru hakkını kullanılması olduğunu da belirtmek gerekir. Nitekim doktrinde çekte def'ilere ilişkin yapılan açıklamaların tamamı da -bilinçli ya da bilinçsiz- salt bu durumla sınırlıdır. Ancak bu durum ve aslında sorun, çek bakımından yapılan düzenlemelerin çoğunun poliçeyi takip edilerek yapılmasından kaynaklanmaktadır. Daha önce de belirtildiği üzere, poliçe bakımından anlamlı olan durum, çek bakımından düzenleyenin sahip olduğu def'ileri, suç işlemeyen ileri sürmesini imkânsız hâle getirmektedir.

2. Düzenleyenin Ödemeden Kaçınması

Gelinen noktada, çek bedelinin düzenleyenin hesabından ödenmesi gerçeği karşısında, hamile karşı meşru bir def'i ileri sürme hakkına sahip olan düzenleyenin, bunu ileri sürüp süremeyeceği, süreceksa de nasıl ileri

süreceği sorusuna yanıt vermek gerekir. Bu noktada daha önce çok kısa bir şekilde düzenlendiği üzere düzenleyenin, kıymetli evrakta def'ilerin sağladığı ödemeden kaçınma imkânuna çek bakımından temelde üç hâlde yararlanması gündeme gelebilir. Bunlar; i) düzenleyenin herhangi bir def'iyi ileri sürme hakkının bulunduğunu muhatap bankaya bildirerek ödeme yapmamasını talep etmesi, ii) düzenleyenin çek hesabındaki karşılığı çekerek banka tarafından hamile ödeme yapılmasını engellemesi ve başvurma hakkını kullanan hamile karşı sahip olduğu def'ileri ileri sürmesi ve iii) düzenleyenin menfi tespit davası açmasıdır.

a. Muhatabın Ödeme Yükümlülüğü Karşısında Düzenleyenin Ödememe Talimatı Vermesi

1) *Mukayeseli Hukukta Durum*

6762 sayılı TTK'da yer alan ödeme yasağı hükmü, mehzaz hukuk niteliğinde olan İsviçre hukukundan alınmıştır. OR Art. 1119 Abs. 3 çerçevesinde, çekin kendisi ya da üçüncü kişinin elinden rızası çıktığını iddia eden düzenleyen, muhatabı ödeme yapmaktan men edebilir. Bununla birlikte aynı hükmün ilk iki fıkrasının çekten caymaya yönelik olduğu ve TTK'daki düzenlemeler ile paralel olduğunu ifade etmek gerekir. Ancak İsviçre uygulamasında, her ne kadar OR'da açık bir şekilde düzenleyenin ancak ibraz süresi geçtikten sonra çekten cayabileceği düzenlenmiş olsa da düzenleyen tarafından ibraz süresinde dahi yapılmış bir ödemeden men talebi muhatap bankalar tarafından kabul edilmekte, bu sonuç da muhatap ile düzenleyen arasındaki çek anlaşmasına dayandırılmaktadır⁴⁰. Zira İsviçre hukukunda muhatabın hamile karşı herhangi bir ödeme yükümlülüğünün bulunmadığı, hatta hamil ve muhatap arasında herhangi bir ilişkinin var olmaması sebepleriyle hamilin de muhataba çek bedelini ödemesi yönünde bir talebinin bulunamayacağı belirtilmektedir⁴¹.

Alman hukukunda ve Yeknesak Çek Kanunu'na İlişkin Cenevre Anlaşması'nda yukarıda yer verilen ve düzenleyenin muhatabı ödemeden men edebileceğine ilişkin herhangi açık bir düzenleme

⁴⁰ HIPPELE, Thomas C., Basler Kommentar, Wertpapierrecht, Art. 965-1186 OR, Hrsg. Honsell/Vogt/Watter, Basel 2012, BSK-Or, Art. 1119, Nr. 5.

⁴¹ HIPPELE, BSK- Wertpapierrecht, Art. 1119, Nr. 6-7.

bulunmamaktadır⁴². Buna karşılık Alman hukukunda, düzenleyen ile muhatap arasındaki çek anlaşması çerçevesinde düzenleyenin, ibraz süresi içinde dahi belirli şartlar altında muhataba hamile ödeme yapmasını yasaklayabileceği kabul edilmektedir⁴³. İsviçre hukukunda olduğu gibi, düzenleyene bu imkânın tanınmış olmasının sebeplerinden biri, muhatabın düzenleyene karşı herhangi bir ödeme yükümlülüğünün bulunmamasıdır⁴⁴.

2) Türk Hukuku Bakımından Değerlendirme

Daha önce de belirtildiği üzere hamil ile muhatap arasındaki ilişki bakımından, muhatabın senedi ibraz eden hamile karşı ÇekK'dan kaynaklanan bir ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır (ÇekK m. 3/f. 8; m. 7/f. 5). Buna karşılık düzenleyen ile muhatap arasındaki ilişkide taraflar arasındaki çek anlaşmasının *sui generis* bir iş görme sözleşmesi olduğu ve TBK'nın 502. maddesi çerçevesinde vekaletle ilişkin hükümlerin çek anlaşması bakımından da uygulanması söz konusu olduğu, bu çerçevede vekilin (çek anlaşması bakımından muhatap banka) vekalet verenin (düzenleyen) talimatlarına uyma yükümlülüğünün gündeme gelebileceği belirtilmişti. Dolayısıyla söz gelimi hamile karşı ödemezlik def'i dermeyân etme hakkını haiz olan düzenleyen, hamil tarafından çek muhataba ibraz edildiğinde, çek bedelini ödememesine yönelik olarak bir talimat verebilir mi? Ancak peşinen belirtmek gerekir ki, TTK'da düzenleyen tarafından muhataba yönelik olan ve muhatabın hamile ödeme yapmamasını sağlayan tek talimat, yukarıda kısaca aktarılan çekten caymadır ve bu talimatın da sonuç doğurması birtakım şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Bu yüzden ilgili hususa yönelik olarak TTK'da gerçek bir boşluğun mu bulunduğu yoksa kanun koyucu tarafından bilinçli olarak ödeme aracı olarak görülen çek bakımından düzenleyenin başka türlü talimatlarla muhatabın ödeme yapmasını engellemesinin mümkün mü görülmediği tartışması gündeme gelebilecektir. Buna bir de

⁴² GÜREL, Murat, "Ticaret Sicilinin Üçüncü Kişilere Etkisi Bağlamında Kambiyo Senetlerinde Yetkisiz Temsile İlişkin Bazı Sorunlar", BATİDER, C. XXXI, S. 1, 2015, s. 245.

⁴³ Nitekim ilgili kabule yönelik olarak birçokları yerine bkz. BAUMBACH, Adolf/HEFERMEHL, Wolfgang/CASPER, Matthias Wechselgesetz, Scheckgesetz, Recht des Zahlungsverkehrs, 23. Auflage, München 2008, SchG Art 32, Nr. 2.

⁴⁴ BAUMBACH/HEFERMEHL/CASPER, SchG Art 32, Nr. 2.

ÇekK ile muhatap aleyhine karşılığın bulunması durumunda ödeme yükümlülüğünün öngörülmesi eklenince, kanaatimizce bir önceki soruya kanun koyucunun bilinçli olarak karşılığı bulunan bir çekin, yukarıda bahsedilen ödememe yükümlülüğü hâllerinin bulunması dışında her hâlde ödemesine yönelik bir yaklaşımı benimsediğini kabul etmek gerekir. Yani çekten cayma dışında kural olarak düzenleyen, def'i ileri sürme hakkının bulunduğunu iddia ederek, muhataptan ödeme yapmamasını talep edemez. Muhatabın bu talimata rağmen ödeme yapması hâlinde geçerli bir ödemenin tüm sonuçları doğar. Buna karşılık muhatabın talimata uyması durumunda, yani hamile çek bedelini ödememesi hâlinde, ÇekK'da bu yönde bir talimat bakımından istisnaî herhangi bir hüküm öngörülmediği için, karşılığı bulunan bir çekin ödenmemesinden dolayı muhatap aleyhine öngörülen tüm hukukî ve cezai sonuçlar ortaya çıkar. Nitekim tarihsel olarak kanun koyucunun ÇekK'da ve TTK'da yapmış olduğu düzenlemeler de bu görüşü doğrulamaktadır⁴⁵. Zira 6762 sayılı TTK'da yer alan ve düzenleyene ibraz süresinin sona ermesinden önce çekin ödenmesini yasaklama imkânı tanıyan 6762 sayılı TTK'nın 711. maddesinin 3. fıkrası⁴⁶, tartışmalara yol açtığı, faydasının tam olarak belirlenemediği ve çekin niteliği ile bağdaşmayan bir uygulamanın doğmasına neden olduğu sebepleriyle yürürlükten kaldırılmıştır⁴⁷.

⁴⁵ Nitekim hesap sahibinin ödemeye yasağı getirmesinin tarihsel olarak mümkün olmadığı yönünde detaylı açıklamalar için bkz. **GÜREL**, s. 245 vd..

⁴⁶ İlgili hüküm; “Keşideci çekin kendisinin veya üçüncü bir kimsenin elinden rızası olmaksızın çıkmış olduğu iddiasında ise muhatabı çeki ödemededen menedebilir.” şeklinde kaleme alınmıştır.

⁴⁷ İlgili hüküm, 2009 yılında 5838 sayılı Kanun'un 32. maddesinin 19. fıkrası ile yürürlükten kaldırılmıştır. İlgili hükmün kaldırılmasının gerekçesi; “6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 711 inci maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen keşideci çekin kendisinin veya üçüncü bir kimsenin elinden rızası olmaksızın çıkmış olduğu iddiasında ise muhatabı çeki ödemekten menedebilir şeklindeki hükmü Cenevre Birlik Anlaşmasının 32 nci maddesinde yer almamaktadır. 6762 sayılı Kanunun 711 inci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan düzenleme, İsviçre Borçlar Kanunundan aynen aktarılmıştır. İsviçre hariç mehazlarda yer almayan, İsviçre öğretisinde de şüphe ile karşılanan, yorum güçlüklerine ve tartışmalara yol açan, amaç ve faydası pek belirlenemeyen bu hüküm, Türkiye’de yanlış anlamaların doğmasına neden olmuş ve çekin niteliğiyle bağdaştırılması mümkün olmayan bir uygulamanın yerleşmesine de sebebiyet vermiştir. Karışıklık yaratmaktan başka hiçbir

Bununla birlikte doktrinde bir görüş, def'iler sisteminde etkisine göre mutlak ve doğum kaynağına göre senetteki taahhüdün geçersizliğine yönelik def'ilerden isnat def'ileri niteliğinde olan def'ilerin bulunmasına rağmen⁴⁸, muhatap banka tarafından hamile bir ödeme yapılmışsa, söz konusu ödemenin düzenleyene yansıtılmayacağını ifade etmiştir⁴⁹. Buna göre, şeklen geçersiz bir senedin bulunduğu ya da tahrifat yapılan hâllerde, yetkisiz temsil durumunda, ehliyetizlik veya iflasın açıldığı durumlarda düzenleyen tarafından muhataba yönelik geçerli bir havale bulunmamaktadır. Böyle bir durumda da yukarıda bahsedilen ve ödemenin aynı anda ortaya çıkan etkisi (*Simultaneneffekt*) olarak nitelendirilen, hamile ödeme ile aynı anda düzenleyenin hesabında ödeme nispetinde azalma gerçekleşmez. Bu yüzden bu görüşe göre, hamile ödeme yapan muhatap bankanın, hamilin bedel ilişkisi çerçevesinde bir alacağı bulunsa dahi, ödediği miktarı sebepsiz zenginleşme çerçevesinde talep edebilmesi gerekmektedir⁵⁰. Zira mevcut olmayan bir havale sonucunda banka tarafından yapılan ödemeye üçüncü kişi tarafından ifaya ilişkin esasların uygulanması mümkün değildir. Bu görüşe göre özellikle lehtarın ortada geçerli bir havalenin bulunmadığını bildiği durumlarda, bankanın kendisine yönelik bir sebepsiz zenginleşme talebine sahip olabileceğinde tereddüt etmemek gerekir. Yine bu görüş açık bir şekilde, düzenleyenin senedi verdiği esnada fiil ehliyetine sahip olmaması hâlinde, senedin verilmesine ilişkin

yarar sağlamayan ve çekin değerini düşüren bu hükmün kaldırılması amaçlanmaktadır." şeklindedir. Gerekçe için bkz. GÜREL, s. 246, dn. 42.

Ancak söz konusu hükmün ilga edilmesi ve gerekçeleri, doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. Bu anlamda, ilgili hükmün amacının belli olduğu ve ödemenin üçüncü kişi niteliğinde olan banka tarafından yapılacağı gerçeği karşısında, herhangi bir vadeyi içermeyen çek bakımından ilgililerin genel hükümler çerçevesinde özel bir korumaya ihtiyaç duydukları belirtilmiştir. Yine gerekçede yer verilen "çekin niteliği ile bağdaştırılması mümkün olmayan" ifadelerinin de yerinde olmadığı ifade edilmiştir. Söz konusu görüş için bkz. KENDİGELEN, Abuzer, "Çekte Ödeme Yasağı Sorunu (TK 71 I/III) - Sorun ve Çözüm Önerisi-" (Referans Gazetesi, 10.02.2009, 14), Makalelerim C. II: 2001-2017, 2. Bası, İstanbul 2018, s. 320-321.

⁴⁸ Def'ilerin tasnifine yönelik olarak birçokları yerine bkz. KIRCA (KENDİGELEN / KIRCA), Nr. 192 vd..

⁴⁹ ÖZTAN, s. 1101-1112.

⁵⁰ ÖZTAN, s. 1101-1112.

anlaşmanın geçersizliği sebebiyle, muhatabın yapmış olduğu ödemeyi düzenleyenin hesabına borç olarak kaydedemeyeceğini belirtmiştir⁵¹.

Yine yukarıda yer verilen görüşe benzer bir görüş de muhatabın senet metninden anlaşılan def'ileri kolaylıkla anlayabileceği, senetteki taahhüdün geçersizliğine ilişkin def'iler bakımından ise muhatap bankanın bu yönde bir def'i olup olmadığını imkânı ölçüsünde kontrol etmesi gerektiği, böyle bir def'inin varlığını tespit etmesi hâlinde ise, senedi ibraz eden hamile ödemededen kaçınması gerektiği ifade edilmiştir⁵². İlgili görüşe göre, düzenleyenin mutlak def'iyeye dayanabileceği hâllerde kusurlu olarak senedi ödeyen muhatap, söz konusu ödemeyi kendi nam ve zararına yapmıştır⁵³.

Konuya ilişkin yukarıda aktarılan görüşler değerlendirildiğinde, ilk olarak senedin geçersizliği ile senedin sahte ya da tahrif edilmemiş olmasının banka tarafından zaten incelenmesi gerektiği, buna rağmen ödeme yapılmış olması hâlinde ödeme yapmama yükümlülüğüne aykırı davranmış olduğundan ilgili ödemenin düzenleyene yansıtılamayacağına yukarıda yer verilmişti. Buna karşılık görüşün yer vermiş olduğu isnat def'ileri bakımından, temel yaklaşımın muhatabın her hâlde ödeme yapacağı ancak daha sonradan bunu sebepsiz zenginleşme çerçevesinde hamil ya da lehtardan isteyeceğine yönelik mi olduğu yoksa düzenleyen henüz ödeme yapılmadan yukarıda sayılan hâllerden birinin varlığında muhataba ödeme yapmamasına ilişkin bir bildirimde bulunduğu durumlarda muhatap en baştan ödeme yapmaktan kaçınabilmesine dair mi olduğu anlaşılammaktadır. Ancak yazarların yaklaşımından anlaşılan, madem geçerli bir havale bulunmuyor, o hâlde en baştan da muhatabın bu sebeplerin varlığı karşısında ödeme yapmaktan kaçınabileceğidir. Kaldı ki ileride sebepsiz zenginleşmeye dayanarak bir talepte bulunabileceğini bile bile muhataptan ödeme yapmasının beklenmesi mümkün değildir. Bununla birlikte muhatap açısından öngörülen ödeme yükümlülüğü karşısında, ödeme yapmaktan kaçınma için muhatabın başvurabileceği herhangi bir

⁵¹ ÖZTAN, s. 1111.

⁵² KALFA, Şenol, Çekte Def'iler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2009,s. 137.

⁵³ KALFA, s. 137.

dayanak hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık diğer hâllerden geçersiz veya sahte ya da tahrif edilmiş bir senedin bulunması durumlarında ödeme yapılmamasına ilişkin açık hükümler bulunmaktadır. Bu çerçevede belki ehliyetsizlik gibi isnat def'ilerinin bulunduğu hâllerde TTK'nın 812. maddesinin kıyasen uygulanması ileri sürülerek, banka tarafından ödeme yapmaktan kaçınılması ileri sürülebilecektir. Ancak kanaatimizce ilgili hüküm bu şekilde genişletici yoruma elverişli değildir.

Ayrıca bu hâllerde ortaya çıkan rizikonun tamamının muhatap bankanın üzerine bırakılması da kanaatimizce yerinde değildir. Kanun koyucu tarafından zaten sahte ve tahrif edilmiş çeklerin ödenmesi bakımından kusursuz sorumluluk hâli öngörülerek, çeklere ilişkin rizikonun bir kısmının muhatap bankalara ait olduğuna hükmedilmiştir. Buna ek olarak ödeme yükümlülüğü öngörülerek, karşılığın bulunması durumunda kural olarak muhatap banka tarafından ödeme yapılması da düzenlenmiştir. Dolayısıyla söz gelimi ehliyetsizliğin bulunduğu bir durumda, her ne kadar ehliyetsizlik def'i geçersizlik şahsında doğan düzenleyen tarafından herkese karşı ileri sürülebilecek olsa da çekte ödeme bakımından muhatap aracı kılındığından (ve aslında söz konusu geçersizlik muhatabın şahsında doğmadığından) ve muhatabın düzenleyenin sahip olduğu def'ileri dermeyân etme imkânı bulunmadığından, muhatap bakımından hamile ödeme yapılması gerekmektedir⁵⁴. Yani bu hâlde dahi mevcut düzenlemeler çerçevesinde

⁵⁴ Bu anlamda yetkisiz temsil hâlinde de geçerli bir havale ilişkisi bulunmadığından muhatap banka tarafından yapılan ödemenin düzenleyenin hesabından düşülmesi mümkün değildir. Nitekim Yargıtay da TTK'nın 812. maddesinden yola çıkarak bu şekilde bir ödemenin muhataba yansıtılamayacağına hükmetmiştir. Bkz. Yarg. 11. HD, T. 03.10.2012, E. 2011/8218, K. 2012/14979, (Kazancı İçtihat Bankası).

Ancak bu durum yetkisiz temsilin varlığının muhatap tarafından anlaşılabilceği hâller ile sınırlıdır. Ticaret siciline tescil edilen ile bankanın kayıtları arasında bir farklılık olması durumunda ve senedin ticaret siciline kayıtlı kişiler tarafından düzenlenmesi durumunda, bankanın hesap sahibinden ticaret siciline yetkili kişilerin imza örneğini istemesi ve bunları uygun olması durumunda ödemedeki bulunması gerektiği yönünde bkz. GÜREL, s. 247. Yine aynı görüş, kanaatimizce yerinde bir şekilde hesap sahibinin imza örneğini vermektan kaçınması gibi durumların ödemedeki men talimatı anlamına geleceği ve Türk hukukunda bunun mümkün olmadığını belirtmiştir. GÜREL, s. 247-248.

düzenleyenin sahip olduğu isnat def'isini hamile karşı ileri sürmesi mümkün değildir. Muhatabın yapmış olduğu ödeme de geçerli bir ödeme niteliğindedir ve kanaatimizce bu hâlde muhatap açısından sebepsiz zenginleşmenin şartları da oluşmamıştır. Zira şeklen geçerli bir senet ÇekK ile birlikte kurulan kanunî borç ilişkisi çerçevesinde hamile ödenmiştir. Nitekim bu noktada ödeme anında düzenleyen tarafından isnat def'isini oluşturan olgunun varlığının muhataba bildirilmesi de kanaatimizce herhangi bir farklılık meydana getirmemektedir. Çünkü ÇekK'da muhatabın ödeme yapmaması çok sınırlı bir şekilde düzenlenmiş ve diğer tüm hâllerde karşılığın da bulunmasıyla muhataba ödeme yapması emredilmiştir.

Def'ilere ilişkin olarak doktrinde bir görüş de meseleyi temel ilişkiden kaynaklanan def'iler özelinde ele almış ve düzenleyenin sahip olduğu temel ilişkiden kaynaklanan def'ilerin kullanılması açısından muhataba herhangi bir talimat veremeyeceği haklı olarak belirtilmiştir⁵⁵. Yine benzer bir görüş de muhatabın düzenleyen adına ödemede bulunması, onun bağımsız bir kişi olduğunu ve düzenleyenin vekili olmadığını değiştirmedigini, bu yüzden muhatabın düzenleyene ait şahsi def'ileri ileri sürmek hakkını haiz olmadığını ifade etmiştir⁵⁶.

Gerçekten de isnat def'ilerine yönelik ulaştığımız sonuçla aynı olan bu görüş kanaatimizce de yerindedir. Zira yukarıda yer verilen esaslar şahsi def'iler bakımından da geçerlidir. Bununla birlikte doktrinde yer alan ve bu çalışmada da yer verdiğimiz bir görüşün mutlak ve şahsi def'iler bakımından muhatabın düzenleyene ait def'ileri dermeyân etmesi noktasında farklı sonuçlara ulaşmasının yerinde olmadığını da belirtmemiz gerekir. Zira bir def'inin mutlak ya da nispi olarak nitelendirilmesi, ilgili def'inin ileri sürülebildiği çevrenin belirlenmesine yöneliktir. Ancak artık def'inin bir kişiye karşı ileri sürülebileceği tespit edildikten sonra, bu def'inin kim tarafından ileri sürülebileceğinin def'inin mutlak ya da nispi olmasıyla herhangi bir ilintisi bulunmamaktadır. Örnek vermek gerekirse, yukarıdaki görüşün kabulü

⁵⁵ REİSOĞLU, s. 139.

⁵⁶ KALFA, s. 137. Ancak yukarıda ifade edildiği üzere söz konusu görüş muhatap bankanın düzenleyene ait mutlak def'ileri ileri sürmesi açısından farklı bir sonuca ulaşmaktadır.

ile birlikte, düzenleyenin lehtara karşı sahip olduğu ödemezlik def'i banka tarafından tespit edilebilse bile, şahsi ve nispi bir def'i olması sebebiyle banka tarafından senedi ibraz eden lehtara karşı ileri sürülemez. Buna karşılık düzenleyenin ehliyetsiz olmasına ilişkin def'i, muhatabın ilgili def'iyi fark ettiği ya da tespit etmesi gerektiği durumlarda, senedi ibraz eden lehtara karşı muhatap tarafından ileri sürebilecektir. Görüleceği üzere her iki def'i de normal şartlar altında niteliklerinden bağımsız olarak düzenleyen tarafından lehtara karşı ileri sürülebilir iken, yukarıda yer verilen görüşlerden biri⁵⁷, def'i şahsi olduğunda bu def'inin muhatabın bağımsız bir kişi olduğunu ve düzenleyenin vekili olmadığını değiştirmediğini, bu yüzden muhatabın düzenleyene ait şahsi def'ileri ileri sürmek hakkını haiz olmadığı sonucuna ulaşırken, def'i mutlak bir def'i olduğunda bu hususlara değinmeden muhatabın ilgili def'ileri ileri sürmesi gerektiğini belirtmektedir. Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere, her iki def'i türü de somut olay bakımından düzenleyen tarafından ileri sürülebildiğine göre, def'inin türü bakımından bu şekilde bir ayırım yapılması açık bir çelişkidir ve muhatap özelinde şahsi def'iler bakımından ileri sürülen gerekçelerin tamamı mutlak def'iler bakımından da geçerlidir.

3) Eleştiri

Gerçekten dogmatik olarak mesele ele alındığında geçerli bir havalenin bulunmadığı durumlarda ödenen bedelin düzenleyenden tahsil edilememesi gerekir. Zira daha önce de belirtildiği üzere, ödeme düzenleyenin hesabından yapıldığına göre ve düzenleyen bakımından herkese karşı ileri sürülebilen bir def'i varken, yapılan ödemenin düzenleyene yansıtılması makul değildir. Yine kural olarak ortada geçerli bir havale yok iken geçersiz havaleye dayanılarak düzenleyenden senet bedelinin talep edilmesi de mümkün olmamalıdır⁵⁸. Çünkü çoğunlukla isnat def'ileri olarak nitelendirilen bu hâllerde⁵⁹ senedin hukuka uygun bir şekilde tedavüle çıkarıldığına ilişkin hukukî görünüş olgusu

⁵⁷ KALFA, s. 137.

⁵⁸ Nitekim muhatap ödediği tutarı, düzenleyenin muhatap nezdindeki karşılıktan düştüğü ve muhataba bu imkanı ancak ödemenin yetkili hamile yapılmasının verdiği yönünde bkz. ÖZTAN, s. 1115.

⁵⁹ Birçokları yerine bkz. KIRCA (KENDİGELEN / KIRCA), Nr. 210.

düzenleyene isnat edil(e)memekte yani onu bağlamamaktadır⁶⁰. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, ÇekK'da ve TTK'da muhatabın hangi hâllerde ödememe yapmamasının sınırları çizilmiş ve temel kural olarak muhatabın ibraz edilen bir senedi ödemesi belirlenmiştir. Dolayısıyla bu gibi hâllerde ödenen çek bedelinin düzenleyene yansıtılmaması mümkün gözükmemektedir.

Bu yüzden olması gereken hukuk (*de lege feranda*) bakımından mukayeseli hukukta olduğu gibi Türk hukukunda da muhatabın hamile ödeme yükümlülüğünün olmadığı ve belirli hâllerde düzenleyenin muhataptan senedi ibraz eden hamile ödeme yapmamasını talep edebileceği şeklinde düzenlemelerin öngörülmesi gerekmektedir. Hatta buna ilişkin açık düzenlemeler yerine muhatabın ödeme yükümlülüğüne sebebiyet veren ve yukarıda anılan ÇekK'nın ilgili hükümlerinin kaldırılması hâlinde dahi bu sonuca ulaşılması Alman hukukunda olduğu gibi mümkün olabilecektir⁶¹.

Böyle bir durum karşısında düzenleyenin hukuka aykırı bir şekilde dilediği gibi muhataptan çekin ödenmemesini talep edeceğine yönelik bir uygulamanın ortaya çıkacağı ve 6762 sayılı TTK'nın 5838 sayılı Kanun'un 32. maddesinin 19. fıkrası ile ilga edilen 711. maddesinin 3. fıkrasının yürürlükten kaldırılmasında yer verilen gerekçelerden biri olan çekin niteliği ile bağdaşmayan bir uygulamaya sebebiyet vereceği eleştirisi gelebilir⁶². Böylece hamilin ve borçlunun menfaatlerinin karşı karşıya geleceği, iki menfaatten birisinin feda edilebileceği savunulabilir. Belirtmek gerekir ki uygulamada hızlı ve güvenli tahsilatın sağlanması uğruna borçlu olunmayan bir bedelin ödenmesinden önce alacaklının

⁶⁰ KIRCA (KENDİGELEN / KIRCA), Nr. 210.

⁶¹ Bu noktada belirtmek gerekir ki, 6762 sayılı TTK'nın 5838 sayılı Kanun'un 32. maddesinin 19. fıkrası ile ilga edilen 711. maddesinin 3. fıkrasına benzer bir hüküm TTK'da öngörülmüş olsaydı dahi muhatap banka lehine öngörülen ödeme yükümlülüğü karşısında def'ilerin ileri sürülme imkânı yine söz konusu olmayacaktı. Nitekim belirtilmiş olduğu üzere, benzer bir konumda olan İsviçre'de, düzenleyenin ibraz süresi içerisinde yapmış olduğu ödemedeki beyanının muteber kabul edilmesi, 6762 sayılı TTK'nın 5838 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılan hükmünün karşılığı olan OR 1119 Abs. 3'e değil, muhatabın hamile karşı ödeme yükümlülüğünün bulunmamasına dayandırılmaktadır. Bkz. HIPPELE, BSK-Wertpapierrecht, Art. 1119, Nr. 6-7.

⁶² Gerekçe ve gerekçeye yöneltilen eleştiriler için bkz. dn. 47.

alacağını gerçekten ileri sürülen def'inin bulunup bulunmadığının yargılama ile tespit edilmesine bağlı olarak tahsil etmesi hukuken daha doğru bir tercihtir. Diğer kambiyo senetlerinde benimsenen sistem de bu şekildedir. Eğer çek tahsil kabiliyeti ve güvenilirlik açısından daha iyi bir konuma yükseltmek isteniyorsa hâkimden çek bedeli üzerinden belirli bir oranın medeni ceza olarak talep edilmesi benzeri çözümler üretilmesi de mümkündür. Yine uygulamanın bu şekilde gerçekleşme ihtimalinin var olması, geçerli bir havale bulunmayan hâllerde ödemenin düzenleyenin hesabından yapılmasını engellemek için yeterli bir gerekçe teşkil etmez. Son olarak, banka ile düzenleyen arasında hangi hâllerde bu imkânın düzenleyen tarafından açık bir şekilde kararlaştırıldığı durumlarda da sorun çoğu zaman aşılabilir. Bu hâlde ödeme yapacak banka da düzenleyen tarafından verilen bilgiler ışığında çek anlaşmasına göre senedi ibraz eden hamile ödeme yapıp yapmayacağına karar verir⁶³.

b. Hesapta Bulunan Karşılığın Çekilmesi

Daha önce de belirtildiği üzere, çekte öngörülen üçlü ilişki ve muhatap bakımından öngörülen rejim sebepleriyle düzenleyen, sahip olduğu def'ileri kullanamaması sorununu aşmak adına, çek hesabındaki karşılığı çekebilir⁶⁴. Ancak hemen ifade etmek gerekir ki salt sahip olduğu def'ileri kullanabilmek için, düzenleyenin bu yola başvurusu, kendisine gerçekçi bir çözüm bahşetmeyecektir⁶⁵. Böyle bir durumda düzenleyen her ne kadar meşru ve hamile karşı ödemededen imtina edebilmesine sağlayan bir def'iyeye sahip olsa bile banka tarafından karşılıksızdır işlemi yapıldıktan sonra, karşılıksız çeke bağlanan tüm sonuçlar da ortaya çıkacaktır. Bu anlamda düzenleyen hem suç işlemiş olacak ve hamilin şikâyeti ile adli para cezasına çarptırılacak hem de mahkeme kararı ile hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına karar verilebilecektir⁶⁶. Hâl böyle iken, hamile karşı bir def'iyeye sahip olan düzenleyenden hesapta bulunan karşılığı çekerek hamilin başvuru hakkını kullanmasını sağlamasını ve bunun sonucunda da def'iyi ileri

⁶³ Bununla birlikte meşru hamil olmayan kişiye yapılacak ödemenin riskinin banka üzerinde olduğu yönünde bkz. ve karşı. ÖZTAN, s. 1115.

⁶⁴ Bu duruma uygulamada çok sık rastlanıldığı yönünde bkz. ÖZTAN, s. 1277.

⁶⁵ Nitekim benzer yönde bkz. REİSOĞLU, s. 139.

⁶⁶ Bu yönde bkz. REİSOĞLU, s. 139.

sürerek ödemedi kaçınmasını tavsiye etmek hukuken yerinde bir yaklaşım değildir.

c. Menfi Tespit Davası Açılması

Hamile çek bedelinin ödenmemesi noktasında herhangi bir def'isi bulunan düzenleyenin başvurabileceği diğer yol, mahkemeye başvurarak menfi tespit davası açmak ve dava açılmadan ya da dava ile birlikte banka tarafından ödemenin yapılmaması için bir ihtiyati tedbir kararının alınmasıdır. Bununla birlikte doktrinde her ne kadar bu şekilde bir menfi tespit davasının açılması için senedin temel ilişkisinin tarafı olan lehtar tarafından ibraz edilmesi gerektiği görüşü ileri sürülmüşse⁶⁷ de kanaatimizce senedi ödeme için muhataba ibraz eden kimseye düzenleyenin kıymetli evraktaki def'iler sistemi çerçevesinde meşru olarak dermeyân edebileceği bir def'i varsa, artık düzenleyen buna dayanarak bir menfi tespit davası ikâme edebilecektir.

Bununla birlikte söz konusu dava da kıymetli evrakta def'ilerin sağladığı borçtan kaçınma imkânını sağlamaktan uzaktır. Zira dava açarak ödemedi kaçınma sebebinin ispatlanması uzun bir zaman alabilecektir. Benzer şekilde ihtiyati tedbir kararı alabilmek de çoğu zaman kolay değildir ve düzenleyenin yaklaşık olarak iddiasını ispat etmesi beklenmektedir. Buna karşılık çekte çok kısa ibraz süreleri belirlenmiştir. Bu yüzden düzenleyen ilgili kararları alana kadar, hamil çeki ibraz edebilir.

Sorunun ibraz sürelerinin kısalığı bakımından diğer boyutu da senedin muhatap bankaya ibrazına kadar düzenleyen tarafından senedin kimin elinde olduğunun bilinme imkânının kural olarak bulunmamasıdır. Menfi tespit davası çekişmeli bir yargılamayı gerektirdiği için, düzenleyenin davayı kime karşı ikâme edeceğini de biliyor olması gerekir. Bunu da anca ibraz süreleri içerisinde çekin muhataba ibraz edilmesi ile öğrenebilir. Ancak çekin ibrazı anı ile muhatap tarafından çekin ödenmesi anı arasında mahkeme tarafından bu şekilde bir kararın verilmesi mümkün gözükmemektedir. Bu noktada özellikle düzenleyenin herkese karşı ileri sürebileceği bir def'isi varsa her hâlde ilgili mahkeme tarafından ilgili kararın verilmesini talep

⁶⁷ REİSOĞLU, s. 139.

edebileceği savunulabilir. Ancak böyle bir durumda da davanın kime ikâme edileceği dâhil usûlî birçok sorun gündeme gelecektir.

Bu açıklamalar çerçevesinde anlaşılabilirliği üzere, çekte düzenleyenin def'ilerini ileri sürmesi bakımından çek karşılığının hesaptan çekilmesi gibi menfî tespit davası açmak ve ihtiyati tedbir talep etmek de gerekli işlevi görmemektedir. Dolayısıyla düzenleyen ödemediği imtina etmesine imkân tanıyabilecek nitelikte meşrû bir def'iyeye sahip olmasına rağmen, ÇekK kapsamında ödeme yükümlülüğü altında olan hamile ödemeyi yapacaktır. Düzenleyen ise açmış olduğu menfî tespit davası lehine sonuçlanırsa, çek bedelini tahsil eden hamile karşı haklarını ayrıca kullanacaktır. Ancak böyle bir durumda da hamilin ödeme yeterliliği gibi birçok faktör düzenleyenin muhatap tarafından ödenen bedeli hamilden tekrar tahsili bakımından devreye girecektir.

3. Düzenleyenin Sahip Olduğu Def'iler Çerçevesinde Muhatap Tarafından Ödeme Yapılmaması Durumunda "Karşılıksız" Bir Çekin Var Olup Olmayacağı Sorunu

Yukarıda açıklandığı üzere, kıymetli evrakta def'ilere ilişkin esaslara söz konusu olan çek olduğunda başvurabilmek mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla düzenleyenin bir def'i ileri sürme hakkı olsa bile, söz konusu def'i zaten muhatap banka tarafından ödeme yapılmama yükümlülüğü kapsamına giren hâller arasında değilse, muhatap banka kural olarak def'iyeye rağmen ödemeyi gerçekleştirmek zorundadır. Ancak bununla birlikte, düzenleyenin talebi ile çek hesabında karşılık bulunmasına rağmen muhatap banka, yukarıda yer verilen tüm sonuçların doğmasını göze alarak çek bedelini senedi ibraz eden hamile ödenmekten kaçınabilir. Böyle bir durumda da karşılıksız bir çek var olup olmadığı sorunu ve bununla ilgili olarak çek bedelini muhatap bankadan tahsil edemeyen hamilin karşılıksızlığın sonuçlarından faydalanıp faydalanamayacağı gündeme gelir.

Kural olarak karşılıksızlık, çek hesabında ibraz sırasında çek bedelini ödemeye yetecek miktarda nakdin ya da kredinin bulunmaması anlamına gelir⁶⁸(ÇekKm. 5/f. 1, TTK m. 783, TTK m. 810). Bununla birlikte çek hesabına haciz konması, çek hesabı üzerinde rehin bulunması, çek

⁶⁸ Birçokları yerine bkz. KENDİGELEN (KENDİGELEN / KIRCA), Nr. 754.

hesabı üzerinde ihtiyati haciz, konkordato sebebiyle ihtiyati tedbir bulunması⁶⁹, ödemededen men kararının verilmesi, sahte veya tahrif edilmiş bir çekin varlığı, muhatap bankanın çek hesabında karşılığın varlığına rağmen çek bedelini hataen veya bilinçli şekilde ödemekten kaçınması gibi hâllerde de özel hukuk anlamında karşılıksız çekten bahsedilir. Yani düzenleyenin talimatı doğrultusunda çek bedelinin hamile ödenmemesi durumunda yine karşılıksız bir çekin varlığından bahsedilecektir.

Yine benzer bir diğer ihtimal olarak haklı bir def'i sebebinin varlığından yola çıkılması suretiyle düzenleyen tarafından çek karşılığının hesaptan çekilmesi durumunda da karşılıksızlık durumu yine ortaya çıkacaktır⁷⁰.

Buna karşılık menfi tespit davası çerçevesinde alınan bir ihtiyati tedbir kararı çerçevesinde karşılıksızlık durumunun ortaya çıkıp çıkmayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır⁷¹. Bizim de katıldığımız görüşe göre düzenleyenin ödeme gücünden kaynaklanmayan bu gibi hâllerde karşılıksız çekten bahsetmek mümkün değildir⁷².

Karşılıksız bir çekin var olduğu durumlarda belirtildiği üzere hamil başvuru hakkını kullanacaktır. Başvuru hakkının kullanılabilmesi bakımından çek bedelinin muhatap banka tarafından düzenleyenin sahip olduğu haklı bir def'i sebebiyle ödenmemiş olmasının herhangi bir önemi

⁶⁹ Çek hesabı üzerinde bir ihtiyati tedbirin bulunmasının karşılıksız çeke neden olmayacağı yönünde bkz. **BOZER/GÖLE**, s. 430, Bir hâl haricinde, açılmış olan menfi tespit ve iptal davalarında mahkeme tarafından çek hesabına ihtiyati tedbir konulmasının karşılıksız çeke yol açmayacağı yönünde ayrıca bkz. **KIRCA**, İsmail, "Çek Hesabında Bulunan Paranın Haciz, Rehin veya İhtiyati Tedbir Sebebiyle Ödenemediği Hallerde Banka Kanunen Sorumlu Olduğu Tutarı Ödemekle Yükümlü Müdür? (Yargıtay 11. HD'nin 15.03.2017 Tarih ve E. 2016/1304, K. 2017/1532 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi)", **BATİDER**, C. 34, S. 2, 2018, s. 29 vd.

⁷⁰ **ÖZTAN**, s. 1277.

⁷¹ Bu çerçevede ihtiyati tedbiri de çekin karşılıksız kaldığı hâller arasında sayan görüş için bkz. **KENDİGELEN (KENDİGELEN / KIRCA)**, Nr. 754.

⁷² **KIRCA**, Değerlendirme, s. 29 vd.; **AYDIN**, Alihan, "Hakkında Ödemededen Men Kararı Verilen Çek İcra Takibine Konu Edilebilir Mi?- Yargıtay 12. HD'nin İçtihadının Eleştirisi", **TBB Dergisi**, S. 132, 2017, s. 148.

bulunmamaktadır⁷³. Bu çerçevede hamil, başvuru borçlusunu olarak düzenleyene başvurduğunda düzenleyen artık sahip olduğu tüm def'ileri hamile karşı ileri sürerek ödemedi kaçınabilecektir.

Bu noktada aslında düzenleyenin çekte bir başvuru borçlusunu olarak öngörölmüş olması, kural olarak çekte düzenleyenin muhatap aracılığıyla hamile karşı def'ileri ileri sürmesinin kanun koyucu tarafından kabul edilmediğine delâlet etmektedir. Zira daha önce de belirtildiği üzere, kıymetli evrakta herhangi bir def'ie dayanılarak haklı bir şekilde ödemedi kaçınılmış olsa bile hamil yine de başvuru borçlularına karşı başvuru hakkını kullanabilecektir. Dolayısıyla düzenleyen muhataptan kendisine ait def'ileri ileri sürebilmesini talep edebilseydi zaten başvuru borçlusunu olarak öngörölmezdi.

SONUÇ

Çekte düzenleyenin sahip olduğu def'ileri ileri sürmesine ilişkin yapılan bu çalışmada, ilk olarak muhatabın hamile karşı ÇekK'nın ilgili hükümleri çerçevesinde bir ödeme yükümlülüğünün var olduğu ve yine belirli hâllerde ise ödeme yapmama yükümlülüğünün gündeme geleceği sonucuna ulaşılmıştır. Ancak çek düzenleyenin hamile karşı sahip olduğu haklı bir def'i, muhatabın ödeme yükümlülüğünün bulunmadığı hâller arasında yer almamaktadır. Doktrinde def'iler ve def'i sistemine ilişkin açıklamalarını tüm kambiyo senetlerine yönelik yapılmış olsa da ilgili açıklamalar mesele çek olduğunda tam olarak uygulanabilir değildir. Zira her ne kadar poliçede olduğu gibi üçlü bir ilişki bulunsa da çekte kabul müessesesi bulunmaz ve dolayısıyla muhatap hiçbir şekilde kambiyo ilişkisine dâhil olmaz. Yine çeke ilişkin ödeme, poliçeden farklı olarak düzenleyene ait muhatap nezdinde açılmış olan hesaptan yapılır. Dolayısıyla muhatap banka çek anlaşması ile üstlendiği asli edimi ifa etmiş gibi olsa da çekin ödenmesi ile birlikte aynı zamanda düzenleyenin çek hamiline karşı borcu da ifa edilmektedir. Çekin ödenmesi ile birlikte doğrudan düzenleyenin mal varlığının eksildiği böyle bir durumda,

⁷³ Söz konusu bu durum ikili bir ilişkinin bulunduğu bono bakımından da aynen geçerlidir. Nitekim bu yönde bkz. KARAYALÇIN, s. 188; ÖZTAN, s. 714; POROY/TEKİNALP, Nr. 310; KAYA (ÜLGEN/HELVACI/NOMER-ERTAN), s. 213.

defi'ilerin de düzenleyen tarafından ileri sürülebilmesi beklenmektedir. Ancak çekte muhatabın bulunduğu üçlü bir sistemin öngörülmüş olması, düzenleyenin def'ilerini ileri sürmesi bakımından araya muhatabı da sokmaktadır. Kıymetli evrak anlamında çekin düzenleyenin sahip olduğu def'ileri doğrudan kullanabileceği tek hâl, çekin çekildiği hesapta çek karşılığının bulunmaması sonucunda düzenleyene karşı başvuru hakkını kullanılmasıdır.

Düzenleyenin def'ie sahip olması sebebiyle ödemekten kaçınması üç hâlde söz konusu olabilir. Bunlar; muhataba yapılacak bir talimat, hesaptaki karşılığın çekilmesi ve menfi tespit davası açılmasıdır.

Vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler çerçevesinde, düzenleyenin muhataba bir talimat vererek muhatabı ödemedi men etmesi mümkün değildir. Zira ÇekK ile muhatap aleyhine karşılığın bulunması durumunda ödeme yükümlülüğünün öngörülmesi ile kanaatimizce bir önceki soruya kanun koyucunun bilinçli olarak karşılığı bulunan bir çekin, ödememe yükümlülüğü hâllerinin bulunması dışında her hâlde ödemesine yönelik bir yaklaşımı benimsediğini kabul etmek gerekir. Yani çekten cayma dışında kural olarak düzenleyen, def'i ileri sürme hakkının bulunduğunu iddia ederek, muhataptan ödeme yapmamasını talep edemez. Nitekim tarihsel olarak kanun koyucunun ÇekK'da ve TTK'da yapmış olduğu düzenlemeler de bu görüşü doğrulamaktadır.

Muhatap açısından öngörülen ödeme yükümlülüğü karşısında, ödeme yapmaktan kaçınma için muhatabın başvurabileceği herhangi bir dayanak hüküm bulunmamaktadır. Mevcut düzenlemeler çerçevesinde düzenleyenin sahip olduğu isnat def'isini hamile karşı ileri sürmesi mümkün değildir. Muhatabın yapmış olduğu ödeme de geçerli bir ödeme niteliğindedir ve bu hâlde muhatap açısından sebepsiz zenginleşmenin şartları da oluşmaz. Zira şeklen geçerli bir senet ÇekK ile birlikte kurulan kanunî borç ilişkisi çerçevesinde hamile ödenmiştir. Çünkü ÇekK'da muhatabın ödeme yapmaması çok sınırlı bir şekilde düzenlenmiş ve diğer tüm hâllerde karşılığın da bulunmasıyla muhataba ödeme yapması emredilmiştir. Benzer hususlar şahsi def'iler bakımından da geçerlidir. Bununla birlikte doktrinde yer alan ve bu çalışmada da yer verdiğimiz bir görüşün mutlak ve şahsi def'iler bakımından muhatabın düzenleyene ait

def'ileri dermeyân etmesi noktasında farklı sonuçlara ulaşması ise yerinde değildir.

Olması gereken hukuk (*de lege feranda*) bakımından mukayeseli hukukta olduğu gibi Türk hukukunda da muhatabın hamile ödeme yükümlülüğünün olmadığı ve belirli hâllerde düzenleyenin muhataptan senedi ibraz eden hamile ödeme yapmamasını talep edebileceği şeklinde düzenlemelerin öngörülmesi gerekmektedir. Hatta buna ilişkin açık düzenlemeler yerine muhatabın ödeme yükümlülüğüne sebebiyet veren ve yukarıda anılan ÇekK'nın ilgili hükümlerinin kaldırılması hâlinde dahi bu sonuca ulaşılması mümkün olabilecektir.

Düzenleyenin salt sahip olduğu def'ileri kullanabilmek için, hesapta bulunan karşılığı çekmesi de kendisine gerçekçi bir çözüm bahşetmeyecektir. Böyle bir durumda düzenleyen her ne kadar meşru ve hamile karşı ödemededen imtina edebilmesine sağlayan bir def'iyeye sahip olsa bile banka tarafından karşılıksızdır işlemi yapıldıktan sonra, karşılıksız çeke bağlanan tüm sonuçlar da ortaya çıkacaktır. Yine menfi tespit davası da kıymetli evrakta def'ilerin sağladığı borçtan kaçınma imkânını sağlamaktan uzaktır. Zira dava süresi, def'inin ispatı, senedin muhatap bankaya ibrazına kadar düzenleyen tarafından senedin kimin elinde olduğunun bilinme imkânının bulunmaması gibi hususlar bu duruma gerekçe olarak gösterilebilir.

Hem düzenleyenin talimatı doğrultusunda çek bedelinin hamile ödenmemesi durumunda hem de çek karşılığının hesaptan çekilmesi durumunda karşılıksız bir çekin varlığından bahsedilecektir. Buna karşılık düzenleyenin ödeme gücünden kaynaklanmayan bir menfi tespit davası bir ihtiyati tedbir kararı alındıysa, karşılıksızlık durumuna yol açmayacaktır.

KAYNAKLAR

- AYDIN**, Alihan: *“Hakkında Ödemeden Men Kararı Verilen Çek İcra Takibine Konu Edilebilir Mi?- Yargıtay 12. HD’nin İçtihadının Eleştirisi-“*, TBB Dergisi, S. 132, 2017, 147-168.
- BAHTİYAR**, Mehmet: Kıymetli Evrak Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2019.
- BATTAL**, Ahmet: *“Karşılığı Bulunmasına Rağmen Çek Bedelini Ödemeyen Bankanın Hamile Karşı Hukuki Sorumluluğu”*, GÜHFD, C. 2, S. 1, 1998, 67-81.
- BAUMBACH**, Adolf/**HEFERMEHL**, Wolfgang/**CASPER**, Matthias: Wechselgesetz, Scheckgesetz, Recht des Zahlungsverkehrs, 23. Auflage, München 2008.
- BOZER**, Ali/**GÖLE**, Celal: Kıymetli Evrak Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2018.
- CAN**, Mertol: *“Çek Hamilinin Muhatap Bankaya Karşı Durumu”*, GÜHFD, C. 2, S. 2, 1998.
- GÜREL**, Murat: *“Ticaret Sicilinin Üçüncü Kişilere Etkisi Bağlamında Kambiyo Senetlerinde Yetkisiz Temsile İlişkin Bazı Sorunlar”*, BATİDER, C. XXXI, S. 1, 2015, 231-250.
- HELVACI**, Mehmet: Kambiyo Senetlerinde Defiler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1985.
- HIPPELE**, Thomas C.: Basler Kommentar, Wertpapierrecht, Art. 965-1186 OR, Hrsg. Honsell/Vogt/Watter, Basel 2012.
- İNAN**, Nurkut: Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk, Ankara 1981.
- KALFA**, Şenol: Çekte Def’iler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2009.
- KARAYALÇIN**, Yaşar: Ticaret Hukuku III – Ticarî Senetler (Kambiyo Senetleri), Dördüncü Baskı, Ankara, 1970.
- KENDİGELEN**, Abuzer / **KIRCA**, İsmail: Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2021.
- KENDİGELEN**, Abuzer: *“Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı”*, Makalelerim C. I 1986-2001, 3. Bası, İstanbul 2018.

- KENDİGELEN**, Abuzer: “Çekte Ödeme Yasağı Sorunu (TK 71 l/III) - Sorun ve Çözüm Önerisi-” (Referans Gazetesi, 10.02.2009, 14), Makalelerim C. II: 2001-2017, 2. Bası, İstanbul 2018, 319-322.
- KENDİGELEN**, Abuzer: Çek Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2019 (Çek Hukuku).
- KINACIOĞLU**, Naci: Kıymetli Evrak Hukuku, 3. Baskı, Ankara 1987.
- KIRCA**, İsmail: “Çek Hesabında Bulunan Paranın Haciz, Rehin veya İhtiyati Tedbir Sebebiyle Ödenemediği Hallerde Banka Kanunen Sorumlu Olduğu Tutarı Ödemekle Yükümlü Müdür? (Yargıtay 11. HD'nin 15.03.2017 Tarih ve E. 2016/1304, K. 2017/1532 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi)”, BATİDER, C. 34, S. 2, 2018, 23-32 (Değerlendirme).
- KIRCA**, İsmail: 5941 Sayılı Çek Kanunu, Konferans (22 Ocak 2010), Ankara 2010.
- NARBAY**, Şafak, “3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanununun 10 uncu Maddesi Hükmü Uyarınca Muhatap Bankanın Sorumlu Olduğu Miktar Hakkında Bir İnceleme”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, C. 4, S. 29, 2009, s. 15-44.
- NARBAY**, Şafak: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Kıymetli Evrak Hukuku Kitabında Yapılan Düzenlemeler ve Değişiklik Önerilerimiz”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hu-kuk Fakültesi Dergisi, C. 7, Özel Sayı, 2005, s. 173-22.
- NARBAY**, Şafak: Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı (Çekten Cayma), 2. Baskı, İstanbul 1999.
- NARBAY**, Şafak/ÇELİK, Ferhat: “Süresi İçinde İbraz Edilmeyen Çekin Hukuki Niteliği”, Legal Hukuk Dergisi, C. 14, S. 167, 2016, s. 6039-6073.
- OKTAY**, Saibe: Policede Def'iler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1984.
- ÖZSOY**, Ahmet: Muhatabın Çek Kanunu'na Dayalı Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2020.
- ÖZTAN**, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara 1997.

POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 22. Bası, İstanbul 2018.

PULAŞLI, Hasan: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 8. Baskı, Ankara 2020.

REİSOĞLU, Seza: Çek Hukuku, Ankara 2011.

TEKİL, Müge: Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1997.

ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N. Füsun: Kıymetli Evrak Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2019.

TASARRUF FİNANSMAN SÖZLEŞMESİNİN FESHİ SEBEBİ İLE BİRİKİM VE ORGANİZASYON ÜCRETİNİN İADESİ

Doç. Dr. Alper UYUMAZ*

Öz

Tasarruf finansman sözleşmesi, belirli bir tasarruf tutarı ve dönemine bağlı olarak konut, çatılı işyeri veya motorlu araç edinimi için müşteriye, finansman kullanma hakkı veren isimli bir sözleşmedir. Bu sözleşme gereğince şirket müşteriye ait birikmiş tasarruf tutarını yönetme, geri ödeme ve finansman kullanma yükümlülüğü altındadır. Şirketin bu hizmeti karşılığı organizasyon ücreti alma hakkı bulunmaktadır. Sözleşmenin tasarruf dönemi sonundan önce sona ermesi durumunda müşteriden tahsil edilen organizasyon ücreti ve birikimin iadesi hususunda uyuşmazlık çıkmaktadır. Sözleşmeden cayma hakkı yalnızca müşteriye tanınmıştır. Cayma durumunda, şirket müşterinin birikim miktarını ve organizasyon ücretini kesintisiz iade etmek zorundadır. Kural olarak sadece müşteriye tanınan sözleşmenin feshi durumunda ise, şirketin birikimi ödemesi gerekir. Ancak, konu organizasyon ücreti bakımından tartışmalıdır. Bu hususta, organizasyon ücretinin tasarruf dönemi esas almak suretiyle orantılı olarak iade edilmesi gerektiği kabul edilmelidir.

* Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Anabilim Dalı, Konya, Türkiye | Assoc. Prof., Selçuk University Faculty of Law, Civil Law Department, Konya, Türkiye.

✉ alperuyumaz@gmail.com • ORCID 0000-0001-8479-4642

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: **UYUMAZ** Alper, "Tasarruf Finansman Sözleşmesinin Feshi Sebebi ile Birikim ve Organizasyon Ücretinin İadesi", *SÜHFD*, C. 31, S. 3, 2023, s. 1277-1319.

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

Anahtar Kelimeler

• Tasarruf Finansman Sözleşmesi • Organizasyon Ücreti • Birikim ve Organizasyon Ücretinin İadesi • Tasarruf Finansman Sözleşmesinin Feshi • Tasarruf Finansman Şirketi

RETURN OF SAVINGS AND ORGANIZING FEE DUE TO ANNULMENT OF SAVING FINANCE AGREEMENT

Abstract

The savings finance contract is a named contract that gives the customer the right to use financing for acquiring housing, a roofed workplace, or a vehicle depending on a certain savings amount and period. Under this contract, the company is obliged to manage, repay, and provide financing for the accumulated savings of the customer. The company is entitled to an organization fee for this service. If the contract is terminated before the end of the savings period, a dispute arises regarding the organization fee collected from the consumer and the return of the savings. Only the customer has the right to renege on the contract. In the event of renege, the company must refund the customer's savings and the organization fee without interruption. The company must pay the savings in case of annulment, which is granted only to the customer as principle. However, the issue is controversial in terms of the organization fee. Organization fee should be refunded proportionally based on the savings period.

Keywords

• Contractual Saving • Organizing Fee • Return of Savings and Organizing Fee • Annulment of Saving Finance Agreement • Saving Finance Firm

GİRİŞ

Tarih boyunca konut, insanlar için her zaman bir ihtiyaç olmuştur. Hayatı idame ettirmek için gerekli gelire ulaşmak amacıyla işyeri, teknolojinin gelişmesi ile ulaşım aracı olarak motorlu taşıt gibi ihtiyaçlar da konut ihtiyacından sonra hemen akla gelen diğer ihtiyaçlardandır. Barınmak, sağlıklı, huzurlu ve onurlu bir çevrede yaşamak herkesin hakkıdır. Anayasal bir ilke olan sosyal devlet ilkesine rağmen devlet tüm vatandaşları için bu türden ihtiyaçları karşılayamaz. Ancak, devlet, konut edindirmeyi, işyeri ve motorlu taşıt gibi temel ihtiyaçları edinmeyi kolaylaştırıcı birtakım düzenlemeler yapabilir. Devletin vatandaşları için konut inşa etmesi, inşa edilmesini denetleyip teşvik etmesi, kişilere konut edinimi için uygun şartlarda maddî destek olması,

konut üretimi ile konut edinmeye yönelik finansal destek sağlayan özel kuruluşları teşvik etmesi, bu özel kuruluşlara karşı başta tüketicileri olmak üzere vatandaşlarını koruyucu düzenlemeler yapması gerekir. Uluslararası hukukta yer alan düzenlemelere bakıldığında, *contractual saving* adı altında sözleşmeye dayalı tasarruf olarak bilinen ve tasarrufta bulunan kişilerin belirli bir zaman diliminde birikim yapıp bu konuda faaliyet gösteren şirketlerle aralarındaki sözleşmede belirledikleri mevcut bir ihtiyacına daha kolay ulaşmasını sağlayan finansal desteğin uzun zamandan beri devlet kontrolünde sağlandığı görülmektedir.

Türkiye’de de tasarrufa dayalı finansman yöntemlerinin geliştirilmesi siyasi otoriteler tarafından hep istenmiştir. Ancak gerek sık gerçekleşen yönetim değişiklikleri ve farklı hükümet politikaları gerekse ülkedeki değişmeyen enflasyonist ortam sebebi ile tasarrufa dayalı finansman modellerinin yaygınlaşması ve kurumsallaşması tam anlamı ile gerçekleşmemiştir. Doksanlı yıllarda finansal destek ihtiyacı duyan vatandaşların bazı malvarlığı değerlerini edinmeleri için bu türden hizmetleri sunan ancak yasal bir düzenleme olmaması sebebi ile denetlenemeyen şirketler azımsanmayacak bir müşteri kitlesine ulaşmışlardı. 2016 yılına kadar sayıları üçü geçmeyen bu şirketlerin sayısının yakın zamanda on katına kadar artması, çoğunluğu tüketici olan müşterilerin mağduriyet yaşanmaması için bu faaliyetlerin yasal bir düzenleme ile kontrol altına alınıp denetlenmesini gerektirmiştir. Buna istinaden 7 Mart 2021 tarihinde yürürlüğe giren “7292 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman Şirketleri Kanunu”nda revizyona gidilerek kanunun adı, “Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu” olmuştur.

Bu kanun ve bu kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmelik incelendiğinde, bu alanda faaliyet izni verilen şirketlerin tasarruf finansman faaliyeti için müşterileri ile kanunî düzenleme sonucunda isimli sözleşme hâline getirilen ve yasal sınırlamaları olan bir sözleşme yapması zorunlu tutulmuştur. Bu sözleşme gereğince şirketlerin sundukları hizmet için bir ücret talep etmeleri de mümkün kılınmıştır. Uygulamada, kendilerine tanınan cayma ve fesih hakkına istinaden sözleşmeyi sonlandıran müşterilerin birikimlerini, birikimin gelirini ve organizasyon ücretini hangi şartlarda nasıl geri alabilecekleri sorunu ortaya çıkmıştır. Bu çalışmada, taraflar arasında ortaya çıkan bu

uyuşmazlık, tüm yönleri ile ancak öncelikle tasarruf finansman sözleşmesinin ana hatları ele alındıktan ve organizasyon bedeline ilişkin açıklamalar yapıldıktan sonra sözleşmenin sona ermesi bakımından ana eksende tutulan cayma hakkı ve sözleşmenin feshi açısından detaylı olarak ele alınmaya çalışılmıştır.

I. GENEL OLARAK TASARRUF FİNANSMAN SÖZLEŞMESİ VE ORGANİZASYON ÜCRETİ KAVRAMLARI

A. GENEL OLARAK TASARRUF FİNANSMAN SÖZLEŞMESİ

Borçlar Hukuku anlamında sözleşme, borç ilişkisini, yani taraflardan biri ya da her ikisi için de borç doğuran hukukî bağı ifade eder¹. Ancak, Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.1/1'e göre, "Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur". Borçlar Kanunu'nun bu hükmünde yer alan sözleşme terimi, genel ve soyut bir kavramı ifade eder. Zira, bu kısa tanım ile kanunkoyucu, Borçlar Hukuku anlamında sadece borç sözleşmesini değil, kural olarak aynî haklara, miras hukukuna, kişiler hukukuna ve aile hukukuna ilişkin sözleşmeleri de kastetmektedir². Gerçekten, tek başına sözleşme kavramı, hukukî işlem kavramı gibi genel ve soyut bir kavramdır. Günlük hayatta, kendi kendine mevcut olan bir sözleşme tipi yoktur. Bunun yerine, her hukuk sistemi tarafından kabul edilen çeşitli sözleşme tipleri vardır. Bu sözleşmeler, kimi zaman satış sözleşmesi, mal değişim sözleşmesi, bağışlama sözleşmesinde olduğu gibi mülkiyetin devri için; kimi zaman da kira sözleşmesi, kullanma ve tüketim ödöncü sözleşmelerinde olduğu gibi kullandırma amacı ile yapılır. Ayrıca, vekâlet sözleşmesi, eser sözleşmesi, hizmet sözleşmesinde olduğu gibi iş görme amacı ile de yapılabilir. Yine tarafların bir sözleşmeyi, saklama, güvence sağlama gibi amaçlarla

¹ **KOCAYUSUPFAŞAOĞLU**, Necip, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, 7. Bası, İstanbul 2017, s. 165; **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019, s. 210; **OĞUZMAN**, Kemal/ **ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, 20. Bası, İstanbul 2022, s. 42-43; **ANTALYA**, Gökhan, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. V/ 1, 1, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 429; **KILIÇOĞLU**, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara 2019, s. 81; **AYAN**, Mehmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2020, s. 168; **FURRER**, Andreas/ **MÜLLER-CHEN**, Markus/ **ÇETİNER**, Bilgehan, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2021, s. 82-83; **AKINCI**, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, 13. Baskı, Konya 2022, s. 101.

² **EREN**, Genel Hükümler, s. 210; **KILIÇOĞLU**, 81; **SEROZAN**, Rona, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Güncellenmiş 3. Baskı, İstanbul 2018, s. 3-7.

yapmaları da mümkündür³. Görüldüğü gibi, kişiler arasındaki hukukî ilişkileri bu özel sözleşme türleri ile düzenlemek mümkündür⁴.

Kanunda düzenlenmiş sözleşme türlerine isimli (tipik) sözleşme, kanunda düzenlenmeyen ancak sözleşme özgürlüğünün bir görünümü olarak tarafların irade serbestisi ilkesi çerçevesinde emredici kurallara aykırı olmamak üzere yapabileceği sözleşmelere ise isimsiz (atipik) sözleşme denir⁵.

Bu çalışmanın konusunu oluşturan, tasarruf finansman sözleşmesi ise, isimli bir sözleşme olarak 6361 sayılı “Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu”⁶ (FKFFTFŞK) ile düzenleme altına alınmıştır. “Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu”na, 04.03.2021 tarihli ve 7292 sayılı Kanun⁷’ün 7 inci maddesi ile 39/A hükmü eklenmiş; hükümde,

³ TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, İstanbul 2008, s. 2; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2019, s. 20 vd.; ZEVLİLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 17. Baskı, İstanbul 2017, s. 26 vd.; YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2014, s. 18 vd.; ARAL, Fahrettin/ AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Ankara 2015, s. 50 vd.; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 1, İstanbul 2012, s. 2-3.

⁴ EREN, Genel Hükümler, s. 210.

⁵ TANDOĞAN, s. 9; YAVUZ, s. 22; EREN, Özel Hükümler, s. 17; GÜMÜŞ, I, s. 4; ARAL/ AYRANCI, s. 53; ZEVLİLİLER/ GÖKYAYLA, s. 10. Ayrıca bkz., EREN, Fikret, “İsimsiz Sözleşmelerin Genel Teorisi”, (Editör: Yücer Aktürk, İpek), Türk Borçlar Hukuku Açısından İsimsiz Sözleşmeler Sempozyumu, Ankara 2022, s. 13-35; ACAR, Faruk, “İsimsiz ve Atipik Sözleşme Kavramları ve Sınıflandırması Açısından Yargıtay Uygulaması” (Editör: İpek Yücer Aktürk), Türk Borçlar Hukuku Açısından İsimsiz Sözleşmeler Sempozyumu, Ankara 2022, s. 37-53; OKTAY, Saibe, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, İÜHFİM, C. 55, S. 1-2, 1996, s. 263- 296; SOYLU, Feyzanur, İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması, Ankara 2022.

⁶ RG., 13.12.2012, S. 28496.

⁷ Bkz., Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG., 07.03.2021, S. 1416. Tasarruf finansman şirketlerinin 6361 sayılı FKK bünyesinde düzenlenmesinin doğru olmadığı, şirketlerin yürüttüğü faaliyetlerin uzmanlık gerektiren özel bir bankacılık faaliyeti niteliğinde bulunduğu gerçeği karşısında tasarruf finansman şirketlerinin kooperatif bankacılığı faaliyeti olarak kabul edilmek suretiyle 5411 sayılı Bankacılık Kanunu bünyesinde düzenlenmesi ve böylelikle banka örgütlenmesinde anonim şirket şeklinde kurulma şartının alternatifi olarak hükme bağlanmasının daha doğru olacağı yönünde bkz., GÜLERCİ, Altan Fahri, “Tasarruf Finansman Anonim

tasarruf finansman sözleşmesinin tanımı yapılmıştır. Hükümde, “*Tasarruf Finansman Sözleşmesi*” başlığı ile beş fıkraya yer verilmiştir. Kanun’un yürürlüğünden sonra “Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK)” tarafından bu kanunun uygulama esaslarını göstermek üzere hazırlanan “*Tasarruf Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik*”⁸ yürürlüktedir⁹. Yönetmelikte tasarruf finansman sözleşmesine, müşteri hakları ile meslekî ve etik ilkelere ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir (Yönetmelik m. 16, 17 ve 18). Böylece, artık tasarruf finansman sözleşmesini, kendine özgü bir kanunu olması, bir diğer ifade ile özel bir kanunla düzenlemiş olması sebebi ile isimli bir sözleşme olarak nitelendirmek mümkündür¹⁰.

Şirketlerinin Hukuki Yapısı, Faaliyetleri ve Bu Şirketlerde Menfaat Sahiplerinin Korunması”, SÜHFD., C. 30, S. 3, 2022, s. 999- 1042, s. 1011-1012.

⁸ RG., 07.04.2021, S. 31447. Bu çalışmada, bundan sonra kullanılacak *Yönetmelik* ifadesi ile bu yönetmelik kastedilmektedir.

⁹ Bu yasal düzenleme ile tasarrufa dayalı faizsiz finansman hizmeti veren şirketlerin ünvan ve kuruluşuna ilişkin temel ilkeler benimsenmiştir. Tasarruf finansman şirketlerinin müşterileri ile yaptıkları tasarruf finansman sözleşmelerin hukukî esasları belirlenmiş, ayrıca şirketlerin faaliyet alanları ve hukuken yapabilecekleri işlemler sınırlandırılmıştır. Bu şirketlerce yürütülen tasarruf finansman hizmeti BDDK’nun denetimi altına alınmış ve belirlenen ilkelere aykırı faaliyet yürütülmesi durumunda yaptırımlar öngörülmüştür. Bkz., FKFFTFŞK m. 4 vd; Yönetmelik m. 4 vd.

¹⁰ **TANDOĞAN**, s. 7; **EREN**, Özel Hükümler, s. 17; **YAVUZ**, s. 18; **GÜMÜŞ**, I, s. 1; **ARAL/ AYRANCI**, s. 47; **ZEVKİLER/ GÖKYAYLA**, s. 4. Ayrıca bkz., **ENDES SELVİ**, Nurtaç, “Tasarruf Finansman Sözleşmesi”, NEÜHFD., C. 4, S. 2, 2021, s. 441- 467, s. 442; **BAŞARAN BROOKS**, Bahriye, “Tasarruf Finansman Şirketlerinin Hukuki Düzenlemesinde 'Güven' Unsurunun Değerlendirilmesi”, TFM., C. 9, S. 1, 2023, s. 3-16, s. 10; **TAŞATAN**, Caner, “Tasarruf Finansman Sözleşmesine İlişkin Düzenlemelerin Tüketicinin Korunması Bakımından Değerlendirilmesi”, Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi 10-12 Nisan 2021 Bildiri Tam Metin Kitabı, Konya 2021, s. 270-277, s. 272; **ÖZTÜRK**, Muammer Fatih, “6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu Değişikliği Kapsamında Tasarruf Finansman Sistemine Gelen Yeniliklerin Hukuki Açından İncelenmesi”, SHD., C. 10, S. 1, 2022, s. 139-169, s. 152; **HURMA**, Fatma Benun, 6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu Kapsamında Tasarruf Finansman Sözleşmeleri, Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sermaye Piyasaları ve Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2022, <https://tez.yok.gov.tr>, E.T. 16.05.2023, s. 58. Karşı yönde bkz., **YILDIRIM**, Azize, Konut Edinmeye Yönelik Tasarruf Finansman Sözleşmesi, T.C. Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli 2021, <https://tez.yok.gov.tr>, E.T. 16.05.2023, s. 27.

Hemen hemen dünyanın her yerinde söz konusu olan gelir dağılımdaki adaletsizliğe ek olarak, ülke ekonomilerinde meydana gelen dalgalanmalar ve enflasyon, elde edilen gelirle tasarruf veya yatırım yapma imkânı zorlaştırmaktadır¹¹. Bu durumun sonucu olarak sabit gelirle çalışan kişilerin peşin alım gücü her geçen gün daha da azalmaktadır. Peşin alım gücüne sahip olmayan kişiler, temel ihtiyaçlardan olan konut, işyeri, motorlu taşıt gibi ihtiyaçlarının karşılanması için çeşitli finansman araçlarına başvurumaktadırlar¹². Bu araçlardan biri olan, tasarruf finansman sözleşmesinin amacı, konut, çatılı işyeri veya motorlu taşıt edinimi için finansman ihtiyacı duyan kişilere, tasarruf finansman şirketi aracılığıyla faizsiz finansman esasları çerçevesinde finansman sağlamaktır¹³.

Kanununun 39/A/1 hükmüne göre, “Tasarruf finansman sözleşmesi, belirli bir tasarruf tutarı ve dönemine bağlı olarak önceden belirlenmiş koşulların gerçekleşmesi şartıyla konut, çatılı işyeri veya motorlu taşıt edinimi için müşteriye, finansman kullanma hakkı veren, şirkete ise müşteriye ait birikmiş tasarruf tutarını yönetme, geri ödeme ve finansman kullandırma yükümlülüğü ile organizasyon ücreti alma hakkı veren, faizsiz finansman esaslarına¹⁴ göre düzenlenen sözleşmedir”.

¹¹ Bkz., **BOLÉAT**, Mark, National Housing Finance Systems: A Comparative Study, London 1985, p. 5.

¹² **ENDES SELVİ**, s. 448; **ÖZTÜRK**, Muammer, s. 140. Farklı ülkelerdeki tasarruf finansman uygulamaları için bkz., **GÜLERCİ**, s. 1005-1009; **BOLÉAT**, p.40-447.

¹³ **ÖZTÜRK**, Muammer, s. 144-145; **ENDES SELVİ**, s. 444; **BAŞARAN BROOKS**, s. 9; **GÜLERCİ**, s. 1002, 1026-1027; **BÜKEY**, Mehmet/ **TÜRKAN**, Yavuz, “Tasarruf Finansman Sistemi Tercih Nedenleri”, **DÜSBED.**, S. 33, 2023, s. 336-357, s. 339; **BÜKEY**, Mehmet, Tasarruf Finansman Sisteminin Tercih Nedenleri ve Bir Finansal Araç Önerisi, Bingöl Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İşletme Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Bingöl 2023, <https://tez.yok.gov.tr>, E.T. 22.03.2023, s. 16; **YAZICI**, Mehmet, “Konutta Alternatif Finans Yöntemi Olarak Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finans Sistemi”, **ARHSS.**, C. 2, S. 3, 2019, s. 224- 235, s. 225; **ERGÜVEN**, Murat/ **KAYA**, Feridun, “Tasarrufa Dayalı Finans Sisteminin Sürdürülebilirliğinin Sağlanması ve Finansal Ekosistem İçinde Yerini Alması Üzerine Bir Araştırma”, **FESAD.**, C. 5, S. 4, 2020, s. 755- 769, s. 757.

¹⁴ Faizsiz tasarruf finansman faaliyetlerinin ve şirketlerinin faizli bir alternatifle de kurulabilmelerine imkân tanınmasının isabetli olacağı, böylece Alman hukukunda sorunsuz bir şekilde uygulanan Bauspar sisteminin Türk hukukuna kazandırılmasının mümkün olabileceği yönünde bkz., **GÜLERCİ**, s. 1038. Ayrıca bkz., **BOLÉAT**, p. 187-211; **LEA**, Michael J./ **RENAUD**, Bertrand: Contractual Savings for Housing: How Suitable Are They For Transitional Economies? The

Bu tanımdan yola çıkarak tasarruf finansman sözleşmesinin sözleşmelere ilişkin genel ilkeye uygun şekilde tam iki taraflı bir sözleşme olduğu ifade edilebilir. FKFFTFŞK m. 3/1, k hükmünde yapılan tahsisat tanımında müşterinin hak kazandığı tahsisat kapsamında tasarruf birikimlerinin ve şirket tarafından taahhüt edilen finansman tutarının satıcı konumundaki üçüncü kişilere hesaben ödeneceği öngörülmektedir. Ancak, bu hüküm, edinilmek istenen şeyin satıcısını tasarruf finansman ilişkisinin tarafı yapmaz¹⁵. Zira, finansman şirketi ile müşterinin ihtiyacı olan malvarlığı değerinin satıcısı olan kişi arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi yoktur. Finansman şirketi, muhatabı olan müşterinin bulduğu satıcıya, gerekli incelemeleri yaptıktan sonra tahsisat ödemesine aykırı bir durum tespit etmediği takdirde ilgili malvarlığı değerinin yasal devir işlemleri tamamlandıktan sonra ödemeyi müşterisi adına ve hesabına yapmaktadır. Oysa, diğer finansman sözleşmelerinde finansman şirketi, satıcı ve alıcı arasında ikili değil üçlü bir ilişki söz konusudur. Gerçekten, bu sözleşme ilişkisinde şirket önceden satıcı ile alıcıya sağlanacak kredinin esas ve usullerini

World Bank Financial Sector Development Department, September 1995, p. 33-34; **ROY**, Friedemann, The Implementation of Contract Savings Schemes for Housing (Bausparen) in Belarus- Features, Recommendations and Examples, German Economic Team in Belarus, <http://pdc.ceu.hu/archive/00002167/01/pp1304e.pdf>, E.T. 12.09.2023, p. 9. Ayrıca bkz., **HURMA**, s. 16-19; **BÜKEY**, s. 73-75; **KILIÇ**, Selim, "Konut Finansman Modeli Olarak Yapı Tasarruf Sandıkları; Almanya ve Türkiye'deki Uygulamaları", YED., C. 14, S. 1, 2007, s. 231- 246. Ancak, Türkiye'de, tasarruf finansman sisteminin tercih nedenlerinin belirlenmesine yönelik bir araştırmada, ödeme koşullarının cazip olması katılımcıların tercihini etkileyen etkenlerden ilki ise de sistemin katılımcıların dini tercihlerine uygun olması ve sistemin faizsiz olması ikinci tercih sebebidir. Bkz., **BÜKEY/ TÜRKAN**, s. 352-353; **BÜKEY**, s. 174. Tasarrufa dayalı faizsiz finansman sisteminin dini yönden değerlendirilmesi hakkında bkz., **BİRSİN**, Mehmet/ **ÖTEGEÇELİ**, Hatice, "Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sistemi ve Fıkhi Meşruiyeti Üzerinde Yapılan Değerlendirmeler", MİAD., C. 10, S. 1, 2019, s. 85- 114; **AYDIN**, Fatih Mehmet, "Tasarrufa Dayalı Yardımlaşma Usulü Finansman Modelleri ve Fıkhi Açından Değerlendirilmesi, Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı-VII, Faizsiz Finans ve Tasarruf Sistemleri ile İlgili Güncel Uygulamalar", Ankara 2019; **HACAK**, Hasan, "Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sistemine Yeni Yaklaşımlar", Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı-VII, Faizsiz Finans ve Tasarruf Sistemleri ile İlgili Güncel Uygulamalar, Ankara 2019; **ÇEKİN**, Ömer, Tasarrufa Dayalı Finansman Sistemi ve İslami Finans İlkeleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İslam İktisadi ve Finansı Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018, <https://tez.yok.gov.tr>, E.T. 16.05.2023.

¹⁵ **ENDES SELVİ**, s. 445 ve dn. 17.

içeren genel bir sözleşme yapmaktadır¹⁶. Esasında, alıcı bu sözleşmeye taraf değildir. Ancak, alıcının şirketle yapacağı finansman sözleşmesinin ve ihtiyacı olan mal veya hizmeti temin edebilmesinin ön şartı, şirket ve satıcı arasındaki çerçeve sözleşmenin varlığıdır¹⁷.

Tasarruf finansman sözleşmesinin tarafları, tasarruf finansman şirketi ile finansman ihtiyacı olan müşteridir. Müşterinin tanımına Kanun'da yer verilmemiştir. Yönetmelik ise “Tanımlar” başlıklı 3/1, g hükmünde, müşteriye, tasarruf finansman sözleşmesini imzalayan gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlamıştır. Öyleyse, FKFFTFŞK m. 39/A hükmüne göre, tasarruf finansman sözleşmesinin tarafı olarak finansman temini için şirkete müracaat eden gerçek veya tüzel kişiler müşteri olarak ifade edilebilir. Ancak, bu ilişkiye yukarıda da belirtildiği gibi müşterinin satın almak istediği malvarlığı değerinin satıcısı taraf değildir.

Tasarruf finansman şirketi ile müşteri arasında kurulan ilişki, bir tüketici işlemi de olabilir. Zira, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) m. 3/1, k hükmüne göre, “Tüketici, ticarî veya meslekî olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi”dir. Tasarruf finansman sözleşmesinin tarafı olan müşteri, bu sözleşmeyi yaparken ticarî veya meslekî amaçla hareket etmiyorsa, yapılan işlem de tüketici işlemi özelliği taşıyorsa bu sözleşme artık bir tüketici sözleşmesi olacaktır¹⁸.

¹⁶ Öğretide, sözleşmenin hukukî niteliği tartışmalıdır. Tasarruf finansman sözleşmesi gereğince kullanılan yöntem ne olursa olsun şirketin müşteriye belirli bir miktar ödünç kullandığı yönünde bkz., **GÜLERCİ**, s. 1003; **BAŞARAN BROOKS**, s. 7. Tasarruf finansman sözleşmesinin bünyesinde karz, usulsüz tevdi, vekâlet unsurlarını barındıran sui generis bir sözleşme olduğu yönünde bkz., **ÖZTÜRK**, Muammer, s. 155. Temelini vekâlet sözleşmesinden alan sui generis bir sözleşme olduğu yönünde bkz., **HURMA**, s. 80. Ayrıca bkz., **YILDIRIM**, s. 30 vd.

¹⁷ **ENDES SELVİ**, s. 445. Ayrıca bkz., **EREN**, Özel Hükümler, s. 615; **YILMAZ**, Cüneyt Arif, Türk Borçlar Hukuku Kapsamında Çerçeve Sözleşmeler, Ankara 2023; **ŞEN DOĞRAMACI**, Hayriye, “Çerçeve Sözleşme Kavramı, Çerçeve Sözleşmelerin Amacı ve Ekonomik Fonksiyonu”, SÜHFD., C. 30, S. 3, 2022, s. 1043-1077; **UYUMAZ**, Alper/ **ABDU OUMER**, Kamil, “Framework Agreements Under Turkish Law”, Law & Justice Review, Vol. 9, N. 15, 2017, p. 37-60.

¹⁸ **BAŞARAN BROOKS**, s. 10; **YILDIRIM**, s. 51 vd. Bu durumda, tüketici işlemi olmanın sonuçları da ortaya çıkacaktır. Örneğin, bu konuda ortaya çıkacak uyuşmazlıklara tüketici mahkemesi ya da tüketici hakem heyeti bakacak (TKHK m. 66, 73) mahkemenin baktığı uyuşmazlıklar bakımından dava açmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartı olacaktır. Zira, TKHK m.73/A hükmüne göre, kural olarak tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Bu kuralın istisnaları ise,

Zira, TKHK m. 3/1, 1 hükmünde, “Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticarî veya meslekî amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemleri” tüketici işlemi olarak tanımlanırken sözleşme türü bakımından herhangi bir sınırlama getirilmemiştir¹⁹.

Yukarıdaki tespitten yola çıkarak denilebilir ki, uygulamada kurulan tasarruf finansman sözleşmelerinin önemli bir çoğunluğu tüketici sözleşmesi özelliği taşımaktadır. Zira, müşteri için ticarî veya meslekî amaç taşımayan her tasarruf finansman sözleşmesini tüketici sözleşmesi olarak nitelendirmek mümkündür (TKHK m.3/1, k, 1)²⁰. Bu tespitin hukukî bir sonucu olarak ticarî veya meslekî amaçla kurulan tasarruf finansman sözleşmeleri hariç olmak üzere tüketici niteliğini taşıyan müşteriler ile şirket arasında kurulan sözleşme, tüketici işlemi olacağı için ortaya çıkan uyuşmazlıklar bakımından TKHK hükümleri de uygulama alanı bulacaktır. Ancak, burada iki özel kanun olan

hükmün a-d bentlerinde düzenlenmiştir: Bunlar, a) *Tüketici hakem heyetinin görevi kapsamında olan uyuşmazlıklar* b) *Tüketici hakem heyeti kararlarına yapılan itirazlar* c) *73 üncü maddenin altıncı fıkrasında belirtilen davalar* ç) *74 üncü maddede belirtilen davalar* d) *Tüketici işlemi mahiyetinde olan ve taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıklardır.*

¹⁹ Ancak, tüketici sözleşmesinden bahsedilmek için üç unsur aranmaktadır. Bunlardan ilki, sözleşmenin taraflarından birinin kanunen tanımı yapılmış “tüketici” sıfatına sahip olması, ikincisi karşı tarafın ticarî veya meslekî amaçla hareket eden diğer taraf olması, üçüncüsü ise yapılan işlemin konusunun TKHK doğrultusunda bir mal veya hizmetin kapsamına girmesidir. Ayrıca bkz., **AKİPEK ÖCAL**, Şebnem/ **YILDIRIM**, Abdulkerim/ **ERMENEK**, İbrahim/ **KUTLAY**, Selda, *Tüketici Hukukunda Uzman Arabuluculuk*, Ankara 2021, s. 24; **AYDOĞDU**, Murat/ **KAHVECİ**, Nalan, *Tüketici Hukuku Dersleri*, İstanbul 2021, s. 114; **ÖZAY**, Osman Levent, “6502 Sayılı Yasa Kapsamında Tüketici İşlemi”, *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*, C. 4, S. 12, 2017, s. 257-272; **BAHTİYAR**, Mehmet/ **BİÇER**, Levent, “Adi İş / Ticari İş / Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, *MÜHFHAD*, C. 22, S. 3, 2016, s. 395-436. Tasarruf finansman sözleşmesi özelinde, tüketicinin karşısında bu işi ticarî veya meslekî amaçla yapan sağlayıcı niteliğinde bir şirket olduğu ayrıca sözleşme gereğince tüketicinin organizasyon ücreti de ödenmesi gerektiği için bu şartların oluştuğu konusunda tereddüt yoktur. Yeter ki, işlemi yapan müşteri, ticarî veya meslekî bir amaçla hareket etmemiş olsun. Eğer müşteri ticarî veya meslekî amaçla hareket ediyorsa artık bir tüketici sözleşmesinden bahsetmek mümkün değildir. Örneğin, bir avukatın ya da tacirin işyeri edinmek için tasarruf finansman şirketi ile sözleşmesi yapması durumunda taraflar arasındaki sözleşme tüketici sözleşmesi değildir.

²⁰ **ENDES SELVİ**, s. 447.

FKFFTFŞK ve TKHK'dan hangisinin hükümlerinin uygulanacağı sorunu ortaya çıkacaktır. TKHK özel bir kanun olmakla birlikte bu kanunda düzenleme yapılan kurumlar bakımından öncelikle uygulanır. TKHK'da da açıkça ifade edildiği üzere "bu kanunda hüküm bulunmayan hâllerde ise genel hükümler uygulanır" (TKHK m.83/1). Bu hüküm sebebi ile FKFFTFŞK gibi özel bir kanunun tüketici işlemi niteliği taşısa da TKHK'nın hüküm bulunmayan hallerde yani tasarruf finansman sözleşmeleri hakkında öncelikle uygulanacağı açıktır. Bir diğer ifade ile tasarruf finansman sözleşmesinin TKHK'da düzenlenmemiş, FKFFTFŞK'da düzenlenmiş olması, bu kanun ve ilgili yönetmeliğin öncelikle uygulanmasını gerektirir²¹. Ancak, TKHK m.2'de yer alan hüküm gereğince TKHK'nın her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsamı, FKFFTFŞK'te düzenleme bulunmayan hallerde TKHK'nın uygulanmasını gerektirir. Örneğin, haksız şart, ayıplı hizmet, tüketiciye yönelik fiili uygulamalar gibi konularda TKHK hükümlerinin uygulanması, burada da hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanması gerekir.

Öte yandan, "Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez" (TKHK m.83/2). Yani, tasarruf finansman sözleşmesi tüketici işlemi niteliğinde ise bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar bakımından tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu tüketici hakem heyetleri²² veya tüketici mahkemeleri görevlidir (TKHK m.68/1, 3; 73/1, 5)²³.

²¹ Aynı yönde bkz., ENDES SELVİ, s. 449.

²² TKHK m.68/3 hükmüne göre tüketici, hakem heyetine başvuru bakımından isterse yerleşim yeri dışında tüketici işleminin yapıldığı yerdeki tüketici hakem heyetine de başvurabilir. Yetkili tüketici mahkemeleri bakımından getirilen kural ise, genel yetki kuralına alternatif olarak düzenlendiği için tüketici isterse yerleşim yeri dışında davalının, davanın açıldığı andaki yerleşim yerinde veya tüketici sözleşmesinin ifa edileceği yerde de dava açılabilir (HMK m. 6/1; 10).

²³ Tüketici işlemi varsa davaya bakacak mahkeme tüketici mahkemesi olacaktır (TKHK m.73/1). Tüketici olmayan müşteri için görevli mahkemenin genel mahkemeler olacağı yönünde bkz., İstanbul BAM, 19. HD., 13.7.2023, E. 2023/1289 K. 2023/1569, "...Davacının istinaf sebeplerinin incelenmesinde, davacının davalı şirket ile 2 adet tasarruf finansmanı sözleşmesi imzaladığı, sözleşmelerden birinin araca diğerinin ise konuta ilişkin akdedildiği, davacının konuta ilişkin finansman sözleşmesini araca çevirdiğini, söz konusu aracın ticari araç olan tır olduğu, davacının tacir olup ticari ve mesleki amaçla hareket ettiği başka bir anlatımla 6502

Tasarruf finansman sözleşmesinin amacı, konut²⁴, çatılı işyeri veya taşıt sahibi olabilmek²⁵ için finansman ihtiyacı içinde olan kişilere tasarruf finansman şirketi üzerinden faizsiz finansman esaslarına göre finansman sağlamaktır. Tasarruf finansman şirketleri, müşteri tarafından edinilmek istenen malvarlığını onun adına satın almak yerine yalnızca edinilmek istenen malvarlığı değeri için belli şartlar altında finansman hizmeti sunmaktadırlar. Sistem, tasarruf etme ve finansman sağlama olmak üzere iki aşamadan oluşur. Bireysel tasarrufta müşteriler, sözleşmede kararlaştırılan finansman karşılığında belirli bir vadeye kadar para yatırmaktadır. Grup tasarrufunda ise peşinatlı veya

sayılı tüketicinin korunması hakkındaki kanunun 3. maddesinde sayılan tüketici olmadığı tüm dosya kapsamından anlaşıldığından eldeki davada görevli mahkemenin tüketici mahkemesi olmadığı bu nedenle işin esası incelenerek sonucu uyarınca bir karar verilmesi gerekirken aksi düşüncelerle davacının tüketici olduğu kabul edilerek görevsizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur..." (lexpera.com.tr, erişim tarihi: 31.08.2023).

²⁴ Bireylerin tasarruf finansman sistemi tercihlerine ilişkin bir araştırmada, araştırmaya katılan 384 katılımcının %69'unun erkek, %31'inin kadındır. Erkeklerin %72'sinin evli olduklarını ve %76'sının konut satın almak için tasarruf finansman sistemini tercih ettikleri, kadınların %65'inin taşıt satın almak için tasarruf finansman sistemini tercih ettikleri gözlenmiştir. Genel bir değerlendirmede ise, tüm katılımcıların % 63'ü konut, % 36'sı taşıt ve % 1'i ise diğer bir malvarlığı değerine (çatılı işyeri, arsa, araziye) sahip olmak amacıyla tasarruf finansman sistemini tercih ettikleri tespit edilmiştir. Bkz., **BÜKEY**, s. 172.

²⁵ Kanun, sözleşmenin ve tasarruf finansman faaliyetinin konusunda, konut, çatılı işyeri veya taşıt olmak üzere sınırlayıcı bir düzenleme getirmektedir (FKFFTFŞK m.3/1, 1). Bu sebeple, müşteri, bu sözleşme konuları dışında başka bir malvarlığı edinimi için veya bir malvarlığı değeri beyan etmeksizin doğrudan finansman desteği için şirkete başvuramaz. Bu düzenlemenin, konu ile ilgili yasal düzenleme yapılmadan önce bazı finansman şirketlerinin müşterilerin arazi ihtiyaçlarını tedarik etmek için finansman sağladıkları ve hatta edinim karşılığı olmaksızın doğrudan finansman desteği sağlayan uygulamalara başvurarak "gölge bankacılık" faaliyeti icra ettikleri, yasal düzenleme ile bunu önüne geçilmesinin sağlandığı gerekçesi ile tasarruf finansman sözleşmelerinin konusunu sınırlayan mevcut düzenlemenin tasarruf finansman faaliyetinin yeknesaklığı, sistemin güvenilirliği ve denetimi açısından da yerinde olduğu yönündeki bkz., **ENDES SELVİ**, s. 446, dn. 18. Ayrıca bkz., **ÖZTÜRK**, Muammer, s. 149, 158; **TURSUN**, Abdurrahman, "Alternatif Konut Finansman Sistemi Olarak Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finans Sistemleri: Gölge Bankacılık ve Özün Önceliği Kavramları ve Özün Önceliği Kavramları Çerçevesinde Sistemin Değerlendirilmesi", HÜİİBFD., C. 40, S. 1, 2022, s. 164- 183; **OKUR**, Mustafa/ **ÇATIKKAŞ**, Özgür/ **ERSOY**, Mehmet, "Bir Gölge Bankacılık Uygulaması Olarak Gayrimenkul Finansmanında Alternatif Bir Faizsiz Finansman Modeli: İpoteğe Dayalı Paylaşım Faizsiz Finansman Modeli", İAD., C. 10, S. 4, 2018, s. 384-400.

peşinatsız olarak müşteriler tarafından belirlenen ödeme planlarına göre oluşturulan gruplar arası kura çekilerek müşterilerin tasarruf edecekleri dönem belirlenmektedir²⁶.

Yönetmelik'in 16/2 hükmüne göre, tasarruf finansman sözleşmeleri, BDDK'nın uygun görüşü alınarak Finansal Kurumlar Birliği tarafından belirlenen bir çerçeve sözleşmedir²⁷. Tüm sözleşmeler için geçerli olan tarafların sözleşmenin tüm esaslı unsurları üzerinde karşılıklı olarak uyuşmaları kuralı burada da aranır²⁸. Bu sebeple, tasarruf finansman sözleşmesinin rızaî bir sözleşme olduğu da ifade edilmelidir. Sözleşmede hem şirket hem müşteri alacaklı ve borçlu sıfatlarına sahiptir. Bu sebeple, tasarruf finansman sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir²⁹. Müşterinin, alacağı tahsisatı geri ödemeyi borçlanması ve bunu uzun vadelere yayılmış olarak ifa edecek olması sebebiyle tasarruf finansman sözleşmesi sürekli edimli ve ivazlı bir sözleşme olarak da nitelendirilebilir³⁰.

Tasarruf finansman sözleşmesinin şekli, kanunda düzenlenmiştir. FKFFTFŞK m. 39/A/2 hükmüne göre, "Tasarruf finansman sözleşmesi, yazılı veya uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle mesafeli olarak ya da mesafeli olsun olmasın Kurulun yazılı şeklin yerine geçebileceğini belirlediği ve bir bilişim veya elektronik haberleşme cihazı üzerinden gerçekleştirilecek ve müşteri kimliğinin doğrulanmasına imkân verecek yöntemler yoluyla kurulacak şekilde düzenlenir". Yönetmelik'te sözleşmenin şekli ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, Kanun'un bu hükmü gereği, tasarruf finansman sözleşmesi geçerlilik şekli olarak konut finansman sözleşmelerinde³¹ olduğu gibi yazılı şekle tâbidir³². Tasarruf finansman

²⁶ ENDES SELVİ, s. 444; HURMA, s. 40-41; YILDIRIM, s. 18-19.

²⁷ ENDES SELVİ, s. 447. Ayrıca bkz., HURMA, s. 75-78.

²⁸ KOCAYUSUPGAOĞLU, s. 171; OĞUZMAN/ ÖZ, C. 1, s. 71; KILIÇOĞLU, s. 853; EREN, Genel Hükümler, s. 260; AKINCI, s. 109; ENDES SELVİ, s. 447.

²⁹ KOCAYUSUPGAOĞLU, s. 98; OĞUZMAN/ ÖZ, C. 1, s. 46; KILIÇOĞLU, s. 73; EREN, Genel Hükümler, s. 223; AKINCI, s. 89; ENDES SELVİ, s. 447; HURMA, s. 51.

³⁰ ENDES SELVİ, s. 447; HURMA, s. 52; YILDIRIM, s. 115.

³¹ Konut finansmanı ve sözleşmeleri hakkında detaylı bilgi için bkz., LEA/ RENAUD, p. 15-52; BUCKLEY, Robert M., Housing Finance in Developing Countries, London 1996; YILMAZ, Yasemin, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Konut Finansmanı Sözleşmeleri", İHF.M., C. 77, S. 1, 2019, s. 389- 424; KALENDER, Ahmet, "6502 Sayılı TKHK Hükümlerine Göre Konut Finansmanı

sözleşmesinin yazılı olması bir geçerlilik şekli olduğu için kanunda ve ilgili yönetmelikte belirtilen usullere aykırı olarak yapılan sözleşmeler kesin hükümsüzdür. Kesin hükümsüzlük kamu düzeninden olduğu için kural olarak bu geçersizliği her iki taraf da ileri sürebilir. FKFFTFŞK'da bunu engelleyen bir düzenleme bulunmamaktadır³³.

Mevcut düzenlemede, tasarruf finansman sözleşmesinin şekli hususunda üç alternatif yöntem bulunmaktadır. Sözleşme, yazılı şekilde ya da uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle yazılı şekilde kurulabilir. Ayrıca, mesafeli olsun olmasın Kurulun yazılı şekil yerine geçebileceğini belirlediği ve bir bilişim veya elektronik haberleşme cihazı üzerinden gerçekleştirilecek ve müşteri kimliğinin doğrulanmasına imkân verecek yöntemden biri ile yapılabilir³⁴. Yazılı şeklin elektronik ortamda gerçekleştirilmesine ilişkin usul, "Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketlerince

Sözleşmelerinin Karşılaştırılması", SÜHFD., C. 23, S. 2, 2015, s. 203- 239; **AYDOĞDU**, Murat, "Konut Finansman Sistemi (Mortgage) ve Sözleşmeleri", DEÜHFD., C. 9, S. 1, 2007, s. 1- 52.

³² Aynı şekilde TKHK m.32/2 hükmüne göre, "Konut finansmanı sözleşmesi yazılı olarak kurulmadıkça geçerli olmaz. Geçerli bir sözleşme yapmamış olan konut finansmanı kuruluşu, sonradan sözleşmenin geçersizliğini tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri süremez". Bu hükmün yalnızca konut finansmanı için değil tüm tasarruf finansman sözleşmeleri için kıyasen uygulanmasını ve bu yönde FKFFTFŞK hüküm konulması isabetli olacaktır. Böyle bir hüküm bulunmasa dahi TMK m.2 gereğince sözleşmeyi usulünce yapmak zorunda olan şirketin bunun geçersizliğini ileri sürerek sözleşme gereğince yüklendiği edimleri yerine getirmekten kaçınması mümkün değildir. Ayrıca bkz., **ENDES SELVİ**, s. 450-451.

³³ Tüketici işlemi niteliği taşıyan tasarruf finansman sözleşmelerinin şekli bakımından TKHK ile getirilen şekil kurallarının uygulanıp uygulanmayacağı tartışılabilir. Konu ile ilgili olan TKHK m.4/1 hükmüne göre, "Bu Kanunda yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmeler ile bilgilendirmeler en az on iki punto büyüklüğünde anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenir ve bunların bir nüshası kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilir". Görüldüğü gibi, hükümde yer alan zorunluluk yalnızca TKHK'da yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmeler için geçerlidir. Bu sebeple, tasarruf finansman sözleşmesi bakımından bu madde hükmünün doğrudan uygulanması mümkün görünmemektedir. Karşı yönde bkz., **ENDES SELVİ**, s. 450; **HURMA**, s. 100.

³⁴ **ENDES SELVİ**, s. 449; **HURMA**, s. 99; **YILDIRIM**, s. 64. Günün koşullarına ve teknolojisine uygun olduğu söylenebilecek bu yöntemin, özellikle tüketici işlemi niteliğindeki tasarruf finansman sözleşmelerinde müşteriye yeterince düşünme ve değerlendirme imkânı vermemesi bakımından eleştiriye açık olduğu söylenebilir. Bkz., **TAŞATAN**, s. 274.

kullanılacak Uzaktan Kimlik Tespiti Yöntemlerine ve Elektronik Ortamda Sözleşme İlişkinin Kurulmasına İlişkin Yönetmelik³⁵te düzenlenmiştir.

Kanun ve uygulama kolaylığı gereği tasarruf finansman sözleşmeleri tip sözleşme olarak düzenlenmektedir. Her ne kadar tasarruf finansman sözleşmelerinde her müşteriye özel bilgiler ve ödeme planına yer verilse de sözleşmenin diğer hükümlerinin TKHK anlamında haksız şart, TBK anlamında genel işlem koşulları oluşturması mümkündür³⁶. Zira, sözleşme hükümlerinin, müşterilere yönelik özel hükümleri dışındaki hükümleri, önceden BDDK'dan onay alınarak³⁷ ve şirketin taraf olacağı bütün sözleşmelerde kullanılacak şekilde tek taraflı olarak diğer taraf ile müzakere edilmeden kaleme alınmıştır³⁸. Bir diğer ifade ile ödeme planı ve kişisel bilgiler dışında bu standart hükümlerin müşterilerin subjektif durumlarına göre düzenlenmesi, sözleşme hükümlerinin onlarla müzakere edilerek hazırlanması anlamına gelmez³⁹. Bu durum, TBK m.20-25 ve TKHK m.5 dikkate alındığında, müşterinin tüketici olduğu ve olmadığı tüm tasarruf finansman sözleşmeleri için geçerlidir⁴⁰.

³⁵ RG., 11.01.2022, S. 31716.

³⁶ TAŞATAN, s. 272; HURMA, s. 108, 113-114.

³⁷ Bir organizasyona harici güvenin temel dayanaklarından biri de düzenleyici ve denetleyici otoritenin rolüdür. Bu nedenle, yapılan hukukî düzenleme ile tasarruf finansman şirketleri ve bunlar tarafından sunulan hizmet BDDK'nın denetimi altına alınmıştır. Düzenlemede öngörülen esaslara aykırı davranışlar için özel yaptırımlar öngörülmüştür. Bkz., BAŞARAN BROOKS, s. 11-13. Ayrıca bkz., ÖZTÜRK, Muammer, s. 146-147; HURMA, s. 54.

³⁸ Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır (TKHK m.5/1). TBK m.20/1, c.1 hükmüne göre ise genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez (TBK m.20/2).

³⁹ ENDES SELVİ, s. 448. Hatırlamak gerekir ki, genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz (TBK m.20/3).

⁴⁰ BAŞARAN BROOKS, s. 10.

Bu bilgiler ışığında, tasarruf finansman sözleşmesi, müşterinin tüketici olduğu durumlarda öncelikle TKHK hükümleri kapsamında sözleşmedeki müşteri aleyhine olan hükümlerin haksız şart olarak değerlendirileceği, müşterinin tüketici sıfatını haiz olmadığı durumlarda ve müşteri tüketici olsa bile TKHK hükümlerinin eksik olduğu durumlarda TBK hükümlerinin uygulanacağı belirtilmelidir⁴¹. Bu bakımdan, tasarruf finansman sözleşmesinin genel işlem koşulu niteliğindeki hükümleri bakımından yürürlük, içerik ve yorum denetimi söz konusu olacaktır⁴².

Tasarruf finansman sözleşmesinin unsurlarını belirlemek için Kanun ve Yönetmelik hükümlerini birlikte değerlendirmek gerekmektedir. FKFFTFŞK m.39/A/5 ve Yönetmelik m.16/4 hükümleri tasarruf finansman sözleşmesinde bulunması gereken asgarî unsurları düzenleme altına almıştır. Bu hükümlere göre, konut, çatılı işyeri veya taşıt olarak belirlenmiş finansman konusuna, tutarlara (sözleşmenin tutarı, asgari tasarruf oranı, finansman tutarı, varsa finansman maliyeti ve toplam geri ödeme tutarı), vadeye (tasarruf dönemi ile finansman dönemi vadeleri, öngörülen tahsisat tarihi ve finansman geri ödeme tarihleri), finansman tarihi itibarıyla finansman dönemi için talep edilmesi öngörülen teminatlara⁴³, organizasyon ücretine, (varsa) tasarruf dönemi için müşteriye sağlanacak getiriye, gelir, maliyet ve masraflara, konut, çatılı iş yeri veya taşıt edinimine yönelik tasarruf etme ve

⁴¹ ENDES SELVİ, s. 449.

⁴² EREN, Genel Hükümler, s. 234 vd.; OĞUZMAN/ ÖZ, C. 1, s. 169 vd.; FURRER/ ÇETİNER/ MULLER-CHEN, s. 135 vd. Ayrıca bkz., YENİOCAK, Umut, "Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi", TBB. Dergisi, Y. 26, S. 107, 2013, s. 75-96; AKÇAAL, Mehmet, "Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme", AHBVÜHFD., C. 18, S. 1, 2014, s. 49-70, s. 55 vd.

⁴³ Teminatlara ilişkin olarak, 7292 Sayılı Kanun ile 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 26 ncı maddesine ek bir fıkra eklenmiştir. Bu hükme göre, "21/11/2012 tarihli ve 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu kapsamındaki tasarruf finansman şirketleri tarafından müşterilere sağlanan veya sağlanacak finansmana karşılık teminat gösterilen taşınmazların ipotek işlemleri, tarafların istemi hâlinde, imzalanan tasarruf finansman sözleşmesine istinaden tapu müdürlüklerinde tapuya tescil olunur". Bu hükümde her ne kadar şirket lehine tescile bağlı bir kanunî ipotek hakkı öngörüldüğü düşünülebilirse de hükümde geçen *tarafların istemi hâlinde* ifadesi, söz konusu ipotegün tescili için taşınmaz maliki olan müşterinin de tescil talebini gerektirir. Bkz., ÖZTÜRK, Muammer, s. 165.

finansman kullandırma dönem ve koşullarına, iade süre ve şartlarına, temerrüde, cayma hakkının kullanımına, sözleşmenin sona ermesine, feshine, mirasçılara intikaline, üçüncü taraflara devrine, tarafların hak ve yükümlülüklerine ilişkin hükümlere sözleşmede yer verilmesi zorunludur. Öyleyse, tasarruf finansman sözleşmesinin kanunda yapılan bu tanımından yola çıkarak sözleşmenin objektif esaslı unsurları, “konut, çatılı işyeri veya taşıt edinmeye yönelik faizsiz finansman sağlanması, şirketin müşteriye ait birikmiş tasarruf tutarını yönetmesi, müşterinin aldığı finansmanı belirli bir ödeme planı çerçevesinde geri ödemesi, şirketin organizasyon ücreti alma hakkı”dır⁴⁴. Bu zorunlu unsurlardan çalışmanın özünü oluşturması bakımından organizasyon ücretine ve bu ücretin iadesine ilişkin detaylara aşağıda yer verilmiştir.

B. ORGANİZASYON ÜCRETİ KAVRAMI

Tasarruf finansman sözleşmesinin kanunî tanımı dikkate alındığında müşteri, şirketin kendi adına yürüttüğü tasarruf faaliyetleri kapsamında ve tasarruf fon havuzunun yönetimi karşılığında şirkete bir ücret ödemek zorundadır (FKFFTFŞK m.39/A/1). İşte, müşterilerin tasarruf finansman sözleşmesi kapsamında tasarruf finansman faaliyeti ve tasarruf fon havuzunun yönetimi karşılığında şirkete ödeyecekleri bu tutara organizasyon ücreti denir (FKFFTFŞK m.3/1, j).

Kanunun 39/A/5 hükmü uyarınca, “Tasarruf finansman sözleşmelerinde asgarî olarak tutarlara, vadeye, organizasyon ücretine, gelir, maliyet ve masraflara, konut, çatılı iş yeri veya taşıt edinimine yönelik tasarruf etme ve finansman kullandırma dönem ve koşullarına, iade süre ve şartlarına, temerrüde cayma hakkının kullanımına, sözleşmenin sona ermesine, feshine, mirasçılara intikaline üçüncü taraflara devrine, tarafların hak ve yükümlülüklerine ilişkin hükümler yer alır”. Yönetmeliğin 15/1 hükmünde ise, “Şirketler, tasarruf finansman faaliyetinin kapsam ve işleyişi ile sözleşmelerinin genel çerçevesini belirlemek üzere, genel faaliyet ilkelerini düzenleyen bir doküman hazırlamak ve faaliyetlerini bu dokümana göre sürdürmek zorundadır”. Aynı hükmün ikinci fıkrasına göre, “Genel faaliyet ilkeleri dokümanı asgarî olarak tasarruf finansman sözleşmesi kapsamında müşterinin biriktirmesi gereken toplam tasarruf tutarı ile tasarruf döneminden sonra hak kazanılan finansman miktarına, organizasyon

⁴⁴ ENDES SELVİ, s. 445; TAŞATAN, s. 273. Ayrıca bkz., BAŞARAN BROOKS, s. 11; ÖZTÜRK, Muammer, s. 152; HURMA, s. 123 vd.; YILDIRIM, s. 89 vd.

ücreti ve masraflar ile varsa sözleşme kapsamındaki diğer getiri ve maliyetlere ilişkin hesaplama yöntemlerine”, ilişkin gerekli açıklamaları içerir. Yine, Yönetmeliğin 16/4, hükmünde sözleşmenin asgarî içeriği düzenlenmiştir. Hükmün (f) bendine göre, “organizasyon ücreti ve kullanılacak finansmana ilişkin teminatın değerlendirme ücreti ile diğer masraf kalemlerine ve bunlara ilişkin oran ve tutarlara” ilişkin koşul ve hükümler bu asgarî içeriktendir.

Yönetmeliğin 17/7 hükmüne göre, şirket organizasyon ücreti dışında müşteriyi ödeme yükümlülüğü altına sokacak başkaca bir talepte bulunamaz. Ayrıca, Yönetmeliğin 29 uncu maddesine ilk fıkrasına göre, şirketler, sundukları her bir sözleşme için, organizasyon ücreti ve diğer masraflar da dâhil edilerek toplam maliyet hesaplanması suretiyle tarife oluşturmak ve müşterileri sözleşme kapsamındaki maliyetler hakkında bilgilendirmekle yükümlüdür. Bu düzenlemelerden anlaşılacağı üzere, organizasyon ücreti, şirketin genel faaliyet ilkeleri dokümanı kapsamında faaliyete başlamadan önce Kurum’un onayını alması gereken asgarî unsurlardan biridir.

Organizasyon ücreti, sözleşmenin asgarî unsurlarından yani esaslı unsurlarından biri olduğuna göre, taraflarca sözleşme kapsamında şirketin kendi edimi karşılığında alacağı organizasyon ücreti kararlaştırılmalıdır⁴⁵. Yukarıda bahsi geçen hükümler ve tasarruf finansman sözleşmesinin tanımı birlikte değerlendirildiğinde müşterinin ödemekle yükümlü olduğu sözleşmeden doğan aslî edim yükümlülükleri, finansmanı yani birikimi ve organizasyon ücretini ödeme borcudur⁴⁶.

Ne Kanun’da ne de Yönetmelik’te organizasyon ücretinin ödenme zamanı ve şekline ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. TBK m.90 hükmüne göre, “İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukukî ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur”. Genel nitelikteki bu hüküm gereğince, aksi sözleşme ile kararlaştırılmadıkça, müşteri sözleşmenin kurulmasıyla beraber organizasyon ücretini ödeme yükümlülüğü altına girmiş olur.

Öte yandan, Yönetmeliğin 17/3 hükmüne göre, “Grup müşterilerinin tahsisat tarihleri, grup için öngörülen toplam ay sayısı üzerinden yapılan çekilişe göre belirlenir. Grubun ay sayısı ile müşteri

⁴⁵ ENDES SELVİ, s. 447; HURMA, s. 125; YILDIRIM, s. 99.

⁴⁶ ENDES SELVİ, s. 454; HURMA, s. 126; YILDIRIM, s. 99-100.

sayısının eşit olması zorunlu değildir. Çekilişli gruplarda, grubun toplam tasarruf ay sayısının asgarî yüzde kırkı kadar sözleşme ilişkisi kurulmuş müşteri bulunması zorunludur. Bu oranı henüz karşılamayan gruplarda tasarruf dönemi başlatılamaz, müşterilerden tasarruf ödemesi ve organizasyon ücreti alınmaz". Hükmün açık ifadesine göre, tasarruf finansman şirketi, grup müşterilerden tasarruf döneminin başladığı andan itibaren organizasyon ücreti talep edebilir. Bir diğer ifade ile tasarruf dönemi başlamadan müşteri için ödeme yükümlülüğü söz konusu olmaz.

Organizasyon ücretinin peşin mi yoksa taksitler halinde mi ödenmesi gerektiği hususunda da bir yasal sınırlama olmadığı için sözleşme serbestisi ilkesi gereği taraflar ödemenin peşin veya taksitli yapılmasına ilişkin kararlaştırma yapabilirler. Şüphesiz, bu kararlaştırmanın Kurum'un onayladığı genel faaliyet ilkeleri dokümanında yer alması gerekir⁴⁷.

II. TASARRUF FİNANSMAN SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ SEBEBİ İLE BİRİKİM VE ORGANİZASYON ÜCRETİNİN İADESİ

A. GENEL OLARAK SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

Bütün sözleşmelerde olduğu gibi tasarruf finansman sözleşmesinin sona ermesi hususunda da öncelikle Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeyi dikkate almak gerekir. Kanunda sona ermeye ilişkin düzenleme, TBK m.132-161 arasında yer almaktadır. Ancak, TBK m.132 vd. hükümlerinin yer aldığı Türk Borçlar Kanunu'nun Üçüncü Bölümünün başlığı, "*Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Zamanaşımı*" şeklindedir. Üçüncü Bölümün Birinci Ayrımı ise "*Borcun Sona Erme Hâlleri*" şeklindedir. Bu düzenleme, bazı yönlerden eksik bir düzenleme olarak eleştirilmektedir. Gerçekten, incelendiğinde görüleceği üzere burada yer alan kurumlar, yalnızca borcun dar anlamda sona ermesini düzenlemektedir⁴⁸. Ancak, nedense bölüm başlığı, "*Borcun ve Borç İlişkisinin Sona Ermesi*" şeklinde kaleme alınmıştır.

Borcun sona ermesi, "*dar ve geniş*" anlamda olmak üzere iki anlama gelir. Borcun dar anlamda sona ermesi ile geniş anlamda sona

⁴⁷ Aynı yönde bkz., ENDES SELVİ, s. 455.

⁴⁸ EREN, Genel Hükümler, s. 1413; OĞUZMAN/ ÖZ, C. 1, s. 558; KILIÇOĞLU, s. 1057; AYAN, s. 502; FURRER/ MULLER-CHEN/ ÇETİNER, s. 679; AKINCI, s. 399.

ermesi aynı şey değildir. Borcun dar anlamda sona ermesi, ilgili borç ilişkisinden doğan münferit bir edimin ifa edilmesi anlamına gelmekte olup bu durum kural olarak borç ilişkisini sona erdirmez⁴⁹. Borcu dar anlamda sona erdiren hâller, borcun yenilenmesi, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, ibra, takas, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık ve zamanaşımındır⁵⁰.

Geniş anlamda borç ilişkisinin sona ermesi, taraflar arasındaki münferit bir edimin ifasını değil sözleşme ilişkisinin tamamıyla sona ermesini ifade etmektedir. Yani münferit bir borcun sona ermesi, her zaman taraflar arasındaki borcun sona ermesi anlamına gelmez. Örneğin, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde durum böyledir. Bu türden sözleşmelerde dönemsel ifalar sadece ilgili borcu sona erdirirken borç ilişkisini sona erdirmez. Bu durum çalışma konusu olan tasarruf finansman sözleşmesi için de geçerlidir. Bu sözleşmede, müşterinin düzenli ve belirli bir zaman dilimi için de genellikle aylık taksitlerle yaptığı ödeme sözleşme ilişkisini sona erdirmez. Yalnızca ilgili dönemsel borcu sona erdirir.

Kanunî düzenlemede (TBK m.132-161) borcun dar anlamda sona ermesi düzenlendiği hâlde, borcun geniş anlamda sona ermesi düzenlenmiş değildir. Bu sebeple, aşağıda, tasarruf finansman sözleşmesini sona erdiren sebepler, diğer bir ifade ile taraflar arasındaki borç ilişkisini sona erdiren sebeplerden birikim ve organizasyon ücretinin iadesini gerektiren sebepler ele alınacaktır.

Her sözleşme gibi ilke olarak tasarruf finansman sözleşmesini sona erdiren sebepler, bozma sözleşmesi, fesih ve iptaldir⁵¹. Hatırlatmak gerekir ki, bozucu koşula bağlı yapılan sözleşmelerde bozucu koşulun

⁴⁹ EREN, Genel Hükümler, s. 1407; OĞUZMAN/ ÖZ, C. 1, s. 558; KILIÇOĞLU, s. 1057; AYAN, s. 499; FURRER/ MULLER-CHEN/ ÇETİNER, s. 669; AKINCI, s. 395.

⁵⁰ EREN, Genel Hükümler, s. 1413; OĞUZMAN/ ÖZ, C. 1, s. 558; KILIÇOĞLU, s. 1057-1058; AYAN, s. 502; FURRER/ MULLER-CHEN/ ÇETİNER, s. 679; AKINCI, s. 399. Aslında, borcun sona ermesine ilişkin olarak bu ayırımda düzenlenen sebepler eksiktir. Örneğin, borcu sona erdiren hâllerden biri olarak ilk akla gelen ifanın bu kısımda yer almaması, ifaya TBK m. 83 ve devamı hükümlerinde ayrıntılı olarak yer verilmesinden kaynaklanmaktadır. Yine, bu ayırımda borçlunun tevdi yetkisi, ifa yerine edim gibi borcu dar anlamda sona erdiren diğer hâllere de yer verilmemiştir. Ancak, birikim ve organizasyon ücretinin iadesi bakımından ifa ile borcun sona ermesinin bir değeri olmadığı için bu konuda detaya girilmemiştir.

⁵¹ OĞUZMAN/ ÖZ, C. 1, s. 556 ve dn. 1; EREN, Genel Hükümler, s. 1407; AKINCI, s. 395; AYAN, s. 500; FURRER/ MULLER-CHEN/ ÇETİNER, s. 679.

gerçekleşmesi, şirketin iflâs etmesi, acze düşmesi de borç ilişkisini sona erdirebilecektir (TBK m.98)⁵². Bu sebeplerden tasarruf finansman sözleşmesinin sona ermesi bakımından şüphesiz en sık karşılaşılan sözleşmenin feshi ya da cayma hakkının kullanılması ile sözleşmenin sona ermesidir. Bu başlıkta diğer sona erme hâlleri ve cayma hakkı sözleşme özelinde iade borcu doğurmaları bakımından ele alınmış, feshe ise önemine binaen ayrı bir başlık altında yer verilmiştir.

Uygulamada pek karşılaşılmaya da her sözleşme gibi tasarruf finansman sözleşmesi de bozucu koşula bağlı olarak kurulabilir. Bu durumda, hükümlerini doğurmakta olan bir sözleşmenin sona ermesi, geleceğe ilişkin ve gerçekleşmesi objektif olarak şüpheli bir olaya bağlanmıştır. Yani, ilgili koşulun gerçekleşmesi ile kurulmuş ve geçerli olarak hüküm doğuran sözleşme sona erecektir (TBK m.173/2). Örneğin, konut ihtiyacı için kurulan bir tasarruf finansman sözleşmesinin, enflasyonun belirli bir değerin üzerine çıkması durumunda sona ereceği taraflarca kararlaştırılmışsa, sözleşme bozucu koşula bağlanmış demektir. Bu örnekte, enflasyonun yüzde seksen ve üzeri değerlere çıkması durumunda sözleşmenin hükümden düşeceği kararlaştırılmışsa ve koşul gerçekleşmişse sözleşme kendiliğinden sona erecektir. Aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşmenin ortadan kalkması ileriye etkili olacaktır (TBK m.173/3). Bu sebeple, aksi sözleşmeyle kararlaştırılmadıkça yerine getirilen edimler koşulun gerçekleşmesine rağmen hükümsüz hâle gelmez, aksine geçerliliklerini korur⁵³. Öğretide, sona ermeye bağlanan sonuçlar, fesihteki gibi değerlendirilmektedir. Buna göre, sürekli edimli sözleşmelerde ileriye etkili ortadan kalkma kuralı geçerli olduğundan bu özelliği taşıyan tasarruf finansman

⁵² Hüküm uyarınca, borçlu hakkında söz konusu olan iflâs veya icra takibinin sonuçsuz kalması durumunda diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse, hakkı tehlikeye düşen taraf kendisine teminat verilmeye kadar ifadan kaçınma veya uygun sürede teminat verilmemişse sözleşmeyi fesih hakkına sahiptir. Bkz., **SELİÇİ**, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, s. 86; **ALTINOK ORMANCI**, Pınar, Sürekli Borç İlişkisinin Haklı Sebep Feshi, İstanbul 2011, s. 88. Bu durumlarda da iade borcuna sebep olan sona erme hâli fesih olacağı için ayrıca açıklama yapılmamıştır.

⁵³ **EREN**, Genel Hükümler, s. 1410; **OĞUZMAN/ ÖZ**, C. I, s. 546; **ANTALYA**, Gökhan, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. V/ 1, 3, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 612; **SİRMEN**, Lale, Türk Özel Hukukunda Şart, İstanbul 1992, 179, 180.

sözleşmesi de bozucu koşulun gerçekleşmesi⁵⁴ ile ileriye etkili olarak ortadan kalkacak birikim ve organizasyon ücretinin iadesi sorunu ortaya çıkacaktır.

Tarafların sözleşme hürriyeti çerçevesinde kurdukları bir sözleşmeyi aynı mantıkla sona erdirebilmeleri de mümkündür. Şüphesiz, bunun için tarafların eski sözleşmeyi ortadan kaldırmak üzere yeni bir sözleşme yapmaları şarttır. Mevcut bir sözleşmeyi ortadan kaldırmak için yapılan bu ikinci sözleşme, bozma sözleşmesi (ikale-sözleşmeyi ortadan kaldırma sözleşmesi) olarak adlandırılır⁵⁵. Bozma sözleşmesi, hukukî niteliği bakımından bir tasarruf işlemi olduğu ve bu sözleşme ile tasarruf finansman sözleşmesinin hükümleri ortadan kalkacağı için bozmadan doğrudan doğruya tarafların malvarlığı etkilenecektir⁵⁶. Yani, sözleşmesinin bozulması ile sözleşmeden doğan alacak hakları ortadan kalkmak suretiyle sona ermektedir⁵⁷. Sözleşmeye aksi yönde hüküm koymak mümkün olmakla birlikte şirket bakımından sürekli edimli olan tasarruf finansman sözleşmesi ileriye etkili olarak ortadan kalkacaktır.

Sözleşmenin iptali de borç ilişkisini sona erdiren bir diğer müessesedir. İptal, geçerli olarak kurulmuş tasarruf finansman sözleşmesini, taraflarından birinin, hukuk düzeninin öngördüğü koşullar çerçevesinde tek taraflı bir irade açıklamasında bulunmak suretiyle kural olarak geçmişe etkili olacak şekilde ortadan kaldırmasıdır (TBK m.28; 30-39)⁵⁸. Ancak, bu kuralın ani edimli

⁵⁴ Somut olayda kararlaştırılmış olan bozucu koşulun gerçekleşmeyeceği kesin olarak anlaşılırsa, örneğin, koşulun gerçekleşme ihtimali artık söz konusu değilse ya da koşul imkânsızlaşmışsa, artık sözleşme koşula bağlı olarak sona ermeyecektir. Bozucu koşula bağlı olarak yapılan tasarruf finansman sözleşmesi koşulsuz yapılmış sayılır ve kesin olarak geçerliliğini sürdürür.

⁵⁵ **EREN**, Genel Hükümler, s. 1408; **ANTALYA**, C. 3, s. 613; **SELİÇİ**, s. 104. Ayrıca bkz., **ŞAVAŞ**, Abdurrahman, Türk Borçlar Hukukunda İkale Sözleşmesi, TAAD., C. 7, S. 26, 2016, s. 105-141, s. 111; **TURANBOY**, K. Nuri, İbra Sözleşmesi, Ankara 1998, s. 35; **AKSU**, Mustafa, Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yeniliklerden İbra, <https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/4-Mustafa-AKSU.pdf> (erişim tarihi: 01.04.2018), s. 111.

⁵⁶ Mahkeme dışında yapılan sulh ve konkordato sözleşmeleri de bozma sözleşmesi gibi sonuçlar doğurur. Bkz., **EREN**, Genel Hükümler, s. 1409.

⁵⁷ **EREN**, Genel Hükümler, s. 1409; **ANTALYA**, C. 3, s. 613; **AYAN**, s. 500; **AKINCI**, s. 396; **TURANBOY**, s. 39; **ŞAVAŞ**, s. 114; **AKSU**, İbra, s. 112.

⁵⁸ **KOCAYUSUPFAŞAOĞLU**, C. 1, s. 436; **EREN**, Genel Hükümler, s. 459; **OĞUZMAN/ ÖZ**, C. 1, s. 185; **AKINCI**, s. 154; **KILIÇOĞLU**, s. 262; **AYAN**, s. 145.

sözleşmelerde geçerli olduğu, iptal edilen sözleşmenin, sürekli edimli sözleşmelerde bu arada tasarruf finansman sözleşmesinde, ileriye etkili olarak ortadan kalkacağı belirtilmelidir⁵⁹.

Pek çok tüketici sözleşmesinde olduğu gibi tasarruf finansman sözleşmesi açısından da cayma hakkı hem Kanunda hem de Yönetmelikte özel olarak düzenleme altına alınmıştır. Cayma hakkına ilişkin düzenleme, Kanunun 39/A/3 hükmünde ve Yönetmeliğin 17 nci maddesinin sekizinci fıkrasında yer almaktadır. Konu ile ilgili esas düzenleme olan FKFFTFŞK m.39/A/3 hükmüne göre, “Müşteri, sözleşmenin imzalanmasını⁶⁰ takip eden hak düşürücü nitelikteki⁶¹ on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezaî şart ödemeksizin tasarruf finansman sözleşmesinden cayma hakkına sahiptir”⁶².

Şüphesiz, cayma hakkının kullanılabilmesi için öncelikle müşterinin bu konuda bilgi sahibi olması gerekir. Bu durumu nazara alan kanunkoyucu, diğer tüketici sözleşmelerinde olduğu gibi, bu sözleşmede de cayma hakkı konusunda şirketi, müşterinin sözleşme öncesi bilgilendirilmesi konusunda yükümlü kılmıştır. Yönetmeliğin m.16/5 hükmüne göre şirketin, sözleşmenin kurulmasından önce ancak en az bir gün evvel, sözleşmenin asgarî unsurlarını içeren bir ön bilgilendirme metnini müşterisine iletme zorundadır. Yönetmelik m.16/4 hükmüne göre de cayma hakkı, tasarruf finansman sözleşmesinin asgarî unsurlarından biridir. Bu sebeple, sözleşmenin kurulmasından en az bir gün önce, şirket tarafından müşterinin cayma

⁵⁹ OĞUZMAN/ ÖZ, C. 1, s. 189-190. Tasarruf finansman sözleşmesi, sürekli edimli bir sözleşme olduğu için iptalin etkisi geçmişe değil ileri etkili olacak ve sözleşmede geçmişteki edimlere ilişkin iade borcu söz konusu olmayacaktır ki bu zaten mümkün de değildir. Zira, niteliği gereği finansman şirketinin ediminin iadesi mümkün değildir.

⁶⁰ Tasarruf finansman sözleşmesinin, yazılı şeklin yerine geçebilecek bir şekilde düzenlenebileceğine ilişkin FKFFTFŞK m. 39/A/2 hükmünün hemen ardından cayma hakkına ilişkin bu hükümde, yalnızca yazılı şekle özgü olan imzalanma ânının sürenin başlangıcı ânı olarak esas alınması, kanun yapma tekniği bakımından isabetli olmamıştır. Bkz., TAŞATAN, s. 274.

⁶¹ HURMA, s. 171; YILDIRIM, s. 84.

⁶² Cayma hakkı, 7292 sayılı Kanun’un 7 nci maddesi ile Kanuna eklenen 39/A/3 hükmünde düzenlenmiştir. Kanunun yürürlük tarihi, yayımı tarihi olan 07.03.2021’dir. Bu sebeple, cayma hakkı bu tarihten sonra kurulan tasarruf finansman sözleşmeleri için söz konusu olacaktır. Bu tarihten önce kurulan sözleşmeler için cayma hakkından bahsetmek mümkün değildir.

hakkını da içeren bir ön bilgilendirme formunun müşteriye iletilmesi zorunludur. Ayrıca, bilgilendirme formlarında tarih ve devam eden belge numarasının yer alması gereklidir.

Kanun ve Yönetmelikte müşterinin cayma hakkını kullanmasına ilişkin bir şart getirilmiş değildir. Bu sebeple, cayma hakkının kullanılması bir şekilde tâbi olmasa da ileride çıkabilecek ispat güçlükleri sebebi ile en azından cayma bildirimini yazılı şekilde veya kalıcı veri saklayıcı⁶³ ile yapılması önerilebilir⁶⁴.

Bozucu yenilik doğuran bir hak olarak cayma hakkı, yenilik doğuran haklara ilişkin ilkeler çerçevesinde karşı tarafın hâkimiyet alanına ulaşmakla hukukî sonuçlarını doğuracaktır. Bu tespiti, cayma hakkını düzenleyen 39/A/3 hükmünde geçen "...cayma kararının bildirilmesinden itibaren..." ifadesi de desteklemektedir. Ancak, hakkın hukukî etkisi muhataba ulaşmakla ortaya çıkıyorsa da bu cayma bildirimini ön dört gün içinde karşı tarafa ulaşmasına ilişkin bir gereklilik olarak anlaşılmamalıdır. Kural olarak cayma hakkının müşteriye tanınan yasal süre içinde muhatap şirkete yöneltilmesi yeterlidir⁶⁵. Cayma hakkının yasal süre olan on dört gün içinde muhataba ulaşmış olması bir şart olarak aranıp posta vb. sebeplerle yaşanan gecikmeler müşteri aleyhine sonuç doğurmamalıdır.

FKFFTFŞK m.39/A/3, c.2'ye göre, "müşterinin söz konusu cayma hakkını kullanması hâlinde şirket, organizasyon ücreti dâhil müşteriden aldığı tutarın tamamını cayma kararının bildirilmesinden itibaren on

⁶³ TKHK m.3/1, f hükmüne göre, kalıcı veri saklayıcısı, tüketicinin gönderdiği veya kendisine gönderilen bilgiyi, bu bilginin amacına uygun olarak makul bir süre incelemesine elverecek şekilde kaydedilmesini ve değiştirilmeden kopyalanmasını sağlayan ve bu bilgiye aynen ulaşılmasına imkân veren kısa mesaj, elektronik posta, internet, disk, CD, DVD, hafıza kartı ve benzeri her türlü araç veya ortamı ifade eder. Tüketici işlemlerinde geçerli olan yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı ile kullanılması öngörülen cayma hakkının bu düzenleme ile bir ispat şekline bağlı olduğu kabulünden yola çıkarak aynı durumun tasarruf finansman sözleşmesi için de geçerli olduğu savunulabilir.

⁶⁴ **HURMA**, s. 173.

⁶⁵ Yalnızca tüketiciler için söz konusu olmak üzere, TKHK kapsamında yer alan bazı tüketici sözleşmelerinde öngörülen cayma hakkının kanunda öngörülen yasal süre içinde muhataba yöneltilmesinin yeterli görülmesi (TKHK m.18/2; 24/2; 43/1; 47/5; 48/4) cayma hakkı konusunda bir kural olarak kabul edilmeli ve burada da aynı şekilde cayma hakkının yasal süre içerisinde muhatap şirkete yöneltilmesi, bu süre içinde varması aranmaksızın yeterli sayılmalıdır. Aynı yönde bkz., **TAŞATAN**, s. 274; **YILDIRIM**, s. 84. Karşı yönde bkz., **HURMA**, s. 173.

dört gün içinde iade etmekle yükümlüdür". Yönetmelik m.17/8 hükmüne göre, müşterinin, sözleşmeden cayma hakkını kullanması durumunda organizasyon ücreti de dâhil hiçbir kesinti yapılmaksızın yaptığı tüm ödemelerin, cayma kararının şirkete bildirilmesinden itibaren on dört gün içinde müşteriye iade edilir. Hükmün açık ifadesi gereği cayma hakkının usulü dairesinde kullanılması durumunda şirketin birikimle birlikte organizasyon ücretini herhangi bir kesinti yapmadan ödemesi gerekir. Sözleşmenin feshedilmesi durumunun aksine, cayma hakkının kullanıldığı durumlarda iade edilecek organizasyon ücretinin miktarına ilişkin uyuşmazlık çıkmayacaktır. Fesih hakkına bağlı olarak iade sorununa aşağıda yer verilmiştir.

B. SÖZLEŞMENİN FESHİ

Fesih, sürekli bir borç ilişkisinin hukuk düzeninin öngördüğü esaslar dâhilinde tek taraflı bir irade açıklamasında bulunmak suretiyle ileriye etkili olarak ortadan kaldırılmasıdır⁶⁶. Fesih, geleceğe etkili olacak şekilde hukukî sonuçlar doğurur⁶⁷. Gerçekten, fesih hukukî niteliği itibarıyla sürekli nitelik taşıyan tasarruf finansman sözleşmesinden doğan borç ilişkisini sona erdirmeye yarayan bozucu yenilik doğuran bir haktır. Sözleşmenin feshi yönündeki irade açıklaması, muhatap şirketin hâkimiyet alanına ulaştığı anda geleceğe ilişkin olarak sözleşme ortadan kalkacaktır.

Fesih, her zaman ileriye etkili sonuçlar doğurur⁶⁸. Bu nedenle, feshedilmiş olsa bile tasarruf finansman sözleşmesi sebebiyle fesihten önce doğmuş olan alacak ve borçlar varlığını ve geçerliliklerini korur. Bir diğer ifade ile geçmişte sözleşme sebebi ile elde edilen menfaatler feshе rağmen geçerliliklerini sürdürür⁶⁹. Fesih hakkı, bozmanın aksine

⁶⁶ OĞUZMAN/ ÖZ, C. 1, s. 547; EREN, Genel Hükümler, s. 1410; SELİÇİ, s. 115; AKINCI, Borçlar, s. 396; AYAN, s. 501; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, İstanbul 2012, s. 187-188.

⁶⁷ EREN, Genel Hükümler, s. 1410; SELİÇİ, s. 115; ANTALYA, C. 3, s. 602; AKINCI, s. 292; GÜMÜŞ, II, s. 187; ARAL/ AYRANCI, s. 461; SEROZAN, Rona, Sözleşmeden Dönme, 2. Baskı, İstanbul 2007, s. 43.

⁶⁸ EREN, Genel Hükümler, s. 1410; GÜMÜŞ, II, s. 188; SEROZAN, Dönme, s. 115; SELİÇİ, s. 119.

⁶⁹ OĞUZMAN/ ÖZ, C. 1, s. 547; EREN, Genel Hükümler, s. 1410; SEROZAN, Dönme, s. 118; SELİÇİ, s. 119.

hak sahibinin tek taraflı, varması gerekli bir irade açıklaması ile kullanılır, koşula bağlanamaz, kullanıldıktan sonra da geri alınamaz⁷⁰.

Kural olarak bir sözleşmeyi fesih hakkı ya kanundan ya da tarafların iradesinden (sözleşmeden) doğar⁷¹. Kanunkoyucu, tasarruf finansman sözleşmesinin feshini özel olarak düzenlemiştir. İlgili hükme göre, herhangi bir gerekçe göstermeksizin müşterinin tasarruf finansman sözleşmesini feshedebileceği hüküm altına alınmıştır (FKFFTFŞK m.39/A/4)⁷². Görüldüğü gibi, tasarruf finansman sözleşmesinde müşterinin sözleşmeyi fesih hakkı kanundan doğan fesih hakkıdır. Hüküm, finansman şirketi karşısında sosyo-ekonomik yönden zayıf durumda olan müşteriyi korumak amacıyla getirilmiş olup emredici niteliktedir⁷³. Bu düzenleme gereğince müşteri fesih hakkını herhangi bir haklı sebep göstermesi gerekmeksizin tasarruf dönemi içinde kullanabilir. Şirketin fesih bildirimini haklı bir sebebe dayanmadığı gibi bir gerekçe ile kabul etmemesi söz konusu olmadığı gibi aynı sebeple müşteriden tazminat vb. talepleri de söz konusu değildir. Fesih hakkının kanunda bu şekilde düzenlenmiş olması, müşteriyi haksız fesih durumunda şirket tarafından kendisine yöneltilen tazminat taleplerinin muhatabı olmaktan kurtarmaktadır. Zira, Kanun fesih hakkını kural olarak yalnızca müşteri için öngörmüştür. Gerçekten, FKFFTFŞK m.39/A/4 gereğince şirketler, müşterinin sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin ihlali dışında tasarruf finansman sözleşmelerini tek taraflı olarak feshedemeyecektir. Bu durumda, yalnızca müşteri sözleşmeden doğan borçlarının ifasında

⁷⁰ EREN, Genel Hükümler, s. 1410; SELİÇİ, s. 167; ALTINOK ORMANCI, s. 181, 183.

⁷¹ SEROZAN, Dönme, s. 116; EREN, Genel Hükümler, s. 1410; AKINCI, s. 292; AYAN, s. 501.

⁷² Fesih hakkı, 7292 sayılı Kanun'un 7 nci maddesi ile Kanuna eklenen 39/A/4 hükmünde düzenlenmiştir. Kanunun yürürlük tarihi, yayımı tarihi olan 07.03.2021'dir. Bu sebeple, fesih hakkı, bu hüküm kapsamında bu tarihten sonra kurulan tasarruf finansman sözleşmeleri için söz konusu olacaktır. Bu tarihten önce kurulan sözleşmeler için fesih hakkı, genel hükümler çerçevesinde kullanılacaktır.

⁷³ ENDES SELVİ, s. 461; HURMA, s. 175-176. Tasarruf finansman şirketlerinin kanunî bir yapıya kavuşması ve bu şirketlerin kurumsallaşması sayesinde menfaat sahiplerinin etkin korunmaya kavuşmasının sağladığı yönünde bkz., GÜLERCİ, s. 1038.

temerrüde düşerse şirket, temerrüt hükümleri çerçevesinde (TBK m. 117 vd.) sözleşmeyi sona erdirebilecektir⁷⁴.

Müşteri, kanunî fesih hakkını tasarruf dönemi bitene kadar, yani finansman dönemine geçilmemiş olması kaydıyla⁷⁵ kullanabilir⁷⁶. Kanunla getirilen bu sınırlama, hâlen tasarruf döneminde olan ve finansman dönemi başlamadığı için şirkete henüz finansmanı geri ödeme borcu altına girmemiş olan müşterinin kendi birikimini özgürce talep edebilmesi mantığına dayanır⁷⁷. Bu sözleşmede dönme mümkün olsaydı taraflar arasında daha önceden ifa edilmiş edimler bakımından geri verme borcu doğacaktı. Ancak, edimin niteliği gereği tasarruf finansman sözleşmesi bakımından dönmenin mümkün olmaması, fesih mümkün olması sebebi ile sözleşme ileriye etkili olarak sona erecek; şirketin birikmiş tasarruf tutarını yönetme ve tahsisatı ödeme borçları sona erecektir. Aynı mantık çerçevesinde müşterinin de bu edimler bakımından fesih ânından sonraki dönem için organizasyon ücreti ödeme borcu kalmayacaktır.

Tasarruf finansman sözleşmesinin müşterinin feshi ile sona ermesi hâlinde şirketin iade yükümlülüğü hususunda kanun bazı sınırlamalar getirmiştir⁷⁸. Kanundaki usule uygun olarak cayma hakkını kullanan

⁷⁴ ÖZTÜRK, Muammer, s. 156; ENDES SELVİ, s. 462. Ancak, buradaki geri verme yükümlülüğünün kapsamı öğretilerdeki sözleşmeden dönme konusunda hâkim görüş olan yeni dönme görüşü çerçevesinde doğan tasfiye ilişkisindeki gibi değildir. Yeni dönme görüşüne göre, dönme ile sözleşme ortadan kalkmaz, sözleşmenin içeriği değiştirilir. Böylece, daha önce ifa edilen edimlerin iadesi yönünde taraflar arasında bir tasfiye ilişkisi ortaya çıkar. Henüz ifa edilmemiş edimler ise ortadan kalkar. Bu bakımdan, dönme, bozucu değil değiştirici yenilik doğuran bir hakktır. Bkz., SEROZAN, Dönme, s. 83-90; EREN, Genel Hükümler, s. 1411-1412; OĞUZMAN/ ÖZ, C. 1, s. 541; ANTALYA, C. 3, s. 583; AKINCI, s. 345; AYAN, s. 487.

⁷⁵ Esasında, tasarruf döneminin sona ermesinin neyi ifade ettiği belirsizdir. Bunu, tahsisatın yapılmış, finansman dönemine geçilmemiş olması biçiminde anlamak gerekir. Hükmün gerekçesinde de buna işaret edilmektedir. Bkz., TAŞATAN, s. 275.

⁷⁶ Hem Kanun hem de Yönetmelikte fesih hakkının nasıl kullanılacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Müşteri fesih iradesini, herhangi bir şekilde bağlı olmadan şirkete iletebilir. Bkz., HURMA, s. 176. Bu hususta uyuşmazlık çıkarsa ispat yükünün, sözleşmeyi geçmiş bir tarihte feshettiğini iddia eden müşteride olduğu ifade edilmelidir.

⁷⁷ Aynı yönde bkz., ENDES SELVİ, s. 461.

⁷⁸ ENDES SELVİ, s. 461.

müşterinin şirket nezdindeki tüm birikimlerini ve ayrıca ödediği organizasyon ücretinin tamamını geri alması mümkünken fesih hakkının kullanılması durumunda şirket, organizasyon ücreti dışında kalan toplam birikim tutarını, Kurulca belirlenecek süre içerisinde⁷⁹ müşteriye iade etmekle yükümlüdür⁸⁰.

Düzenleme gerek sözüyle gerek özüyle yorumlandığında, bu hükümden hiçbir durumda organizasyon ücretinin iade edilmeyeceği anlamı çıkmamaktadır⁸¹. Düzenlemede tercih edilen ifade tarzı organizasyon ücretinin iadesi bakımından iki anlama gelebilir. Bir bakıma, şirketin iade yükümlülüğünün kapsamına yalnızca müşterinin

⁷⁹ Yönetmelik m.17/8 hükmüne göre, müşterinin sözleşmeyi feshetmesi durumunda tasarrufunun ve varsa tahakkuk etmiş getirisinin iadesi, iade talep tarihinden itibaren azami altı ay içerisinde müşterinin göstereceği kendi adına açılmış banka hesabına defaten yapılır.

⁸⁰ Hükümde, birikmiş tasarruf tutarının yönetiminden elde edilen gelirin müşteriye iade edilip edilmeyeceği açık değilse de iadesinin gerektiği tartışmasızdır. Gerekçede de bu gelirin müşteriye iade edileceği açıkça ifade edilmiştir. Bu iadenin hukukî dayanağının, sebepsiz zenginleşme veya vekâletsiz işgörme olduğu yönünde bkz., TAŞATAN, s. 275. Bu iade borcunun, akdî sorumluluğa (tarafklar arasındaki sözleşmeye) dayandığı söylenebilir.

⁸¹ Bunun farkında olmalarından olsa gerek uygulamada bazı şirketlerin organizasyon ücretinin iadesini tamamen yasaklayan sözleşme hükümlerine yer verdikleri görülmektedir. Organizasyon ücretinin iadeye ilişkin açılan davalarda müşteriler tarafından bu tür sözleşme hükümlerinin haksız şart oluşturduğu ve hüküm ifade etmeyeceği savunulmaktadır. Bu yönden konuyu değerlendirmek gerekirse, tüketici işlemlerindeki sözleşmeler bakımından ise 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5 inci maddesine bakmak gerekir. Hükme göre "Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır" (TKHK m.5/1). Aynı hükmün 3 üncü fıkrasına göre "Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmeyi düzenleyen, bir standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür". Hükümden anlaşılacağı üzere feshe ve organizasyon ücretinin iade edilmeyeceğine ilişkin hükmün haksız şart olmadığını, sözleşmeyi düzenleyen ispatlaması gerekir. Bu yönde şirketin ispat yükünü yerine getiremediği durumlarda iadeyi engelleyen sözleşme hükmü kesin hükümsüz sayılacaktır (TKHK m.5/2). Bu sebeple, ücretin iadesi kısmen de olsa mümkün olabilir. Tüketici sıfatını taşımayan müşteriler bakımından genel işlem koşulu niteliğinde olan bu türden şartlar içerik denetiminden geçemeyecektir. Yani tüketici olmayan müşteriler bakımından da genel işlem koşulunun varlığı durumunda aynı sonuca varmak gerekir.

ödeme planına riayet ederek şirket nezdinde yapmış olduğu tasarruf birikimleri dahildir. Şirket, feshi kadarki zaman zarfında sözleşmenin bir gereği olarak müşterinin tasarruf fon havuzunda biriken yatırımlarını yönetme borcunu ifa etmiştir. Bu sebeple, sözleşme gereğince müşteri, şirketin bu yönetim edimine karşılık organizasyon ücreti ödemeyi borçlanmıştır. Yani fesih hakkı, ifa edilen edimlerin iadesini gerektirmez⁸².

Başka bir açıdan bakıldığında, şirketin organizasyon ücretinin tamamını değilse bile bir kısmını iade etmesi gerektiği savunulabilir⁸³. Zira, organizasyon ücreti şirketin müşteriye sağladığı tasarruf finansman faaliyeti ve tasarruf fon havuzunun yönetimi için tasarruf dönemi boyunca müşteriden aldığı ücrettir. Bu ücret, müşteri tarafından genelde peşin olarak tasarruf döneminin tamamı için ödendiğinden, dönemin tamamlanmasından önce sözleşmenin müşteri tarafından feshi ve dolayısıyla sözleşmenin ileri etkili olarak ortadan kalkması o ana kadar ifa edilmiş edimler için organizasyon ücretinin hak edilmesi anlamına gelse de fesihden sonra kalan süre için bir hak ediş anlamına gelmez. Bu sebeple, müşterinin sözleşmeyi feshetmesi durumunda, şirketin fesih ânına kadar sunulan ediminin karşılığı olan organizasyon ücretini iade etmesi gerekmez ise de ücretin kalan döneme denk gelen kısmını iade etmesi gerekir.

Aslında, bu tartışma, kanundaki düzenlemenin açık olmamasından, ifadeden kesin bir anlam çıkarılmamasından kaynaklanmaktadır. Uygulamada, bu yönde açılan davalarda istinaf merci olarak Bölge Adliye Mahkemeleri'nin organizasyon ücretinin orantı kurmak suretiyle iadesi yönünde kararları⁸⁴ olduğu gibi iade

⁸² HURMA, s. 127, 179. Olan hukuk açısından organizasyon ücretinin iadesinin mümkün olmadığı, olması gereken hukuk açısından iadenin gerektiği yönünde bkz., TAŞATAN, s. 275.

⁸³ ENDES SELVİ, s. 462, dn. 44.

⁸⁴ Gaziantep BAM, 13. HD., 23.6.2022, E. 2022/1472 K. 2022/1143, "...somut olaya bakıldığında, davacının dava dilekçesinde organizasyon ücreti olarak ödediği tutarın toplam 22.093,00 TL olduğunu belirttiği, ödenen bedel hususunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmadığı, davalı tarafından bedelin bir kısmının iade edildiği, ayrıca organizasyonda kaldığı süreyi dikkate alarak iade edilmesi gereken tutarı hesapladığı, davacının dava dilekçesinde dayandığı vakalar itibarıyla ve "çoğun içinde az da vardır" kuralı gereğince davalının organizasyon ücretinin iade edilmemesi gerektiği yönündeki istinaf talebi de dikkate alındığında, davacının dava dilekçesindeki organizasyon içerisinde kaldığı sürenin mahsubuna yönelik kabulü, ayrıca davacının 7 kez kuraya katılmak suretiyle organizasyondan

talebinin tamamen reddini doğru bulan kararları⁸⁵ da bulunmaktadır. Bu hususta yapılan araştırmaya rağmen bir Yargıtay kararına rastlanmamıştır⁸⁶.

Hakkaniyete daha uygun olduğu için organizasyon ücretinin taraflarca belirlenen sözleşme süresinin tamamı için ödendiğinin kabulünden yola çıkarak dönemin tamamlanmasından önce gerçekleşen fesihlerde orantı kurmak suretiyle ücretin bir kısmının iadesine karar verilmesi gerekir. Aşağıda, bir örnek üzerinden bu şekilde yapılacak hesaplama izah edilmeye çalışılmıştır.

C. ORGANİZASYON ÜCRETİNİN İADESİNDE KULLANILAN HESAPLAMA YÖNTEMİ

Tasarruf finansman sözleşmenin feshi durumunda taraflar arasında var olan sözleşme ilişkisi sona erecek ve bu sona erme sebebi ile sözleşmeden doğan karşılıklı edim yükümlülüğü nitelik değiştirerek

faydalanması, davacıya dava öncesi iade edilen çalışma bedeli tutarı, bakiye kalan tutar yönünden sözleşmelerin birbirinin devamı olması da dikkate alındığında oranlamaya göre davacının talep edebileceği tutarın 11.400 TL olduğu tespit edilmekle bu miktar yönünden davanın kısmen kabulüne karar verilmesi gerekirken mahkemece daha fazlasına hükmedilmesi doğru görülmemiştir..." (lexpera.com.tr, erişim tarihi: 31.08.2023).

⁸⁵ Ankara BAM, 3. HD., 15.6.2022, E. 2021/909 K. 2022/1589 "...Sözleşmenin "Ayrılma ve Devir" başlıklı 10. maddesinde; "Çekilişe giren müşteri ayrılmak isterse ödediği taksitler ve peşinat (varsa) iade edilir. Organizasyon ücreti iade edilmez" düzenlemesine yer verilmiş olup, davacı katılımcı organizasyon bedeli ve taksit ödemesi olmak üzere toplam 19.000,00 TL ödeme yapmıştır. Davacı, sistemde yaklaşık 13 ay kalmış, birden fazla çekilişe katılmış, çekiliş sonrası gönderdiği ihtarname ile sözleşmeyi feshettiğini ve ödediği tüm bedellerin iadesini talep etmiştir. Sözleşmede öngörülen vade, davacının sistemde kaldığı süre ve çekilişin yapılmış olmasına göre, sözleşmenin az yukarıda anılan 7. maddesi hükmü uyarınca, davacının, organizasyon ücretinin iadesini isteyemeyeceği anlaşılmakta olup sözleşmede kararlaştırılan organizasyon ücretinin ise talep edilen miktardan fazla olduğu gözetilerek, konusuz kalan kısımdan bakiye kalan 8.203,36 TL yönünden davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yanılığılı gerekçeyle kabulüne karar verilmesi isabetsiz olmuştur..." (lexpera.com.tr, erişim tarihi: 31.08.2023). Bu kararda, mahkemenin ilgili kanun hükmünü yorumlamak suretiyle değil sözleşmede yer alan organizasyon ücretinin iadesini isteyemeyeceği yönündeki hükmü esas alarak iadenin yapılmayacağına karar vermiş olduğuna dikkat çekmek gerekir. Bu arada, mahkeme, bu sözleşme hükmünün haksız şart ya da genel işlem koşulu oluşturup oluşturmadığını değerlendirmemiştir.

⁸⁶ Yeni bir hukukî müessese olması sebebi ortaya çıkan uyuşmazlıklar hakkında yerleşik bir Bölge Adliye Mahkemesi veya Yargıtay içtihadının bulunduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Aynı yönde bkz., TAŞATAN, s. 272.

iade borcuna dönüşecektir⁸⁷. Bu bakımdan müşterinin şirketten fesih ânına kadar söz konusu olan birikim miktarını ve organizasyon ücretinin bir kısmını talep etme hakkı doğacaktır. Bu yönde açılan davalar, müşteri tarafından sözleşmenin feshi sebebi ile iade edilmeyen kısmî organizasyon ücreti ve ödenen toplam birikimin iadesine ilişkindir. Uygulamada, genelde birikim miktarının iadesi ile ilgili uyuşmazlık yaşanmamaktadır. Zira, müşteri tarafından fesih ânına kadar ödenen birikim miktarı taraflar arasındaki sözleşme ve banka hesap hareketleri vb. aracılığıyla kolayca hesaplanabilir.

Uygulamada, mahkemelerin bu hususta yaptıkları bilirkişi görevlendirmelerinde, taraflar arasındaki sözleşmenin süresi dikkate alınarak davacının sözleşmeden ayrıldığı tarihe kadar sözleşmede kaldığı süre ile organizasyon ücreti dikkate alınarak sözleşmede kalınan süreye isabet eden organizasyon ücretinin ve toplam ödenen taksit ve peşinat miktarının belirlenmesi istemli rapor talep ettikleri görülmektedir.

Bu görevlendirmedeki gibi bir hesaplama yapmak için ilk ihtiyaç duyulan veri sözleşmenin süresi olacaktır. Bundan sonra toplam ödenen organizasyon ücreti bedeline ihtiyaç vardır. Hesaplama yapılacak son veri ise, fesih tarihidir. Örnek bir olayda, sözleşme süresi on yıl, ödenen organizasyon ücreti 25.550 TL ve fesih tarihi⁸⁸ itibarıyla hizmetten yararlanan zaman dilimi dört yıl, dört ay yirmi gün olsun. Buna göre hesaplama şu şekilde yapılacaktır:

Öncelikle şirketin günlük aldığı organizasyon ücreti⁸⁹ bulunur. Yukarıdaki bilgilere göre, hizmetten yararlanan süre olan dört yıl dört ay yirmi gün, gün olarak hesaplandığında $(4 \times 365) + (4 \times 30) + 20 = 1600$ gün eder.

⁸⁷ EREN, Genel Hükümler, s. 1264; OĞUZMAN/ ÖZ, C. 1, s. 545-546; ANTALYA, C. 3, s. 602; AKINCI, s. 345-346; AYAN, s. 487.

⁸⁸ Uygulamada, şirketlerin fesih ânının daha geç belirlenmesi için sözleşmelerinde, fesih ânının bu yöndeki beyanının şirkete ulaştığı tarih olarak kabul edileceğine ilişkin sözleşme hükümlerine yer verdikleri görülmektedir. Yukarıda yapılan tespit çerçevesinde cayma hakkının süresi bakımından beyanın *muhataba ulaşma değil müşteri tarafından yöneltilme esas alınır* sonucuna varılmışsa da fesih ânının, feshin muhataba varınca hukukî sonuç doğuracağından yola çıkarak, fesih beyanının muhatabın hâkimiyet alanına ulaştığı ân olarak kabul edilmesi daha isabetli görünmektedir.

⁸⁹ Organizasyon ücretinin aylık bedeli yerine günlük bedelinin bulunması, uygulamada tam ay tamamlanmadan feshedilen sözleşmelerde hakkaniyete uygun hesaplama yapmak için önerilmektedir.

Günlük organizasyon ücreti, $25.550 / 3650 = 7$ TL olur. $1600 \times 7 = 11.200$ TL yararlanılan tasarruf dönemine düşen organizasyon ücreti olacaktır.

Toplam organizasyon ücreti 25.550 TL olduğundan $25.550 - 11.200 = 14.350$ TL iade edilmesi gereken organizasyon ücreti miktarıdır. Söz konusu iş, şirket bakımından ticarî iş olacağı için talep varsa fesih ânından itibaren ticarî faizi ile bu bedelin iadesi istenebilecektir.

SONUÇ

Türk Hukukunda tasarruf finansman sözleşmesi, isimli bir sözleşme olarak "6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu" ile düzenleme altına alınmıştır. Tasarruf finansman sözleşmesinin amacı, konut, çatılı işyeri veya motorlu taşıt edinimi için finansman ihtiyacı duyan müşterilere, tasarruf finansman şirketi aracılığıyla faizsiz finansman esasları çerçevesinde finansman sağlamaktır. Tasarruf finansman sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen, rızaî, geçerlilik şartına bağlı ve sürekli edimli bir sözleşme olduğu ifade edilebilir. Sözleşme, yazılı şekilde ya da uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle yazılı şekilde veya mesafeli olsun olmasın Kurulun yazılı şekil yerine geçebileceğini belirlediği ve bir bilişim veya elektronik haberleşme cihazı üzerinden gerçekleştirilecek ve müşteri kimliğinin doğrulanmasına imkân verecek yöntemden biri ile yapılabilir. Bu sözleşme ilişkisinde şirket önceden satıcı ile alıcıya sağlanacak kredinin esas ve usullerini içeren genel bir sözleşme yapmaktadır. Alıcı bu sözleşmeye taraf değildir. Ancak, alıcının şirketle yapacağı finansman sözleşmesinin ve ihtiyacı olan mal veya hizmeti temin edebilmesinin ön şartı, şirket ve satıcı arasındaki çerçeve sözleşmenin varlığıdır.

Öğretide, tasarruf finansman sözleşmesinin hukukî niteliği tartışmalı ise de hakkında özel düzenleme bulunduğu için isimli bu sözleşmeyi bir başka sözleşmeye benzetmeye gerek bulunmamaktadır. Kanunî düzenlemeye rağmen ortaya çıkacak boşlukların bünyesine uygun düştüğü ölçüde genel hükümler ile doldurulması en uygun çözüm yolu olacaktır.

Tasarruf finansman şirketi ile müşteri arasında kurulan ilişki, bir tüketici işlemi de olabilir. Bu durumda, iki özel kanun olan FKFFTFŞK ve TKHK'dan hangisinin hükümlerinin uygulanacağı sorunu ortaya çıkacaktır. TKHK özel bir kanun olmakla birlikte bu kanunda

düzenleme yapılan kurumlar bakımından öncelikle uygulanır. TKHK'da da açıkça ifade edildiği üzere bu kanunda hüküm bulunmayan hâllerde genel hükümler uygulanır (TKHK m.83/1). Tasarruf finansman sözleşmesinin TKHK'da düzenlenmemiş, FKFFTFŞK'da düzenlenmiş olması, bu kanun ve ilgili yönetmeliğin öncelikle uygulanmasını gerektirir. Haksız şart, ayıplı hizmet, tüketiciye yönelik fiilî uygulamalar gibi tüketiciyi koruyan ve tüm tüketici işlemlerin için geçerli olan hükümlerin uygulanmasına ise bir engel yoktur.

Kanun, tasarruf finansman sözleşmesinin konusunun, konut, çatılı işyeri veya motorlu taşıt olabileceği hususunda sınırlayıcı bir düzenleme getirmektedir (FKFFTFŞK m.3/1, 1). Müşteri, bu sözleşme konuları dışında başka bir malvarlığı edinimi için veya bir malvarlığı değeri beyan etmeksizin doğrudan finansman desteği için şirkete başvuramaz. Tasarruf finansman sözleşmeleri, BDDK'nın uygun görüşü alınarak Finansal Kurumlar Birliği tarafından belirlenen bir çerçeve sözleşmedir.

Kanun ve uygulama kolaylığı gereği tasarruf finansman sözleşmeleri standart sözleşme olarak düzenlenmektedir. Her ne kadar tasarruf finansman sözleşmelerinde her müşteriye özel bilgiler ve ödeme planına yer verilse de sözleşmenin diğer hükümlerinin TKHK anlamında haksız şart, TBK anlamında genel işlem koşulları oluşturması mümkündür. Ödeme planı ve kişisel bilgiler dışında bu standart hükümlerin müşterilerin subjektif durumlarına göre düzenlenmesi, sözleşme hükümlerinin onlarla müzakere edilerek hazırlanması anlamına gelmez.

Tasarruf finansman sözleşmesinin objektif esaslı unsurları, konut, çatılı işyeri veya motorlu taşıt edinmeye yönelik faizsiz finansman sağlanması, şirketin müşteriye ait birikmiş tasarruf tutarını yönetmesi, müşterinin aldığı finansmanı belirli bir ödeme planı çerçevesinde geri ödemesi ve şirketin organizasyon ücreti alma hakkıdır. Müşterilerin tasarruf finansman sözleşmesi kapsamında tasarruf finansman faaliyeti ve tasarruf fon havuzunun yönetimi karşılığında şirkete ödeyeceği tutara organizasyon ücreti denir. Organizasyon ücreti, sözleşmenin asgarî unsurlarından yani esaslı unsurlarından biri olduğu için, taraflarca sözleşme organizasyon ücreti kararlaştırılmalıdır. Aksi sözleşme ile kararlaştırılmadıkça, müşteri sözleşmenin kurulmasıyla beraber organizasyon ücretini ödeme yükümlülüğü altına girmiş olur. Ancak, tasarruf dönemi başlamadan müşteri için ödeme yükümlülüğü

söz konusu olmaz. Organizasyon ücretinin ödenme şekli hususunda yasal bir sınırlama olmadığı için sözleşme özgürlüğü ilkesine göre taraflar, ödemenin peşin veya taksitli yapılmasını kararlaştırabilirler.

Her sözleşme gibi ilke olarak tasarruf finansman sözleşmesini sona erdiren sebepler, bozma sözleşmesi, fesih ve iptaldir. Bozucu koşula bağlı yapılan sözleşmelerde bozucu koşulun gerçekleşmesi, şirketin iflâs etmesi, acze düşmesi de borç ilişkisini sona erdirebilecektir. Bu sebeplerden tasarruf finansman sözleşmesinin sona ermesi bakımından şüphesiz en sık karşılaşılan sözleşmenin feshi ya da cayma hakkının kullanılması ile sözleşmenin sona ermesidir. Müşteri, sözleşmenin imzalanmasını takip eden hak düşürücü nitelikteki on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezaî şart ödemeksizin tasarruf finansman sözleşmesinden cayma hakkına sahiptir. Kanun ve Yönetmelikte müşterinin cayma hakkını kullanmasına ilişkin bir şekil şartı getirilmiş değildir. Ancak, hakkın hukukî etkisi muhataba ulaşmakla ortaya çıkıyorsa da bu cayma bildiriminin on dört gün içinde karşı tarafa ulaşması gerekmez. Bozucu yenilik doğuran bir hak olan cayma hakkının müşteriye tanınan yasal süre içinde muhatap şirkete yöneltilmesi yeterlidir. Kullanılması bir şekle tâbi olmasa da ileride çıkabilecek ispat güçlükleri sebebi ile en azından cayma bildirimini yazılı şekilde veya kalıcı veri saklayıcı ile yapılması gerekir. Cayma hakkının usulü dairesinde kullanılması, şirketin birikimle birlikte organizasyon ücretini herhangi bir kesinti yapmadan ödemesini gerektirir.

Kanunkoyucu, tasarruf finansman sözleşmesinin feshini özel olarak düzenlemiştir. Bu düzenlemeye göre, herhangi bir gerekçe göstermeksizin müşterinin tasarruf finansman sözleşmesini feshedebileceği emredici olarak hüküm altına alınmıştır. Müşteri fesih hakkını herhangi bir haklı sebep göstermesi gerekmeksizin tasarruf dönemi içinde kullanabilir. Şirketin fesih bildirimini, haklı bir sebebe dayanmadığı gibi bir gerekçe ile kabul etmemesi söz konusu olamaz. Sözleşmede yer alsa bile müşteriden fesih sebebi ile tazminat, ceza koşulu gibi taleplerde bulunulmak mümkün değildir. Şirketler, müşterinin sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin ihlali (müşterinin temerrüdü dışında) dışında tasarruf finansman sözleşmelerini tek taraflı olarak feshedemez.

Fesihle sözleşme ileriye etkili olarak sona erecek; şirketin birikmiş tasarruf tutarını yönetme ve tahsisatı ödeme borcu ortadan kalkacaktır.

Müşterinin de bu edimler bakımından fesih ânından sonraki dönem için organizasyon ücreti ödeme borcu kalmayacaktır. Tasarruf tutarının yönetiminden elde edilen gelirin müşteriye iade edilip edilmeyeceği kanunda düzenlenmemişse de bu gelirin iade edilmesinin gerektiği tartışmasızdır. Uygulamada organizasyon ücretinin iadesini tamamen yasaklayan sözleşme hükümlerine haksız şart veya genel işlem koşulu oluşturduğu ve diğer şartlar da varsa hüküm ifade etmeyeceği belirtilmelidir.

Fesih durumunda, şirketin organizasyon ücretinin tamamını değilse bile bir kısmını iade etmesi gerektiği savunulabilir. Bu ücret, müşteri tarafından genelde peşin olarak tasarruf döneminin tamamı için ödendiğinden, dönemin tamamlanmasından önce sözleşmenin müşteri tarafından feshi ve dolayısıyla sözleşmenin ileri etkili olarak ortadan kalkması o âna kadar ifa edilmiş edimler için organizasyon ücretinin hak edilmesi anlamına gelse de fesihden sonra kalan süre için bir hak ediş anlamına gelmez. Hakkaniyete daha uygun olacağı için organizasyon ücretinin taraflarca belirlenen sözleşme süresinin tamamı için ödendiğinin kabulünden yola çıkarak dönemin tamamlanmasından önce gerçekleşen fesihlerde orantı kurmak suretiyle ücretin bir kısmının iadesine karar verilmesi gerekir. Böyle bir hesaplamada, fesih ânının, feshin muhataba varınca hukukî sonuç doğuracağından yola çıkarak, fesih ânının muhatabın hâkimiyet alanına ulaştığı ân olarak kabul edilmesi gerekir.

KAYNAKLAR*

- ACAR**, Faruk: “İsimsiz ve Atipik Sözleşme Kavramları ve Sınıflandırması Açısından Yargıtay Uygulaması” (Editör: İpek Yücer Aktürk), Türk Borçlar Hukuku Açısından İsimsiz Sözleşmeler Sempozyumu, Ankara 2022, s. 37-53.
- AKÇAAL**, Mehmet: “Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme”, AHBVÜHFD., C. 18, S. 1, 2014, s. 49-70.
- AKINCI**, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, 13. Baskı, Konya 2022.
- AKİPEK ÖCAL**, Şebnem/ **YILDIRIM**, Abdulkerim/ **ERMENEK**, İbrahim/ **KUTLAY**, Selda: Tüketici Hukukunda Uzman Arabuluculuk, Ankara 2021.
- AKSU**, Mustafa: Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Yeniliklerden İbra, <https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/4-Mustafa-AKSU.pdf>, E.T. 01.04.2018).
- ALTINOK ORMANCI**, Pınar: Sürekli Borç İlişkisinin Haklı Sebep Feshi, İstanbul 2011.
- ANTALYA**, Gökhan: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. V/ 1, 1, 2. Baskı, Ankara 2019 (C. 1).
- ANTALYA**, Gökhan: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. V/ 1, 3, 2. Baskı, Ankara 2019 (C. 3).
- ARAL**, Fahrettin/ **AYRANCI**, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Ankara 2015.
- ARAT**, Ayşe: Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara 2006.
- AYAN**, Mehmet: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2020.
- AYDIN**, Fatih Mehmet: “Tasarrufa Dayalı Yardımlaşma Usulü Finansman Modelleri ve Fıkhî Açından Değerlendirilmesi, Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı- VII, Faizsiz Finans ve Tasarruf Sistemleri ile İlgili Güncel Uygulamalar”, Ankara 2019.

* Dipnotlarda, aynı yazara ait eserler ile aynı soyadı taşıyan yazarlara ait eserleri ayırmak için kullanılan kısaltmalar ilgili eserin sonunda parantez içinde verilmiştir.

- AYDOĞDU**, Murat: “Konut Finansman Sistemi (Mortgage) ve Sözleşmeleri”, DEÜHFD., C. 9, S. 1, 2007, s. 1- 52.
- AYDOĞDU**, Murat/ **KAHVECİ**, Nalan: Tüketici Hukuku Dersleri, İstanbul 2021.
- BAHTİYAR**, Mehmet/ **BİÇER**, Levent: “Adi İş / Ticari İş / Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, MÜHFHAD, C. 22, S. 3, 2016, s. 395-436.
- BALMER**, John M. T./ **WILKINSON**, Adrian: “Building Societies: Change, Strategy and Corporate Identity”, Journal Of General Management, V. 17, N. 2, 1991, s. 20-33.
- BAŞARAN BROOKS**, Bahriye: “Tasarruf Finansman Şirketlerinin Hukuki Düzenlemesinde 'Güven' Unsurunun Değerlendirilmesi”, TFM., C. 9, S. 1, 2023, s. 3-16.
- BAYSAL**, Başak: Sözleşmenin Uyarlanması BK. m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü, 4. Baskı, İstanbul 2020 (Aşırı İfa Güçlüğü).
- BAYSAL**, Başak: “Tüketici Kredisi (TKHK m. 22-31)”, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Derleyen Murat İNCEOĞLU), İstanbul 2015, s. 273-325, <https://www.academia.edu>, E.T. 28.03.2023 (Tüketici Kredisi).
- BİRSİN**, Mehmet/ **ÖTEGEÇELİ**, Hatice: “Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sistemi ve Fıkhi Meşruiyeti Üzerinde Yapılan Değerlendirmeler”, MİAD., C. 10, S. 1, 2019, s. 85- 114.
- BOLÉAT**, Mark: National Housing Finance Systems: A Comparative Study, London 1985.
- BUCKLEY**, Robert M.: Housing Finance in Developing Countries, London 1996.
- BÜKEY**, Mehmet/ **TÜRKAN**, Yavuz: “Tasarruf Finansman Sistemi Tercih Nedenleri”, DÜSBED., S. 33, 2023, s. 336-357.
- BÜKEY**, Mehmet: Tasarruf Finansman Sisteminin Tercih Nedenleri ve Bir Finansal Araç Önerisi, Bingöl Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İşletme Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Bingöl 2023, <https://tez.yok.gov.tr>, E.T. 22.03.2023.
- ÇEKİN**, Ömer: Tasarrufa Dayalı Finansman Sistemi ve İslami Finans İlkeleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İslam İktisadı ve Finansı Anabilim

Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018, <https://tez.yok.gov.tr>, E.T. 16.05.2023.

ÇİLENTİ KONURALP, Ayşen: "Türk Hukukunda Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme ve Hukuki Niteliği Konusunda Bir Değerlendirme", TBB. Dergisi, S. 146, 2020, s. 153-185.

DİNÇ, Yusuf: Tasarrufa Dayalı Finans, İstanbul 2019.

ENDES SELVİ, Nurtaç: "Tasarruf Finansman Sözleşmesi", NEÜHFD., C. 4, S. 2, 2021, s. 441- 467.

ER, Beyza: "Mevduat Sözleşmesinin Tanımı, Kurulması ve Türleri", TAAD., S. 49, 2022, s. 491- 516.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019 (Genel Hükümler).

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2019 (Özel Hükümler).

EREN, Fikret: "İsimsiz Sözleşmelerin Genel Teorisi", (Editör: Yücer Aktürk, İpek), Türk Borçlar Hukuku Açısından İsimsiz Sözleşmeler Sempozyumu, Ankara 2022, s. 13-35 (İsimsiz Sözleşmeler).

ERGÜVEN, Murat/ **KAYA**, Feridun: "Konut Finansmanında Elbirliği Sistemi: Müşterilerin Elbirliği Sistemi Tercih Nedenleri Üzerine Bir Araştırma", KÜİİBFD., C. 13, S. 3, 2016, s. 24- 39.

ERGÜVEN, Murat/ **KAYA**, Feridun: "Tasarrufa Dayalı Finans Sisteminin Sürdürülebilirliğinin Sağlanması ve Finansal Ekosistem İçinde Yerini Alması Üzerine Bir Araştırma", FESAD., C. 5, S. 4, 2020, s. 755- 769.

ERGÜVEN, Murat: Tasarrufa Dayalı Finans Sistemi ve Yapı Tasarruf Sandığı Sistemi, İstanbul 2021 (Yapı Tasarruf Sandığı).

ERGÜVEN, Murat: Tasarrufa Dayalı Finans Sistemi, İstanbul 2021 (Finans Sistemi).

FURRER, Andreas/**MÜLLER-CHEN**, Markus/**ÇETİNER**, Bilgehan: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2021.

GÜLERCİ, Altan Fahri: "Tasarruf Finansman Anonim Şirketlerinin Hukuki Yapısı, Faaliyetleri ve Bu Şirketlerde Menfaat Sahiplerinin Korunması", SÜHFD., C. 30, S. 3, 2022, s. 999- 1042.

- GÜLTEKİN**, Esra: “6502 Sayılı Kanun Kapsamında Tüketici Kredi Sözleşmelerinde Tarafların Hak ve Borçları”, SÜHFD., C. 29, S. 4, 2021, s. 3079-3120.
- GÜLTER**, Hamza/ **BASTI**, Eyüp: “The Housing Finance System in Turkey, International Journal of Housing Markets and Analysis”, V. 7, Issue 3, s. 363- 382.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 1, İstanbul 2012 (I).
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, İstanbul 2012 (II).
- GÜNEL**, Yılmaz: Mevduat Bankaları, Katılım Bankaları ve Elbirliği Sistemi Açısından Bireylerin Konut Finansman Tercihlerini Belirlemeye Yönelik Bir Karma Yöntem Araştırması, Sivas Cumhuriyet Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İşletme Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Sivas 2021, <https://tez.yok.gov.tr>, E.T. 16.03.2023.
- HACAK**, Hasan: “Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sistemine Yeni Yaklaşımlar”, Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı-VII, Faizsiz Finans ve Tasarruf Sistemleri ile İlgili Güncel Uygulamalar, Ankara 2019.
- HURMA**, Fatma Benun: 6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu Kapsamında Tasarruf Finansman Sözleşmeleri, Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sermaye Piyasaları ve Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2022, <https://tez.yok.gov.tr>, E.T. 16.05.2023.
- KAHRAMAN**, Abdullah: “Bir Faizsiz Finansman Yöntemi Olarak Müşâreke Akdi ve Tasarrufa Dayalı Faizsiz Sistem (Elbirliği Sistemi Örneği)”, (Editörler: Günay, Hacı Mehmet/ Görmüş, Şakir/ Koç, İlker/ Çekin, Ömer), Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sistemi, Ensar Neşriyat, İstanbul 2017, s. 69-84.
- KALENDER**, Ahmet: “6502 Sayılı TKHK Hükümlerine Göre Konut Finansmanı Sözleşmelerinin Karşılaştırılması”, SÜHFD., C. 23, S. 2, 2015, s. 203- 239.
- KAŞKAYA**, Hülya: “Üçüncü Kişinin İfası”, İBD., C. 91, S. 3, 2017, s. 182-192.

- KAYA**, Süleyman: “Faizsiz Finans İlkeleri ve Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sistemine Dair Öneriler”, (Editörler: Günay, Hacı Mehmet/ Görmüş, Şakir/ Koç, İlker/ Çekin, Ömer), Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sistemi, Ensar Neşriyat, İstanbul 2017, s. 41-50.
- KESER**, Yıldırım, “Aşkın Zararın İspatı”, İnÜHFD., C. 11, S. 2, 2020, s. 484-495.
- KILIÇ**, Selim: “Konut Finansman Modeli Olarak Yapı Tasarruf Sandıkları; Almanya ve Türkiye'deki Uygulamaları”, YED., C. 14, S. 1, 2007, s. 231- 246.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara 2019.
- KİZİR**, Mahmut: Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi, Ankara 2012.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, 7. Bası, İstanbul 2017.
- KOÇ**, İlker/ **ÇEKİN**, Ömer: “Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sistemi: İşleyiş, Değerlendirme ve Tasarım”, (Editörler: Günay, Hacı Mehmet/ Görmüş, Şakir/ Koç, İlker/ Çekin, Ömer), Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sistemi, Ensar Neşriyat, İstanbul 2017, s. 9-39.
- KOÇ**, İlker: “Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sisteminin İşleyişi”, Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı-VII, Faizsiz Finans ve Tasarruf Sistemleri ile İlgili Güncel Uygulamalar, Ankara 2019.
- LEA**, Michael J./ **RENAUD**, Bertrand: Contractual Savings for Housing: How Suitable Are They For Transitional Economies? The World Bank Financial Sector Development Department, September 1995.
- OĞUZMAN**, Kemal/ **ÖZ**, Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, 20. Bası, İstanbul 2022.
- OKTAY**, Saibe: “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, İÜHFM., C. 55, S. 1-2, 1996, s. 263- 296.
- OKUR**, Mustafa/ **ÇATIKKAŞ**, Özgür/ **ERSOY**, Mehmet: “Bir Gölge Bankacılık Uygulaması Olarak Gayrimenkul Finansmanında Alternatif Bir Faizsiz Finansman Modeli: İpoteğe Dayalı

- Paylaşımli Faizsiz Finansman Modeli”, İAD., C. 10, S. 4, 2018, s. 384-400.
- ÖNDER**, M. Fahrettin: “Banka Hukukunda Tasarruf Mevduatı Sözleşmesi”, SDÜİİBF., C. 8, S. 1, 2003, s. 91-102.
- ÖZAY**, Osman Levent: “6502 Sayılı Yasa Kapsamında Tüketici İşlemi”, Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, C. 4, S. 12, 2017, s. 257-272.
- ÖZBAY**, Ümit Vefa: Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Tüketim Ödücü (Karz) Sözleşmesi, Ankara 2019.
- ÖZTÜRK**, Ali: “Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sisteminde Fon Fazlası Varlıkların Değerlendirilmesi”, (Editörler: Günay, Hacı Mehmet/ Görmüş, Şakir/ Koç, İlker/ Çekin, Ömer), Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sistemi, Ensar Neşriyat, İstanbul 2017, s. 51-68 (Öztürk, Ali).
- ÖZTÜRK**, Muammer Fatih: “6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu Değişikliği Kapsamında Tasarruf Finansman Sistemine Gelen Yeniliklerin Hukuki Açından İncelenmesi”, SHD., C. 10, S. 1, 2022, s. 139-169.
- ROY**, Friedemann: The Implementation of Contract Savings Schemes for Housing (Bausparen) in Belarus-Features, Recommendations and Examples, German Economic Team in Belarus, <http://pdc.ceu.hu/archive/00002167/01/pp1304e.pdf>, E.T. 12.09.2023.
- SELİÇİ**, Özer: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977.
- SEROZAN**, Rona: Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Güncellenmiş 3. Baskı, İstanbul 2018 (Serozan, Özel).
- SEROZAN**, Rona: Sözleşmeden Dönme, 2. Baskı, İstanbul 2007 (Serozan, Dönme).
- SİRMEN**, Lale: Türk Özel Hukukunda Şart, İstanbul 1992.
- SOYLU**, Feyzanur: İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması, Ankara 2022.
- ŞAĞAŞ**, Abdurrahman: Türk Borçlar Hukukunda İske Sözleşmesi, TAAD., C. 7, S. 26, 2016, s. 105-141.

- ŞEN DOĞRAMACI**, Hayriye: “Çerçeve Sözleşme Kavramı, Çerçeve Sözleşmelerin Amacı ve Ekonomik Fonksiyonu”, SÜHFD., C. 30, S. 3, 2022, s. 1043-1077.
- ŞENER**, Oruç Hami: Banka Mevduatı ve Hukuki Niteliği, 2. Tıpkı Basım, Ankara 2019.
- TANDOĞAN**, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, İstanbul 2008.
- TAŞATAN**, Caner: “Tasarruf Finansman Sözleşmesine İlişkin Düzenlemelerin Tüketicinin Korunması Bakımından Değerlendirilmesi”, Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi 10-12 Nisan 2021 Bildiri Tam Metin Kitabı, Konya 2021, s. 270-277.
- TURANBOY**, K. Nuri: İbra Sözleşmesi, Ankara 1998.
- TURSUN**, Abdurrahman: “Alternatif Konut Finansman Sistemi Olarak Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finans Sistemleri: Gölge Bankacılık ve Özün Önceliği Kavramları ve Özün Önceliği Kavramları Çerçevesinde Sistemin Değerlendirilmesi”, HÜİİBFD., C. 40, S. 1, 2022, s. 164-183.
- UYUMAZ**, Alper: Yetkili Servis Sözleşmesi, İstanbul 2018.
- UYUMAZ**, Alper/ **ABDU OUMER**, Kamil, “Framework Agreements Under Turkish Law”, Law & Justice Review, Vol. 9, N. 15, 2017, p. 37-60.
- YAVUZ**, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2014.
- YAZICI**, Mehmet: “Konutta Alternatif Finans Yöntemi Olarak Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finans Sistemi”, ARHSS., C. 2, S. 3, 2019, s. 224-235.
- YENİOCAK**, Umut: “Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi”, TBB. Dergisi, Y. 26, S. 107, 2013, s. 75-96.
- YILDIRIM**, Azize: Konut Edinmeye Yönelik Tasarruf Finansman Sözleşmesi, T.C. Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli 2021, <https://tez.yok.gov.tr>, E.T. 16.05.2023.
- YILMAZ**, Cüneyt Arif: Türk Borçlar Hukuku Kapsamında Çerçeve Sözleşmeler, Ankara 2023.

YILMAZ, Mahmut/ **KURT**, Ekrem: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Tüketici Kredi Sözleşmesinin Kurulması”, İAÜHFD., C. 4, S. 1, 2018, s. 121-136.

YILMAZ, Yasemin: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Konut Finansmanı Sözleşmeleri”, İHFM., C. 77, S. 1, 2019, s. 389- 424.

ZEVKLİLER, Aydın/ **GÖKYAYLA**, Emre, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 17. Baskı, İstanbul 2017.



ANAYASA HUKUKU AÇISINDAN KONUT HAKKI

Dr. Öğr. Üyesi Bayram DOĞAN*

Öz

Kişilerin insan olmanın onuruyla bağdaşır şekilde yaşamalarını sağlamak için devletin sağlaması gereken en temel haklar arasında konut hakkı bulunmaktadır. Bu hak Anayasa'daki çok sayıda hak açısından da vazgeçilmezdir. Zira bu hak yerleşme özgürlüğü, sağlıklı yaşam, çevre ve eğitim gibi haklarla ayrılmaz bir niteliğe ve ilişkiye sahiptir. 1982 Anayasası'nda sosyal haklar arasında sayılan konut hakkı Anayasa'nın 57. maddesindeki konut hakkı başlığının altın-da ele alınmıştır. Anayasa'daki düzenlemede, bu hak devlete yüklenen pozitif edim ödevi olarak ele alınmış ancak bu hakkın sınırlama sebeplerine yer verilmemiştir. Bu nedenlerle, konut hakkının sınırlanmasında Anayasa md. 65'teki genel sınırın dikkate alınması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler

• Konut hakkı • Sosyal haklar • Temel haklar • Anayasa • Sınırlama

* Dr. Öğr. Üyesi, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi, İİBF Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri ABD, Kahramanmaraş, Türkiye | Asst. Prof., Kahramanmaraş Sütçü İmam University, Faculty of Economics and Administrative Science, Department of Public Administration, Kahramanmaraş, Turkey.

✉ bayramdogan@ksu.edu.tr • ORCID 0000-0002-6920-2685.

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: DOĞAN, Bayram: "Anayasa Hukuku Açısından Konut Hakkı", SÜHFD, C. 31, S. 3, 2023, s. 1321-1356.

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

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



THE RIGHT TO HOUSING IN TERMS OF CONSTITUTIONAL LAW

Abstract

Housing right is among the most fundamental rights that the state should ensure in order to enable individuals to live in accordance with the dignity of being human. This right is indispensable in terms of numerous rights stipulated in the Constitution. Indeed, this right has an inseparable quality and relationship with rights such as freedom of settlement, healthy living, environment, and education. The right to housing, which is listed among social rights in the 1982 Constitution, is addressed under the heading of housing right in Article 57. In the regulation in the Constitution, this right is considered as a positive duty imposed on the state, but the reasons for limiting this right are not mentioned. For these reasons, the general limit stipulated in Article 65 of the Constitution should be taken into account in the limitation of the right to housing.

Key Words

- Right to housing • Social rights • Fundamental rights • Constitution
- Limitation

GİRİŞ

Barınma hakkı bireylerin en temel hakları arasında bulunduğu için, onların yaşamlarını insan onuruyla bağdaştırarak devam ettirebilmesi için konut hakkının sağlanması gerekmektedir. Bu nedenle bireylerin barındıkları alanların da insan onuruna yakışır, kendileri için belli standartların altına düşürülmeden¹ ve onlar için elverişli olması önemlidir. Konutun özellikle huzur, güven, rahatlık ve aidiyet unsurlarını içermesi nedeniyle bir konuta sahip olma hakkının bireyler için diğer haklarla farklılık arz eden ve özel bir anlamının bulunduğu ifade edilebilir.

Konut hakkının temel insan hakları arasında sayılabilmesi için bu hakkın, uluslararası metinlerde ve iç hukukta bağlayıcı bir pozitif hukuk kuralına dönüştürülmesi gerekmektedir². Bu nedenle uluslararası alanda yayımlanan çok sayıda uluslararası metinde konut hakkının ele alındığı ve bu hakka önem verildiği söylenebilecektir. Uluslararası hukuksal

¹ BALKIR, Gönül: "Konut Hakkı ve İhlalleri: Kentli Hakkının Doğuşu" IV. Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu, Muğla, 2012, s. 351; ABDULHAKİMOĞULLARI, Erdal/KALE, Fatmağül: "Türk Anayasalarında ve Karşılaştırmalı Hukukta Konut Hakkı", TAAD, C. 4, S. 15, 2013, s. 16.

² KELEŞ, Ruşen: 100 Soruda Türkiye'de Kentleşme, Konut ve Gecekondu, 1. Baskı, İzmir, 2019, 276-277.

düzenlemelerle çizilen sınırlarda kalmak kaydıyla çok sayıda ülke, bahse konu konut hakkını iç hukuk mevzuatına dahil etmiştir. Anayasa'nın 57. maddesindeki konut hakkı başlığının altında barınma hakkına yer verilmiştir. Fakat düzenlemeye bakıldığında bir hakkı düzenlemekten daha çok devletin üzerine düşen görevlerinden söz edilmiştir³. Dolayısıyla bu hak, sosyal devlet olma gerekleriyle sosyal ve ekonomik hakların tanınması anlamında ele alınmalıdır. 1982 Anayasası'nda konut hakkı, medeni ve siyasi haklardan ve aynı kategorideki öteki sosyal haklardan farklı şekilde düzenlenmiştir. Bu nedenle pozitif anayasada; konut hakkının niteliği, düzenleniş biçimi, güvence ve sınırları bakımından farklılıklar söz konusu olmaktadır. Çalışmada anayasa hukuku disiplini kapsamında; konut hakkı, konut hakkının sınırlandırılması ve sınırlamanın sınırları üzerinde durulacaktır.

I. KONUT HAKKININ TANIMI SINIRLANDIRILMASI VE SINIRLAMANIN SINIRLARI

A. Konut Hakkının Tanımı ve Niteliği

1. Tanımı

Konut hakkının birçok uluslararası sözleşme ve anayasadaki karşılığı olarak "*barınma hakkı*" kavramı kullanılmaktadır⁴. Bu kavram dar anlamda da yalnızca barınma amacı bulunan barınma hakkına karşılık gelmektedir⁵. Geniş anlamda konut hakkının tanımında ise yalnızca barınma amacı değil, bu tanım birtakım asgari unsurları da içerisinde barındırmaktadır. Bunlar arasında zorla tahliye karşısında güvence unsuru olma, sağlıklı içme suyuna ulaşma, kiraların aşırı artması karşısında bireylere güvence teşkil etme, hastanelere, okullara yahut bir takım sosyal tesislere yakınlık gibi unsurlar bulunmaktadır⁶.

BM Ekonomik Sosyal Kültürel Hakları Komitesi'nin 4 No.lu Genel Yorumu'nda yeterli konut hakkının içeriği şu şekilde tespit edilmiştir: Evden çıkarmalara karşı hukuki koruma ve tasarruf güvenliği; hizmetlerin, malzemelerin, altyapının ve doğal kaynaklar, içme suyu ve hıfzıssıhha

³ KALE, Fatmagül: Ulusal ve Uluslararası Boyutlarıyla Konut Hakkı, 1. Baskı, Ankara, 2013, 109.

⁴ ERGUN, Cem/GÜL, Hüseyin: "Barınma Hakkının İhlal Edilme Sürecinde Kentsel Dönüşüm Projeleri", Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu Pamukkale Üniversitesi, 4-6 Kasım 2010, s. 359.

⁵ BALKIR, s. 15.

⁶ KALE, s. 29-30.

faaliyetlerinin mevcudiyeti; diğer temel ihtiyaçları tehlike içinde olmaksızın konut yapımına muktedir olma; yerleşenlere yeterli alan, fiziksel güvelik, soğuktan, sıcaktan, yağmurdan ve diğer tehditlerden koruma sağlayan yerleşilebilirlik; dezavantajlı gruplar da dahil yeterli konuta sahip olma hakkına ulaşılabilirlik; çalışma alternatiflerine, sağlık hizmetlerine, okullara vb. izin veren bir yerleşim; konutta kültürel kimliğe ve farklılığa izin veren kültürel yeterlilik. Bununla birlikte Komite konut hakkının kullanılmasında ilgili yaşanan sorunlar için hukuki çözüm yollarının benimsenmesi gerektiğine dikkat çekmiştir. Evden çıkarmalara veya ev yıkımlarına karşı mahkemeye başvurma, tazminat hakkı, ayrımcı uygulamalar sebebiyle veya sağlıksız, yetersiz konut şartları sebebiyle şikâyet hakkı Komite'nin öngördüğü bazı uygulamalardır⁷.

2. Niteliği

Konut hakkı, insan hakları sınıflandırması arasında yer alan ikinci kuşak sosyal haklardan birisidir⁸. İkinci kuşak haklar, bir serbesti ve özgürlüğün dışında devletten bir hizmet ya da edim isteme yetkisi veren haklar olarak gelişmiştir. Bu nedenle konut hakkının niteliğinin belirlenebilmesi için ilk olarak ikinci kuşak haklar içerisinde yer alan sosyal hakların, haklar sınıflandırılmasındaki yerinin belirlenmesi gerekecektir. İnsan haklarının sınıflandırılması öğretide yazarlar arasında farklı ölçütlerden yola çıkılarak yapılmaktadır. Sınıflandırma genel olarak insan haklarının konusu, tarihi gelişimi, devlete düşen ödevler dikkate alınarak yapılmaktadır⁹. Konut hakkı, insan haklarının konuları bakımından sınıflandırılmasında yapılan ayırım içerisinde sosyal haklar arasında bulunmaktadır. Sosyal haklar, sosyal adaletin sağlanmasına, sosyal eşitsizliklerin azaltılmasına, toplumda ekonomik açıdan zayıf tarafı oluşturan grupların korunmasına ilişkin hakları teşkil etmektedir¹⁰. Sosyal devlet anlayışında devlet, sosyal haklar yoluyla sosyal şartlar bakımından

⁷ KALABALIK, Halil: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar ve Siyasi Haklar, ÖZENBAŞ BOYDAĞ, Nazmiye (Editör), İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, Eskişehir, 2018, s. 260; KILIÇ, Muharrem: Konut Hakkının Sosyopolitiği: Sosyal Haklar Sistematiği Açısından Bir Çözümleme", Anayasa Yargısı, C. 37, S. 2, 2020, s. 80-81.

⁸ DÖNER, Ayhan: Türk Anayasa Hukuku, 1. Baskı, Ankara, 2021, 118; BULUT, Nihat: Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, 1. Baskı, İstanbul, 2009, 73.

⁹ GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Bursa, 2019, 281.

¹⁰ ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 19. Basım, Ankara, 2019, 138-141; KÜÇÜK, Adnan: "Adalet Kavramı ve Adaletle İlişkin Bazı Teoriler", Muhafazakâr Düşünce Dergisi, C. 4., S. 15, 2008, s. 110.

toplumun dezavantajlı kesimlerinin durumlarını düzeltmekle yükümlüdür. Devletin bu yükümlülüğü, sosyal devletin gelişmesi yoluyla gerçekleşir¹¹.

Sosyal haklar, yalnızca toplumun belirli kesimlerini değil toplumun tümünü ilgilendiren haklar bloğudur. Konut hakkı da bu kapsamdaki sosyal haklar arasında bulunmaktadır. Zira, bu hak herkese eşit şekilde sağlanması gereken, her bireyin en temel gereksinimi arasında bulunan barınma ihtiyacının korunması amacıyla hizmet etmektedir. Bunun yanı sıra sosyal haklar, devletin belirli bir hizmeti sunması edimini içermekte ve konut hakkı gibi bazı sosyal hakların gerçekleştirilmesi önemli oranda mali kaynakların yeterliliğine bağlı bulunmaktadır¹². Bu nedenle bu hak, herkese konut edindirmek olarak anlaşılmalı, bireylerin konut ihtiyacının karşılanması bakımından kolaylaştırıcı tedbirlerin alınmasını gerektiren bir hak olarak görülmelidir¹³. Devlet, konut hakkı kapsamında, malî imkânları el verdiği ölçüde, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeterek, belli bir planlama çerçevesinde, kendi imkânları ile konutunu yapabilecek durumda olmayan bazı toplumsal kesimlerin konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır, bu bağlamda toplu konut teşebbüslerini destekleyebilir¹⁴.

Sosyal hakların gerçekleştirilmesi için devletin hareketsiz kalması değil aksine bir takım pozitif edimlerde bulunması gerekmektedir. Bu nedenle sosyal haklar, bireylere devletten pozitif bir davranış, bir hizmet, bir yardım isteme imkânı verir. Bu tür hakların sağlanması için devletin, kişileri birtakım imkânlarla donatacak pozitif edimlerde bulunması gerekir. Konut hakkı, bir sosyal hak¹⁵ olduğu için, bireylere, devletten, konut edinebilmek için bazı pozitif davranışlarda bulunmayı talep etme hakkı vermektedir.

B. Uluslararası Metinlerde Konut Hakkının Düzenlenişi

Uluslararası metinler arasında konut hakkına ilişkin temel esaslar taşıyan sözleşmeler bulunmaktadır. Bunlardan ilki 1948 tarihli İnsan

¹¹ KÜÇÜK, Adalet Kavramı ve Adalete İlişkin Bazı Teoriler, s. 110.

¹² Bu konuda Anayasa'nın *Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırları kenar başlıklı* 65. maddesi (Değişik: 3/10/2001-4709/22 md.) "*Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir*" hükmüne yer vermiştir.

¹³ ALGAN, Bülent: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, 1. Baskı, Ankara, 2007, 269.

¹⁴ KÜÇÜK, Adnan: Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2015, s. 276.

¹⁵ KÜÇÜK, Anayasa Hukuku, s. 162-163.

Hakları Evrensel Bildirgesi (İHEB)'dir¹⁶. Bildirge'nin 25/1. fıkrasında "bi-reylerin, kendileri ve ailelerinin yiyeceği, giyeceği, meskeni, tıbbi bakım ve gerekli sosyal hizmetlerin de içerisinde bulunduğu sağlık ve refah sunacak uygun yaşam düzeyine ... hakkının bulunduğu" ifade edilmektedir. Bildirge'de konut hakkı, bireylere sağlık ve refah sağlayacak bazı haklarla birlikte asgari yaşam düzeyi kapsamında ele alınmıştır¹⁷. Bildirge'nin hukuksal olarak bağlayıcılığının bulunmamasına karşın daha sonraları Bildirge, insan hakları hukuku bakımından kurucu belgeler arasındaki yerini almıştır. Bu yönüyle çok sayıda ulusal ve uluslararası yargı makamları kararlarını verirken Bildirge'yi ölçüt olarak ondan yararlanmışır¹⁸.

Uluslararası metinlerden bir diğeri 1966 tarihli "Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi" (ESKHS)'dir¹⁹. Sözleşme'nin 11. maddesinin 1. fıkrasına göre Sözleşme'nin tarafları, bireylere, kendileri ve aileleri için beslenmeleri, giyimleri, barınmaları ve yeterli hayat seviyesi ve koşullarını devamlı olarak geliştirmelerini sağlamalı ve bunun gerçekleştirilmesi bakımından gerekli girişimleri ortaya koymalıdır. Bunun yanı sıra imzacı devletler tarafından, herkesin yeterli bir hayat düzeyine sahip olmasının sağlanması ve bunun bireylerin beslenmeleri, giyimleri, barınma ve yaşam koşullarının iyileştirilmesi ölçütüyle tespit edilebileceği belirtilmiştir.

Konut hakkına yer verilen ESKHS ve İHEB'de "konut" kavramı yerine "mesken" yahut "barınma" ifadesinin kullanılması dikkat çekmektedir. Bu kapsamda 1991'de "Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi"²⁰ tarafından getirilen 4 nolu Genel Yorum'da hakkın kapsam ve muhtevasında bazı değişikliklere gidilmiştir. Yorum'da, konut hakkı, ESKHS'de öngörülen konut hakkına ilişkin standartlardan birisi olarak gösterilmiş, barınma kavramı ise düzenlemeden çıkarılarak hakkın kapsamı genişletilmiştir. Böylelikle konut hakkı, kullanım hakkı olarak kendisini göstermiştir. Konut sadece maddi bakımdan değerlendirilmemiş bunun yanı sıra konutun, kişilerin huzurlu bir şekilde ve onuruyla yaşamını devam

¹⁶ Bildirge, BM Genel Kurulunca 10/12/1948 tarihinde kabul edilmiştir. Bildirgenin Türkçesi için Bkz. GEMALMAZ, Mehmet Semih: Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, C. 2 Uluslararası Sistemler, 1. Baskı, İstanbul, 2010, 3-19.

¹⁷ BULUT, s. 216.

¹⁸ KALE, s. 34-36; GEMALMAZ, s. 61.

¹⁹ BM Genel Kurulunca ortaya konulan Sözleşme, 16/12/1966 tarihinde kabul edilmiştir. 19/12/1966 tarihinde imzalanmış, 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin Türkçesine ulaşmak için Bkz. GEMALMAZ, s. 21-50.

²⁰ İmzacı devletlerce sunulan raporları inceleyip denetlemektedir.

ettirmesine olanak sunan bir hak olduğu kabul edilmiştir. Dolayısıyla yukarıda sözü edilen uluslararası belgelere göre bireyin onurlu yaşamı, temel insan hakkının esası olup gelirlerine bakılmaksızın herkesin konut hakkından faydalanabilmesi temeline dayanmaktadır.

4 no'lu Genel Yorum'da bir konutun elverişli sayılabilmesi için 7 unsuru ihtiva etmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu unsurlar şu şekilde sıralanabilir;

- Konutta yaşayanların yerinden edilme korkusuna kapılmadan orada yaşamlarını sürdürebilmelerinin gerekli olması. Söz konusu bu güvenceden dolayı konutun imar planlarıyla uyumluluğu yahut sakinlerinin kiracı mı yahut evin sahibi mi oldukları dikkate alınmamalıdır²¹.

- Bir diğer unsur, konutun ödenebilir olması gerekmektedir. Ancak bu ödeme eğitim, beslenme, sağlık, sosyal ve kültürel etkinlik harcamalarından kısılmasına sebebiyet vermemelidir.

- Diğer taraftan konut, kişilerin mahremiyet alanlarının sağlık ve huzur içerisinde korunmasını sağlayan huzurlu bir ortam sağlamalıdır.

- Dördüncü unsur olarak konut, kişilerin temel ihtiyaçlarına cevap vermeli ve her yönden erişilebilir olmalıdır²². Sözgelimi tekerlekli sandalye kullananlar açısından banyosunun yeterli genişlikte olması önemlidir.

²¹ Uluslararası insan hakları hukuku metinlerinde insan haklarının bölünmezliği ilkesi kabul edilmektedir. Buradan hareketle sosyal haklar da kişisel ve siyasal haklar açısından öngörülen koruma mekanizmalarıyla korunabilecektir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) sözü edilen şekilde bütüncül bir yaklaşım sergilemektedir. Bkz. KARAN, Ulaş: "Sosyal Hakların Güçlendirilmesi Açısından Bir İmkân: Bütüncül Yaklaşım", Amme İdaresi Dergisi, C. 40, S. 3, 2007, s. 31-32; AİHM bu kapsamda 1986 tarihinde James ve diğerleri v. Birleşik Krallık kararını vermiştir. Kararında, oldukça uzun yıllardır kiralık olarak kullanılmakta olan bir mülkün mülkiyet hakkının belirli koşullarda kiracıya geçmesine müsaade eden kanunun mülkiyet hakkına aykırılık teşkil ettiğini vurgulamıştır. Mahkeme, sosyal adalet kavramına dayalı verdiği kararında, nüfusun barınma gereksiniminin toplumun ihtiyacı olduğunu ve bunun piyasa koşullarına bırakılmayacağını ifade etmiştir. Yasanın özel ilişkilere müdahale anlamı olsa dahi yahut devlet ve geniş topluluklar açısından doğrudan bir faydası bulunmasa da bireylerin barınma gereksinimlerini gidermede yasanın takdirinin bulunduğunu vurgulayarak konut hakkının mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında özel bir sebep teşkil ettiğini belirtmiştir. Bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57507>, (Erişim Tarihi, 23.05.2023).

²² ADANALI, Yaşar Adnan, "Tüm Krizler Karşısında Bir Sığınak Olarak Yaşamaya Elverişli Konut", https://mekandaadalet.org/wp-content/uploads/2021/03/MAD_SSM_M9_YAA_BA_PUL-TEK.pdf, (Erişim Tarihi, 21.05.2023).

• Beşinci unsur olarak belli bazı hizmetlere erişim sağlamalıdır. Örneğin suya, elektriğe ve kanalizasyona ulaşmada herhangi bir problemle karşı karşıya kalınmamalıdır.

• Temel ihtiyaçların karşılanması noktasında ulaşılabilir bir yerde bulunmalıdır. Örneğin çocukların bakımı, eğitimine yönelik olanaklara yakınlığı, sağlık sistemi ve istihdam olanaklarına sahip olmalıdır.

• Son unsur olarak konut yapım ve politikalarının, sakinlerin kültürel kimlik ve çeşitlilikleriyle uyumlu olması gerekmektedir. Örneğin, kalkınmaya yahut modernleşmeye dayalı bahaneler öne sürerek binaların yıkılmasıyla yeni bir tipolojinin dayatıldığı alanlarda uyumsuzluğa mahal verilmemelidir. Bunun da ötesinde kültürel yapının yok edilmemesi gerekmektedir²³.

Komite, 1997 yılında 7 no'lu Genel Yorum'u yayımlamıştır. Bu metinde zorla tahliye kavramı yer almıştır. Buna göre bireylerin, aileler ve grupların iradelerine bakılmaksızın oturmuş oldukları evlerinden yahut arazilerinden geçici yahut devamlı şekilde ve uygun hukuksal yahut başkaca korumalar sağlanmadan ve bunlara erişim hakkı verilmeksizin çıkarılamayacağı belirtilmiştir²⁴. Bunun yanı sıra zorla tahliye bir insan hakkı ihlali sayılmıştır²⁵.

1950'de imzalanan AİHS'nin 8. maddesinin 1. fıkrasında herkesin özel ve aile hayatı, konutu ve yazışmasına saygı duyulması hakkının bulunduğu belirtilmiştir. 1961'de Torino'da imzaya açılarak 1965 uygulama konulan "*Avrupa Sosyal Şartı*²⁶" 31. maddesinde Şartın imzacısı olan ülkelerin, konut hakkının bireyler tarafından etkili olarak kullanımını²⁷ temin

²³ ADANALI, s. 5.

²⁴ BAYSAL UZUNÇARŞILI, Cihan: "*Konut Hakkı Olmadan Kent Olur Mu?*", https://www.academia.edu/6835193/Konut_Hakkı_Olmadan_Kent_Olur_mu_Kent_ve_Hukuk_Seminerleri, (Erişim Tarihi, 17.06.2023).

²⁵ Bulut, s. 216.

²⁶ 1961 yılında imzalanıp, 1965'te yürürlüğe giren, AB Konseyi üyesi ülkelerin ve şartnameye taraf olan ülkelerin uyma konusunda taahhütte buldukları sosyal ve ekonomik hakları koruyucu hükümleri bulunan ve AİHS' e ilave mahiyetteki bir Avrupa Sözleşmesidir. Şart, ülkemiz tarafından 4.07.1989 tarih ve 20215 sayılı R.G. ile yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bkz. <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/67-avrupa-sosyal-sart/> (Erişim Tarihi, 17.06.2023).

²⁷ AYM bir kararında "kamu makamlarının özel hayata ve aile hayatına saygı ile konut hakkının etkili şekilde korunmasını güvence altına almak için gerekli adımları atıp atmadığı önem taşımaktadır. Bu bağlamda söz konusu çevresel etki kapsamında karşı karşıya gelen menfaatler arasında adil bir dengenin tesis edilip edilmediğinin

etmek maksadıyla yeterli standartları bulunan bir konutu edinmeleri hususunda teşvikte bulunmalarına, evsizliğin önlenmesi ve azaltılması ve ev fiyatlarının uygun duruma getirilmesine ilişkin tedbirler alma konusunda taahhütte buldukları belirtilmiştir. Şartta yer alan diğer düzenlemeler de bireylerin konutundan zorla tahliyelerinin önüne geçici önlemlerin alınması, sosyal konutların ve konutlara ülkede yaşayan herkesin eşitçe erişebilmesi, aile gereksinimleriyle uygun şekilde konutların yapılması ve konut hizmetleri kapsamında başkaca düzenlemeler de bulunmaktadır.

1992’de Avrupa Konseyi’nce düzenlenen “*Avrupa Kentsel Şartı*” (AKŞ) ile kentli haklarını²⁸ devletin pozitif edimleri altına alan ve güveneye bağlayan bir sözleşme ortaya konulmuştur. Düzenlemede yaşanabilir konuta ilişkin temel ilkelere yer verilmiştir. Bu ilkeler, bireylere mahremiyet alanları kazandıran, güven veren, sağlıklı, erişilebilir ve piyasa şartlarına bırakmayan, bireylerin konut edinmelerini daha kolay hale getiren, konut kullanımı konusunda güvenceler veren, kentsel dönüşümlerden dolayı gerekli olan bedellerin konutlarda oturanlara yüklenemeyeceği konusundaki ilkelerdendir.

2008’de kentlerin gelişim ve değişimleri karşısında AKŞ’de değişiklik ihtiyacı duyulduğundan yeni bir Şart ortaya konulmuştur. Bu Şart “*Yeni Bir Kentlilik İçin Manifesto*” adıyla ele alınmış ve konut hakkı yalnızca yerel yönetimler kapsamında bırakılmamış, ulusal ve bölgesel açıdan düzenlemeyi mümkün kılan bir metin haline gelmiştir. Bunun yanı sıra Şart’ta konut problemlerinin önemi hakkında düzenlemeler öngörülmüştür. Böylece konut krizi karşısında konut hakkına saygı duyulmaya²⁹

tespit edilmesi gerekmektedir. Bu alanda kamusal makamların sahip olduğu geniş takdir yetkisi dikkate alındığında çevresel meseleler bağlamında Anayasa Mahkemesinin görevi, söz konusu çevresel rahatsızlığın nasıl sonlandırılacağı veya etkilerinin nasıl azaltılacağına bizzat belirlenmesi değildir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, yargısal makamlar başta olmak üzere kamusal makamların konuya gereken özenle yaklaşıp yaklaşmadıklarını ve ilgili tüm menfaatleri gözetip gözetmediklerini değerlendirmek durumundadır.” şeklinde bir karar vermiştir. Bkz. AYM, 12.12.2018, Ahmet Bilgin ve diğerleri, B. No: 2015/11709 § 61 <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>, (Erişim Tarihi 19.08.2023)

²⁸ Kentli hakları, Kentsel haklar, Türkiye’de kentsel haklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., KALAĞAN, Gökhan: “Türkiye’de Kentsel Haklar: Sosyal Devlet Bağlamında Konut Hakkı Üzerine Bir İnceleme”, Mehmet Akif Ersoy İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, s. 85-106.

²⁹ AİHM, sosyal haklar arasında sayılan yeterli konut hakkının bireyin konutuna saygı hakkına etkisi olduğunu vurgulamaktadır. Bu bağlamda *Yordanova and others v.*

devam edileceği ve farklı şartlarda konut arzlarının sağlanacağı belirtilmiştir.

C. 1982 Anayasası'nda Konut Hakkının Düzenlenişi

1. Genel Olarak

Bireylerin, insan onuruyla bağdaşan asgari düzeyde bir hayat sürdürebilmesi için gereken koşullardan birisi kendilerine ait bir konutunun bulunmasıdır³⁰. Buna göre bir konutu olmayan, başka bir ifadeyle konutunda barınamayan bireylerin insan onuruyla bağdaşır bir yaşamının bulunduğundan söz edilemeyecektir. Yeterli konuta sahip olma hakkı olarak ifade edilen bu hak insan hakları hukuku belgelerinde ve uluslararası anlaşmalarda bir insan hakkı olarak ifade edilmiştir. (İHEB 25/1; ESKHS 11/1; Çocuk Hakları Sözleşmesi (ÇHS) 27/3)³¹.

Konut hakkı sosyal haklar sistematigi bağlamında ele alındığında, bireyin şeref ve onuruna yaraşır hayat sürebilmesinin tahkim edici güvencesini oluşturan temel bir insan hakkı olarak tanımlanabilir. Bu açıdan konut hakkı, güvence altına aldığı pozitif yükümlülüklerle devletin insanları koruyucu bazı tedbirler almasını gerekli kılmaktadır³².

Bu noktada konut hakkı ile karıştırılan bir hak olarak yerleşme hürriyetine de değinmemiz gerekir. Yerleşme hürriyeti, liberal devlet anlayışının etkisiyle ortaya çıkan birinci kuşak haklardan olup kişi hak ve özgürlükleri arasında bulunan bir hak iken, konut hakkı sosyal haklar içerisinde bulunan ikinci kuşak haklardandır. Yerleşme hürriyetinde devlete müdahale etmeme negatif edimi yüklenirken, konut hakkında ise hakkın gerçekleştirilmesi için devlete yardımcı olması edimi yüklenmiştir³³.

Toplumun bazı kesimleri için konut hakkının güvence altına alınmaması durumunda yerleşme özgürlüğü bir anlam ifade etmeyecektir. Zira konut hakkı yerleşme özgürlüğü için gerekli ancak yeterli değildir. Nitekim yerleşme özgürlüğü konut hakkının üstünde bir kavramdır.

Bulgaria kararı bulunmaktadır. Bkz. Başvuru No. 25466/06, K.T. 24.04.2012 <https://hudoc.echr.coe.int/eng>, Erişim Tarihi, 29.05.2023.

³⁰ EREN, Abdurrahman: Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2020, s. 378-481; GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 195-198.

³¹ KALABALIK, s. 259.

³² KILIÇ, s. 76.

³³ KALABALIK, s. 259-260.

Başka bir ifadeyle yerleşme özgürlüğü konut hakkını aşan bir kavramdır³⁴.

Konut hakkı kuşkusuz yalnızca yerleşme özgürlüğünün altyapısını oluşturmakla sınırlandırılmaz. Nitekim konut hakkı, diğer hak ve özgürlüklerin de gerçekleşmesine ortam sağlar. Bir ülkede konut hakkı güvence altına alınmadan konut dokunulmazlığının, sağlık hakkının pek bir anlamı kalmayacaktır. Bu durumda dengeli bir çevre ve planlı bir kentleşmenin gerçekleşmesi söz konusu olmayacaktır. Konut hakkı insan haklarının sağlanmasının en düşük standardı, başka bir ifadeyle en düşük eşiği olarak değerlendirilebilir. Kuşkusuz hakların asgari sınırı herkesin insan haysiyetine, insan onuruna uygun bir standartta yaşam sürdürmesi amacıyla yararlanması gereken haklardır³⁵.

Anayasa'nın 57. maddesinde konut hakkı başlığının altında devletin, kentlerin özellikleri ve çevre koşullarını dikkate alan bir plan dahilinde, konut gereksinimine cevap verecek tedbirleri alacağı belirtilmektedir. Düzenleme uyarınca devlet toplu konut girişimlerini de destekleyecektir. Bahse konu anayasal hüküm, devletin önüne iki boyutlu bir ödev getirmektedir³⁶.

Devletin ödevlerinden birisi, kişilerin konut gereksinimini karşılayacak önlemlerin alınması, diğeri ise konut ihtiyacı karşılanırken şehirlerin özelliklerinin ve çevre şartlarının dikkate alınmasıdır. Fakat burada üzerinde durulması gerekli husus, kişilerin konut gereksiniminin karşılanmasının hakkın özünü teşkil ettiği gerçektir. Devlet, kişilerin konut ihtiyacının karşılanması yükümlülüğünü ifa ederken şehir ve çevre koşullarına uygun hareket etmek durumundadır. Anayasa Mahkemesi'ne göre Anayasa'nın 57. maddesinin düzenlenme amacı, konut hakkının güvence altına alınmasıdır. Aynı zamanda Anayasa devlete yüklemekte olduğu konut hakkını kullanabilmesini sağlama görevini kentlerin özellikleri ile çevresel koşullar göz önünde bulundurularak hazırlanan planlar çerçevesinde yapılmasını öngörür³⁷.

³⁴ KABOĞLU, İbrahim: "Yerleşme ve Konut Hakkı: Temel Özgürlük Sosyal Hak Birleşmesi", İnsan Hakları Yıllığı, C. 17, S. 1, 1996, s. 150.

³⁵ KABOĞLU, s. 150-151.

³⁶ BULUT, s. 220-221.

³⁷ AYM, 11.12.1986, E. 1985/11, K. 1986/29, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>, (Erişim Tarihi, 21.07.2023)

Anayasa'nın 57. maddesinde sağlık koşullarına uygun bir konut tanımlanmasında bulunulmamıştır. Diğer taraftan, 1961 Anayasası'nın 49. maddesinin 2. fıkrasında; *"Devlet, yoksul veya dar gelirli ailelerin sağlık şartlarına uygun konut ihtiyaçlarını karşılayıcı tedbirleri alır"* hükmüne yer vererek hak öznesi olarak 1961 Anayasası'nda *"yoksul veya dar gelirli aileler"* gösterilmiştir. Bu nitelendirme 1982 Anayasası kapsamında yer almamıştır. Bu bağlamda 1982 Anayasa'sında devlet tarafından her bir bireyin konut ihtiyacının giderilmesi gerektiği düşüncesiyle 1961 Anayasası'ndan daha kapsamlı bir hükme yer verildiği değerlendirilmektedir. Bunun yanı sıra düzenleme uyarınca, devletin toplu konut teşebbüslerini de desteklemesi gerekmektedir. Dolayısıyla, toplu konut hakkındaki mevzuat hükümlerinin kaynağını Anayasa'daki konut hakkına ilişkin hüküm oluşturmaktadır³⁸.

Anayasa'ya göre devlete toplu konut girişimlerine destek ödevini yükleyen konut hakkı, öteki haklar karşısında ihtiyacın giderilmesi anlamında oldukça fazla maliyetler gerektirmektedir. Buna göre konut hakkının, devlet tarafından herkesin bir konuta sahip kılınması biçiminde yorumlanmaması gerekmektedir. Devletin kendisine düşen ödev, bireylerin konuta erişimlerini kolaylaştıran önlenmeleri almasıdır. Anayasa Mahkemesi'ne göre de 1982 Anayasası'nın 57. maddesindeki düzenleme uyarınca bireylerin konut edinmeleri, bireylere bakan yönüyle bir hak teşkil ederken, bu kapsamda gereken tedbirlerin alınması da devletin bir ödevi olmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu kararıyla konut hakkının muhtevasını tespit etmektedir. Buna göre devletin konut ihtiyacının karşılanması ödevini, vatandaşların konut edinmelerinin kolaylaştırılması bakımından düşük oranlı kredilerin temin edilmesi, devletin sosyal konutlara ağırlık vermesi, bu doğrultuda çalışan özel teşebbüslerin desteklenmesi şeklinde okumak doğru olacaktır³⁹.

2. Konut Hakkının Sınırlanması

Modern hukuk sistemlerinde haklar ve özgürlüklerin belirli ilkelere dayalı olarak sınırlandırılabilmesi kabul edilmektedir. 1982 Anayasası'nda özel olarak düzenlenen konut hakkı da temel haklar arasında bulunduğundan, bu hakkın da söz edilen ilkelere göre sınırlandırılabilmesi

³⁸ AYM, 08.12.2004, E. 2004/61, K. 2004/123, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>, (Erişim Tarihi, 21.07.2023)

³⁹ ALGAN, s. 262.

mümkün olmaktadır⁴⁰. Bu sebeple hakları sınırlandırma bakımından ortaya konulan güvencelerin, konut hakkı açısından da söz konusu olacağı söylenebilecektir. Bu kapsamda yapılan düzenlemelerden birini teşkil eden ESKHS md. 4⁴¹, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar konusundaki sınırlandırmaların güvencesi mahiyetinde evrensel düzenlemedir.

AİHS'te temel haklar ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi bakımından genel sınırlandırma sebepleri ele alınmamıştır. Sözleşme'de yer alan haklar ve özgürlükler farklı maddelerde tanımlanmış, bunların her birinde kendisinin özellik ve nitelikleri dikkate alınarak sınırlandırma nedenleri ayrı ayrı öngörülmüştür⁴². 1982 Anayasası'nda temel hak ve özgürlükleri sınırlandırıcı rejimin esasları Anayasa'nın 13. maddesinde ele alınmıştır. 2001 yılında gerçekleşen Anayasa değişikliği ile 1982 Anayasası'ndaki sınırlandırma sistemi değişmiş, bu sayede sınırlandırma rejimi hususunda Anayasa'da, AİHS ile aynı doğrultuda bir düzenlemeye yer verilmiştir. Değişiklikle birlikte, daha önceki düzenlemede yer verilen genel sınırlandırma rejiminden vazgeçilmiştir. Sosyal hakların sınırlandırılmasına ilişkin sebepler için yalnızca bu hakların yer aldığı maddelerdeki özel sınırlama sebeplerine bakılmalıdır. Konut hakkının sınırlandırılmasına ise Anayasa'nın 57. maddesinde yer verilen özel sınırlama sebeplerine bakılması gerekmektedir⁴³.

3. Sınırlamanın Sınırları

a. 1961 Anayasası'nda Yer Alan Sınırlama

1982 Anayasası'ndaki konut hakkına ilişkin sınırlamanın sınırlarının daha iyi anlaşılabilmesi için 1961 Anayasası'ndaki düzenlemelere bakılması gerekmektedir. 1961 Anayasası'nın 53. maddesinde devletin ekonomik ve sosyal ödevlerinin sınırlarına ilişkin bir düzenleme yer

⁴⁰ ÖZBUDUN, s. 113-119; TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 19. Baskı, İstanbul, 2019, s. 146-154.

⁴¹ Düzenlemede, "Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, bu Sözleşme'ye uygun olarak Devletin sağladığı haklardan yararlanılmasında, Devletin, bu hakları ancak yasanın belirlediği ölçüde sınırlayabileceğini ve bu sınırlamayı da ancak bu hakların niteliği ile bağdaştığı ölçüde ve yalnızca demokratik bir toplumda genel refahın artırılması amacı ile yapabileceğini kabul ederler." denilmiştir.

⁴² BULUT, s. 95-96; TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 157-162; BALKIR, s. 124-125.

⁴³ DÖNER, s. 169-174; YILMAZ, s. 707-708; BULUT, s. 92-93; Ayrıntılı bilgi için Bkz. ENGİN, Murat: "Çalışma ve Sosyal Güvenlik Haklarının Karşılıklı İlişkisinde Mali Kaynakların Yeterliliği Sorunu", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, 2008, s. 233.

almaktaydı. Düzenlemede devletin, Anayasa'da öngörülen ekonomik ve sosyal amaçların gerçekleştirilmesi görevlerini, yalnızca ekonomik gelişme ve ekonomik kaynakları elverdiği ölçüde ifa edeceği belirtilmişti. Öğretide, 1961 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde, bu düzenlemenin niteliğine ilişkin birtakım eleştiriler bulunmaktaydı. Bazı yazarlarca 53. maddenin, devletin özgürleştirme ödevlerini ifa etmekten kaçınmasına neden olacağı savunulmuş, diğer taraftan bazı başka yazarlarca düzenlemenin devlete, kişilerin maddi ve manevi varlığını geliştirme adına verilen ödevlerinden kaçışı için imkân sağlamadığı, yalnızca devletin söz konusu görevlerini ifa ederken göz önünde bulundurması gerekli orantı bulunduğu öne sürülmüştür⁴⁴.

1961 Anayasası döneminde, 53. maddenin devlete geniş ölçüde serbest bir alan bıraktığı ve takdir yetkisi kazandırdığı değerlendirilmektedir. Dolayısıyla iktidarlar, söz konusu ilkenin arkasına gizlenerek rahatça hareket edebilecektir. Bunun yanı sıra 1961 Anayasası'nın sosyal haklara ilişkin bölümünün belirli oranda gölgede kaldığı öne sürülmüştür⁴⁵. Ayrıca sosyal haklar 1961 Anayasası'nda "*program hüküm*" mahiyetinde ele alınmış ve bunların devlet karşısında hukuki olmasından ziyade siyasi bağlayıcılığı bulunan "*devletin mali ve sosyal politikalarına yön verirken uyuması zorunlu talimatlar*" olduğu vurgulanmıştır⁴⁶.

b. 1982 Anayasası'nda Yer Alan Sınırlama

Sosyal ve ekonomik hakların sınırı başlığında ele alınan 1982 Anayasası'nın 65. maddesi değiştirilmeden önce "*devletin, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek, malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği*" belirtilmişti⁴⁷. 1961 Anayasası'nın 53. maddesinde "*iktisadi gelişim*" ölçütüne yer vermişken, 1982 Anayasası'nda "*ekonomik istikrarın korunmasının gözetilmesi*" ifadesine yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeyle 1961 Anayasası'ndaki düzenleme yakalanamamıştır⁴⁸. Devletin ekonomik istikrarı yakalaması, ekonomik gelişimine nazaran daha güç ve daha fazla zamana

⁴⁴ YOLCU, Serkan: Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması, 1. Baskı, Ankara, 2018, s. 293; KALE, s. 108-109.

⁴⁵ TALAS, Cahit: "Sosyal Haklar ve Türk Anayasalarında Sosyal Hakların Evrimi", TODAİ İnsan Hakları Yıllığı, C. 3-4, 1981-1982, s. 73.

⁴⁶ KAPANİ, Münci: Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Ankara, 2013, s. 122-125.

⁴⁷ 1982 Anayasası'nın ilk haline ulaşmak için Bkz. <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/1982ilkson.pdf>, (Erişim Tarihi, 29.05.2023).

⁴⁸ KALAĞAN, s. 98.

ihtiyaç duymaktadır. Bu nedenle 1982 Anayasası, devletin ekonomik, sosyal ve kültürel haklar konusundaki görevlerini ifa etmesini 1961 Anayasası'ndakinden daha güç ve zor şartlara bağlamıştır⁴⁹.

1982 Anayasası'nın 13. maddesi sınırlamanın sınırlaması şeklinde ele alınmıştır. Düzenlemeye göre temel haklar ve özgürlükler, ancak ilgili düzenlemede öngörülen sınırlandırma nedenleriyle ve özlerine dokunulmaksızın sınırlandırılabilir. Buna göre bir hakkın sınırlandırılması Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeni ile laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olarak gerçekleştirilemeyecektir. Ayrıca bu sınırlandırmaların mutlaka kanunla ve Anayasa'daki o hakka yahut özgürlüğe ilişkin düzenlemesinde belirtilen özel sebeplere dayalı olarak yapılması gerekmektedir.⁵⁰

Anayasa'da yer alan özel sınırlandırma nedenlerine sosyal hakların tümü açısından yer verilmemektedir⁵¹. Konut hakkına ilişkin olarak düzenlenen Anayasa'nın 57. maddesinde sınırlama sebepleri sayılmamıştır. Düzenlemede özel sınırlandırma sebeplerine yer vermemesinin nedeni Anayasa'nın diğer maddelerinde öngörülen sınırlandırma sebeplerinin sosyal hakların tümünün muhtevalarına uygun düşmemesidir. Zira, bu hakkı milli güvenliğe, kamu düzenine, genel sağlığa yönelik sebeplerle sınırlandırılması, konut hakkının kapsamıyla uyumlu olmayacaktır. Maddede özel sınırlandırma sebeplerinin öngörülmemesinin nedenlerinden bir diğeri, düzenlemenin hazırlanması sırasında bu hakkın bir hak olmasından daha çok devlete yüklenen ekonomik ve sosyal ödevlerden birisi şeklinde düşünülmesi olduğu söylenebilir. Devlete yüklenen bu görevin sınırını Anayasa'nın 65. maddesindeki ekonomik, sosyal ve kültürel haklara yönelik genel sınırlar belirlemektedir⁵².

Konut hakkının sınırlandırılması konusuna iki yönden bakılabilir. Birincisi, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan "Temel hak ve hürriyetler,

⁴⁹ ALGAN, s. 280.

⁵⁰ Engin, "Çalışma ve Sosyal Güvenlik Haklarının Karşılıklı İlişkisinde Mali Kaynakların Yeterliliği Sorunu", 233-248; YILMAZ, Zülfiye: "Olumlu Edim Gerektiren Sosyal Hakların Sınırı: Karşılaştırmalı Hukuk Perspektifinden 1961 ve 1982 Anayasaları Dönemi Uygulamaları", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 72, S. 1, 2014, s. 707-708; BULUT, s. 92-93; ÖZBUDUN, s. 113-120.

⁵¹ Özel sınırlama sebeplerine yer verilen sosyal haklara eğitim hakkı, sendika kurma hakkı, grev ve lokavt hakkı örnek olarak sayılabilir.

⁵² EREN, s. 221-222; ALGAN, s. 279. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. EREN, s. 541-588.

... yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak... sınırlanabilir". Burada konut hakkı ile alakalı olarak, Anayasa'nın 57. maddesine referans yapılmaktadır. 57. maddede konut hakkı ile alakalı özel bir sınırlama sebebi mevcut değildir. Aynı zamanda özel maddede hiçbir kanun kaydı da mevcut değildir. Ancak 57. maddede hiçbir özel sınırlama sebebinin veya kanun kaydının mevcut olmaması, bu hakkın mutlak olarak sınırsız olduğu manasına gelmez. Bu durumda, ilgili hakkın tabiatından kaynaklanan "objektif/nesnel sınırlılık hali söz konusu ise, bu hakkın sınırları, objektif sınırlılık ilkesi kapsamında belirlenir⁵³. 1982 Anayasası'nın 57. maddesinde konut hakkı ile alakalı özel sınırlama sebepleri mevcut olmadığı için, bu hakkın tabiatından kaynaklanan objektif sınırlama halleri mevcutsa, bu durumda, konut hakkı, objektif sınırlama sebepleri gerekçe gösterilerek sınırlanabilir⁵⁴. İkincisi, konut hakkı, Anayasa'nın 65. maddesinde öngörülen hükümler kapsamında sınırlanabilir.

2001 tarihinde 1982 Anayasası'nın 65. maddesinde madde başlığının "*Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırları*" şeklinde değiştirildiği görülmektedir. Düzenlenmenin yeniden ele alınarak "*devletin sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasayla öngörülen ödevlerini, bu ödevlerinin amaçlarıyla uygun önceliklere göre hareket ederek ekonomik kaynaklarının elverdiği ölçüde ifa edeceği*" belirtilmiştir⁵⁵. Değişiklik sonrasında, muhtevası soyut ve 1961 Anayasası dönemindeki düzenlemenin de gerisinde kalan "*ekonomik istikrarın korunmasının gözetilmesi*" ölçütü maddeden çıkarılmıştır. Ekonomik istikrarın korunmasının gözetilmesi ilkesi çıkartılıp bu kez "*devletin bu*

⁵³ KÜÇÜK, Adnan: 1982 Anayasasındaki Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması Rejimi Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması Hakkının Sınırlanmasının Anayasaya Uygunluğu, DOĞAN, Bayram (Editör), Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Ankara, 2022, s.26-33; ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 17. Basım, Ankara, 2017, s. 115, 121-122; ATAR, Yavuz: Türk Anayasa Hukuku, 12. Basım, Ankara, 2018, s. 135; CANİKLİOĞLU, Meltem Dikmen: "Anlamı, Kapsamı ve Sınırlarıyla Temel Haklar ve Anayasalarımız", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mahmut Tevfik Birsnel Armağanı, 2001, s. 488; SAĞLAM, Fazıl: Temel Hakların Sınırlanması ve Özütü, Ankara, 1982, s. 47-48.

⁵⁴ KÜÇÜK, 1982 Anayasasındaki Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması Rejimi Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması Hakkının Sınırlanmasının Anayasaya Uygunluğu, s. 26 vd.

⁵⁵ 1982 Anayasası'nın değişen metnine ulaşmak için Bkz. <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/1982ilkson.pdf>, (Erişim Tarihi, 29.05.2023).

ödevlerinin amaçlarıyla bağdaşır öncelikleri gözetmesi” gerektiği şeklinde bir düzenlemeye gidilmiştir⁵⁶.

c. Öğretideki Tartışmalar

Kanun koyucu Anayasa’nın 65. maddesindeki düzenlemeyle devlete, sosyal haklar konusundaki görevlerini ifa ederken sosyal devlet olma önceliklerinin de dikkate alınması görevini yüklemiştir. Düzenlemenin, Anayasa’nın 5. maddesinde öngörülen “*özgürleştirme ödevi*” normuna göre değerlendirilmesi halinde, kişilerin maddi ve manevi varlıklarının geliştirilmesiyle alakalı devlet tarafından alınması gerekli bütün tedbirlerin öncelik taşıdığı görülecektir. Bundan dolayı medeni ve siyasi haklarla ilişkili olarak devlete yüklenen pozitif ödevlerin yerine getirilmesini gerekli kılan sosyal hakların öncelikle gerçekleştirilmesi gerekmektedir⁵⁷.

1961 Anayasası’nda yer alan mali kaynakların yeterliliği ölçütü 1982 Anayasası’nda da korunmuştur. 2001’de yapılan değişiklikte temel haklar ve özgürlükler konusunda genel sınırlama sebeplerinin kaldırılmasına karşın sosyal haklar açısından mali kaynakların yeterli olması ölçütü genel sınırlama sebebi olmaya devam etmiştir⁵⁸.

Anayasa’nın 65. maddesinde yer verilen “*devletin mali kaynaklarının yeterli olması*” ölçütü devletin sosyal hakları ve ödevlerini gerçekleştirme için bir mazeret teşkil etmeyip, düzenleme yalnızca sosyal haklar ve özgürlükleri gerçekleştirilebilmek için atılacak adımlar karşısında ortaya çıkabilecek problemler için bir ölçüt ortaya koymaktadır. Söz konusu kaynak probleminin çözüme kavuşturulabilmesi önemli ölçüde kanun yapıcının elindeki geniş takdir yetkisini kullanmasına bağlıdır. Devletin pozitif bir yükümlülüğü olan sosyal haklara ilişkin elindeki geniş takdir

⁵⁶ AYM’nin E. 2001/351, K. 2003/10, 11.03.2003 tarihli Kararında amacına uygun önceliklerini gözetme ilkesi yorumlanmış ve somutlaştırılmıştır. Bkz. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> (Erişim Tarihi, 27.05.2023).

⁵⁷ ALGAN, s. 281; BULUT, s. 98; Yolcu, s. 306-307 Ayrıntılı bilgi için Bkz. İsmet Giritli, “2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklere Yansıması”, (2002), 19, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 88-103.

⁵⁸ YILMAZ, s. 707-710; ODER, Bertil Emrah: “Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, 2008, s. 210-211.

yetkisi her iki Anayasa döneminde öğretide birtakım tartışmaları beraberinde getirmiştir⁵⁹.

Öğretide kanun yapıcı, yukarıda sözü edilen takdir yetkisini denetleyecek yahut eylemsizliği halinde yaptırım uygulayacak herhangi bir hukuksal yol bulunmaması nedeniyle eleştirilmektedir. Bir görüşte, Anayasa'nın 65. maddesinin düzenlenme şeklinin, bireylerin pozitif yükümlülüğü gerekli kılan sosyal haklarına ilişkin, yargısal yolla talepte bulunamayacakları öne sürülmüştür. Yolcu, bu eleştirisini; yasama organının öncelik, yöntem ve ölçülere ilişkin siyasal takdirini denetleyecek açık yargısal bir denetim mekanizmasına yönelik anayasada bir düzenleme bulunmadıkça müdahalede bulunulmamasını vurgulamaktadır. Zira sosyal devleti ortaya koyan politikaların nasıl daha iyi gerçekleştirilebileceğine ilişkin önemli meşru tartışmalar bulunmaktadır⁶⁰.

Öğretideki başka bir görüşte, Anayasa'nın 65. maddesinde belirtilen mali kaynakların yeterliliği konusunun tamamen siyasal iktidarın takdirinde bulunduğu vurgulanmaktadır. Yolcu, bahse konu düzenlemenin devlete pozitif yükümlülük yükleyen sosyal hakların ifası bakımından asgari yükümlülükler öngörmediğini ve devlete bu hususta sınırsız bir takdir yetkisi sunduğunu ifade etmektedir. Bunun yanı sıra Yolcu; 2⁶¹, 5⁶² ve 65. maddeler arasında genel-özel düzenleme ilişkisinin bulunduğunu ve bunların çatışmaları durumunda 2 ve 5. maddelerin genel bir düzenleme olması nedeniyle 65. maddenin uygulanmasının gerekeceğini öne sürmektedir⁶³. Kanaatimizce Yolcu'nun bu düşüncesiyle, sosyal hakların ikinci sınıf haklardan birisi olduğu kanısında olup, Anayasa'da yer alan

⁵⁹ TANÖR, Bülent, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, 1. Baskı, İstanbul, 1978, s. 306; EREN, s. 385-386; YOLCU, s. 311.

⁶⁰ YOLCU, s. 311. Benzer yönde bkz., ÖZBUDUN, s. 151-154.

⁶¹ Cumhuriyetin nitelikleri başlığının altında ele alınan düzenlemede "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir." denilmektedir.

⁶² Devletin temel amaç ve görevleri başlığının altında ele alınan düzenlemede "Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır." denilmektedir.

⁶³ YOLCU, s. 311.

birtakım sosyal düzenlemeleri ve yasamaya verilen yükümlülükleri dikkate almadığını göstermektedir. Bunun yanı sıra Yolcu'nun bu görüşünün kabulü halinde, Anayasa'da yer alan düzenlemelerin her birisinin sırf devletin ilgili organı açısından icra yolunun bulunması durumunda bağlayıcılığı bulunacaktır. Böyle bir kabul durumunda, Anayasa'daki kuralların ihlali halinde dahi bunların icra kabiliyetlerinin bulunmamasına bağlı olarak herhangi bir hukuksal değerinin bulunmayacağını düşündürecektir⁶⁴.

Başka bir görüşte, Anayasa'nın 65. maddesinde öngörülen takdir yetkisinin, sosyal hakların gerçekleştirilmesine yönelik olmayıp, bunların hangi ölçüde yerine getirileceği hususunda olduğu vurgulanmaktadır. Yolcu, devletin sosyal ve ekonomik ödevlerinin, gerçekleştirilip gerçekleştirilmesinin önemli olmadığını, bu görevlerin yerine getirilme ölçüsünün, uygulananın mali kaynakların yeterliliğiyle ilgili olduğunu öne sürmektedir. Böylelikle Yolcu, sosyal hakların ifa edilmesine devletin pozitif edim sorumluluğunu mali kaynakların sınırlarında hareket edeceğini belirtmiştir⁶⁵.

Sosyal hakları sınırlandırma konusunda ayrıca bunların Cumhurbaşkanınca çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi konusuna değinilmesi gerekmektedir. Cumhurbaşkanı bu yetkisini Anayasa'nın 104. maddesinden almaktadır. 2017 değişikliğinden önce Anayasa'nın 91. maddesinde kanun hükmünde kararnamelerin (KHK) nasıl çıkarılacağı belirtilmişti. Düzenlemeye göre sıkıyönetim ve olağanüstü hallerin haricinde, Anayasa'da yer alan ikinci kısmın ilk ve ikinci bölümlerindeki temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümdeki siyasi hak ve ödevlerin KHK ile düzenlenemeyeceği belirtilmişti⁶⁶. Düzenleme uyarınca Bakanlar Kurulu'nca, medeni ve siyasi haklar ve ödevlere ilişkin konularda KHK çıkarılamamaktaydı. Böyle bir düzenlemeye

⁶⁴ YOLCU, s. 312. Benzer görüş için bkz., GÖZTEPE, Ece: "Social Rights in the Jurisprudence of the Constitutional Court of Turkey: Social Rights as Unprivileged Human Rights?", IX. World Congress of Constitutional Law, Oslo, 2014, s. 16-20, <https://www.jus.uio.no/english/research/newsandvents/events/conferences/2014/wccldcmdc/wcl/papers/ws4/w4-goztepe.pdf>, (Erişim Tarihi: 29.05.2023).

⁶⁵ YOLCU, s. 310- 311. Benzer görüşler için bkz., ODER, s. 230; SOYSAL, Mümtaz: 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 1. Baskı, İstanbul, 1986, s. 238; ALGAN, s. 281; BALKIR, s. 128.

⁶⁶ 2017 Anayasa değişikliğinden önceki 1982 Anayasası metnine ulaşmak için Bkz. <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/1982ilkson.pdf>, (Erişim Tarihi, 17.06.2023).

gidilmesindeki amaç Anayasa'nın 13. maddesindeki özgürlükler konusundaki sınırlamaların yalnızca kanunla yapılabilmesinden kaynaklanmaktaydı. Devletin bu haklara saygı duyması ve karışmaması gerektiğinden ve ortaya konulacak düzenlemelerin sınırlandırıcı etkisinin bulunabileceğinden Anayasa'da bu hakların KHK'yla çıkarılması konusundaki yasağın öngörüldüğü ifade edilmektedir⁶⁷.

Bir görüşte ekonomik, sosyal ve kültürel hakların genel olarak devletin pozitif yükümlülüklerini gerekli kılması nedeniyle⁶⁸, KHK yoluyla bu yükümlülüklerin ifa edilmesinin, Anayasa'da bu haklara yönelik getirilen güvenceler açısından, bir sakıncasının bulunmayacağı belirtilmektedir. Anayasa'da "*sınırlama*" kavramının kullanılması yerine "*düzenleme*" kavramı kullanılmıştır. Düzenleme kavramının sınırlamadan daha geniş olduğu ifade edilebilir. Zira, düzenleme kavramı açısından yalnızca hakları sınırlama söz konusu olmayıp, hakları tanıma ve kullanımını kolaylaştıran önlemlerin alınması anlamlarını da ihtiva etmektedir. Buna göre sosyal haklar arasında bulunan konut hakkının KHK ile Anayasa'da bu hakka ilişkin güvencelerle bağdaşır bir şekilde ele alınabilmesi için, ortaya konulacak hükmün pozitif yükümlülüğe yönelik olması, gecikmesi sakıncalı durumların söz konusu olması, hükmün hakkı sınırlayan bir özelliğinin bulunmaması gereklidir. Yoksa, hakkı sınırlayan bir düzenlemeyle, Anayasa'nın 13. maddesinde ele alınan "*hak ve özgürlüklerin yalnızca kanunla sınırlanabileceği*" biçimindeki hükmün ihlaline sebebiyet verilecektir⁶⁹.

2017 yılı Anayasa değişikliğinden sonra, Anayasa'nın 104. maddesinde Cumhurbaşkanına yürütmeye ilişkin konularda kararname çıkarma yetkisi verilmiştir. Bu düzenlemeyle birlikte daha önce Anayasa'nın 91. maddesinde yer alan Bakanlara Kurulu'na KHK çıkarma yetkisi verme hususundaki düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır.

⁶⁷ SAĞLAM, Fazıl: "Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları: Uygulamayı Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar", Anayasa Yargısı Dergisi, C. 1, 1984, s. 268; TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, s. 399-403; ALGAN, s. 283-284; DOĞAN, Bayram/GEYİK, Ali Fuat/BOZKURT, Emine Esra: "Kanun Hükmünde Kararnameler ile Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Karşılaştırılması", Gaziantep University Journal of Social Sciences, C. 20 S.4, 2021, 1693-1694.

⁶⁸ GÖZLER, Kemal: Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi, 1. Baskı, Bursa, 2000, s. 105-106; SAĞLAM, s. 269; TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, s. 399-403; ALGAN, s. 284.

⁶⁹ ALGAN, s. 283-284; BULUT, s. 95; SAĞLAM, s. 268-269; TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, s. 399-403.

Düzenlemede Cumhurbaşkanına, yürütmeye ilişkin hususlarda kararname çıkarabilme yetkisi verilmiştir. Ancak medeni ve siyasal hak ve ödevler konusunda Cumhurbaşkanına, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilme yetkisi verilmemiştir. Düzenlemeden ekonomik ve sosyal hakların Cumhurbaşkanınca çıkarılacak bir kararnameyle ele alınabileceği anlaşılmaktadır⁷⁰. Bu nedenle Anayasa'nın 91. maddesinin yürürlükte bulunduğu dönemdeki KHK konusundaki tartışmaların Anayasa'nın 104. maddesi ile ilgili de geçerli olduğu söylenebilecektir. Buna göre sosyal hakların Anayasa'da kendilerine özgü güvencelerle uyumlu olarak Cumhurbaşkanınca çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle ele alınabilmesi için ortaya konulacak düzenlemenin pozitif bir yükümlülük içermesi, gecikmesi halinde sakıncalı durumların bulunması ve düzenlemenin bu hakları sınırlayan bir özelliğe sahip olmaması gerekecektir.

Anayasa md. 104'te kanunla yapılması gerekli hallerde ve kanunla açıkça ele alınan hususların da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlemeyeceği de belirtilmiştir. Bu hüküm Anayasa md. 13'te belirtilen hak ve özgürlüklerin yalnızca kanunla sınırlandırılabilmesi düzenlemesine aykırılık oluşturmamaktadır.

d. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Konut Hakkı

AİHS'nin 8. maddesi⁷¹ kapsamında korunan alt-kategori haklardan birisi "konuta saygı" hakkıdır. Konuta saygı hakkının hayata geçirilebilmesi ve bu hak kapsamındaki güvencelerin uygulanabilmesi için "konut" kavramının tanımı önem taşımaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki AİHS'nin 8. maddesinde belirtilen konut kavramı AİHM'ye göre "özerk/otonom" bir kavramdır⁷². Konut kavramının AİHM'ye göre özerk olması şu anlama gelmektedir; AİHS'ye taraf devletlerin ulusal mevzuatlarında konut kavramını nasıl tanımladığı veya nelerin konut olarak sınıflandırıldığı AİHM'yi bağlamamaktadır⁷³. AİHM içtihadına göre konut,

⁷⁰ KÜÇÜK, Adnan/DOĞAN, Bayram: "Türkiye'de 2017 Anayasa Değişikliği Kapsamında Yürütmenin Asli Düzenleme Yetkisi ve Mahfuz Düzenleme Alanı", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1, 2019, s. 21-22.

⁷¹ Özel hayata saygı hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin en geniş yorumlanan maddelerinden biri olan 8. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddede "herkesin özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu" hükmüne yer verilerek konut hakkı güvenceye alınmıştır.

⁷² Chiragov and Others v. Armenia, B.N.: 13216/05 § 132 ve 206.

⁷³ Giacomelli v. Italy, B.N.: 59909/00 § 76.

aile hayatının ve özel hayatın geliştiği, fiziki olarak belirli olan yerdir. AİHM, bir yerin konut olarak kabul edilebilmesi konusunda “konut olarak belirlenen yer ile yeterli ve devam eden bağ” şeklinde olgusal bir kriteri göz önünde bulundurmaktadır⁷⁴. AİHM’ye göre bireyin konuta saygı hakkı kapsamında sağlanan güvencelerden faydalanabilmesi için “konut olarak belirlenen yer ile yeterli ve devam eden bağ kurduğu yerin sahibi olması” göz önünde bulundurulacak tek kriter değildir. Nitekim konutun hukuka uygun olarak oluşturulmuş olması veya konutta hukuka uygun olarak yaşıyor olmak da tek kriter değildir⁷⁵. Örneğin bireyin yaşamakta olduğu yer hukuka aykırı olarak oluşturulmuş bir yapı olabilir⁷⁶. AİHM’ye göre, hukuka uygun ve meşru bir şekilde oluşturulan konut hukuka aykırı yollarla elde edilen konuta göre konuta saygı hakkı kapsamında daha fazla güvenceye sahiptir⁷⁷. Ayrıca AİHM’ye göre konuta saygı hakkı, bireyin içerisinde yaşayabileceği veya ikamet edebileceği bir konut sağlama hakkını ve AİHS’ye taraf olan devletlere de bunu sağlama yükümlülüğünü de barındırmaktadır⁷⁸.

AİHM içtihatlarına göre bireyin aile hayatının ve özel hayatın geliştirdiği maddi olarak belirlenen yerin yanı sıra “iş yerleri”⁷⁹, “karavan”⁸⁰, “ikinci evler”⁸¹, “bungalov”⁸², ve “otel odası”⁸³ da konut olarak kabul edilmektedir. Çünkü yukarıda belirtildiği üzere AİHM’ye göre bir yerin konut olarak kabul edilebilmesi noktasında “konut olarak belirlenen yer ile yeterli ve devam eden bağ” kurulmuş olması gerekmektedir⁸⁴. Ayrıca AİHM’ye göre konuta saygı hakkının öznesi yalnızca gerçek kişilerle sınırlandırılmamıştır. Tüzel kişiler de konuta saygı hakkının öznesidirler. AİHM, başvuru sahibinin bir şirket yani bir tüzel kişi olduğu *Société Colas Est ve Diğerleri/Fransa* kararında, başvuru sahibi şirkette polis

⁷⁴ *Gillow v. The United Kingdom*, B.N.: 9063/80 § 46.

⁷⁵ *Khatun and 180 Others v. THE United Kingdom*, B.N.: 38387/97 § 1.

⁷⁶ *Buckley v. The United Kingdom*, B.N.: 20348/92 § 54.

⁷⁷ *Chapman v. The United Kingdom*, B.N.: 27238/95 § 48.

⁷⁸ *Chapman v. The United Kingdom*, B.N.: 27238/95 § 48.

⁷⁹ *Niemietz v. Germany*, B.N.: 13710/88 § 30.

⁸⁰ *Chapman v. The United Kingdom*, B.N.: 27238/95 § 74.

⁸¹ *Demades v. Turkey*, B.N.: 16219/90 § 45.

⁸² *Winterstein and Others v. France*, 27013/07 § 141.

⁸³ *O’rourke v. The United Kingdom*, B.N.: 39022/97 § 3.

⁸⁴ *Gillow v. The United Kingdom*, B.N.: 9063/80 § 46.

tarafından gerçekleştirilen denetim ve soruşturma işlemini, konuta saygı hakkı kapsamında değerlendirmiştir⁸⁵.

Görüldüğü üzere AİHM tarafından konuta saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan hukuksal menfaatler yalnızca konut dokunulmazlığı değil, özel hayata saygı ve konutta devam eden bir aile hayatına saygı hakkını da korumaktadır⁸⁶. Başka bir deyişle AİHM'ye göre üçüncü kişiler tarafından konuta saygı hakkına yönelik girişimler, özel hayata saygı hakkına yönelik bir müdahale oluşturmaktadır. Nitekim üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen girişimlerde AİHS'nin 8. maddesindeki tüm alt-kategorilerin gündeme getirilmesi, konutun; bireyin özel hayatını ve bazı durumlarda ise aile hayatını sürdürdüğü bir alan olmasından kaynaklanmaktadır⁸⁷.

Bu nedenle konuta saygı hakkı kapsamında AİHS'ye taraf olan devletlerin esas yükümlülüğü AİHM içtihatlarından anlaşılacağı üzere negatif yükümlülüktür. Fakat, AİHS'ye taraf devletlerin üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilecek olan müdahalelere karşın devletlerin de bireyin konuta saygı hakkını sağlama konusunda pozitif yükümlülüğü de bulunmaktadır⁸⁸. Bu nedenle AİHM'ye göre konut hakkı, devletlerin, bireylerin içerisinde yaşayabileceği veya ikamet edebileceği bir konut sağlama hakkını ve AİHS'ye taraf olan devletlerinde bunu ulusal mevzuatlarında sağlama yükümlülüğünü oluşturmaktadır⁸⁹.

4. Konut Hakkı ile İlgili Türkiye'deki Güncel Gelişmeler

1961 Anayasası'nda 49. maddenin 2. fıkrasıyla güvence altına alınan konut hakkı sağlık hakkı ile ilişki kurularak değerlendirilmiştir. Köylerden kentlere göçün neden olduğu çarpık kentleşme ve gecekondu yapılarının çoğalması sorunları üzerine bu dönemde tedbirler alınmaya çalışılmıştır. Türkiye'de kurulan; Arsa Ofisi Genel Müdürlüğü, Sosyal Sigortalar Kurumu (SSK), Ordu Yardımlaşma Kurumu (OYAK), Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu (Bağ-Kur) gibi kurumlar çalışanlarının konut ihtiyacının karşılanmasına

⁸⁵ Société Colas Est and Others v. France, 37971/97 § 41.

⁸⁶ Gillow v. The United Kingdom, B.N.: 9063/80 § 46.

⁸⁷ Chiragov and Others v. Armenia, B.N.: § 132 ve 206.

⁸⁸ Surugiu v. Romania, B.N.: 48995/99 § 59; Case of Pibernik v. Croatia, B.N.: 75139/01 § 70.

⁸⁹ Chapman v. The United Kingdom, B.N.: § 48.

yardımcı olmaya çalışmışlardır⁹⁰. 1982 Anayasası'nda ise "konut hakkı" Anayasa'nın 57.maddesiyle güvence altına alınmıştır. 1984 yılında çıkarılan 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu'nda 2004 yılında gerçekleştirilen değişiklikle Başbakanlığa bağlı kamu tüzel kişisi haline gelen, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçilmesiyle de Çevre Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'na bağlanan Toplu Konut İdaresi Başkanlığı (TOKİ) aracılığı ile toplu konut ihtiyacına ilişkin teşebbüslerin desteklenmesine çalışılmıştır⁹¹.

"Sosyal ve ekonomik haklar" içerisinde dahil edilerek devlete pozitif yükümlülükler yükleyen "konut hakkı" aslında son günlerde oldukça gündemde olan bir anayasal hak. Türkiye'de 6 Şubat 2023 sabahı merkez üssü Kahramanmaraş/Pazarcık olan 7.7 büyüklüğünde ve aynı gün öğlen saatlerinde merkez üssü Kahramanmaraş/ Elbistan olan 7.6 büyüklüğünde yıkıcı depremler olmuştur. Meydana gelen bu depremler merkez üssü Kahramanmaraş ili başta olmak üzere civar illerde de ciddi hasarlar bırakmış ve toplamda 11 il doğrudan etkilenerek deprem bölgesi ilan edilmiştir. 13 Mart 2023 tarihinde depremden en çok etkilenen illerden birisi olan Hatay'da 6.4 ve 5.8 büyüklüğünde peş peşe iki deprem daha meydana gelmiştir. Bu depremler neticesinde birçok insan yaşadıkları binaların enkazında kalarak hayatlarını kaybetmiş, birçok insan da konutlarının yıkılması, acil yıkılacak veya ağır hasarlı hale gelmesi sonucu evsiz kalmış durumdadır. Dolayısıyla Türkiye'de ve özellikle depremin etkilediği 11 ilde ciddi derecede konut ihtiyacı söz konusu olmuştur. Kaldı ki Türkiye, yüzde 93'ü farklı derecelerde deprem bölgesi olan bir ülkedir. Bu sebeple deprem neticesinde gelişen konut ihtiyacının ve anayasal bir hak olan konut hakkının sürekli gündemde olacağı değerlendirilmektedir.

Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı'nın Kahramanmaraş ve Hatay depremleri neticesinde yayınladığı rapora göre depremden etkilenen 11 ilde toplam 5 milyon 649 bin 317 konut bulunmaktaydı. Deprem sebebiyle bu konutların 518.009'unun yıkık, acil yıkılacak ya da ağır hasarlı olduğu; 131.577'sinin orta hasarlı olduğu; 1.279.727'sinin ise az hasarlı olduğu tespit edilmiştir. Deprem nedeniyle toplamda konut olarak

⁹⁰ ABDULHAKİMOĞULLARI, Erdal/KALE, Fatmagül: "Türk Anayasalarında ve Karşılaştırmalı Hukukta Konut Hakkı", TAAD, C. 4, S. 15, 2013, s. 16.

⁹¹ İNCE, Nurten/ KANLI, İmam Bakır/ ERYİĞİT, Burak Hamza: "İnsan Hakkı Olarak Konut Hakkı Housing Right As A Fundamental Right", International Journal Of Political Studies, C.3, S.2, 2017, s.32.

kullanılan binaların %34,2'sini teşkil eden 1.929.313 konut hasarlı hale gelmiştir⁹².

Depremzedelerin hayatını idame ettirebilmesi, afet sebebiyle içerisine düşmüş oldukları zor durumun giderilmesi için Anayasa devlete birtakım ödevler yüklemektedir. Devlet, pozitif hak olarak adlandırılan bu destekleme edimlerini “*malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde*” yerine getirmek durumundadır. Peş peşe gerçekleşen depremler nedeniyle çok sayıda insanın konut ve acil barınma ihtiyacı gündeme geldiği için konut hakkının devlet için yalnızca bir ödev değil, vatandaşlar için anayasal bir hak olduğu gerçeği değerlendirilmektedir. Dolayısıyla sosyal devlet ilkesi ve Anayasa'nın 57.maddesinde ifade edilen konut hakkı gereği devlet, depremedelerin “*konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri*” depremin hemen sonrasında itibaren yerine getirmek yükümlülüğü altındadır.

İlk olarak deprem sebebiyle konutları veya işyerleri yıkılan, acil yıkılacak olan ya da ağır hasarlı olan insanların hak sahipliklerinin tespiti işlemine 7269 sayılı Afetler Kanunu'nun 1051 sayılı Kanun'la değiştirilen 29. maddesi gereğince hazırlanan, Afet Sebebiyle Hak Sahibi Olanların Tespiti Hakkındaki Yönetmelik hükümleri uyarınca başlanılmıştır. Bu tespitin akabinde hak sahibi olanlara Toplu Konut Kanunu çerçevesinde yapılacak olan konutlar teslim edilerek depremedelerin ihtiyaçları “*şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeterek bir planlama*” çerçevesinde karşılanması gerekmektedir. Bununla birlikte depremden etkilenen insanların barınma ihtiyacının acil olarak karşılanması için ilk olarak depremedeler, aileleri ile birlikte bedelsiz olarak konaklama evi, otel, pansiyon, konteyner, çadır veya prefabrik ev gibi geçici alanlara yerleştirilmiştir. Deprem bölgesinde bulunan köy veya kırsal kesimde yaşayan insanlar için ise depremede köy evlerinin yapılması hakkında planlamalar ve çalışmalar yapılmaktadır. Böylece deprem bölgesindeki konut ihtiyacının çevre şartları da gözetilerek karşılanacağı değerlendirilmektedir⁹³.

5902 sayılı Afet Ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun'dan kaynaklanan Afetlerde Barınma Desteği

⁹² Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı'nın Kahramanmaraş ve Hatay depremleri neticesinde yayınladığı rapor için bkz., <https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2023/03/2023-Kahramanmaras-ve-Hatay-Depremleri-Raporu.pdf>, (Erişim Tarihi, 14.08.2023).

⁹³ Konu hakkındaki açıklamalar için bakınız., <https://csb.gov.tr/bakan-ozhaseki-deprem-bolgesinde-yaralar-sariliyor-bakanlik-faaliyetleri-38764>, (Erişim Tarihi, 15.08.2023).

kapsamında deprem bölgesinde konutu hasar gören ve bu sebeple başka bir konutta kiracı olmak zorunda kalan ev sahiplerine 5.000 TL ile kiracılara ise 3.000 TL kira yardım ödemeleri yapılmaktadır. Konutundan taşınmak zorunda kalan depremzedelere ise taşınma desteği olarak tanınan 15.000 TL'lik ödeme yapılmıştır⁹⁴.

Çevre Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından deprem bölgesinde yerinde dönüşüm projesi kapsamında konutlar yapılması kararı alınmıştır⁹⁵. Adı geçen Bakanlık tarafından başlatılan Yerinde Dönüşüm projesi ile deprem bölgesinde Bakanlık tarafından yerinde dönüşüme müsaade edilen bölgelerde konut yapımı için 2 yıl ödemesiz, 10 yıl vadeli ve faizsiz olmak üzere kredi ve hibe ödemelerinin sağlanmasına ilişkin depremzedeleri destekleyici birtakım projeler kamuoyuna yansıtılmıştır⁹⁶.

Deprem sonrasında, depremden etkilenen 11 il başta olmak üzere ülkemizdeki birçok kentte afet riski barındıran alanlarda çalışmalar yapılmaya başlanmıştır. 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun kapsamında yürütülen bu çalışmalar iki temel başlık altında ele alınabilir. Bunlardan ilki, riskli yapıların dönüştürülmesi çalışmalarıdır. Afet açısından riskli ilan edilen bölgelerin içinde ya da dışında olup ekonomik ömrünü⁹⁷ tamamlamış, yıkılma veya ağır hasar

⁹⁴ Kamuoyuna yansıyan haberler için bakınız., <https://www.cnnturk.com/ekonomi/deprem-kira-yardimi-basvurusu-nasil-yapilir-kira-yardiminden-kimler-faydalanacak-e-devlet-kira-yardimi-ekrani>, (Erişim Tarihi, 15.08.2023).

⁹⁵ Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı yaptığı açıklamalarda; bin yılın felaketi olarak nitelendirilen 6 Şubat Kahramanmaraş merkezli depremlerin yaralarını hızla sarmak için gerekli çalışmaların yoğun bir şekilde sürdüğünü bu kapsamda anılan Depremde yıkılan ve ağır hasar alan konutların yerine 680 bini konut ve köy evi, 170 bini de ticari alan olmak üzere toplamda 850 bin bağımsız bölüm yapılacağını ifade etmiştir. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanı Mehmet Özhaseki, “Şu ana kadar 180 bin konutumuzun ihalesini tamamlayarak çalışmalara başladık. İnşaatlar hızla ilerliyor. Sayın Cumhurbaşkanımızın liderliğinde inşallah bir yıl içerisinde 319 bin toplamda da 680 bin konutumuzu inşa ederek afetzede kardeşlerimize teslim edeceğiz.” İfadelerine yer vererek süreç içerisinde yapılacak konutların sosyal devlet olma gereğini yerine getireceği belirtmiştir.” Açıklama için bkz., <https://csb.gov.tr/bakan-ozhaseki-deprem-bolgesinde-yaralar-sariliyor-bakanlik-faaliyetleri-38764>, (Erişim Tarihi, 15.08.2023).

⁹⁶ <https://csb.gov.tr/depremzedelere-yeni-konut-destegi-bakanlik-faaliyetleri-38732>, (Erişim Tarihi, 15.08.2023)

⁹⁷ PAKEL, Nafi: “6306 Sayılı Kentsel Dönüşüm Yasası”, İstanbul Barosu Dergisi, C.87, Sayı: 2013/1, s. 276.

görme tehlikesi altında olduğu gerekli teknik incelemeler neticesinde ortaya çıkan yapıların yıktırılarak sağlıklı ve güvenli konutlara dönüştürülmesini amaçlamaktadır. İkincisi ise zemin yapısı ya da yapılaşmaya dair etkenlerden ötürü afet açısından riskli alanlar teşkil eden bölgelerdeki yapıların yıkılarak dönüştürülmesi çalışmalarıdır. Esasında mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden bu uygulama başta yaşam hakkı, maddi ve manevi varlığın geliştirilmesi hakkı, sağlıklı çevre hakkı ve konut hakkı olmak üzere birçok temel hak ve özgürlüğün korunması amacıyla kamu yararı gözetilerek gerçekleştirilmektedir⁹⁸.

Ancak unutulmamalıdır ki konut hakkı kapsamında devletin pozitif yükümlülükleri bunlarla sınırlı değildir. Öncelikle konut ihtiyacını karşılamak üzere yapılan yapıların; müteahhit, malzeme, proje, uygulama ve denetim aşamalarında yeknesaklık sağlayacak düzenlemeler yapılması; ilgili mevzuatta denetim ve caydırıcı cezayı etkin kılacak yeni düzenlemelere gidilerek konutların afetlere dayanıklı, sağlıklı ve güvenli yaşam alanları haline gelmesi sağlanmalıdır. Bunun için zemin etüdü ve beton kalite değerleri başta olmak üzere yapıya ilişkin bütün verilerin şeffaf bir şekilde e-Devlet ortamında kamuoyunun erişimine açık halde bulundurulması gerekmektedir⁹⁹. Bu sayede ev satın almak ya da kiralamak isteyen bireyler ikamet edecekleri konutların niteliği ve güvenilirliği konusunda bilgi sahibi olacaklardır. Çeşitli kanun ve yönetmeliklerde dağınık halde bulunan yapıya ilişkin mevzuatın ise tek çatı altında toplanarak yaşanmakta olan dağınıklık ve çatışmaların giderilmesi gerekmektedir.

Konut hakkına ilişkin ikinci gelişme ise 11 Haziran 2022 tarihinde meydana gelmiştir. Buna göre 31863 sayılı Resmi Gazete’de Avukatlık Kanunu İle Türk Borçlar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun yayımlanmıştır. Anılan Kanun’un geçici 1. maddesine göre 11 Haziran 2022 ile 1 Temmuz 2023 arasında yenilenen kira sözleşmelerinde kira bedeline yapılacak kira zammı oranı %25’ten fazla olamayacağı dolayısıyla %25’ten fazlaya tekabül eden kısmın geçersiz sayılacağı hükme

⁹⁸ YURTCANLI, Seda: “Afet Riski Altında Temel Hak Ve Özgürlükler: 6306 Sayılı Afet Yasası Kapsamında Temel Hak Ve Özgürlüklere Getirilen Sınırlamalar”, Anayasa Hukuku Dergisi, C. 2, S. 4, 2013, s. 325,327.

⁹⁹ ÖZTÜRK, Mustafa: “Deprem Değil, Çürük Binalar Öldürür”, Şantiye, Kasım- Aralık 2020, s. 39-40. <https://www.santiye.com.tr/deprem-degil-curuk-binalar-oldurur-770.html>. (Erişim Tarihi, 16.09.2023).

bağlanmıştır.¹⁰⁰ Ancak bu süre; 15 Temmuz 2023 tarihli ve 32249 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren 7456 sayılı 6 Şubat 2023 Tarihinde Meydana Gelen Depremlerin Yol Açtığı Ekonomik Kayıpların Telafisi İçin Ek Motorlu Taşıtlar Vergisi İhdası ile Bazı Kanunlarda ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un (“Torba Kanun”) 23. maddesi kapsamında, 1 Temmuz 2024 tarihine kadar uzatılmıştır. Bu düzenleme ile Türkiye’de etkili olan enflasyonist ortam sebebiyle dezavantajlı durumda olan kiracı, kiraya veren karşısında korunmaya yönelik mevzuat düzenlemesi sosyal devlet olma gereğince yapılmıştır. Kuşkusuz ev sahibi olup da geçimini kiraya verdiği konutlardan sağlayan konut sahipleri açısından bu durumun mağduriyetlere sebep olduğu değerlendirilebilir. Zira bu uygulama sonucu, yarıya intikal eden kira bedeli tespiti ile tahliye davası gibi kiracı kiraya veren ilişkisinden kaynaklanan davalarda yoğun artış görülmektedir¹⁰¹.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda öngörülen sözleşme tiplerinden birisi olan kira sözleşmeleri için esasında sözleşme serbestisi ilkesi geçerlidir. Taraflar serbest iradeleri ile sözleşmenin esaslı unsurlarını teşkil eden hususlarda anlaşmaya varabilmektedirler. Ancak özellikle kira sözleşmelerinde bir tarafın diğer tarafa göre daha zayıf olduğu kabul edilmektedir. Sözleşmenin tarafları arasında meydana gelen eşitsizlik kanun koyucunun müdahaleleri ile giderilmeye çalışılmaktadır. Anayasa’nın 57.maddesinde düzenlenen “konut hakkı” bu düzenlemelerin dayanağını teşkil eder ve başta mülkiyet hakkı olmak üzere birçok anayasal hak ile çatışma içerisine girer. Doktrinde bir kısım yazarlar mülkiyet hakkına ve sözleşme hürriyetine yapılan bu müdahaleleri konut hakkı bağlamında değerlendirerek kiracı lehine menfaat dengesinin sağlanmasını haklı

¹⁰⁰ Kira bedeli artışına ilişkin ayrıntılı bilgi değerlendirme için bkz., Buket Özen: “Kira Bedeli Artışına İlişkin Sözleşme Şartları Ve Sözleşme Uyarınca Gerçekleşen Kira Bedeli Artışının Kira Tespit Davası Sonucunda Gerçekleşen Kira Bedeli Artışından Ayırt Edilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, 2016, s. 2034-2062.

¹⁰¹ <https://blog.lexpera.com.tr/6098-sayili-kanun-gecici-madde-1-ile-getirilen-kira-bede-nde-25lik-artist-sinirlamasina-aykirligin-hukuki-sonuclari-uzerine-degerlendirmeler/>; <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/tahliye-ve-kira-tespit-mahkemeleri-kilit-ledi-42292749>; <https://www.dunya.com/sectorler/emlak/kira-tahliye-davalari-patladi-haberi-701252>, (Erişim Tarihi, 17.09.2023).

bulmuşlardır¹⁰². Kanımızca, Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili maddeleri uyarınca birçok koruyucu hükümle korunan kiracı ile belli koşullar oluşmadan süresi dolmuş olan bir kira sözleşmesini feshetme yetkisi dahi bulunmayan kiraya veren arasında menfaat dengesi kiraya veren aleyhine ölçülülük ilkesine aykırı şekilde bozulmuştur. TBK gereği kiraya veren kira sözleşmesinde bir hüküm yoksa kira bedelinde en fazla TEFE- TÜFE oranında artış yapabilmektedir. Enflasyonun yüksek olduğu dönemlerde kira artış oranlarının %25 ile sınırlandırılması, kiraya vereni makul bir sınırlamaya tabi tutan ve menfaat dengesini sağlayan TEFE- TÜFE sınırlamasının, hiçbir kaynağı bulunmayan bir oran (kira artış oranının %25'i geçmemesi) kullanılarak bertaraf edilmesi ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil edeceği değerlendirilmektedir.

Devlet, sosyal devlet olmanın bir gereği olarak dar gelirli, muhtaçları, dezavantajlı grupları koruyacak tedbirleri almak, mali kaynaklarının elverdiği ölçüde bireyleri evsizliğe karşı korumak zorundadır¹⁰³. Kira artış oranlarına getirilen sınırlamalar ile deprem bölgesinde depremzedelerin barınma ihtiyacına yönelik yapılan çalışmalar bu anlamda devletin pozitif yükümlülüklerinden birini teşkil eden konut hakkının günceldeki yansımaları olmakla beraber sosyal devlet ilkesi ile de doğrudan ilişkilidir.

SONUÇ

1982 Anayasası'nın 57. maddesinde konut hakkı ele alınmış ancak bu hakkın sınırlama sebepleri düzenlemede yer almamaktadır. Bu hakkın düzenlendiği maddede sınırlama sebeplerinin öngörülmemesinin nedeni, konut hakkının devlete bir "ödev" olarak yüklenmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Devletin pozitif edim içeren bu görevinin sınırlarını, Anayasa'nın 65. maddesinde ifade edilen genel sınır belirlemektedir. Konut hakkını sınırlama nedenlerinin belirtilmemesinin nedenlerinden bir diğeri, öteki düzenlemelerde öngörülen sınırlama sebeplerinin, konut hakkının doğasıyla uyumlu olmayışdır. Örneğin bazı hak ve özgürlüklerin genel sınırlama nedenleri arasında sayılan milli güvenliğe, kamusal düzene ve sağlığa yönelik olarak konut hakkının sınırlandırılması

¹⁰² İNCE, Nurten/ KANLI, İmam Bakır/ ERYİÇİT, Burak Hamza: "İnsan Hakkı Olarak Konut Hakkı Housing Right As A Fundamental Right", International Journal Of Political Studies, C. 3, S. 2, 2017, s. 32.

¹⁰³ KILIÇ, s. 83.

halinde bu hakkın muhtevasıyla bağdaşmayan bir durum ortaya çıkmaktadır.

Konut hakkının sınırlarına yönelik Anayasa'da yer verilen ekonomik ve sosyal hakların sınırı şeklinde öngörülen düzenlemelerden söz edilmesi gerekmektedir. Anayasa'nın 65. maddesi uyarınca devletin, sosyal hakların gerçekleştirilmesi amacıyla anayasayla kendisine verilen ödevlerini, bunların amaçlarıyla uygun gerekli öncelikli halleri gözetip, mali kaynakların yeterliliği ölçütüyle karşılayacaktır. Devlete yüklenen sosyal haklar konusundaki ödevlerinde bu hakların amaçları kapsamında yer alan öncelikleri gözetmesi ölçütü, bu hakların daraltılmasına yol açabilecek ve düzenlemenin 2001 değişikliği öncesinde yürürlükte bulunan ekonomik istikrarın gözetilmesi ölçütünden daha yerinde bir düzenleme olmuştur. Böylelikle devletin, sosyal devletin önceliklerine göre hareket etme görevi verilmiştir.

Konut hakkı da sosyal haklar arasında bulunduğu ve ekonomik açıdan diğer haklar karşısında en maliyetlisi olduğundan devletin, Anayasa'nın 65. maddesi uyarınca mali kaynaklarının yeterliliği ölçütünü nasıl ele alacağı tartışılmaktadır. Bizim de katıldığımız Anayasa Mahkemesi'nin görüşüne göre, sosyal hakların yerine getirilmesi kapsamında devlet yöneticilerinin keyfi davranamayacakları, dolayısıyla düzenlemede yer alan ölçütü mali kaynakların yetersizliğini öne sürerek amacı dışında bir mazeretin kaynağı olarak kullanamayacaklardır. Kuşkusuz sosyal bir devlet insan onuruna uygun yaşama hakkını ortadan kaldırıcı veya zorlaştırıcı düzenlemelerde ya da eylemlerde bulunamayacaktır. Zira devlet, sosyal haklar konusundaki ödevlerini, imkanları ölçüsünde yerine getirmek durumundadır. Fakat burada üzerinde durulması gereken husus devletin bu ödevlerini yerine getirirken gözetmesi gerekli ölçüt olan mali kaynaklarının yeterliliği nispetinde yapması gerekenleri elinden geldiğince yapmasıdır.

6 Şubat 2023 tarihinde merkez üssü Kahramanmaraş'ın Pazarcık ve Elbistan ilçeleri olan, 13 Mart 2023 tarihinde ise Hatay'da gerçekleşen, son yüzyılın en büyük kara depremleri olarak kayıtlara geçen depremlerin arkasından sosyal devlet olmanın bir gereği olarak anayasal bir hak olan konut hakkına ilişkin çalışmaların yürütülmeye başlanıldığı değerlendirilmektedir. Depremzedelerin konut ihtiyaçları başlangıçta geçici, sonrasında ise kalıcı olarak karşılanmaya çalışılması; mevcut binaların güvenli ve sağlıklı konutlar olup olmadığına ilişkin yürütülen hasar tespit çalışmaları; depremzedelere sağlanan kira yardımı, taşınma yardımı, kredi ve

hibeler Anayasa'nın 57.maddesiyle güvence altına alınan konut hakkının devlete yüklediği pozitif edim yükümlülüklerine dayanmaktadır. Ülke genelinde riskli yapılara veya riskli alanlardaki binalara yönelik dönüştürme çalışmaları yapılırken kamu yararı gözetilerek; başta konut hakkı olmak üzere yaşam hakkı, maddi ve manevi varlığın korunması hakkı, sağlıklı çevrede yaşama hakkı gibi birtakım temel hak ve özgürlüklerin korunması ve sağlanması amaçlanmalıdır. Devletin pozitif edimleri kapsamındaki yükümlülüklerinden bazıları ise yapıların; müteahhit, malzeme, proje, uygulama ve denetim aşamalarında yapım ve denetiminde şeffaflığı sağlayacak tedbirleri almaktır. Ayrıca devlet, yapı hukuku ve doğal afet mevzuatı ile ilgili dağınık halde bulunan mevzuatı güncel gelişmeler doğrultusunda revize ederek tek çatı altında toplamak durumdadır. 11 Haziran 2022 yılında 31863 sayılı Resmi Gazete'de Avukatlık Kanunu İle Türk Borçlar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile getirilen ve süresi 2024 yılı temmuz ayına kadar uzatılan, konut kira sözleşmelerinin yenilenmesi sırasında kira zammı oranının %25 ile sınırlandırılması uygulaması kiracı kiraya veren ilişkisinde dezavantajlı konumda olduğu değerlendirilen konut kiracısını korumaya yönelik bir uygulamadır. Kanımızca konut hakkı kapsamında mülkiyet hakkına ve sözleşme hürriyetine getirilen bu sınırlandırma ölçülülük ilkesini ihlal eder niteliktedir.

KAYNAKÇA

- ABDULHAKİMOĞULLARI, Erdal/KALE, Fatmagül: "Türk Anayasalarında Karşılaştırmalı Hukukta Konut Hakkı", TAAD, C. 4, S. 15, 2013, s. 15-38.
- ADANALI, Yaşar Adnan, "Tüm Krizler Karşısında Bir Sığınak Olarak Yaşamaya Elverişli Konut", https://mekandaadalet.org/wp-content/uploads/2021/03/MAD_SSM_M9_YAA_BA_PUL-TEK.pdf (Erişim Tarihi, 21.05.2023).
- ALGAN, Bülent: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, 1. Baskı, Ankara, 2007.
- ATAR, Yavuz: Türk Anayasa Hukuku, 12. Basım, Ankara, 2018.
- BALKIR, Gönül: "Konut Hakkı ve İhlalleri: Kentli Hakkının Doğuşu" IV. Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu, Muğla, 2012, s. 351-358.
- BAYSAL UZUNÇARŞILI, Cihan: "Konut Hakkı Olmadan Kent Olur Mu?", https://www.academia.edu/6835193/Konut_Hakkı_Olmadan_Kent_Olur_mu_Kent_ve_Hukuk_Seminerleri, (Erişim Tarihi, 17.06.2023).
- BULUT, Nihat: Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- CANIKLIOĞLU, Meltem Dikmen: "Anlamı, Kapsamı ve Sınırlarıyla Temel Haklar ve Anayasalarımız", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mahmut Tefvik Birsal Armağanı, 2001, s. 461-493.
- DOĞAN, Bayram/GEYİK, Ali Fuat/BOZKURT, Emine Esra: "Kanun Hükmünde Kararnameler ile Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Karşılaştırılması", Gaziantep University Journal of Social Sciences, C. 20 S.4, 2021, s. 1687-1721.
- DÖNER, Ayhan: Türk Anayasa Hukuku, 1. Baskı, Ankara, 2021.
- ENGİN, Murat: "Çalışma ve Sosyal Güvenlik Haklarının Karşılıklı İlişkisinde Mali Kaynakların Yeterliliği Sorunu", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, 2008, s. 233-248.
- EREN, Abdurrahman: Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2020.
- ERGUN, Cem/Gül, Hüseyin, "Barınma Hakkının İhlal Edilme Sürecinde Kentsel Dönüşüm Projeleri", Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu Pamukkale Üniversitesi, 4-6 Kasım 2010, s. 359-378.

- GEMALMAZ, Mehmet Semih: Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, C. 2 Uluslararası Sistemler, 1. Baskı, İstanbul, 2010.
- GİRİTLİ, İsmet: "2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklere Yansıması", Anayasa Yargısı Dergisi, C. 19, 2002, 88-103.
- GÖZLER, Kemal: Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi, 1. Baskı, Bursa, 2000.
- GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Bursa, 2019.
- GÖZTEPE, Ece: "Social Rights in the Jurisprudence of the Constitutional Court of Turkey: Social Rights as Unprivileged Human Rights?", IX. World Congress of Constitutional Law, Oslo, 2014, s. 16-20, <https://www.jus.uio.no/english/research/newsand-vents/events/conferences/2014/wcclcmdc/wccl/papers/ws4/w4-goztepe.pdf>, (Erişim Tarihi: 29.05.2023).
- İNCE, Nurten/ KANLI, İmam Bakır/ ERYİĞİT, Burak Hamza: "İnsan Hakkı Olarak Konut Hakkı Housing Right As A Fundamental Right", İnternational Journal Of Political Studies, C. 3, S. 2, 2017, s. 21-36.
- KABOĞLU, İbrahim: "Yerleşme ve Konut Hakkı: Temel Özgürlük Sosyal Hak Birleşmesi", İnsan Hakları Yıllığı, C. 17, S. 1, 1996, s. 149-169.
- KALABALIK, Halil: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar ve Siyasi Haklar, ÖZENBAŞ BOYDAĞ, Nazmiye (Editör), İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, Eskişehir, 2018, s. 236-270.
- KALAĞAN, Gökhan: "Türkiye'de Kentsel Haklar: Sosyal Devlet Bağlamında Konut Hakkı Üzerine Bir İnceleme", Mehmet Akif Ersoy İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, s. 85-106.
- KALE, Fatmagül: Ulusal ve Uluslararası Boyutlarıyla Konut Hakkı, 1. Baskı, Ankara, 2013.
- KAPANİ, Münci: Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Ankara, 2013.
- KARAN, Ulaş: "Sosyal Hakların Güçlendirilmesi Açısından Bir İmkân: Bütüncül Yaklaşım", Amme İdaresi Dergisi, C. 40, S. 3, 2007, s. 31-62.
- KELEŞ, Ruşen: 100 Soruda Türkiye'de Kentleşme, Konut Ve Gecekondu, 1. Baskı, İzmir, 2019.
- KILIÇ, Muharrem: Konut Hakkının Sosyopolitiği: Sosyal Haklar Sistematiği Açısından Bir Çözümleme", Anayasa Yargısı, C. 37, S. 2, 2020, s. 67-112.

- KÜÇÜK, Adnan: “Adalet Kavramı ve Adalete İlişkin Bazı Teoriler”, *Muhafazakâr Düşünce Dergisi*, C. 4, S. 15, 2008, s. 91-121.
- KÜÇÜK, Adnan: 1982 Anayasasındaki Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması Rejimi Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması Hakkının Sınırlanmasının Anayasaya Uygunluğu, DOĞAN, Bayram (Editör), *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, Ankara, 2022, s. 11-74.
- KÜÇÜK, Adnan: *Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Ankara, 2015.
- KÜÇÜK, Adnan/DOĞAN, Bayram: “Türkiye’de 2017 Anayasa Değişikliği Kapsamında Yürütmenin Asli Düzenleme Yetkisi ve Mahfuz Düzenleme Alanı”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 1, 2019, s. 1-60.
- ODER, Bertil Emrah: “Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, 2008, s. 199-211.
- ÖZBUDUN, Ergun: *Türk Anayasa Hukuku*, 17. Basım, Ankara, 2017.
- ÖZBUDUN, Ergun: *Türk Anayasa Hukuku*, 19. Basım, Ankara, 2019.
- ÖZEN, Buket: “Kira Bedeli Artışına İlişkin Sözleşme Şartları Ve Sözleşme Uyarınca Gerçekleşen Kira Bedeli Artışının Kira Tespit Davası Sonucunda Gerçekleşen Kira Bedeli Artışından Ayırt Edilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 3, 2016, s. 2034-2062.
- ÖZTÜRK, Mustafa: “Deprem Değil, Çürük Binalar Öldürür”, *Şantiye*, Kasım-Aralık 2020, s. 38-42. <https://www.santiye.com.tr/deprem-degil-curuk-binalar-oldurur-770.html>, (Erişim Tarihi, 16.09.2023).
- PAKEL, Nafi: “6306 Sayılı Kentsel Dönüşüm Yasası”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 87, S. 2013/1, s. 275-279.
- SAĞLAM, Fazıl: “Kanun Hükmünde Karamame Çıkarma Yetkisinin Sınırları: Uygulamayı Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 1, 1984, s. 261-271.
- SAĞLAM, Fazıl: *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara, 1982.
- SOYSAL, Mümtaz: *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, 1. Baskı, İstanbul, 1986.

- TALAS, Cahit: “Sosyal Haklar ve Türk Anayasalarında Sosyal Hakların Evrimi”, *TODAI İnsan Hakları Yıllığı*, C. 3-4, 1981-1982, s. 38-75.
- TANÖR, Bülent, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, 1. Baskı, İstanbul, 1978.
- TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 19. Baskı, İstanbul, 2019.
- YILMAZ, Zülfiye: “Olumlu Edim Gerektiren Sosyal Hakların Sınırı: Karşılaştırmalı Hukuk Perspektifinden 1961 ve 1982 Anayasaları Dönemi Uygulamaları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 72, S. 1, 2014, s. 695-728.
- YOLCU, Serkan: *Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması*, 1. Baskı, Ankara, 2018.
- YURTCANLI, Seda: “Afet Riski Altında Temel Hak Ve Özgürlükler: 6306 Sayılı Afet Yasası Kapsamında Temel Hak Ve Özgürlüklere Getirilen Sınırlamalar”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 2, S. 4, 2013, s. 317-358.

YAPAY ZEKÂNIN ŞİRKET YÖNETİMİNDE YER ALMASINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Alkan Altaş*

Öz

Hızla gelişen teknoloji, birçok yeni kavramı hayatımıza katmakta, insanlığı büyük bir dönüşümün içine sokmaktadır. Teknolojinin hayatımıza kattığı önemli kavramlardan birisi de, kullanımı neredeyse tüm alanlarda yaygınlaşan yapay zekâdır. Yapay zekâyâ hukuksal bir kişilik atanıp atanamayacağı, yapay zekânın hukuken sorumlu tutulup tutulmayacağı güncel hukuki sorunlardandır. Bu kapsamda, öğretide köle, eşya gibi statülere kıyas yapan görüşlerle beraber elektronik kişilik ve tüzel kişilik benzeri yaklaşımlar da öne çıkmaktadır. Günümüzde şirketlerin yönetiminde yapay zekâdan faydalanılması, hatta yapay zekânın yönetici olarak atanması dahi gündemdeyken, yapay zekânın kişiliği ve sorumluluğu meselesinin netleştirilmesi ve kodifiye edilmesi gerektiği açıktır. Çalışmamızda yapay zekâ, kişilik ve şirket yönetimi kavramlarına değinilmiş, yapay zekânın sorumluluğu ve şirket yönetimindeki yeri tartışılmıştır. Bu bağlamda, yapay zekâyâ tüzel kişilik benzeri soyut bir elektronik kişilik atanarak bu yolla kişilik sahibi ve sorumlu kılınmasının isabetli olduğu, şirket yönetiminde de yapay zekânın yeteneklerinden en üstteki yönetici konumunda değil de yardımcı/danışman olarak faydalanılmasının makul bir yol olduğu görüşüne ulaşılmıştır.

* Bilişim ve Teknoloji Hukuku Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi, İstanbul, Türkiye | Information and Technology Law Student Masters With Thesis, Istanbul Medeniyet University, Istanbul, Turkey.

✉ alkan_altas@hotmail.com • ORCID 0000-0001-8809-9313.

✂ **Atf Şekli** | Cite As:ALTAŞ, Alkan: “Yapay Zekanın Şirket Yönetiminde Yer Almasına İlişkin Değerlendirmeler”, SÜHFD, C. 31, S. 3, 2023, s. 1357-1380.

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

✂ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler

• Yapay Zekâ • Kişilik • Elektronik Kişilik • Hukuki Sorumluluk • Şirket yöneticisi

EVALUATION OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN COMPANY MANAGEMENT

Abstract

Developing technology adds many new concepts to our lives and puts humanity into a great transformation. One of the important concepts that technology has added to our lives is artificial intelligence, which has become widespread in all fields. Whether a legal personality can be assigned to artificial intelligence and whether artificial intelligence will be held legally responsible are current legal issues. In this context, approaches such as electronic personality and legal entity come to the fore, along with the views that compare statuses such as slaves and goods in the doctrine. Today, while the use of artificial intelligence in the management of companies and even the appointment of artificial intelligence as a manager is on the agenda, it is clear that the issue of the personality and responsibility of artificial intelligence needs to be clarified and codified. In our study, the concepts of artificial intelligence, personality and company management were mentioned, the responsibility of artificial intelligence and its place in company management were discussed. In this context, it has been concluded that it is appropriate to assign an abstract electronic personality like a legal entity to the artificial intelligence and make it responsible in this way, and that it is an acceptable way to benefit from the capabilities of artificial intelligence in company management as an assistant/consultant rather than in the position of the top manager.

Key Words

• Artificial Intelligence • Personality • Electronic Personality • Civil Liability • Company Director

GİRİŞ

Günümüzde teknoloji baş döndürücü bir hızla gelişmekte, toplumu her zaman geriden takip eden hukuk bu gelişime ayak uydurma konusunda geçmiş dönemlere kıyasla çok daha fazla zorlanmaktadır. Zorlayıcı konulardan birisi de bu teknolojinin günümüzdeki lokomotif konumunda bulunan yapay zekâdır. Artık hayatımızın neredeyse her alanında yapay zekâ sistemlerinin kullanılması ve dünyanın çeşitli ülkelerinde üretim, savunma, güvenlik

gibi birçok alanda yapay zekâyâ sahip robotların sahada görülmesi bir yana, bazı şirketlerde yönetsel konularda yapay zekâdan faydalanılması ya da yapay zekânın yönetici olarak atanması dahi söz konusu olabilmektedir. Yapay zekânın şirket yönetimine katılması hususu, yanında birtakım hukuki tartışmaları da getirecektir. Bu konuyu çözümlmek için öncelikle yapay zekâyâ sorumluluk yüklenip yüklenemeyeceği hususunun, bu husus hakkında konuşabilmek için de yapay zekânın kişilik probleminin çözülmesi ve bir statü tespiti yapılması gerekmektedir. Çalışmamızda bu bağlamda öncelikle yapay zekâ ve kişilik kavramlarına değinilecek, hukuki sorumluluk meselesi irdelenecek ve yapay zekânın şirket yönetiminde yer alıp alamayacağı hususları tartışılacaktır.

I. YAPAY ZEKÂ

A. Yapay Zekânın Tanımı

Yapay zekâ teknolojisi günümüzde neredeyse her alanda kullanılmakta, hayatımızın vazgeçilmez bir unsuru olma yolunda ilerlemektedir. Bankacılıktan eğitime, tarımdan sağlığa birçok sektörde görülmekte, bilgisayar, telefon, akıllı saat, akıllı araba ve benzeri envaiçeşit elektronik cihaz yoluyla günlük hayatlarımıza yoğun ve yaygın bir biçimde dâhil olmaktadır.

Birçok kavram gibi zekânın da üzerinde söz birliği edilmiş evrensel, kesin ve tek bir tanımı olmasa da, yapay zekâyâ değinmeden önce kısaca zekâ kavramına değinmek gerekebilir.

Türk Dil Kurumu zekâyı *“İnsanın düşünme, akıl yürütme, objektif gerçekleri algılama, yargılama ve sonuç çıkarma yeteneklerinin tamamı, anlayış, dirayet, zeyreklik, ferâset”*¹ şeklinde tanımlamakta olup zekâ genelde doğadaki canlıların bir kısmına, özeldde de insanlara özgü bir yeti olarak bilinmektedir.

Alanının önde gelen akademisyenlerinin imzasını taşıyan derleme çalışmaya göre zekâ *“birçok başka yetenekle de beraber, akıl yürütmeyi, planlama yapmayı, problem çözmeyi, soyut düşünmeyi, karmaşık fikirleri idrak etmeyi, çabuk öğrenmeyi ve tecrübelerden kazanım sağlamayı içeren oldukça genel zihinsel yeteneklerdir. Zekâ, salt olarak kitaptan öğrenme, dar akademik*

¹ **Türk Dil Kurumu:** “Zekâ, insanın düşünme, akıl yürütme, objektif gerçekleri algılama, yargılama ve sonuç çıkarma yeteneklerinin tamamı, anlayış, dirayet, zeyreklik, feraset.” *Türk Dil Kurumu*, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 01.02.2023)

yetenekler kazanma, test çözme başarısı değildir. Zekâ, çevreyi kavramadaki daha geniş kapsamlı ve derin kabiliyetleri yansıtır.”²

Denilebilir ki basit anlamıyla zekâ, çeşitli bilgileri/verileri algılama, algılanan bilgiyi/veriyi işleme, anlamlandırma ve bununla ilgili bir çıktı sağlama işlevlerinin bütünüdür.

Gelişen teknoloji, normalde insana hasredilen zekâ melekesinin başka birimlere de yansıtılması düşüncesini ve çeşitli makinelerin, araçların, bilgi işleminin sağlanmasını getirmiştir. İşte tüm bu çabalar ve bu çabaların verdiği ürünler yapay zekâ teknolojisi kapsamında değerlendirilmektedir.

Yapay zekânın, *“bir insan tarafından yapıldığında o insandaki zekânın varlığını gösterdiği düşünülen davranışların bir makine tarafından yapılması,”³ “İnsan zihninin nasıl çalıştığını göstermeye çalışan bir teori”⁴* gibi insan eksenli tanımları yapılmaktadır. Yapay zekâ, canlı bir organizmadan yararlanmadan, tamamen yapay araçlardan oluşan, insana özgü davranışlar ve hareketler göstererek makinelerin çalışma sistemiyle çalışan teknolojik bir özellik olarak da tarif edilebilir.⁵

B. Yapay Zekânın Tarihçesi

Aslında yapay zekânın genel mantığının çok eski zamanlara kadar dayandığı da söylenebilir. Antik Yunan’da rüzgârlara hükmettiği söylenen Daedalus, yapay insan oluşturmaya çalışması ile bu düşünceye bir örnektir. Robotlar konusunda ilk çalışma yapan kişi olduğu düşünülen, 13. Yüzyılda yaşayan Ebu’l-İzz el-Cezeri, kısaca “Kitab-ülHiyel” olarak bilinen eserinde içlerinde otomatik kuş, otomatik yüzen kayak, otomatik su akıtma sistemi, filli saat gibi tasarımların da bulunduğu 300’e yakın makine ve sistemle ilgili bilgileri vermiş, bunları semalar halinde göstermiştir.⁶ Yine Leonardo da Vinci’nin mekanik bir

² LEGG, Schane / HUTTER, Marcus: “A Collections of Definitons of Intelligence,” Fron-tiers in ArtificialIntelligenceand Applications, Vol.157, 2007, s. 17-24.https://www.researchgate.net/publication/1895883_A_Collection_of_Definitions_of_Intelligence (Erişim Tarihi: 01.02.2023)

³ PİRİM, Harun: “Yapay Zekâ,” Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, C.1, S.1, 2006, s.84.

⁴ PİRİM, s.84.

⁵ SUCU, İpek / ATAMAN, Elif: “Dijital Evrenin Yeni Dünyası Olarak Yapay Zekâ ve Her Filmi Üzerine Bir Çalışma,” Yeni Medya Elektronik Dergisi, C.4, S.1, 2020, s.41.

⁶ AKIN, H. Levent: “Yapay Zekâ ve Robotlar,” Bilim ve Teknik Dergisi, C.4, S.41,2008, s.36. <https://services.tubitak.gov.tr/edergi/yazi.pdf;jsessio>

şövalye formundaki robot tasarımına ilişkin çizimleri olduğu bilinmektedir.

Modern anlamda yapay zekâ ise rönesans ve aydınlanma dönemleri sonrasında yaşanan modernleşme ve sanayileşme çağıyla beraber, özellikle batı dünyasına hâkim olan pozitivist anlayış çerçevesinde insan düşünce sistemi ve mekaniğinin daha kapsamlı bir şekilde irdelenmeye başlamasıyla, görece daha yakın tarihlerde görülmeye başlanmıştır. 1884 yılında Charles Babbage, zeki davranışlar gösterecek mekanik bir makine üzerinde çalışmalar yapmış fakat istediği sonuca tam anlamıyla ulaşamamıştır. Shannon, 1950 yılında bilgisayarların da satranç oynayabileceğini iddia eden fikrini duyurmuştur.⁷ Yine aynı yıl, yapay zekâ için kilometre taşı sayılabilecek meşhur Turing testi gerçekleştirilmiştir. Bu test, bir makinenin düşünebildiğini söyleyebilmenin mantıksal olarak mümkün olup olmadığını sorgulamıştır. Bu testin önermesine göre makine, çeşitli ayırt edici parametreler kullanılarak hazırlanan testi geçerse zekâsı geçerli bir zekâ olarak sayılmaktadır.⁸

1957 yılında John McCarthy tarafından LISP (List Processing Language) adı verilen yapay zekâyâ yönelik fonksiyonel bir programlama dili geliştirilmiştir. 1970-1975 yılları arasında çalışmalar özellikle hastalık teşhisleri gibi konular üzerine yoğunlaşmış, bu alanda gösterilen başarılar da bugünkü yapay zekânın temelini oluşturmuştur. 1980'li yıllara gelindiğinde artık yapay zekâ büyük projelerde kullanılmaya başlanmış, gün geçtikçe kullanıcı odaklı çalışmalar geliştirilerek günümüzdeki geniş kullanım boyutlarına ulaşmıştır.⁹

Günümüzde yapay zekâyı, zayıf yapay zekâ ve güçlü yapay olmak üzere iki altı türe ayırmak mümkündür. Zayıf yapay zekâ, kendi kendisinin bilincinde olmayan, programcısının programı doğrultusunda

nid=I+GQ2F1K+84uMlcdGMx12fR+?dergKodu=4&cilt=41&sayi=578&sayfa=38&yzii d=244899(Erişim Tarihi: 01.02.2023)

⁷ YILMAZ, Atınc, Yapay Zekâ, 2. Baskı, Kodlab, 2020, s.13.

⁸ PINAR SAYGIN, Ayşe /AKMAN,Varol / ÇİÇEKLİ, İlyas:"Turing Test: 50 Years Later, Minds and Machines: Journal for Artificial Intelligence," Philosophy and Cognitive Science, C.10, S.4, 2000, s.465.

https://www.researchgate.net/publication/2435828_Turing_test_50_years_later(Erişim Tarihi: 01.02.2023)

⁹ YILMAZ, s.14.

hareket edip zekâ belirtisi olduğu kabul edilen çıktılar üretebilen yazılım ve donanımları ifade etmekteyken, güçlü yapay zekâ ise insanın yapabileceği bütün zihinsel faaliyetleri yakın gelecekte gerçekleştirebileceği iddia edilen, adeta şuur kazanmış sistemleri tanımlamaktadır.¹⁰Esas tartışmalı olan ve çalışmamızın konusuyla da ilişkili olan da güçlü yapay zekâdır. Güçlü yapay zekâ savunucuları insan beyninin tek başına düşünemeyen şuurlu olmayan unsurlardan oluşan, bir araya geldiklerinde düşünebilen ve şuur kazanan bir yapı olduğunu söyleyerek aynı fenomenin makineler için de geçerli olabileceğini savunmaktadır. Güçlü yapay zekâ karşıtları ise, bir makinenin ya da yazılımın asla biyolojik bir organizma gibi olamayacağını, his ya da idrak edemeyeceğini, dolayısıyla insanın şuurunu kazanamayacağını düşünmektedir.¹¹Bu tartışmadaki kimi görüşlere, aşağıda, yapay zekânın kişiliği tartışmaları bahsinde değinilecektir.

II. GENEL OLARAK KİŞİLİK KAVRAMI

Kişi kavramı etimolojik bakımdan şahıs, insan, kimse, sözü edilen varlık gibi anlamlara sahip olup, birçok yabancı dilde kişi sözcüğünün karşılığı olarak Latincedeki “persona” sözcüğünden türetilen sözcüklerin kullanıldığı görülmektedir.¹²

Persona'nın Latincede esas itibarıyla tiyatro oyuncularının oyun sırasında rolleriyle ilgili taktıkları maskelere denilmekte olduğu bilinmektedir. Çağdaş hukuk sistemlerinin atası sayılabilecek Roma hukukunda kişi kelimesinin karşılığı olarak hukuk hayatında rolü olan kimse anlamına gelen persona terimi kullanılmaktaydı. Roma'da bütün hukukun insanlar için oluşturulduğu (hominum causa omne iusconstitutum est) fikrinden hareketle, ancak insanların hak sahibi olacağını kabul edildiği bilinmekle beraber, hak ehliyetine sahip olabilmek için persona/kişi olmak yetmemekte, bunun yanında belli statülerden birine sahip olmak gerekmektedir. Bunlar; hürriyet (status libertatis), vatandaşlık (status civitatis), aile (status familiae) gibi statülerdi. Dolayısıyla örneğin köleler hürriyet statüsüne sahip

¹⁰ PİRİM, s. 85.

¹¹ PİRİM, s. 85.

¹² ERGÜN, Ömer: “Kişi Kavramı ve Çeşitleri,” Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi, C.1, S.1, 2017, s. 3.

olmadıkları için modern anlayışla kişi sayılmamaktaydı.¹³ Görüldüğü üzere Roma hukukunda köle, hakkın öznesi olmaktan öte, bugünkü eşyaya benzer şekilde hakkın nesnesi konumunda tutulmuştur.

Geçmişte birçok medeniyet ve toplumda köleler gerçek anlamda kişi sayılmamaya devam etmiş, fakat tarihin akışı içerisinde bu durum neredeyse tamamen ortadan kalkmıştır. Günümüzde, hukuksal manada hak ehliyetine sahip olan varlıklara kişi denmekte, doğal olarak kişi denince akıllara insan gelmekte, köle ya da efendi ayrımı olmadan tüm insanlar kişi sayılmaktadır. Kişi kavramı, hak ve borçlara ehil olabilmeyi ifade etmekte iken, kişilik kavramı ise, kişi kavramını da içine alan ve kişinin kişisel değerlerinden oluşan bir bütün olarak anlaşılmaktadır.¹⁴ Dolayısıyla denilebilir ki hukuksal kişilik ve hak ehliyeti, pozitif boyutunda haklara sahip olma erkini, negatif boyutunda ise yükümlü/borçlu olma erkini dile getirmektedir.¹⁵

Kişi ve kişilik kavramı temelde bütünüyle insanla özdeşleşmiş olup Medeni Kanun madde 8 "*Her insanın hak ehliyeti vardır. Bütün insanlar haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler.*" şeklindedir. Bunun yanında, tarihi süreç içerisinde sosyal ve ticari gereksinimler neticesinde soyut olarak hukuki bir varlık hasredilmiş tüzel kişiler ve tüzel kişilik kavramı da yaratıldığından, hukuk düzeninde gerçek kişi ve tüzel kişi şeklinde ikili bir ayrım olduğu kabul edilmektedir. Tüzel kişiler de hukukumuzda Medeni Kanun'un 47. maddesinde düzenlenmiştir: "*Başlı başına bir varlığı olmak üzere örgütlenmiş kişi toplulukları ve belli bir amaca özgülümlenmiş olan bağımsız mal toplulukları, kendileri ile ilgili özel hükümler uyarınca tüzel kişilik kazanırlar.*"

Tüzel kişi, kurucularından, üyelerinden, ortaklarından ve yöneticilerinden ayrı, bağımsız bir hak öznesi şeklinde tezahür etmekte olan bir kişiliktir. Hukuk düzeni tarafından verilen, doğal olmayan bir kişilik söz konusu olup, belirli bir amaca yönelmiş toplulukları temsil eden soyut kişiliktir de denilebilir. Dernekler, vakıflar, şirketler günlük hayatta sıklıkla karşılaştığımız tüzel kişilik örneklerindedir.

¹³ TAHIROĞLU, Bülent / ERDOĞMUŞ, Belgin, Roma Hukuku Dersleri, 7. Baskı, İstan-bul2011, s.136- 137.

¹⁴ ERGÜN, s.5.

¹⁵ SEROZAN, Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku, İstanbul 2011, s.381.

Gerçek ve tüzel kişiler dışında üçüncü bir kişilik türü şu an için yasal mevzuatta bulunmasa da, teoride elbette mümkün olup kanun koyucunun tasarrufundadır. Rona Serozan'a göre *"Hukuki kişilik ve hak ehliyeti kavramları ile hak ehliyetinde eşitlik ilkesi aslında yasa koyucunun birer başlangıç savıdır, birer ilk önermesidir, birer kurgusudur (Postulat). Yasa koyucu kimlere ehliyet sahibi hukuki kişilik (persona) maskesini takacağını (hiç kuşkusuz sosyo ekonomik gereksinimlerin, çıkarların ve sınıfsal güç dengelerinin baskısıyla) kendisi belirler."*¹⁶

III. ŞİRKET YÖNETİMİ KAVRAMI

Tüzel kişiliğin uygulamada en çok karşılaşılan görünümünden biri ticaret şirketleridir. Ticaret şirketleri, kurucularından, yöneticilerinden, organlarından bağımsız bir tüzel kişiliği haiz olup yöneticileri ise genelde gerçek kişilerden oluşmaktadır. Bununla beraber, hukukumuz yöneticinin tüzel kişi olmasına da izin vermektedir. (TTK 359/2) Anonim şirketlerde, esas sözleşmeyle atanmış veya genel kurul tarafından seçilmiş, bir veya daha fazla kişiden oluşan bir organ olan yönetim kurulu bulunmalıdır. (TTK 359/1) Görüldüğü üzere yönetim kurulu bir kişiden dahi oluşabilmektedir. Hükmün gerekçesinin, özellikle küçük şirketlerin yönetiminde esneklik ve kolaylık sağlamak olduğu düşünülmektedir.¹⁷

Yönetim kurulu, şirketin işletme konusunun ve amaçlarının gerçekleştirilmesi çerçevesinde gerekli her türlü iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkilidir. Yönetim kurulunun, kendisine bırakılan bazı görev ve yetkileri genel kurula veya bir başka kişiye bırakması mümkün değildir. Bu türden yetkiler TTK md. 375'de sıralandığı gibi, TTK md. 367 ve 379'da da düzenlenmiştir.¹⁸

Yönetim kurulu üyelerinin özelliklerinin TTK md. 359'da sayıldığı görülmektedir. Buna göre, yönetim kurulu üyelerinin fiil ehliyetine sahip olması ve seçilme engellerinin bulunmaması gereklidir. Bunların dışında, şirket esas sözleşmesinde başka şartlar da öngörülebilecektir.¹⁹

Yukarıda değinildiği üzere, gerçek kişinin de tüzel kişinin de yönetim kurulu üyesi olması kanunumuzda mümkün kılınmıştır. Bununla birlikte, yönetim kurulu üyesi olarak tüzel kişinin atandığı

¹⁶ SEROZAN, s.382-383.

¹⁷ ERİŞ, Gönen, Ticari İşletme ve Şirketler, 3. Baskı, İstanbul 2017, s. 1906.

¹⁸ ÇELİK, Aytakin, Ticaret Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2018, s. 194.

¹⁹ ÇELİK, s. 199.

hallerde, tüzel kişi tarafından belirlenecek olan bir gerçek kişinin de tescil ve ilan edilmesi gerekmektedir. (TTK 359/2)

Kısaca, şirketlerde yönetici ya da yöneticiler, ticaret şirketleri adına karar alan, alınan kararları uygulayan ve/veya uygulatan kişi ya da kişilerdir. Öğretide yöneticilerin, şirket adına karar alan ve onu icra yetkisine sahip olan veya imza yetkisi bulunan kişiler olduğu belirtilmektedir. Bu kapsama sorumlu müdür, genel müdür, genel müdür yardımcısı, ticari mümessil, ticari vekil, CEO, direktör, genel koordinatör gibi sıfatları taşıyanların dâhil olduğu kabul edilmektedir.²⁰

Uygulamada şirket yönetim kurulu ve yöneticileri genelde gerçek kişilerden oluşmakta, bu gerçek kişilerin de şirkete karşı hakları ve gerek hukuki gerek cezai sorumlulukları bulunmaktadır. Yöneticilerin hukuki sorumluluğu TTK'da düzenlenmiştir. Madde 553'e göre *"Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar."* Görüldüğü üzere bu hüküm, yönetim kurulu üyelerinin dışında kurucuların, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumlulukları hakkında da geçerlidir. Hukuki sorumluluğun kusura dayanmakta olduğu da yine maddenin açık ifadesinden anlaşılan bir diğer husustur.²¹ Kanunun 369. maddesinde ise bu sorumluluğun tespitinde dikkate alınacak kıstas olarak *"tedbirli yönetici"* kavramı zikredilmiştir: *"Yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar."*

Bu bağlamda mevzuat çerçevesinde yöneticiye yüklenen sorumluluğun *"objektif özen yükümlülüğü"* olarak saptandığı, yöneticinin tedbirli bir yönetici olarak gerekli özen ve dikkati gösterip göstermediğinin belirleyici kabul edildiği görülmektedir.

IV. YAPAY ZEKÂNIN KİŞİLİĞİNE İLİŞKİN TARTIŞMALAR

Bahsedildiği üzere hukuk düzeni hak ve borçlara ehil olmayı kişiliğe bağlamış, gerçek kişi ve tüzel kişi şeklinde iki kişilik tipi belirlemiş, sağ bir insan olmanın dışında kişilik sahibi olmayı ancak bir

²⁰ KARAHAN, Sami / DOĞRUSÖZ KOŞUT, Hanife, Şirketler Hukuku,2. Baskı, Konya 2013, s.792.

²¹ KAYIHAN, Şaban, Ticaret Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2019, s. 243.

amaca hizmet eden topluluk olmakla tanımlanan ve şirket, dernek, vakıf gibi somut örneklerle karşımıza çıkan tüzel kişilikle mümkün kılmıştır.

Yapay zekânın da bir kişilik teşkil edip etmeyeceği, yapay zekâ yüklenmiş robotların insan gibi sayılıp sayılmayacakları uzun yıllardır bilim ve felsefe dünyasında tartışılmakta, bilim-kurgu kitaplarına ve sinemalara konu edilmektedir.²² 1997 yılında “Deep Blue” ismi verilen yazılımın satrançta dünya şampiyonu Garry Kasparov’u yenmesi, son yıllarda üretilen sürücüsüz akıllı otomobiller, Boston Dynamics firmasının istikrarlı bir şekilde tasarladığı ve gün geçtikçe insan aktivitelerine daha çok yaklaştığı görülen robotları gibi gelişmeler bu tartışmanın hep sıcak kalmasını sağlayan örneklerdendir. Yine çok yakın bir zamanda üretilen, Siri ve Alexa türü sanal asistanlara benzeyen fakat kullanıcıların girdilerine doğal, gerçek insan cevaplarına benzer cevaplar veren, buna ilaveten gerçekçi ve başarılı makaleler de yazabilen ChatGPT gibi yenilikler, teknoloji dünyasını heyecanlandırmıştır.²³

Yapay zekâ savunucularından Amerikalı bilim insanı Daniel Dennett, sadece canlı tasarımların zihin oluşturabileceği düşüncesini eksik ve hatalı bulmakta, bilincin sadece doğan ve gelişen tasarımlara ait bir hususiyet olmadığını, yapay sistemlerde de öğrenmenin mümkün olduğunu ve yapay birimlere söz konusu doğuştan gelen bilgilerin transfer edilmesinin mümkün olduğunu savlamakta, dolayısıyla “güçlü” yapay zekânın teorik olarak mümkün olduğunu savunmaktadır.²⁴

²² **ExMachina**, ““Her,” “I, Robot” hatta daha da gerilere gidilirse “Terminator” serisi gibi kült yapımlar örnek olarak gösterilebilir.

²³ **VANIAN**, Jonathan: “WhytechinsidersaresoexcitedaboutChatGPT, a chatbotthatanswersquestionsandwritesessays,” Cnbc,<https://www.cnbc.com/2022/12/13/chat-gpt-is-a-new-ai-chatbot-that-can-answer-questions-and-write-essays.html>(Erişim Tarihi: 01.02.2023)

²⁴ **DENNETT**, Daniel C.: “Consciousness in humanand robot minds. in Masao Ito, eds, Cognition, Computation, andConsciousness. Oxford UniversityPress, 1997, s.18-19. Aktaran: **ÇAĞIL**, Ayşe:“Daniel Dennett’in Zihin Felsefesinde Güçlü Yapay Zekânın Olasılığı,” Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe Anabilim Dalı, 2022, s.138. <http://www.openaccess.hacettepe.edu.tr:8080/xmlui/handle/11655/26187>(Erişim Tarihi: 01.02.2023)

Teknoloji dünyasının popüler isimlerinden Amerikalı bilgisayar bilimci ve mucit Ray Kurzweil, yapay zekânın 2029 yılında insan zekâsı seviyesine erişeceği gibi büyük bir iddiada bulunmuştur.²⁵

Yapay zekâ rüzgârına kapılmak hususunda bu kadar heyecanlı olmayıp daha ihtiyatlı bir yaklaşımı tercih eden düşünürler ve bilim insanları da azımsanmayacak ölçüde fazladır. Meşhur Çince Odası deneyinin/argümanının sahibi filozof John Searle bilgisayarların insan gibi bir zihne sahip olabileceği düşüncesine karşı çıkmaktadır.²⁶ Çince Odası deneyi, İngilizceden başka hiçbir dil bilmeyen bir kişinin tek başına bir odaya kapatılmış olduğu varsayımıyla başlamaktadır. Bu kişinin eline, üzerinde Çince semboller olan bir dizi kart ile bir kurallar ve yönergeler kitabı verilmiştir. Odadaki kişi, kapı altından içeri atılan ve üzerinde Çince sorular yazan kâğıdı alıp, üzerinde bu soruların Çince yanıtları olan bir başka kâğıdı kapı altından dışarı atar. Sorulara verilen yanıtlar, ana dili Çince olan birinin ayırt edemeyeceği kadar kusursuzdur. Çünkü odadaki kişi, soru-cevap ifade kılavuzuna, yani kendisine verilmiş olan kitaba bakarak bu sorulara karşılık verir. Soruları ve cevapları anlamasa da, bu yönerge kitabı sayesinde uygun çıktılar üretir. Buradaki temel nokta, kişinin, bu yazıların içeriğini hiçbir şekilde anlamamış olmasıdır. Kartlardaki sembollerin tanınması, tamamen biçimleriyle sınırlı olup, kart dizileri arasındaki bağdaştırma da kurallar/yönergeler kitabı yardımıyla sağlanmıştır.²⁷

Searle, bu argüman çerçevesinde, bilgisayarların çeşitli karışık hesapları yapabilmenin ötesine geçemeyeceklerini düşünmektedir. Searle, doğru girdilere ve doğru çıktılara sahip olan, doğru şekilde programlanmış dijital bir bilgisayarın insanların zihne sahip olduğu gibi bir zihne asla sahip olamayacağını iddia etmiş ve yapay zekâyı, “doğru girdilere doğru çıktılar üretme kapasitesi olan bir dijital bilgisayar” olarak betimlemiştir.²⁸

²⁵ **REEDY**, Christianna: “Kurzweil Claims That the Singularity Will Happen by 2045,” Futurism, <https://futurism.com/kurzweil-claims-that-the-singularity-will-happen-by-2045> (Erişim Tarihi: 01.02.2023)

²⁶ **HOFSTADTER**, Douglas R. / **DENNETT**, Daniel C., Aklın Gözü: Benlik ve Ruh Üzerine Hayaller ve Düşünceler, Basic Books 1981, çev. Füsün Doruker, İstanbul 2014, s.345.

²⁷ **DORE**, Fatma: “Güçlü Yapay Zekaya Karşı Çin Odası Argümanı”, Sosyal Bilimler Dergisi, C. 14, S. 1, 2012, s.28.

²⁸ **SEARL**, John R.: “Minds, Brains, and Programs,” Behavioral and Brain Sciences, C.3, S.3, 1980, s. 417.

İngiliz matematikçi ve bilim felsefecisi Sir Roger Penrose da yapay zekânın ne kadar gelişirse gelişsin insan zihnine erişemeyeceğini savunan önemli isimlerdendir: *“Bu bölümde aktarılan argüman, insanın matematiksel anlamasının (binebilir) hesaplamalı mekanizmalara (bu mekanizmalar yukarıdan aşağıya, aşağıdan yukarıya ya da rastlantısal süreçlerin herhangi bir kombinasyonunu içerebilirken) indirgenemeyeceğini gösteren açıkça tanımlanmış bir durum olarak gözüktüyor. İnsan anlamasında hesaplamalı yoldan simüle edilmesi olanaklı olmayan bir şey olduğu yönünde kesin bir sonuca ulaşmak zorunda kalıyoruz.”*²⁹

Bilgisayar teknolojileri üzerine çalışan Amerikalı dilbilimci Emily M. Bender, son günlerde çok ses getiren ve yukarıda da güncel bir örnek olarak verilen ChatGPT yazılımına değindiği yazısında, bilinç sahibi bilgisayar programlarının bilim-kurgu filmlerinin konusu olduğunu ve orada kalması gerektiğini, ChatGPT ve benzeri dil modellerinin bilgi kaynağı olmaya uygun olmadığını, insan sesleri çıkaran bir makineye güven duyma yatkınlığına karşı dikkatli olmamız gerektiğini belirtmektedir.³⁰

Bilişsel ve hesaplamalı nörobilim profesörü Anil Seth, yapay zekânın bilinçliymiş gibi bir görünüm ortaya koyabileceğini, fakat belki de hiçbir zaman gerçek anlamda “bilinçli” olmayacağını düşünmektedir.³¹

Görüldüğü üzere bilim ve felsefe dünyasında her iki yönde de çeşitli görüşler mevcuttur. Teknolojinin baş döndürücü gelişimi bizi yakın gelecekte, şu an tahayyül dahi edemediğimiz yapay zekâ görünümüleriyle karşılaştırma ihtimali taşısada da, en azından şu an için yapay zekânın insana eşdeğer bir duruma sahip olmanın çok uzağında olduğu açıktır. Çalışmamızın kapsamı itibariyle de geniş felsefi ve ontolojik tartışmalara sivrılmaktan ziyade, hukuki olgulara yönelme

<https://home.csulb.edu/~cwallis/382/readings/482/searle.minds.brains.programs.bb.s.1980.pdf> (Erişim Tarihi: 01.02.2023)

²⁹ **PENROSE**, Roger, *Shadows of The Mind*, Oxford Publishing, 1994 çev. Barış Gönülşen, İstanbul 2015, s.280.

³⁰ **BENDER**, Emily M. / **SHAH**, Chirag: “All-knowing machines are a fantasy,” *iainews*, <https://iai.tv/articles/all-knowing-machines-are-a-fantasy-auid-2334> (Erişim tarihi: 01.02. 2023)

³¹ **SETH**, Anil K.: “Conscious Machines May Never Be Possible,” *Wired*, <https://www.wired.co.uk/article/intelligence-consciousness-science> (Erişim tarihi: 01.02. 2023)

zorunluluğumuza istinaden şu anki yapay zekâ teknolojisi ürünlerinin, ya da bir başka ifadeyle etten kemikten insan olmayan herhangi bir ünitenin “gerçek kişi” olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı hususu bir vaka olarak kabul edilerek devam edilecektir.

Bu durumda yapay zekânın, hukuk sistemindeki cari kategorilere bakılacak olursa tüzel kişi olarak ya da “eşya,” “mal” olarak ele alınması ihtimalleri değerlendirilebilecek veya yeni bir hukuki kişilik türü üretilerek bu çerçevede gerekli hukuki düzenlemeler yapılması yoluyla yapay zekâyâ hukuki statü sağlanması söz konusu olacaktır.

V. YAPAY ZEKÂNIN HUKUKİ STATÜSÜNE İLİŞKİN

TARTIŞMALAR

A. Köle Görüşü

Yapay zekâ için yeni bir statü icat edilmesine gerek olmadığını, yapay zekânın geçmişte var olan fakat şu anda modern hukuk mevzuatlarında yer almayan “köle” statüsüne benzer bir şekilde ele alınması gerektiğini savunan görüşler mevcuttur. Birçok modern hukuk kuralının kaynağı durumunda bulunan Roma hukukundan köle statüsüne kıyas yapılarak yapay zekâ konusunda da yararlanılmasının isabetli olabileceğini savunan bu görüşün en büyük dayanağı ise hem kölelerin hem de yapay zekâ sahibi birimlerin düşünebilen birer “mal” olarak kabul edilebilmeleri, hem robot hem de köle kavramının “zekâ sahibi eşya” olarak değerlendirilebileceği düşüncesidir.³² Dolayısıyla bu görüşte yapay zekâ her ne kadar basit bir eşya gibi görülme de, insan gibi de görülemeyeceği gerçeğinden yola çıkılarak tarihin tozlu raflarından kölelik kurumunun getirilerek kullanışlı bir yol olarak sunulduğu görülmektedir. Sahiden de köleliğin bu duruma oturan bir örnek statü olduğu düşünülebilir. Nitekim Roma dönemindeki köleliğe ilişkin “*Köle, hür insanların hizmetinde mal gibi kullanılan bir insan olarak kabul edilirdi. Ancak mal mı yoksa insan mı olduğu bazen ayırt edilemezdi. Aslında bu kurum kökeninde toplumlardaki makine eksikliğini gidermiş, sonraları bazı kişiler için kazanç kaynağı olmuş, hukuk düzenlemesini engellemediği bir olay haline gelmiştir.*”³³ şeklindeki tespitlerde de

³² TAŞDEMİR, Özgür / ÖZBAY, Ümit Vefa / KİREÇTEPE, Burhanettin Onur: “Robotların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Üzerine Bir Deneme,” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 69, S.2, 2020, s.804.

³³ TAHİROĞLU / ERDOĞMUŞ, s.139.

görülebileceği üzere, köle tam olarak insan-eşya arası bir konumda, adeta bir makine konumunda görülmüş ve kullanılmıştır.

B. Eşya Görüşü

Yine, yapay zekâda gelinen nokta itibariyle birtakım mevzuat değişikliklerinin gerektiğini kabul etse de, yeni bir statü oluşturulmasının gerekli olmadığını, yapay zekânın eşya hukuku kaideleri çerçevesinde eşya olarak değerlendirilmeye devam etmesinin yeterli olduğunu savunan görüşler de mevcuttur. Bu görüşe göre, yapay zekânın gelişimi ve yaygınlaşması sonucu çeşitli fiilleri neticesinde ortaya çıkabilecek zararları karşılamak için ona hukuki kişilik ya da statü bahşedilmesi şart değildir. Olası zararların, sigorta ve teminat benzeri uygulamalarla çözülebileceği düşünülmektedir.³⁴

C. Tüzel Kişi Görüşü

Yapay zekâyâ bir hukuki kişilik verilmesinin gerektiği yönünde görüşler de son dönemlerde öne çıkmaktadır. Buna göre, yapay zekâ her ne kadar insan gibi gerçek bir kişi olamayacaksa da, alelade bir eşya olarak da görülemeyecektir. Nasıl ki tüzel kişi gibi insan dışı varlıklara da kişilik ve hukuki statü verilebiliyorsa, özellikle belli düzeyde otonomi kazanmış yapay zekâlara, şirketlere benzer bir tüzel kişilik verilebileceği savunulmaktadır.³⁵ Böylelikle yapay zekâ da şirketler gibi hak ve borçlara ehil kılınabilecek, sorumlu tutulabilecektir.

D. Elektronik Kişi Görüşü

Öne çıkan bir diğer ara formül de elektronik kişiliktir. Nitekim Avrupa Parlamentosu'nun 27 Ocak 2017 tarihli raporunda yapay zekâyâ kişilik verilmesi açısından bir dizi öneri ve tavsiyeler yayınlanmış olup burada en dikkat çeken hususlardan biri yapay zekâ teknolojisine sahip robotlara elektronik kişilik verilmesi önerisidir.³⁶ Raporun, uzun vadede robotlar için özel bir hukuki statü yaratılmasını tavsiye ettiği görülmektedir. Rapora göre yapay zekâyâ sahip robotlara elektronik kişilik verilmesi ile birlikte robotlar sebep oldukları zararlardan sorumlu tutulabilecek ve robotların da bir kişiliğe sahip olduğu, otonom kararlar

³⁴ KARA KILIÇARSLAN, Seda: "Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar," Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S.2, 2019, s.378.

³⁵ KARA KILIÇARSLAN, s.379.

³⁶ Avrupa Parlamentosu raporu için bkz., https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html (Erişim Tarihi: 01. 02. 2023)

aldıkları veya üçüncü kişilerle bağımsız bir biçimde iletişime geçtikleri diğer durumlar da direkt olarak göz önünde bulundurulabilecektir³⁷. Rapor ayrıca en zeki yapay zekâ türünün ortaya çıkışının ancak elektronik kişilik önerisinin kabulü halinde mümkün olabileceğini ifade ederek bunu bir ilerleme fırsatı ve yöntemi olarak görmektedir.³⁸

Kanaatimizce yapay zekâ için, özellikle belli derecede otonomi kazanmış, bilişsel kapasitesi yüksek, yani bu konudaki tasnife göre “güçlü yapay zekâ” olmaya yaklaşmış bir yapay zekâ için “eşya” tanımı artık yeterli olmayacaktır. Özellikle otonomi meselesinin, burada yapay zekânın eşya statüsüne sığmayacak oluşunun göstergesi ve ayırt edici unsuru olduğu kanaatindeyiz. Nitekim yapay zekânın yalnızca basit bir cihaz veya aletten ibaret olmadığı açıktır.³⁹ Bu bağlamda yapay zekâ için gerçek kişi gibi olmasa da yeni bir statü belirlemenin zamanının geldiğini, öğretide konuşulanlardan tüzel kişilik ve elektronik kişilik fikirlerinin görece makul görüşler olduğunu, tüzel kişilik benzeri bir elektronik kişilik önerisinin başlangıç için olumlu ve geliştirilebilir potansiyele sahip bir seçenek olarak öne çıktığını düşünüyoruz.

VI. ŞİRKET YÖNETİMİNDE YAPAY ZEKÂ

A. Yönetimsel Bakımdan Yapay Zekâ

Doktrinde yapay zekânın kişiliği ve statüsü tartışıla dursun, pratikte yapay zekâlarla ilgili her gün yeni bir habere rastlanmakta, yapay zekânın hayatın her alanında olduğu gibi ticaret, işletme ve yönetimsel süreçlerde de otonoma yakın görünümde yer almaya başladığı görülmektedir.

Birkaç yıl önce Suudi Arabistan’da “Sophia” ismi verilen robota ülke vatandaşlığı verildiği bilinmektedir.⁴⁰ Covid-19 salgını sürecinde robota verilen önem ve üretimi artmış, birçok ülkede virüslerle

³⁷ Avrupa Parlamentosu raporu, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html [Erişim Tarihi: 01.07.2023]

³⁸ BAK, Başak: “Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk,” Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.35, 2018, s.220.

³⁹ BAK, s.217.

⁴⁰ “Saudi Arabia, which denies women equal rights, makes a robot a citizen,” <https://www.washingtonpost.com/news/innovations/wp/2017/10/29/saudi-arabia-which-denies-women-equal-rights-makes-a-robot-a-citizen/> (Erişim Tarihi: 01.02.2023)

mücadelede ve dezenfeksiyonda robotların da kullanıldığını görülmüştür.⁴¹ Estonya, Rusya gibi devletlerden sonra bir NATO ülkesi olan Hollanda da Estonya menşeli savunma sanayi şirketi Milrem Robotics tarafından üretilen ve insansız kara aracı diye bilinen robotları sahaya sürmüştür.⁴² Nike, McDonalds, Sony Music gibi birçok dev şirketin işe alım süreçlerinde yapay zekâ programlarından faydalandığı bilinmektedir.⁴³ Yine bu yıl içerisinde, Malezya’da pilot uygulama kapsamında Sabah ve Sarawak eyaletlerindeki mahkemelerde Sarawak Information Systems isimli firma tarafından geliştirilen yapay zekâ yargılama sisteminin denenmeye başlandığı bildirilmiştir.⁴⁴

Bu tür örneklerle ilave olarak, henüz birkaç ay önce Çin merkezli bir mobil oyun şirketi, yapay zekâyı CEO olarak atadığını duyurmuştur. Bu çarpıcı örneğin konusu olan “Tang Yu” isimli sanal robotun, herhangi bir fiziksel bedene sahip olmadan yönetimde yer alacağı, günlük operasyonlarda rasyonel karar vermeyi desteklemek ve daha etkili bir risk yönetim sistemi sağlamak için gerçek zamanlı bir veri merkezi ve analitik araç olarak hizmet vereceği belirtilmiştir.⁴⁵

Bu gelişmelerin heyecan verici olduğu açıktır. Yapay zekânın şirket yönetiminde yer almasının sahiden birçok faydası da olabilir. İnsana kıyasla daha az hata yapan, çok büyük miktarlarda veriyi çok daha hızlı bir biçimde işleyen, daha hızlı ve doğru hesaplamalar yapan, analitik değerlendirmeler yapan yapay zekâ elbette birçok bakımdan efektif sonuçlar verecek, şirketlere büyük katkılar sağlayabilecektir. Belki günler haftalar sürecektir raporlama süreçlerini birkaç dakika içinde

⁴¹ “Koronavirüsle mücadelede yardım eden robotlar,” <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/koronavirusle-mucadeleye-yardim-eden-robotlar-1729324> (Erişim Tarihi: 01.02.2023)

⁴² “The Netherlands Has Deployed NATO’s First Killer Robot Ground Vehicles,” <https://www.vice.com/en/article/jgpax3/the-netherlands-has-deployed-natos-first-killer-robot-ground-vehicles> (Erişim Tarihi: 01.02.2023)

⁴³ **KILIÇ KIRILMAZ**, Selma / **ATEŞ**, Çağdaş: “İşe Alımlarda Yapay Zekâ Kullanımı: Kavramsal Bir Değerlendirme,” *Journal of Business and Trade*, c.2, S.1, 2021, s.43.

⁴⁴ “Malezya, bazı eyaletlerde mahkemelerde yapay zekâ yargılama sistemini denemeye başladı,” <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/malezya-bazi-eyaletlerde-mahkemelerde-yapay-zeka-yargilama-sistemini-denemeye-bas-ladi/2561336#> (Erişim Tarihi: 01.02.2023)

⁴⁵ “Dünyada bir ilk: Yapay zekâ CEO olarak atandı,” <https://www.trthaber.com/haber/dunya/dunyada-bir-ilk-yapay-zeka-ceo-olarak-atandi-705884.html> (Erişim Tarihi: 01.02.2023)

halledilecek, kurum içi bürokrasi ve hantallıkları azaltarak daha hızlı hareket edilmesini sağlayabilecektir. Dolayısıyla denilebilir ki yapay zekâ şirkete ilişkin önemli kararları çok daha kısa sürede ve şaşmaz bir artı eksi analizi sonrası isabetli bir şekilde alabilecektir.

Yapay zekânın yönetimde bulunması, profesyonel ve katı bir yaklaşımla kurum içi verimliliği arttırabilecektir. Keza özellikle kurumsal kültürü oturmamış şirketlerde kurumsal bir anlayışın yerleştirilmesi, işleyişin sistematize edilmesi ve profesyonelliğe geçiş aşamasında önemli rol oynayabilecektir.

Yapay zekâ yöneticinin duygusal iniş çıkış ve buhranlardan uzak, salt veriye dayanarak değerlendirmeler yapacağı göz önünde bulundurulduğunda, performans odaklı ve objektif bir yaklaşım çerçevesinde; ön yargılı tutum, öfkeyle hatalı kararlar verme, çeşitli kişileri kayırma gibi tasvip edilmeyen durumların azalabileceği de söylenebilir.

Yapay zekânın insani hırs ve zaafılardan uzak olmasının, pay sahipleri ile yöneticiler arasındaki menfaat çatışmalarını azaltabileceği de düşünülmektedir. Sahiden de, karar alma sürecinde yapay zekânın kullanılması halinde, yapay zekânın kişisel çıkarları ya da hırslarıyla hareket edip etmediği soruları pek gündeme gelmeyecektir.⁴⁶

Bununla beraber henüz kişiliği, statüsü ve sorumluluğu düzenlenmemiş yapay zekânın yönetimde yer almasının hukuken problem teşkil etmesi bir yana, yapay zekânın en azından şu an için asla insanın sezgilerine, vicdanına, iç görüşüne sahip olmadığı düşünüldüğünde şirket yönetiminin üst makamlarında bulunmasının çeşitli dezavantajlar da doğurabileceğini söyleyebiliriz. Nitekim yapay zekâ her ne kadar kendisine sunulan verileri kusursuza yakın biçimde işlese de, büyük riskler barındıran ticaret hayatında bazen adeta analitik düşünce metotlarını da aşan sezgisel ve cesur kararların belirleyici olduğu bilinmektedir. Keza ticaretin ve şirket yönetiminin veri analizinden ya da bir başka deyişle “hesap kitap” yapmaktan ibaret olmadığı; ikili ilişkiler, jestler, tavizler, diplomatik davranışlar, yerel, bölgesel ve hatta küresel parametreler de dikkate alınarak geliştirilen

⁴⁶ GÖZÜBÜYÜK, Barış: “Yapay Zekâ Algoritmalarının Anonim Ortaklıkların Kurumsal Yönetimine Sağlayabileceği Olası Katkıları,” Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, S.2, 2021, s.1195.

stratejiler ve taktikler, duygusal zekâ vs. birçok dinamiği içerdği göz önünde bulundurulduğunda, yapay zekânın bazı bakımlardan yetersiz kalabileceğini öngörmek kehânet olmayacaktır. Özellikle ülkemiz gibi gündemin ve dengelerin çok hızlı değişebildiği, yakın geleceği tahmin etmenin zor olduğu dinamik bölgelerde yapay zekânın hesaplarının yanıltıcı kararlara sebep olması beklenebilir bir durumdur. Dolayısıyla yukarıda olası avantaj olarak sayılan yapay zekânın duygulardan yalıtılmış, veri odaklı ve analitik bakış açısı, insana, hayata, yerel dinamiklere, şirket yönetimine dair çeşitli faktörleri gözden kaçırmaya sebep olarak aynı zamanda dezavantaj da teşkil edebilecektir.

Bilindiği üzere, her ne kadar otonomi kazanma ve derin öğrenme yoluyla programlayıcısıyla bağıni koparma ihtimali olan yapay zekâ modelleri olsa da, en azından günümüzde çoğu yapay zekâ modeli kendisini oluşturan, kodlayan yazılımcısının, üreticisinin programlamasıyla belli ölçüde bağlıdır. Bu da yapay zekânın ve dolayısıyla şirket yönetiminin sabote edilmeye açık olduğu anlamına gelmektedir. Daha rasyonel ve profesyonel kararlar alması amacıyla yönetimde yer verilen yapay zekânın programcısının şirkette çoğunluk paya sahip hissedarlarla işbirliği yaparak azınlık paya sahip hissedarların aleyhine faaliyet yürütmesi mümkün olabilecektir. Keza yine programcının rakip şirketlerle işbirliği yaparak yapay zekânın programında şirketi zarara sokacak kararlar almak doğrultusunda oynamalar yapması mümkün olabilecektir.⁴⁷

B. Hukuki Sorumluluk Bakımından Yapay Zekâ

Yukarıda bahsedildiği üzere henüz kişiliği, statüsü ve sorumluluğu netleştirilmemiş olan yapay zekânın, önemli derecede sorumluluk gerektiren şirket yöneticiliği sıfatıyla yönetimde yer almasının çeşitli hukuki belirsizliklere ve problemlere yol açması da kaçınılmaz görünmektedir.

Özellikle sorumluluk meselesi zorlayıcı bir durum olarak göze çarpmaktadır. Yapay zekâ “gerçek kişi” olarak sayılamayacağına ve henüz kendisine hukuk düzenince bir kişilik de atanmamış olduğuna göre, yapay zekânın fiillerinden nasıl ve ne şekilde sorumlu tutulacağı

⁴⁷ KARATEPE KAYA, Meltem: “Yapay Zekânın Şirket Yönetimine Olası Katkılarının Türk Şirketler Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi ve Yapay Zekânın Hukuki Statüsünün Belirlenmesinde Şirketler Hukukundan Çıkarılabilecek Dersler,” Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.25, S.3, 2021, s.89.

muammadır. Avrupa Birliği Komisyonu'nun bu yılın Eylül ayında hazırladığı direktifte, üreticinin kusursuz sorumluluğuna ilişkin hususlar yer almıştır.⁴⁸ Yapay zekânın tasarım hatasından kaynaklanan hatalar ve bu çerçevede oluşan fiillerden yapay zekânın üreticisini sorumlu tutmak ülkemiz hukukunda da Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde mümkün iken, herhangi bir tasarım hatasından kaynaklanmayan dolayısıyla üreticiyle veya programcıyla ilişkilendirilemeyecek durumlarda üreticiyi ya da programcıyı sorumlu tutmak hakkaniyete uygun olmayacaktır. Belli düzeyde otonomi kazanmış bir yapay zekânın çevresiyle de girdiği etkileşimler sonucu gerçekleşecek fiillerden dolayı sorumlu tutulmasını öngören herhangi bir yasa maddesi tabiatıyla yoktur. Kusursuz sorumluluk, adam çalıştıranın sorumluluğu gibi kurumlar akıllara gelse de, bu kurumların otonomi kazanmış yapay zekâyâ uygulamak bakımından yeterli ve adil olmayacağı da malumdur. Yukarıda da değinildiği üzere, TTK 369. maddesinde sorumluluğun tespitinde dikkate alınacak kriter olarak "tedbirli yönetici" kavramı zikredilmiş, dolayısıyla yöneticiye "objektif özen yükümlülüğü" sorumluluğu atanmıştır.⁴⁹ Yapay zekânın yönetimde yer alması halinde, ortada hukuken bir kişi olmadığı için, objektif özen yükümlülüğü kriterinin direkt olarak yapay zekâ yöneticiye uygulanması da pek mümkün olmayacaktır.

Bu bağlamda, özellikle belirli bir otonomi kazanmış yapay zekâlar hakkında hukuki düzenlemeler yapılması gerektiği açıktır. Malum olduğu üzere, hukuken haklara ve borçlara sahip olmak, sorumlu tutulabilmek için soyut da olsa bir kişilik ve statü sahibi olmak şarttır. Bu konuda, yukarıda da bahsi geçen Avrupa Parlamentosu raporu kılavuzluk edebilir. Otonom yapay zekâyâ, belli noktalarda tüzel kişilik unsurları da taşıyan elektronik bir kişilik atanması, yapay zekânın çeşitli haklara ve borçlara sahip olmasını, dolayısıyla da sorumlu tutulabilmesini sağlayacaktır. Hak ve borçları ehil, sorumluluğa tabi bir birimin de şirket yönetiminde yer alması teorik olarak mümkün hale gelecek, böylelikle yapay zekânın analitik gücünden ve yeteneklerinden şirketler istifade edebilecektir. Türk hukukunda hali hazırda gerçek

⁴⁸ 2022/0303 sayılı Avrupa Birliği Komisyonu Direktifi için bkz., https://commission.europa.eu/system/files/202209/1_1_197605_prop_dir_ai_en.pdf (Erişim Tarihi: 01.02.2023)

⁴⁹ KIRCA, İsmail / ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal / MANAVGAT, Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2013, s. 656

kişilerin dışında, tüzel kişilerin de yönetim kurulunda yer alabileceğini ve şirkete, pay sahiplerine, alacaklılara karşı sorumluluğunu öngören hukuk kuralları mevcuttur. (TTK md. 553) Bu da, ülkemizdeki uyumun birçok ülke hukukuna oranla daha hızlı gerçekleşebileceğini, daha az yasal düzenlemeyle yapay zekânın şirketler hukukuna entegre edilebileceğini göstermektedir. Keza Türk Ticaret Kanunu'nun 361. maddesi ile anonim şirket yönetim kurulu üyelerine mesleki sorumluluk sigortası yapılması olanağı getirilmiş olup, bu da yine sorumluluk problemlerine bulunabilecek çarelerden biri olarak göze çarpmaktadır.⁵⁰

Dolayısıyla, mevcut hukuk sisteminde yapay zekânın yönetimde yer almasının hukuken problem teşkil edeceğini, gerekli hukuki düzenlemeler yapılmadan yapay zekânın yönetici olarak atanmasının, şirket içi işleyiş ve başarıya etkisi bakımından getirebileceği dezavantajlar yanında, özellikle hukuki sorumluluk bakımından sakıncalarının da bulunduğunu söylemek gerekir.

Kanaatimizce şu aşamada yapay zekâdan yönetime/yöneticilere yardımcı ya da danışman pozisyonunda destek alma fikri daha makul bir yol olarak görünmekte olup, öğretilerde bu görüşü savunanlar da mevcuttur.⁵¹ Böylelikle hem son karar mercii vicdan ve duygu sahibi insanda kalmaya devam edecek, hem de yapay zekânın muazzam bilgi işleme ve analiz gücünden yararlanılacak, adeta kalp ve aklın yeteneklerini birleştirerek ideal bir harmoni içinde şirketi yönetimi söz konusu olacaktır. Aynı zamanda, yeni hukuki düzenlemeler yapılmadıkça çözülmesi çok zor görünen kişilik ve sorumluluk problemleriyle boğuşmak da bir süre daha ötelenmiş olacaktır. Bunun yanında, artık hayatımızın bir parçası haline gelen ve giderek otonomi kazanan yapay zekâyâ, Avrupa Parlamentosu raporu da kılavuz alınarak soyut bir kişilik atfedilmesinin uzun süre ötelenmeden gerçekleştirilmesi gereken bir hukuki düzenleme olduğunu da tekrar belirtmek isteriz.

SONUÇ

Teknolojinin geldiği nokta yapay zekâyı hayatımızın vazgeçilmez bir parçası haline getirmiştir. Güvenlik, üretim, bankacılık, finans, tarım gibi pek çok alanda yapay zekâ teknolojileri kullanılmaktadır. Yapay zekâ üzerinde çalışmalar devam etmekte ve her geçen gün daha fazla

⁵⁰ KARATEPE KAYA, s.83.

⁵¹ KARATEPE KAYA, s.92.

otonomi kazandığı görülmektedir. Bu durum da yapay zekânın kişiliği ve hukuki statüsü tartışmalarını alevlendirmektedir.

Özellikle son zamanlarda kimi şirketlerin yönetiminde yapay zekâya yer verilmesi, şirket içi yönetsel avantaj ve dezavantajları bir yana, sorumluluk hukuku bakımından çeşitli düzenlemelerin yapılmasını da elzem kılmaktadır. Yapay zekânın statüsü tartışmalarında köle, eşya, tüzel kişilik, elektronik kişilik gibi görüşler gündemdedir. Özellikle Avrupa Parlamentosu'nun önerdiği elektronik kişilik, dikkate almaya değer, geliştirilmeye açık bir görüş olarak öne çıkmaktadır. Tüzel kişinin de çeşitli unsurlarını taşıyan, hak ve borçları ehil, sorumluluk yüklenebilen bir elektronik kişilik, otonom yapay zekânın inisiyatif gerektiren işlerde kullanılmasının, dolayısıyla şirket yönetim kademelerinde bulunmasının önünü açacaktır.

Ülkemiz hukuku, şirket yönetiminde gerçek kişi dışında tüzel kişinin de bulunabilmesine olanak tanınması, tüzel kişinin pay sahiplerine karşı sorumluluklarının düzenlenmiş olması gibi kuralları hali hazırda içermesi bakımından yapılacak düzenlemeler için elverişli bir zemine sahiptir. Bu bağlamda otonom yapay zekâya tüzel kişilik benzeri bir elektronik kişilik atanmasının isabetli olacağı kanaatindeyiz. Gerekli hukuksal düzenlemeler yapıldıkça ise, yapay zekânın yöneticilere yardımcı pozisyonda bir asistan ya da danışman statüsünde değerlendirilerek şirketlere önemli katkılarda bulunabileceğini düşünüyoruz. Böylelikle hem son karar alıcı merciler gerçek kişi insanda kalacak, hem de yapay zekânın büyüleyici hesap ve işlem gücünden faydalanılacaktır.

KAYNAKÇA

- AKIN**, H. Levent: "Yapay Zekâ ve Robotlar," *Bilim ve Teknik Dergisi*, C.4, S.41, 2008, s. 36-38.
- BAK**, Başak: "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk," *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 35, 2018, s. 211-232.
- BENDER**, Emily M. / **SHAH**, Chirag: "All-knowing machines are a fantasy," Erişim Tarihi: 01.02.2023. <https://iai.tv/articles/all-knowing-machines-are-a-fantasy-auid-2334>
- ÇELİK**, Aytekin: *Ticaret Hukuku*, 8. Baskı, Ankara 2018.
- DENNETT**, Daniel C.: "Consciousness in human and robot minds. in Masao Ito, eds, *Cognition, Computation, and Consciousness*," Oxford University Press, 1997, s. 17-29.
- DORE**, Fatma: "Güçlü Yapay Zekaya Karşı Çin Odası Argümanı", *Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 14, S. 1, 2012.
- ERGÜN**, Ömer: "Kişi Kavramı ve Çeşitleri," *Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi*, C.1, S.1, 2017.
- ERİŞ**, Gönen: *Ticari İşletme ve Şirketler*, 3. Baskı, İstanbul 2017.
- GÖZÜBÜYÜK**, Barış: "Yapay Zekâ Algoritmalarının Anonim Ortaklıkların Kurumsal Yönetimine Sağlayabileceği Olası Katkıları," *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.11, S.2, 2021, s. 1184-1212.
- HOFSTADTER**, Douglas R. / **DENNETT**, Daniel C.: *Aklın Gözü: Benlik ve Ruh Üzerine Hayaller ve Düşünceler*. Çeviren Fusun Doruker. İstanbul 2014.
- KARA KILIÇARSLAN**, Seda: "Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar," *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S.2, 2019, s. 363-389.
- KARAHAN**, Sami / **DOĞRUSÖZ KOŞUT**, Hanife: *Şirketler Hukuku*, 2. Baskı, Konya 2013.
- KARATEPE KAYA**, Meltem: "Yapay Zekânın Şirket Yönetimine Olası Katkılarının Türk Şirketler Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi ve Yapay Zekânın Hukuki Statüsünün

Belirlenmesinde Şirketler Hukukundan Çıkarılabilecek Dersler,” Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.25, S.3, 2021, s. 69-106.

KAYIHAN, Şaban: Ticaret Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2019.

KILIÇ KIRILMAZ, Selma / **ATEŞ**, Çağdaş: “İşe Alımlarda Yapay Zekâ Kullanımı: Kavramsal Bir Değerlendirme,” Journal of Business and Trade, C.2, S.1, 2021, s. 37-48.

KIRCA, İsmail / **ŞEHİRALİ ÇELİK**, Feyzan Hayal / **MANAVGAT**, Çağlar: Anonim Şirketler Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2013.

LEGG, Shane / **HUTTER**, Marcus: “A collections of definitons of intelligence,” Frontiers in Artificial Intelligence and Applications, Vol.157 2007, s. 17-24.

PENROSE, Roger: Zihnin Gölgeleeri: Bilincin Bilimine Bir Yolculuk. Çeviren Barış Gönülşen, İstanbul 2015.

PIRİM, Harun: “Yapay Zekâ,” Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, C.1, S.1, 2006 s. ,81-93.

REEDY, Christianna: “Kurzweil Claims That the Singularity Will Happen by 2045,” Erişim Tarihi: 01.02.2023. <https://futurism.com/kurzweil-claims-that-the-singularity-will-happen-by-2045>

SAYGIN, Ayşe Pınar / **AKMAN**, Varol / **ÇİÇEKLİ**, İlyas: “Turing Test: 50 Years Later,” Minds and Machines: Journal for Artificial Intelligence, Philosophy and Cognitive Science, C.10, S.4, 2000, s. 463-518. Erişim Tarihi: 01.02.2023. https://www.researchgate.net/publication/2435828_Turing_test_50_years_later

SEARLE, John R: “Minds, Brains, and Programs,” Behavioral and Brain Sciences, C.3, S.3, 1980, s. 417-457.

SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku, İstanbul 2011.

SETH, Anil K.: “Conscious Machines May Never Be Possible,” Erişim Tarihi: 01.02.2023. <https://www.wired.co.uk/article/intelligence-consciousness-science>

SUCU, İpek / ATAMAN, Elif: "Dijital Evrenin Yeni Dünyası Olarak Yapay Zekâ ve Her Filmi Üzerine Bir Çalışma," Yeni Medya Elektronik Dergisi, C.4, S.1, 2020, s. 40-52.

TAHİROĞLU, Bülent / ERDOĞMUŞ, Belgin: Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 2011.

TAŞDEMİR, Özgür / ÖZBAY, Ümit Vefa / KİREÇTEPE, Burhanettin Onur: "Robotların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Üzerine Bir Deneme," Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 69, S.2, 2020, s. 793-833.

VANİAN, Jonathan: "Why tech insiders are so excited about ChatGPT, a chatbot that answers questions and writes essays," Erişim Tarihi: 01.02.2023. <https://www.cnbc.com/2022/12/13/chatgpt-is-a-new-ai-chatbot-that-can-answer-questions-and-write-essays.html>

YILMAZ, Atınç: Yapay Zekâ, Kodlab, 2020.

"Koronavirüsle mücadeleye yardım eden robotlar," Erişim Tarihi: 01.02.2023. <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/koronavirusle-mucadeleye-yardim-eden-robotlar-1729324>

"Malezya, bazı eyaletlerde mahkemelerde yapay zeka yargılama sistemini denemeye başladı," Anadolu Ajansı, Erişim Tarihi: 01.02.2023. <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/malezya-bazi-eyaletlerde-mahkemelerde-yapay-zeka-yargilama-sistemini-denemeye-basladi/2561336#>

"Saudi Arabia, which denies women equal rights, makes a robot a citizen," Erişim Tarihi: 01.02.2023. <https://www.washingtonpost.com/news/innovations/wp/2017/10/29/saudi-arabia-which-denies-women-equal-rights-makes-a-robot-a-citizen/>

"The Netherlands Has Deployed NATO's First Killer Robot Ground Vehicles," Erişim Tarihi: 01.02.2023. <https://www.vice.com/en/article/jgpax3/the-netherlands-has-deployed-natos-first-killer-robot-ground-vehicles>

UYUŞTURUCU VEYA UYARICI MADDE KULLANILMASINI ÖZENDİRME SUÇUNDA (TCK M. 190/2) GÜNCEL DURUMUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Öğr. Gör. Dr. Melike ŞENTÜRK TUR*

Öz

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 190. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçu; madde kullanımının kişinin sağlığına ve genel ölçekte topluma verdiği zarar sebebiyle ve uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin çeşitliliğinin hızlı bir şekilde artması, bunlara erişimin kolaylaşması, kullanımının yaygınlaşması neticesinde madde kullanılmasına karşı etkin mücadele yürütülmesi amacıyla ihdas edilmiş bir düzenleme olup devletin bu hususta gerekli tedbirleri alma yönünde pozitif yükümlülüğünün bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır. Son yıllarda, özellikle teknolojinin gelişmesi ve sosyal platformlar aracılığıyla belirsiz ve çok sayıda kişinin hızlı bir şekilde bu mecralarda yayınlanan içeriğe erişiminin mümkün hale gelmesiyle; uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımına yönelik ifadeler veya içerikler sebebiyle bu suç tipi sık sık gündeme gelmektedir. Çalışmamız kapsamında mevcut hukuki durum ışığında, daha açık ve detaylı bir

* Öğr. Gör. Dr., İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Lecturer Dr., İstanbul Medeniyet University, Faculty of Law, Department of Criminal and Criminal Procedure Law, Istanbul, Turkey.

✉ melikesntrk@hotmail.com • ORCID 0000-0003-0646-6832.

✂ **Atf Şekli** | Cite As: ŞENTÜRK TUR, Melike: "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Özendirme Suçunda (TCK m. 190/2) Güncel Durumun Değerlendirilmesi", SÜHFD, C. 31, S. 3, 2023, s. 1381-1430.

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

✂ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

norm gerekliliği ortaya konarak, yeni bir düzenlemeye ihtiyaç olup olmadığı tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

- Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Özendirme • Aleniyet
- Kamu Sağlığı • Bilim ve Sanat Özgürlüğü • İfade Özgürlüğü

CURRENT ISSUES ON THE CRIME OF INCITING THE USE OF NARCOTIC OR PSYCHOTROPIC SUBSTANCES (TCK ART. 190/2)

Abstract

The crime of inciting the use of narcotic or psychotropic substances in the Turkish Penal Code No. 5237 (art. 190/2) is a regulation that aims to effectively fight this crime due to the harm caused by substance use to individuals and society, combined with the rapid increase in the variety of narcotic and psychotropic substances, the ease of access to as well as the widespread use of them; it is thereby a reflection of the positive obligation of the state to take the necessary measures in this regard. In recent years, especially with the development of technology and the use of social platforms, it has become possible for a large number of people to rapidly access the content broadcasted on these media, which is why this type of crime frequently comes to the fore because of the expressions or contents about the use of narcotic and psychotropic substances. Within the scope of our study, in light of the current legal situation, the necessity of a clearer and more detailed norm, and whether there is a need for a new regulation will be emphasized.

Key Words

- Inciting the Use of Narcotic or Psychotropic Substances • Publicity • Public Health • Freedom of Science and Art • Freedom of Expression

GİRİŞ

Dünyada, madde kullanımının kişilerin sağlığına ve genel olarak topluma yönelik olumsuz etkilerinden korunmak ve bağımlılıkları önlenmek amacıyla çeşitli politikalar yürütülmektedir. Bazı ülkeler bu alanda daha katı kurallar ve yasaklarla madde kullanımının önlenmesi yöntemini benimserken, bazı ülkelerde bu hususta daha liberal bir yaklaşım olduğunu görmekteyiz. Günümüzde dünyada madde kullanımının suç olmaktan çıkarılması tartışılmakta, bu doğrultuda düzenleme yapan ülkeler ve doktrinde bunu destekleyen görüşler ağırlık

kazanmaktadır; Türkiye ise madde kullanılmasını suç olarak düzenleyen ülkeler arasında yer almaktadır.

Uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanılması neticesinde kişide ve toplumda ortaya çıkan etkilerin genel sağlık açısından tehlike oluşturduğu fikrinden yola çıkılarak ceza hukuku kapsamında suçlar düzenlenmiştir. Çalışmamız kapsamında bu suç tiplerinden biri olan, Türk Ceza Kanunu'nun 190. maddesinin 2. fıkrasında yer alan uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçü değerlendirilecek; daha açık ve detaylı bir norm gerekliliği ortaya konarak, yeni bir düzenlemeye ihtiyaç olup olmadığı üzerinde durulacaktır.

I. GENEL OLARAK

1988 tarihli Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin "Suçlar ve Yaptırımlar" başlıklı 3. maddesi gereğince, taraf devletler maddede yer alan eylemleri (kasti olarak işlenmeleri halinde) kendi mevzuatlarında suç olarak düzenleme hususunda gereken önlemleri almakla yükümlüdürler. Türkiye bu kapsamda iç hukukta yasal düzenlemeler yaparak sorumluluğunu yerine getirmiştir.¹ Bu düzenlemelerden biri olan, Türk Ceza Kanunu'nun özel hükümler kitabında, "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı üçüncü kısmın "Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar" başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenen 190. maddenin 2. fıkrası uyarınca "uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını alenen özendiren veya bu nitelikte yayın yapan kişi beş yıldan on yıla kadar hapis ve bin günden on bin güne kadar adlî para cezası" ile cezalandırılır.² Bu hükümle kanun koyucu uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçunu, birinci fıkradaki uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçundan

¹ Çalışmamız bağlamında Sözleşmenin m. 3/1-c bendi gereğince; "(iii) Bir başkasının, bu maddede yer alan suçlardan birini ne şekilde olursa olsun işlemeye veya uyuşturucu veya psikotrop maddeleri kaçak olarak kullanmaya açıkça yöneltilmesi veya teşvik edilmesi;

(iv) Bu maddede yeralan suçlardan herhangi birine katılınması, bu amaçla örgütlenilmesi veya işbirliği yapılması, teşebbüste bulunulması ve suçun işlenmesine yardımcı olunması, kolaylık sağlanması ve yol gösterilmesi" eylemlerinin suç olarak düzenlenmesi de bu sorumluluk kapsamındadır. Bkz. https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc078/kanuntbmmc078/kanuntbmmc07804136.pdf (Erişim Tarihi: 09.04.2023).

² 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bu hususta bir düzenleme yer almamaktaydı.

farklı bir suç tipi olarak düzenleme yoluna gitmiştir.³ Maddenin son fıkrasında (m. 190/3) ise söz konusu suçların nitelikli hali yer almaktadır.

II. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Stratejik konumu nedeniyle uyuşturucu ağının geçiş güzergahında bulunan ve genç nüfusu fazla olan Türkiye, toplumda madde kullanımının yaygınlaşmasını önlemek gayesiyle uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanımını suç olarak düzenleyen ülkelerdendir. Özellikle gençlerin bu maddeleri kullanmasını önlemek amacıyla, Anayasa'nın "Gençliğin Korunması" başlıklı 58. maddesinin 2. fıkrasında, devletin genç nüfusu bu maddelerden korumak amacıyla gereken önlemleri alacağı ve gençleri koruma yükümlülüğü açıkça düzenlenmektedir. Bu bağlamda, söz konusu maddelerin kullanılmasının özendirilmesini ve bu nitelikte yayın yapılmasını suç olarak düzenleyen kanun koyucunun, gençliği korumak adına bu tür maddelerin kullanılmasını engelleme, madde kullanımından genç nüfusu uzak tutma amacı güttüğü düşünülebilir. TCK m. 190/2 gerekçesinden bu bilgiye erişmek mümkün olmasa da TCK m. 188'de değişiklik yapan 6545 sayılı Kanunun genel gerekçesinde (m. 49) madde kullanımının çocuklara, bağımlı kişinin sağlığına, aile ve iş yaşamına ve genel olarak toplumsal düzene zarar verdiği, bununla etkin mücadelenin amaçlandığı ifade edilerek; devletin çocukların, gençlerin ve ailelerin uyuşturucu veya uyarıcı madde

³ Kanun koyucu, maddenin ilk fıkrasında düzenlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçu kapsamında bu maddelerin kullanılmasını kolaylaştırıcı eylemleri sınırlı olarak sayarak; özel yer, donanım veya malzeme temin etmeyi, söz konusu maddeleri kullananların yakalanmalarını zorlaştıracak önlemler almayı, bunların kullanma yöntemleri hakkında başkalarına bilgi vermeyi suç olarak tanımlarken; ikinci fıkrada düzenlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçu bakımından bu maddelerin kullanılmasını alenen özendirmek ve özendirici nitelikte yayın yapmak eylemlerini yaptırım altına alınmıştır. Detaylı bilgi için bkz. ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2021, s. 794 vd. TCK m. 190 kapsamında düzenlenen iki ayrı suç tipi bakımından esas farklılık suç teşkil eden eylemler hususunda karşımıza çıkmakta olup çalışmamızın esas konusunu oluşturan TCK m. 190/2 suçunun fiil unsuru bakımından detaylı değerlendirme aşağıda yapılacaktır. Ayrıca madde gerekçesinde uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasının alenen özendirilmesinin veya bu nitelikte yayın yapılmasının, ayrı bir suç olarak ihdas edildiği açıkça ifade edilmektedir, ARTUK, Mehmet Emin/GÖKÇEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim: Gerekeçeli Ceza Kanunları, 21. Baskı, Ankara 2020, s. 235; MEMİŞ KARTAL, Pınar: Özel Ceza Hukuku-Cilt V: Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar (TCK m. 170-196), İstanbul 2019, s. 371.

kullanımından korunmasının amaçlandığı bu hususta Anayasa'nın devlete gerekli tedbirleri alma görevini verdiği vurgulanmıştır.⁴ Görüldüğü üzere kanun koyucunun madde kullanımı bakımından sadece çocukları, gençleri korumayı hedeflemediği, esasen toplumun tamamını madde kullanımından ve oluşturacağı zararlardan korumayı amaçladığı ifade edilebilir. Bu bağlamda korunan hukuki değer hakkında daha kapsamlı bir değerlendirme yapmak gerekirse; kanunun sistematüğinde bu suç tipi "Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar" başlığında düzenlenmiş olduğundan, doktrinde bu suçla korunan hukuki değer kamu sağlığı (genel sağlık) olarak görülmektedir.⁵ Kanun koyucu bu hükümle ayrıca devletin sağlığın korunması ödevini yerine getirmesi yönünde bir norm ihdas ederek; kişileri madde kullanımından uzak tutmayı ve sağlıklı yaşayabilmelerini amaçlamıştır.⁶

III. SUÇUN UNSURLARI

Suçun unsurları olarak maddi unsurlar, manevi unsur ile hukuka aykırılık unsuru bu kısımda değerlendirilecektir.

A. Maddi Unsurlar

1. Fail

Türk Ceza Kanunu'nun 190. maddesinin 2. fıkrası kapsamında suçun faili özellik arz etmez.⁷ Dolayısıyla, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını alenen özendiren ya da bu nitelikte yayın yapan herkes suçun faili olabilir; bu suç bir özgü suç değildir. Ancak suçun cezayı ağırlaştıran nitelikli hali 190/3 hükmünde belli meslekleri icra eden

⁴ <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0918.pdf> (Erişim Tarihi: 31 Mart 2023).

⁵ **MEMİŞ KARTAL**, s. 374; **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ**, s. 793; **TEZCAN**, Durmuş/**ERDEM**, Mustafa Ruhan/**ÖNOK**, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 19. Baskı, Ankara 2021, s. 1007; Korunan hukuki değerin ayrıca nesillerin ruh ve beden sağlığı olduğu yönünde bkz. **YAŞAR**, Yusuf/**İÇER**, Zafer/**YAZICILAR**, T. Tanık: "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Özendirme Suçu (TCK m. 190/2)", İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 76, 2, 2018, s. 696; **YENERER ÇAKMUT**, Özlem: "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma Suçu (TCK m.190)", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, Özel Sayı, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, 2019, s. 3115; **YENİDÜNYA**, A. Caner: Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma Suçu (Tck m.190), Balcı, Murat (Editör), Uyuşturucu Bağımlılığıyla Mücadele ve Ceza Hukuku Paneli, Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2011, s. 107.

⁶ Aynı yönde bkz. **GÖKCAN**, Hasan Tahsin/**ARTUÇ**, Mustafa: Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi, 4. Cilt, Md. 141-196, Ankara 2021, s. 6653.

⁷ **MEMİŞ KARTAL**, s. 375; **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ**, s. 793; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 1007; **YENERER ÇAKMUT**, s. 3116 vd.

kişilere özgülenererek düzenlenmekte, görünüşte özgü suç olarak karşımıza çıkmaktadır: “Bu maddede tanımlanan suçların tabip, diş tabibi, eczacı, kimyager, veteriner, sağlık memuru, laborant, ebe, hemşire, diş teknisyeni, hastabakıcı, sağlık hizmeti veren, kimyacılıkla veya ecza ticareti ile iştigal eden kişi tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.”

Son olarak özendirme eylemi, basın yayın yoluyla gerçekleştirilirse, failin belirlenmesi ve ceza sorumluluğu bakımından 5187 sayılı Basın Kanunu m. 11 dikkate alınacaktır.⁸

2. Mağdur

Kanun koyucu suçun oluşumu bakımından özendirmenin aleni gerçekleştirilmesi şartını aradığından dolayı suçun mağduru belirli bir kişi olmayıp; toplumdur.⁹ Ayrıca suçun Türk Ceza Kanunu’nun ‘Topluma Karşı Suçlar’ kısmında ve “Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar”

⁸ 5187 sayılı Basın Kanunu’nun “Cezai sorumluluk” başlıklı 11. maddesine göre: “(2) Süreli yayınlar ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi sorumludur. (3) Süreli yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında bulunması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde, sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olur. Ancak bu eserin sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması halinde, bundan doğan sorumluluk yayımlatana aittir. (4) Süresiz yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde yayımcı; yayımcının belli olmaması veya basım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması hallerinde ise basımcı sorumlu olur. (5) Yukarıdaki hükümler, süreli yayınlar ve süresiz yayınlar için bu Kanunda aranan şartlara uyulmaksızın yapılan yayınlar hakkında da uygulanır.”

⁹ **YAŞAR/İÇER/YAZICILAR**, s. 701. Özellikle suç tipinde yer alan ‘aleniyet’ ifadesinin suçun maddi unsuru kapsamında kabul edilmesinin, bu suçun mağdurunun toplum/kamu olduğu görüşünü destekler nitelikte olduğu yönünde bkz. **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ**, s. 793. Mağdurun çocuk olması durumunda bunun nitelikli hal olarak düzenlenmesi gerektiği yönünde bkz. **MEMİŞ KARTAL**, s. 375; **YENİDÜNYA**, s. 107; **YOKUŞ SEVÜK**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2020, s. 607.

bölümünde düzenlenmesi itibarıyla da mağdurun toplum olabileceği sonucuna ulaşılmaktadır.¹⁰

3. Suçun Konusu

Suçun maddi unsurlarından biri de suçun konusu (mevzuu) olarak karşımıza çıkar. Suçun konusu, suçun kanuni tanımındaki hareketin yöneldiği kişi ya da şey¹¹ olarak ele alındığında çalışma konumuzu oluşturan suçun konusunu uyuşturucu ve uyarıcı maddeler oluşturmaktadır.¹² Hangi maddenin bu bağlamda uyuşturucu veya uyarıcı madde olarak nitelendirileceği, suçun konusunu belirleyebilmek bakımından önem taşımaktadır. Bu nitelendirmeye ilişkin değerlendirme, taraf olunan uluslararası sözleşmeler ve iç hukuktaki düzenlemeler kapsamında yapılacaktır.

a. Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Kavramlarına Genel Bakış

Uyuşturucu (narcotic) kavramının kökeni Yunanca olup uyku anlamına gelen “narkē” sözcüğünden gelmektedir.¹³ Sözlükte ise uyuşturucu kavramı “uyuşturma özelliği olan, uyuşturan (madde), narkotik” olarak; uyarıcı kavramı ise “uyarma özelliği olan, uyaran” olarak tanımlanmıştır.¹⁴ Dünya Sağlık Örgütü bu hususta, uyuşturucu madde kavramının birçok farklı kullanımı olduğunu, genelde psikoaktif maddelerin ve özellikle tıbbi kullanıma ek olarak tıbbi amaçlı olmayacak şekilde kullanılan yasa dışı maddelerin uyuşturucu olarak adlandırıldığını belirtmektedir.¹⁵ Uyuşturucu, tıp alanında hastalık önleme, tedavi etme veya fiziksel ya da ruhsal iyilik halini artırma potansiyeli olan bir maddeye karşılık gelirken;¹⁶ farmakolojide doku veya

¹⁰ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 793; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1007; YENERER ÇAKMUT, s. 3117.

¹¹ HAKERİ, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Ankara 2022, s. 126.

¹² GÖKCAN/ARTUÇ, s. 6654; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 793; YAŞAR/İÇER/YAZICILAR, s. 701; YENERER ÇAKMUT, s. 3115.

¹³ DÖNMEZER, Hukuk ve Kriminoloji, s. 1.

¹⁴ Ayrıca uyuşturucu madde kavramı; “Morfin, kokain, eroin, afyon, esrar gibi duylara uyuşukluk veren madde” olarak tanımlanır, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 26.03.2023).

¹⁵ World Health Organization, Lexicon of alcohol and drug terms, https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/39461/9241544686_eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y 'Drug', (Erişim Tarihi 29.03.2023).

¹⁶ Tıp biliminde de uyuşturucu maddelerin, fizyolojik ve ruhsal rahatsızlıkların tedavisi amacıyla kullanılan maddeler olarak tanımlandığı yönünde bkz. AKBULUT, İlhan: “Ülkemizde Uyuşturucu Maddeler Sorunu”, İÜHFİM, C. 55, 3,

organizmaların biyokimyasal ya da fizyolojik süreçlerini değiştiren herhangi bir kimyasal madde olarak kabul edilir.¹⁷ Ayrıca Dünya Sağlık Örgütü, uyuşturucu maddeyi (narcotic); kendinden geçmeye, (zihinsel veya fiziksel) uyuşukluğa veya ağrıya karşı duyarsızlığa sebep olan kimyasal madde olarak tanımlarken; “narcotic” kavramının halk dilinde ve hukuken, genellikle illegal uyuşturucu maddelere (farmakolojik özelliklerine bakılmaksızın) karşılık geldiğini ifade etmektedir.¹⁸

Doktrinde de uyuşturucu ve uyarıcı madde kavramları tanımlanmakta, suçun konusunun kapsamı tespit edilmeye çalışılmaktadır. Bu hususta *Dönmezer*, uyuşturucu maddeler ve diğer alışkanlık yapıcı şeylerin kişide psikolojik ve fiziksel bir alışkanlığa ya da tutkunluğa yol açan nitelikte olmasının ve kişinin bu maddeye fiziksel veya psikolojik olarak muhtaç olmasının hem kişi hem toplum bakımından zararına dikkat çekerek; bu tür maddelerin sinir sistemine keyif veren, zevk meydana getiren etkisiyle birlikte kişinin zamanla bu madde olmadan yapamaz hale geldiğini, maddeye ihtiyaç duyduğunu belirtir.¹⁹ Doktrinde ayrıca uyuşturucu madde kavramını uyarıcı maddeleri de kapsayacak şekilde çatı bir kavram olarak niteleyen; kişiye keyif, uyanıklık ve tutku verici her maddeyi uyuşturucu madde olarak

1997, s. 112 vd. Ayrıca hekim tarafından reçetelendirilebilen ve kullanımına izin verilen bazı ilaçlar da uyuşturucu maddeler gibi kişide bağımlılık yaratan ve alışkanlığa yol açan etkiler gösterdiğinden, bunlar da uyuşturucu madde olarak kabul edilmektedir. Bkz. **YOKUŞ SEVÜK**, Handan: Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar, Ankara 2007, s. 23.

¹⁷ World Health Organization, Lexicon of alcohol and drug terms, https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/39461/9241544686_eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y ‘Drug’, (Erişim Tarihi 29.03.2023).

¹⁸ World Health Organization, Lexicon of alcohol and drug terms, https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/39461/9241544686_eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y ‘Narcotic’, (Erişim Tarihi 29.03.2023). Ayrıca madde kullanımına bağlı sorunları detaylı olarak inceleyen ve sınıflandıran çalışma için bkz. **COOPER**, Rachel: Diagnosing the Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders: Fifth Edition, London 2014. Çalışmada tüm madde kullanımından doğan sorunlar -son olarak DSM-V baskısında ise madde kötüye kullanımı (abuse of alcohol or other drugs) ve madde bağımlılığı (dependence on alcohol or other drugs) ayrımı kaldırılarak- madde ile ilgili bozukluklar çatısı altında toplanmıştır, s. 313 vd.

¹⁹ **DÖNMEZER**, Sulhi: “Hukuk ve Uyuşturucu, Alışkanlık Yaratıcı Maddeler (Kriminolojik Yaklaşım)”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, C. 43, 1-4, Prof. Dr. S. F. Ülgener’e Armağan, 1987, s. 457.

tanımlayan yazarlar da vardır.²⁰ Bu görüşler kapsamında değerlendirilebilecek tüm maddeler TCK m. 190/2 suçunun konusunu oluşturabilecektir.

Bu tür maddelerin çeşitlilik göstermesi ve çeşitliliğin hızlı artışı, her bir maddenin yarattığı etkinin farklı olması, kavram içeriğinin yukarıda izah edildiği üzere bilim dallarına göre farklılık arz etmesi sebepleriyle kavramın ortak bir tanımının yapılması kolay değildir. Ancak hangi maddelerin uyuşturucu veya uyarıcı madde olarak değerlendirileceği, kavramın içeriğinin açıkça belirlenmesi, suç ve cezada kanunilik ilkesi bakımından önem taşımaktadır. Bu hususta bazı ülkeler uyuşturucu ve uyarıcı maddeleri katalog olarak düzenleme yolunu izlerken; bazı ülkeler maddelerin çeşitliliğinin fazlalığı ve yeni piyasaya sürülen maddelerin hızlı bir şekilde uyuşturucu ve uyarıcı madde olarak kullanılması olasılığı sebebiyle sınırlayıcı bir katalog veya liste yapmaktan kaçınmaktadır.²¹ Bu bağlamda, Türk hukukundaki uyuşturucu ve uyarıcı madde kavramlarının somutlaştırılması tartışmaları aşağıda sırasıyla uluslararası sözleşmeler ve iç hukuktaki düzenlemeler kapsamında detaylı olarak izah edilecektir.

aa. Uluslararası Sözleşmeler Işığında Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Kavramı

Türk Ceza Kanunu m. 190/2 bağlamında suçun konusunu oluşturan maddelerin belirlenmesinde, taraf olunan ve Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası kapsamında usulüne göre yürürlüğe konulan uluslararası sözleşmelerin de göz önünde tutulması gerekmektedir. Bu sözleşmelerde sayılan maddeler iç hukukumuzda uyuşturucu ve uyarıcı madde olarak kabul edildiğinden, taraf olunan uluslararası sözleşmelerde yer alan uyuşturucu ve uyarıcı madde kavramlarını incelemek gerekmektedir.

İlk olarak Türkiye'nin uyuşturucu ile küresel mücadele amacıyla taraf olduğu Uyuşturucu Maddelere Dair 1961 tarihli Tek Sözleşmesi'nin²² m. 1/1-j hükmüne göre uyuşturucu madde, doğal veya

²⁰ ATEŞ, Neslihan: Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanma Suçu (TCK-m.191), İstanbul 2019, s. 3.

²¹ Türk ve Alman hukukundaki düzenlemelerin karşılaştırmalı incelemesi için bkz. OĞLAKCIOĞLU, Mustafa Temmuz: Das deutsche und türkische Betäubungsmittelstrafrecht im Vergleich – und was man alles voneinander lernen kann, ZIS, 8-9/2011, http://www.zis-online.com/dat/artikel/2011_8-9_608.pdf (Erişim Tarihi: 04.04.2023).

²²

sentetik olması fark etmeksizin, cetvellerde (I ve II sayılı) yer alan maddelere karşılık gelmektedir. Sözleşmede uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin kapsamlı bir tanımının yapılması yerine, bunların cetveller halinde sayılması yöntemi benimsenmiştir. Ayrıca Sözleşmenin m.1/1-s hükmü uyarınca, “bir uyuşturucu madde ihtiva eden katı veya sıvı bir karışımı” ifade ettiği belirtilerek müstahzar (III ve IV sayılı cetvel) kavramı da açıklanmıştır. Sözleşmenin 3. maddesindeki usulle, uyuşturucu madde ve müstahzarlarının listelendiği cetvellerin zaman zaman değiştirilebileceği hususu hüküm altına alınarak, cetvellerde yer almayan uyuşturucu maddelerin veya müstahzarlarının sonradan bu cetvellere kaydedilmesi mümkün kılınmıştır. Buna göre, Sözleşmede, kavramın içeriğinin değişebileceğini, bu sebeple kesin bir tanımının yapılamayacağını; değişikliklere açık bir yaklaşım benimsendiğini görmekteyiz. Taraf devletler, cetvellerde anılan maddeleri uyuşturucu madde olarak kabul etmekle yükümlüdürler; ayrıca Sözleşmede aksi bir hüküm yer almadığından dolayı, cetvellerde yer almayan başka maddelerin uyuşturucu madde olarak kabulü mümkündür.²³

Taraf olunan bir diğer Sözleşme 1971 tarihli Psikotrop Maddeler Sözleşmesi’dir.²⁴ Sözleşmenin m. 1/1-e bendinde psikotrop madde “herhangi doğal veya sentetik bir madde, veya cetvel I, II, III veya IV’de adı geçen herhangi bir doğal madde” şeklinde tanımlanarak, sayma yöntemi benimsenmiştir. Ayrıca Sözleşmenin 2. maddesinin 4. fıkrasında belirtilen usulle yeni bir psikotrop maddenin cetvele eklenmesi mümkündür. Sözleşmede, Tek Sözleşmesi’nde olduğu gibi, değişikliklere açık bir anlayışın benimsendiği, söz konusu cetvellerin sınırlayıcı olarak düzenlenmediği görülmektedir.

c050/kanuntbmmc050/kanuntbmmc05000812.pdf (Erişim Tarihi: 08.04.2023). Ayrıca Türkiye, Uyuşturucu Maddelere Dair 1961 Tek Sözleşmesi’nin Tadiline İlişkin Protokolün onaylanmasını uygun bulmuştur, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc085/kanuntbmmc085/kanuntbmmc08504659.pdf (Erişim Tarihi: 09.04.2023).

²³ **GÜRELLİ**, Nevzat: “Hukuk Açısından İlaç Alışkanlıklar”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 41, 1-2, 1975, s. 6. Aynı yönde bkz. **YENİSEY**, Feridun: “Uyuşturucu Maddeler Sorununun Ceza Hukuku Yönü”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, 1, 1983, s. 181.

²⁴

https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc064/kanunmgkc064/kanunmgkc06402326.pdf (Erişim Tarihi: 09.04.2023).

Son olarak 1988 Tarihli Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin²⁵ m.1/1-n bendi gereği uyuşturucu madde: "1961 tarihli Uyuşturucu Maddeler Tek Sözleşmesinin ve 1961 tarihli Uyuşturucu Maddeler Tek Sözleşmesinde Değişiklik Yapan 1972 Protokolü ile Değiştirilmiş 1961 Tarihli Uyuşturucu Maddeler Sözleşmesinin I ve II numaralı Cetvellerinde yer alan doğal veya yapay her türlü madde" olarak; psikotrop madde ise Sözleşmenin m.1/1-r bendinde "1971 tarihli Psikotrop Maddeler Sözleşmesinin eki I, II, III ve IV numaralı cetvellerde yer alan doğal veya yapay herhangi bir madde veya doğal ürün" olarak tanımlanmıştır.²⁶ Diğer uluslararası sözleşmelere paralel şekilde sayma yöntemini benimseyen Sözleşmenin 12. maddesinin 5. fıkrasında ise uyuşturucu veya psikotrop maddelerin yer aldığı cetvellerin güncellenebileceği ifade edilmiştir.

Sonuç olarak, taraf olunan uluslararası sözleşmelerde, uyuşturucu ve psikotrop maddelerin sınırlı bir şekilde sayılmadığı, değişiklik olması gerektiğinde sözleşmelerde tarif edilen usul izlenerek cetvellere ekleme yapılabileceği görölmektedir. Sonuç olarak, anılan sözleşmelerde sayılan uyuşturucu ve uyarıcı maddeler TCK m. 190/2'de düzenlenen suçun konusunu oluşturabilir.

bb. Türk Hukukunda Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Kavramı

Suçun konusunu oluşturan uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin tespitinde, taraf olunan uluslararası sözleşmelerde yer alan cetvellerde sayılan maddelerin yanı sıra sözleşmelerde sayılmamakla birlikte iç hukuka göre uyuşturucu ve uyarıcı madde olarak kabul edilen maddeler de dikkate alınacaktır. Bu maddeler TCK m. 190/2 kapsamında suçun konusunu oluşturabilir.²⁷ Bu sebeple Türk Hukukundaki güncel durumu da değerlendirmek gerekmektedir.

Bir maddenin uyuşturucu veya uyarıcı madde olarak nitelendirilmesinde, bunun yukarıda incelenen taraf olunan uluslararası sözleşmelerden birinde yer alması ya da iç hukukta kanunla

²⁵

https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc078/kanuntbmmc078/kanuntbmmc07804136.pdf (Erişim Tarihi: 09.04.2023).

²⁶ Sözleşmede kenevir bitkisi, koka ağacı, afyon haşhaşı gibi bazı maddeler ayrıca tanımlanmıştır.

²⁷ GÜRELLİ, s. 6. Aynı yönde bkz. YENİSEY, s. 181.

düzenlenmesi gerekir. Türk Hukukunda bu hususta özel kanun olarak 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun ile 3298 sayılı Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanun yürürlükte. Ayrıca Türk Ceza Kanunu'nda uyuşturucu veya uyarıcı madde suçları yer almakta olup çalışmamız kapsamında ilgili hususlar değerlendirilecektir.

İlk olarak 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun'a bakıldığında, Kanunda uyuşturucu ve uyarıcı madde kavramlarına ilişkin genel bir tanım yapılmamış olduğu, ancak bazı maddelerin Kanunun 1. maddesinde uyuşturucu madde olarak sayıldığı görülmektedir.²⁸ Kanunun 19. maddesinde ise, 1. maddede sayılan uyuşturucu maddelerden başka, bilimsel araştırmalar neticesinde zararlı olduğu ve bağımlılık oluşturduğu anlaşılan maddelerin de Cumhurbaşkanının kararı ve Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı'nın tayini ve ilanı ile bu kanun hükümlerine tabi olacağı hüküm altına alınmıştır.²⁹ Taraf olunan uluslararası sözleşmelerde de olduğu üzere, kanun kapsamındaki uyuşturucu maddeler sınırlı olmayacak şekilde belirlenmiş, kapsamın genişletilmesinin mümkün olduğu 19. maddede ifade edilmiştir. Madde gereğince, kanunda yer almasa da "bağımlılık oluşturduğu tespit edilen diğer zehirlerin de" uyuşturucu madde olarak tayini imkânı, kavrama sadece soyut bir niteleme getirmesi sebebiyle doktrinde eleştirilmiştir.³⁰

2313 sayılı Kanun'da olduğu gibi 3298 sayılı Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanun'da da uyuşturucu ve uyarıcı madde kavramı hakkında genel bir tanım yapılmamış olup, sayma yöntemi tercih

²⁸ 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun m. 1: "Tıbbi afyon ile müstahzaratının ve morfin ve bütün millhlerinin ve morfinin uzvi hamızlarla veya küül cezriyle birleşmesinden mütehassıl bütün eterlerinin ve bunların millhlerinin ve koka yaprağı, ham kokain ve kokain ekgonin ve tropokokain ile bütün millhlerinin ve yüzde 0,20 gramdan fazla morfin ve millhlerini ve yüzde 0,10 gramdan fazla kokain ve millhlerini muhtevi bütün müstahzarların ve ökodal (Eugodal), dikodit (Dicodide) ve Dilodit (Diloudide), Asedikon (Acedicone) ve bunların terkihi kimyevisinde bulunan maddeler"

²⁹ 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun m. 19: "Birinci maddede isimleri yazılan uyuşturucu maddeler haricinde olup ilmi tetkikat neticesinde mazarratı tebeyyün eden ve toksikomani tevlit eyleyen diğer zehirlerin dahi, bu kanun hükümlerine tabi olacağı Cumhurbaşkanının kararı ile Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaleti tarafından tayin ve ilan olunur."

³⁰ **BAYRAKTAR**, Köksal: "Uyuşturucu Maddeler ve Suç Siyaseti", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 51, 1-4, 1985, s. 46.

edilmiştir. Kanun'un 1. maddesinde³¹ ifade edilen maddeler ile cezai hükümler başlıklı 4. maddesinin 1. fıkrasındaki³² maddeler uyuşturucu sayılarak kanunun kapsamı belirlenmiştir. Ayrıca Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca belirlenecek diğer uyuşturucu maddeler ile kullanılması zararlı olan ve 'Toxicomanie'³³ (bağımlılık) etkisi gösteren Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı tarafından belirlenen başka doğal ve sentetik maddelerin Bakanlığın teklifi ile ve Cumhurbaşkanı kararıyla Kanun kapsamına alınabileceğinin düzenlemesiyle, Kanun kapsamının genişletilebileceğİ, uyuşturucu madde olarak nitelendirilecek maddelerin kanunda sayılan maddelerle sınırlı olmadığı görölmektedir.

Uyuşturucu ve uyarıcı madde kavramlarına ilişkin durum Ceza Kanunu bakımından değerlendirildiğinde; Kanunun uyuşturucu ve uyarıcı maddelere ilişkin genel bir tanımlamaya yer vermediğİ görölmektedir. Kanun koyucu hangi maddelerin suçun konusunu oluşturacağını, uyuşturucu ve uyarıcı madde olarak nitelendirileceğini Ceza Kanunu'nda teker teker saymamış olup genel bir ifade kullanmak suretiyle suç tiplerini düzenleyerek, bazı maddelerin zaman içinde uyuşturucu veya uyarıcı madde olarak değerlendirilmesini gerektirecek etkiler göstermesi halinde, yeni ortaya çıkan maddelerin de bu kapsamda sınıflandırılabilmesini sağlayabilecek sınırlayıcı olmayan bir yöntem benimsemiştir.³⁴ Kanun koyucunun bu hususa ilişkin yaklaşımını Ceza

³¹ 3298 sayılı Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanun m. 1/1'e göre: "Çizilmiş veya çizilmemiş haşhaş kapsülleri ile, ham afyon, tıbbi afyon ve morfin evsafını haiz afyon alkaloidleri, tuzları, esterleri ve eterleri; koka yaprağı ve bunun alkaloidleri, tuzları, esterleri ve eterleri ile Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca tayin olunacak diğer uyuşturucu maddeler" uyuşturucu madde olarak sayılmıştır.

³² 3298 sayılı Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanun m. 4/1 hükmüne göre: "Ham afyon, hazırlanmış afyon, tıbbi afyon ve bunların müstahzarları Türk Ceza Kanunu'nun uygulanmasında uyuşturucu maddelerden sayılır."

³³

<https://www.spektrum.de/lexikon/neurowissenschaft/toxikomanie/13064#:~:tex t=Toxicomanie%20w%2C%20E%20toxicomania%2C%20i.w.S.,%2D%2C%20Aufput sch%2D%20und%20Schmerzmitteln.> (Erişim Tarihi: 9 Nisan 2023).

³⁴ Uyuşturucu madde suçları, Alman hukukunda Türk hukunda olduğı gibi Ceza Kanunu'nda değil, ayrı bir kanun olan Uyuşturucu Maddeler Kanunu'nda (Betäubungsmittelgesetz-BtMG) düzenlenmiştir. Kanun'un 1. maddesinde uyuşturucu madde kavramı açıklanır. Buna göre uyuşturucu madde Ek 1, Ek 2 ve Ek 3'de (pozitif) liste halinde sayılan madde ve preparatlarıdır. Görüldüğü üzere Alman hukukunda suçun konusu bakımından Türk hukukundan farklı bir anlayış tercih edilmiştir; Alman uyuşturucu madde hukukunda pozitif liste sistemi benimsenerek, sayma usulü tercih edilmiş, ek listelerde sınırlı katalog olarak yer alan maddeler

Kanunu'nun "Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti" başlıklı 188. maddesinin gerekçesinde görmek mümkündür: "Burada uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin nelerden ibaret bulunduğu tanımlanmadığı gibi, bunların teker teker gösterilmesi yoluna da gidilmemiştir. Bunun nedeni, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin ve aynı etkiyi yapan ilaç ve sentetiklerin kötüye kullanılmalarının yaptırım altına alınarak güçlü bir sosyal savunmanın sağlanmasıdır. Böylece, psikotrop madde olarak, uyuşturucu veya uyarıcı etkisi yapan ve kişilerde bağımlılık meydana getiren bütün maddelerin, bu suçun konusunu oluşturacağı kabul edilmiştir."³⁵ Kanun koyucunun uluslararası ve ulusal normların dışında kalan, ancak bunlarla aynı veya benzer özellik gösteren başka maddelerin ortaya çıkması halinde, bunların da norm kapsamında olacak şekilde değerlendirilmesini ve cezalandırılmasını amaçladığı açıktır.³⁶ Dolayısıyla uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisi gösteren, bağımlılığa yol açan tüm maddelerin bu suçun konusunu oluşturabileceği sonucuna varılmaktadır.³⁷

uyuşturucu madde olarak kabul edilmiştir. Bunun sonucu olarak listelerde yer almayan herhangi bir madde, uyuşturucu madde olarak nitelendirilemez ve suçun konusunu oluşturamaz. Detaylı çalışma için bkz. **OĞLAKCIOĞLU**, Mustafa Temmuz: Das deutsche und türkische Betäubungsmittelstrafrecht im Vergleich – und was man alles voneinander lernen kann, ZIS, 8-9/2011, http://www.zis-online.com/dat/artikel/2011_8-9_608.pdf (Erişim Tarihi: 04.04.2023).

³⁵ **ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR**, Gerekçeli Ceza Kanunları, s. 232.

³⁶ Alman Uyuşturucu Maddeler Kanunu modelinde pozitif liste sistemi uygulandığı için, piyasaya yeni sürülen maddelerle etkin bir mücadele için, uyuşturucu maddelerin yer aldığı Ek listelerin olabildiğince hızlı bir şekilde değiştirilmesi gerekir (§ 1 Abs. 2 bis 4 BtMG, Hükümete uyuşturucu maddelerin yer aldığı Ek (I-III) listeleri kararname ile değiştirme yetkisi verir). Oğlakcioğlu, yeni maddelerin listeye eklenmesi gerektiğinde kanun koyucunun sık sık aktif olması gerektiği bu sistemde (özellikle Alman Ceza Kanunu'nun sürekli değiştirilmesinden kaçınılmış olması sebebiyle) ilgili düzenlemelerin Alman Ceza Kanunu'nda yer almamasını olumlu görmektedir. Bkz. **OĞLAKCIOĞLU**, Mustafa Temmuz: Das deutsche und türkische Betäubungsmittelstrafrecht im Vergleich – und was man alles voneinander lernen kann, ZIS, 8-9/2011, http://www.zis-online.com/dat/artikel/2011_8-9_608.pdf (Erişim Tarihi: 04.04.2023).

³⁷ "(...) Her ne kadar sanığın, ...'yı uçucu özelliği bulunan ... isimli yapıştırıcıyı kullanmaya özendirdiği iddia ve kabul olunmuş ise de; 5898 sayılı Uçucu Maddelerin Zararlarından İnsan Sağlığının Korunmasına Dair Kanununun 1, 2/1 ve 3/1 maddeleri kapsamında değerlendirilmesi gereken bu yapıştırıcı maddenin 5237 sayılı TCK'nın 190/2. maddesinde tanımlanan "uyuşturucu madde kullanılmasını alenen özendirme" suçunun konusu olamayacağı gözetilmeden unsurları oluşmadığı gibi, (...)" Y. 10. CD, 01.11.2019, E. 2019/2071, K. 2019/6933 (Legalbank, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda, 4055 ve 6123 sayılı Kanunlarla değişiklik yapılan dek sayma yöntemi benimsenmiş, yalnızca kanunda anılan maddeler uyuşturucu madde olarak kabul edilmiştir.³⁸ Yapılan değişikliklerle bu yöntemden vazgeçilerek kanunda sadece uyuşturucu madde kavramı kullanılmıştır. Bu hususta 4055 sayılı Kanun'un gerekçesine bakıldığında,³⁹ kanun koyucunun zaman içerisinde farklı uyuşturucu maddelerin ortaya çıkma ihtimalini göz önüne alarak madde metninde yalnızca uyuşturucu madde kavramının kullanılmasını yeterli gördüğü anlaşılmaktadır. Ayrıca gerekçede bir maddenin uyuşturucu madde olarak kabul edilip edilmeyeceği hususunda şüphe duyulması halinde, bu belirlemeyi Adli Tıp Kurumunun yapabileceği ifade edilmiştir.⁴⁰ Ancak hem 765 sayılı mülga TCK'nın yürürlükten kalkmadan önceki son hali hem de 5237 sayılı TCK'da tercih edilen bu yöntem, suç ve cezada kanunilik ilkesinin sonuçlarından olan belirlilik ilkesi bakımından doktrinde görüş ayrılıkları ortaya çıkarmıştır.

Anayasa'nın 38. maddesi ve TCK'nın 2. maddesinin 1. fıkrası gereği, suç ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca işlendiği zaman yürürlükteki kanunun açıkça suç saymadığı bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İlkeye bağlanan sonuçlardan biri olan belirlilik ilkesi ise, kanunlarda suç olarak

³⁸ DÖNMEZER, Hukuk ve Kriminoloji, s. 2.

³⁹ "(...) kimyevî terkipleri gösterilmek suretile maddede uzun boylu uyuşturucu maddelerin sayılmasında her bakımdan daha fazla bir faide memul bulunmadığı cihetle (uyuşturucu maddeler) tabirinin yazılmasile maddenin kabulüne ekseriyetle karar verilmiştir. (...) neticede gerek mevcut ve tanınmış ve gerekse yeni icat ve imal olunmuş herhangi bir uyuşturucu maddenin ilân suretile herkesçe bilinmesi zahiren lüzumlu ve faydeli sayılabilirse de men ve zecredilmek istenilen husus mutlak olarak uyuşturucu madde olduğundan bunu yapan, satan ve kullananlar tesirlerini bilerek yaptıklarına göre uyuşturucu halin mevcut olup olmadığını her vasıta ile araştırmak mahkemelerin kanunî salâhiyetleri cümlesinden olduğundan maddenin metninde ilân hakkında da bir hüküm bulunmasına lüzum görülmemiştir.", <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d06/c018/tbmm06018055.pdf> (Erişim Tarihi: 04.04.2023).

⁴⁰

<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d06/c018/tbmm06018055.pdf> (Erişim Tarihi: 04.04.2023). Bir maddenin uyuşturucu veya uyarıcı madde olup olmadığı, hakimin takdirine bırakılmış olup, keyfi bir karar verilmesi söz konusu değildi; hakim bu konudaki uzmanlara, kimyagerlere ve hekimlere danışarak maddenin niteliği hakkında karar verirdi. Bkz. DÖNMEZER, Hukuk ve Kriminoloji, s. 2.

düzenlenen fiillerin ve bu fiillere uygulanacak yaptırımların neler olduğunun anlaşılması bakımından, kanuni düzenlemelerdeki ifadelerin açık, net, anlaşılır olması anlamına gelmektedir; nitekim bu husus TCK m. 2’de suç sayılan eylemlerin kanunda ‘açıkça’ düzenlenmesi gerektiği ifadesiyle karşımıza çıkmaktadır.⁴¹ Ceza hukuku, özgürlükleri sınırlandıran yönünün yanı sıra sınırlandırmayla bağlantılı olarak özgürlükleri güvenceleyen bir alandır; kişi hak ve özgürlüklerinin devlet karşısında güvence altında olması için; hangi fiillerin suç teşkil ettiği, buna ilişkin yaptırımın ne olduğu önceden kanunda açıkça ve anlaşılabilir (öngörülebilir) şekilde düzenlenmelidir.⁴² Yasaklanan davranışların önceden kanunda gösterilmesiyle birlikte bireyin özgürlüğünün sınırları belirlenebilir; kanun tarafından açıkça yasaklanmayan davranışlar ise serbesttir. Çalışmamız kapsamında, suçun konusunu oluşturan maddelerin Türk Ceza Kanunu’nda teker teker belirlenmemiş olmasının, suç ve cezada kanunilik ilkesine ve belirlilik ilkesine aykırı olup olmadığı değerlendirildiğinde bu hususun tartışmalı olduğu görülmektedir.

Doktrinde bir görüş, uyuşturucu veya uyarıcı madde niteliğinde olan maddelerin kanunda açıkça düzenlenmesinin kişi özgürlüklerinin güvence altına alınması açısından yararına dikkat çekmekle birlikte,⁴³ her geçen gün yenisi ortaya çıkan sentetik uyuşturucu maddelere yönelik fiillerin cezalandırılması gerektiği vurgusuyla, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kanunda teker teker sayılması halinde, bu sayılanlardan

⁴¹ Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında da vurgulandığı üzere; “Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri ‘belirlilik’ tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.” AYM. 07.07.2011, E. 2010/69, K. 2011/116, RG. 21.10.2011 – 28091.

⁴² KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2022, s. 56; YAŞAR, Ercan: Das Gesetzlichkeitsprinzip, Eine rechtsvergleichende Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des deutschen und türkischen Rechts, Hamburg 2018, s. 17.

⁴³ SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2016, s. 473.

başka uyuşturucu veya uyarıcı madde niteliğini taşıyan maddelerin ortaya çıkabileceğini ve piyasaya sürülebileceğini; kanunda sürekli değişiklik yapmak gerekeceğini,⁴⁴ yasal düzenleme yapıłana kadar geçen süreçte zaman kaybedileceğini, bu süreçte yeni ortaya çıkan maddelerin imal, ithal ve kullanılmasının cezasız kalacağını ifade etmektedir.⁴⁵ Böylece sistemin yavaşlama ihtimalinin oluşabileceği, dolayısıyla bu yöntemin işlevsel olmayacağı; hatta teknik olarak mümkün olmadığı savunulmaktadır.⁴⁶ Bu sebeple kanun koyucunun bu maddeleri sınırlı şekilde teker teker sayma usulünü benimsememesi ve kanun kapsamını genişletmeye uygun bir bakış açısıyla düzenlemesi doktrinde ağırlıklı olarak isabetli bulunmaktadır.⁴⁷ Bu hususta *Balçı*, mevcut durumun kanunilik ilkesine de, ilkenin sonuçlarından biri olan belirlilik ilkesine de aykırılık oluşturmadığını, kanun koyucunun her kavramın içeriğini teker teker açıklama yöntemini tercih etmediğini belirtmektedir.⁴⁸ Yazar, duruma örnek olarak Türk Ceza Kanunu'nda dolandırıcılık suçunda ifade edilen 'hileli hareketler'in kanun koyucu tarafından detaylı olarak açıklanmadığını, bu durumun uyuşturucu veya uyarıcı madde kavramı hususunda da geçerli olduğunu, söz konusu maddelerin kanunda teker teker sayılmamasının belirlilik ilkesine aykırılık oluşturmadığını ifade etmektedir.⁴⁹

⁴⁴ Alman hukukunda uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin belirlenmesinde benimsenen pozitif liste modeline (sayma usulü) kıyasla, Türk hukukunda tercih edilen usulün - özellikle yeni uyuşturucu türlerinin ortaya çıkması halinde- daha esnek olduğu ancak bunun belirlilik ilkesiyle çatışacağı yönünde, bkz. **OĞLAKCIOĞLU**, s. 746.

⁴⁵ **ÇETİN**, Soner Hamza: "Kullanmak İçin Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Satın Almak, Kabul Etmek, Bulundurmak ya da Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanmak Suçu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, 4, 2016, s. 1372; **SOYASLAN**, s. 473 vd.; **TUNCER**, Arzu: Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Ticareti ve Kullanılmasına İlişkin Suçlar, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011, s. 48 vd., 140 vd.; **YAŞAR/İÇER/YAZICILAR**, s. 695.

⁴⁶ **YAŞAR/İÇER/YAZICILAR**, s. 695.

⁴⁷ **BALCI**, s. 21 vd.; **ÇETİN**, s. 1372; **SOYASLAN**, s. 473 vd.; **TUNCER**, s. 48 vd., **YAŞAR/İÇER/YAZICILAR**, s. 695; **YENERER ÇAKMUT**, s. 3116; **YOKUŞ SEVÜK**, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar, s. 23 vd.

⁴⁸ **BALCI**, Murat: Türk Ceza Kanununda Uyuşturucu Madde Ticareti Suçları (Tck. m. 188), Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2009, s. 21 vd.

⁴⁹ **BALCI**, s. 21 vd.

Aksi görüşe göre, kanunilik ilkesi uyarınca kişilerin hangi maddelerin suçun konusunu oluşturacağını açık bir şekilde bilmeleri gerekir; bunun sonucu olarak yeni ortaya çıkan ve henüz kanunda düzenlenmemiş bir uyuşturucu maddenin yasa kapsamına alınana kadar bir süre yaptırımsız kalması sonucunun kabullenilmesi gerekir.⁵⁰ Kanun koyucunun tercih ettiği yöntem sebebiyle belirlilik ilkesinden vazgeçilmesinin, ilkenin ihlal edilmesinin, fiilin uyuşturucu veya uyarıcı madde olduğu sonradan belirlenen bir maddenin kanun kapsamına alınmasına kadar geçen sürede cezasız bırakılmasından veya kanunda sayılan ancak artık bu kapsamda olmayan maddelerin kanun değişikliğine kadar suçun konusu olarak kabul edilmesinden daha ağır bir adaletsizliğe yol açacağı savunulmaktadır.⁵¹ Sonuç olarak bu görüşe göre, suçun konusunu oluşturan maddelerin, kanun düzeyinde tek tek sayılarak belirlenmesi gerekmektedir.⁵²

b. Suçun Konusuna İlişkin Değerlendirme

TCK m. 190/2'da düzenlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçunun konusunu oluşturan maddelerin tespiti bakımından, kanunda sadece uyuşturucu veya uyarıcı madde ifadesinin kullanılması ve hangi maddelerin bu kapsamda olduğunun açıkça düzenlenmemesi belirlilik ilkesine aykırılık oluşturur. Her ne kadar kanunda benimsenen yöntem hızlı ve işlevsel bir yol olarak görünse de, ilkeye istisna getirmenin kabul edilemeyeceği ifade edilmelidir. Bireyin hak ve özgürlüklerinin ilkeyle güvence altına alınması ve böylece bireyin hak ve özgürlüklerine yönelik keyfi

⁵⁰ **BAYRAKTAR**, Köksal, "Türk Ceza Kanunu'nda Kamu Düzeni, Kamunun İtimadı ve Kamunu Selameti Aleyhine İşlenen Cürümler", Değişen Toplum ve Ceza Hukuk Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1977, s. 621; **GÜRELLİ**, s. 5 vd.

⁵¹ **GÜRELLİ**, s. 5 vd.

⁵² Uyuşturucu veya uyarıcı özelliği taşıyan, kanunda veya uluslararası sözleşmelerde yer almayan yeni maddelerin ortaya çıkması halinde, tespit yetkisinin 2313 sayılı ve 3298 sayılı Kanunlarla idari organlara verilmesi öğretide eleştirilmektedir. Suçun konusunun belirlenmesinin idarenin tasarrufunda olmasının, suç ve cezada kanunilik ilkesine uygun düşmediği ve bundan kaçınmak için bu tespitin tıp biliminin kuralları gözetilerek bilirkişi tarafından yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. **YAŞAR**, Yusuf: Suçta Kanunilik İlkesi Bakımından TCK'nın 188 ve 191 inci Maddelerindeki Suçların Konusunun Değerlendirilmesi, Sözüer, Adem (Editör), Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali Ceza Hukuku ve Sağlık Perspektifinden Uyuşturucu Madde Sorunu "Tebliğler", İstanbul 2018, s. 180 vd.; **YAŞAR/İÇER/YAZICILAR**, s. 703.

müdahalelerin önüne geçilmesi için hukuk devletinin gereği olan anılan ilke uyarınca, suç teşkil eden fiil ve unsurların, ayrıca yaptırımının kanunda açıkça düzenlenmesi gerekmektedir;⁵³ aksi takdirde birey hangi eyleminin suç teşkil edeceğini öngöremez; bu da hukuk güvenliği bakımından kabul edilebilir bir netice değildir.

4. Fiil

Türk Ceza Kanunu'nun 190. maddesinin 2. fıkrasında "uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını alenen özendirmek" ve "özendirici nitelikte yayın yapmak" eylemleri yaptırım altına alınmış olup suç seçimlik hareketli olarak düzenlenmiştir. Bu eylemlerden birinin gerçekleştirilmesiyle suç tamamlanır.⁵⁴ Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını alenen özendirme eylemi her şekilde; özendirici nitelikte yayın yapma eylemi ise "her türlü yazılı, görsel, işitsel, elektronik kitle iletişim aracı veya internet yoluyla" gerçekleştirilebilir.

Suçun oluşumu bakımından söz konusu fiillerden bağımsız bir neticenin meydana gelmesi aranmadığından, failin özendirici nitelikteki eylemi gerçekleştirilmesiyle suç tamamlanır. Dolayısıyla fiil neticesinde hiç kimse uyuşturucu veya uyuşturucu madde kullanımına özenmiş olmasa dahi suç oluşmaktadır; bu itibarla bir tehlike suçu söz konusudur.⁵⁵ Bu suç tipinde, somut tehlike suçlarında olduğu gibi kanunda yer alan hareketin suç tipinde ifade edilen bir tehlikeye yol açması gerekmez, hareketin icrası ile suç gerçekleşir. Bu bakımdan bu bir soyut tehlike suçudur.

a. Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Alenen Özendirme

Uyuşturucu ve uyarıcı madde kavramlarıyla ilgili yukarıda değerdendirme yapıldığından bu kısımda 'alenen' ve 'özendirme' kavramları üzerinde durulacaktır.

aa. Özendirme

Özendirme kavramı sözlükte "özendirmek durumu, işi; teşvik" ve ayrıca "bir malı geniş kitlelere tanıtmak ve o malın sürümünü sağlamak

⁵³ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 56.

⁵⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1010.

⁵⁵ Aynı yönde bkz. GÖKCAN/ARTUÇ, s. 6656; MEMİŞ KARTAL, s. 380; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1011; YOKUŞ SEVÜK, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar, s. 251.

amacıyla yapılan çalışmalar; promosyon” olarak tanımlanmaktadır.⁵⁶ Tanıma göre, kişilerin madde kullanmaya teşvik edilmesi veya maddenin tanıtılması ve kullanılmasını sağlamaya yönelik davranışların özendirme olduğu ifade edilebilir.

Doktrinde ise özendirme, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin kullanılması bakımından kişileri isteklendirmek, teşvik etmek, kışkırtmak, heveslendirip uyuşturucuya karşı olumlu duygular uyandırmak olarak nitelendirilmektedir.⁵⁷ Ayrıca uyuşturucu veya uyarıcı maddenin faydalı olduğuna yönelik veya en azından zararsız olduğu yönünde ifadelerle de özendirimin gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir.⁵⁸ Bu hususta *Yenidünya*, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılmasına hakkındaki yerleşmiş olumsuz düşüncelerin ve söz konusu maddelerin kullanılmasının haksızlığı bakımından toplumsal bilincin değiştirilmesine yönelik fiillerin de özendirme olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁵⁹ Ancak bu görüş ifade özgürlüğü sebebiyle eleştiriye açıktır; uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımının suç olmaktan çıkarılmasını savunanlar olduğu gibi bazı ülkelerde bu yönde yasal düzenlemeler bulunmaktadır. Bundan yola çıkarak; madde kullanımının kriminalize edilmesinden vazgeçilmesini ve Türkiye’de de bu yönde düzenleme yapılmasını veya daha liberal yasal düzenlemelerle konunun ele alınması gerektiğini savunan kişinin açıklaması, madde kullanımı hususunda yerleşmiş düşüncelerin değiştirilmesine yol açabilir nitelikte olsa da bu açıklamaların ifade özgürlüğü kapsamında korunması gerekir. Aksi takdirde bu içerikteki ifadelerin TCK m. 190/2 kapsamında değerlendirilmesi, ifade özgürlüğünün ihlalini gündeme getirebilir. Bu sebeple doktrinde haklı olarak bu yönde yapılan açıklamaların ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine dikkat çekilmektedir.⁶⁰ Diğer yünden, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaya özendirme fiilini, bir kimseye yalnızca madde kullanmanın olumlu, iyi, hoş olduğu şeklinde bir beyanla veya telkinde bulunmakla sınırlandırarak şekilde tanımlamak mümkün değildir. Madde kullanmak suretiyle, örneğin kişinin belli bir

⁵⁶ <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 26.03.2023).

⁵⁷ GÖKCAN/ARTUÇ, s. 6661; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 798; SOYASLAN, s. 483; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1010; YAŞAR/İÇER/YAZICILAR, s. 698.

⁵⁸ SOYASLAN, s. 483.

⁵⁹ YENİDÜNYA, s. 111.

⁶⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1010.

gruba dahil olacağına yönelik veya kişinin farklı bir tecrübe yaşayacağı - ki bunun her zaman olumlu bir tecrübe olması gerekmez, örneğin uyuşturucu etkisi altında yaşanan tecrübe olumsuz da olsa merak uyandırıcı olabilir- yönünde ifadelerle de madde kullanılmasını özendirme söz konusu olabilir. Bu sebeple özendirmenin, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasının iyi bir şey olduğu yönünde telkin olarak tanımlanması yeterli değildir. Özellikle uyuşturucu satıcılarının hedef kitlesi olan genç nüfus bakımından madde kullanmanın herkesin yapamayacağı bir şey olduğu fikri ya da kullanan kişilerin tehlikeli, havalı bulunması dahi madde kullanımına özenme için yeterli olabilir. Dolayısıyla özendirme kavramı daha geniş yorumlanmalıdır.

Son olarak özendirme yazılı, sözlü olabileceği gibi; şekil veya sembolle de gerçekleştirilebilir.⁶¹ Esas olan aleni bir eylemle kişide kullanma isteğinin uyandırılmış olmasıdır, bu eylemin sonunda kişinin madde kullanmış olması gerekmez.⁶²

bb. Özendirmenin Aleni Olması

Türk Ceza Kanunu m. 190/2 kapsamında uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme eylemi, suçun oluşumu bakımından tek başına yeterli değildir; bu eylemin ayrıca alenen gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Aleniyet bu suç tipinde hareketin bir vasfı olarak karşımıza çıkmaktadır, dolayısıyla maddi unsurlar kapsamında değerlendirilecektir.

Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen tanımlar (m. 6) arasında ve m. 190/2'de aleniyet kavramı tarif edilmediğinden,⁶³ kavramın nasıl değerlendirileceğine doktrin ve yargı kararları çerçevesinde karar vermek gerekmektedir.

Sözlükte aleni kavramı "açık, ortada, meydanda, herkesin içinde yapılan", aleniyet ise açıklık olarak tanımlanırken;⁶⁴ kavramın doktrinde farklı kıstaslara göre ele alınarak tarif edildiği görölmektedir. Doktrinde

⁶¹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 798.

⁶² MEMİŞ KARTAL, s. 379; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 798.

⁶³ 765 sayılı TCK'da (m. 153/4) aleniyet kavramına yer verilmişti: "Fiil: 1. Matbuat vasıtası ile veya herhangi bir propaganda vasıtası ile; 2. Umumi veya umuma açık bir mahalde ve birden ziyade kimseler huzurunda; 3. Toplanan mahal veya içtimaa iştirak edenlerin adedi veya toplantının mevzuu ve gayesi itibariyle hususi mahiyeti haiz olmayan bir içtimada işlenmiş olursa Ceza Kanununun tatbikinde aleni olarak işlenmiş sayılır."

⁶⁴ <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 26.03.2023).

hakim görüşe göre, aleniyet; eylemin, belirli olmayan ve birden çok kişi tarafından bilinebilir, algılanabilir olmasıdır.⁶⁵ İlgili suç tipinde yer alan özendirme fiili, belirsiz sayıdaki kişi tarafından algılanmasına imkân sağlayan herhangi bir aracın kullanılması suretiyle gerçekleştirilebilir.⁶⁶ Eylemin yöneldiği belirli bir muhatap bulunmaz, mevzu bahis olan kamuya yönelen genel nitelikte bir özendirme eylemidir.⁶⁷ Fiilin aleni olduğunu kabul bakımından, suç teşkil eden fiilin belirsiz sayıda kişiye ulaşabilmesi veya bu kişiler tarafından duyulabilir olması (bunun olanak dahilinde olması) yeterlidir; fiilin kişilere ulaşması veya duyulması şart değildir.⁶⁸ Aksi görüş ise aleniyet kavramını eylemin gerçekleştiği yere göre tanımlamaktadır. Bu görüşe göre, eylem umumi bir yerde gerçekleştirilmişse, başkaları tarafından görülmüş olup olmamasından bağımsız olarak aleniyetin varlığı kabul edilir.⁶⁹ Özel yerlerde gerçekleştirilen bir eylem bakımından ise kural olarak aleniyet unsuru bulunmazken; özel yerde fiilin gerçekleştirilmekte olduğunun üçüncü kişilerce farkına varılması mümkünse, aleniyetin varlığı kabul edilir.⁷⁰ *Dönmezer'e* göre, özel yerde gerçekleştirilen fiil, kişilerin önlem almamaları sebebiyle başkaları tarafından fark edilebiliyorsa aleniyet mevcuttur. Ancak özel bir yerde bulunan kişiler eylemlerinin başkaları

⁶⁵ CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem: *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, C. I, İstanbul 2007, s. 85 vd.; MEMİŞ KARTAL, s. 379; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 798; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1010; YAŞAR/İÇER/YAZICILAR, s. 699; YENERER ÇAKMUT, s. 3120.

⁶⁶ GÜLSEREN, Fehmi Şener: “Ceza Hukukunda Aleniyet Kavramı”, *Lefkoşa Avrupa Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 5, 1, 2014, s. 39; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1010 vd.

⁶⁷ GÜLSEREN, s. 39.

⁶⁸ GÜLSEREN, s. 39; MEMİŞ KARTAL, s. 379; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 798; YAŞAR/İÇER/YAZICILAR, s. 699.

⁶⁹ DÖNMEZER, Sulhi: *Ceza Hukuku Özel Kısım, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, 5. Baskı, İstanbul 1983, s. 167; Fiilin işlendiği yerin kamuya açık bir alan olması gerektiği, aksi halin fiilin kamu tarafından öğrenilmesine engel olduğu yönünde bkz. DÜLGER, İbrahim/CİN, Selami: “Suçu ve Suçluyu Övme Suçu (Tck md. 215)”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, Özel S., Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, 2019, s. 2877; ŞEN, Ersan: *Suç ve Suçluyu Övme*, <https://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1004862-sucu-ve-sucluyu-ovme> (Erişim Tarihi: 04.04.2023); TOROSLU, Haluk: “Kamu Barışına Karşı Suçlar Bakımından Tahrik Kavramı”, *Ankara Üniversitesi Yayınları*, C. 2, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, 2015, s. 1218 vd.; Eylemin gerçekleştirildiği yerin önemi bulunmadığı yönünde karşı görüş için bkz. YAŞAR/İÇER/YAZICILAR, s. 699.

⁷⁰ DÖNMEZER, *Özel Kısım*, s. 171.

tarafından görülmemesi için önlem almalarına rağmen üçüncü şahıslar bu önlemleri aşarak eylemi görmüşlerse aleniyet bulunmamaktadır, dolayısıyla suçun oluştuğundan bahsedilemez.⁷¹

Yargıtay'ın aleniyet kavramını yorumlarken her iki görüşü de benimsediği ifade edilebilir.⁷² Aleniyetin kabulü bakımından, fiilin gerçekleştirildiği yeri esas alan kararların yanısıra;⁷³ eylemin belirli olmayan ve birden fazla kişi tarafından algılanabilir olması durumunda da aleniyetin varlığının kabul edildiği görülmektedir.⁷⁴ Yargıtay'a göre, aleniyet şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti için, somut olayın

⁷¹ **DÖNMEZER**, Özel Kısım, s. 171. Yer in niteliğinin aleniyetin kabulü bakımından önemsiz olduğunu ifade eden *Artuk*, belirli olmayan birçok kişi tarafından algılanabilen bir eylem özel bir yerde de yapılırsa aleniyet unsurunun mevcut olabileceğini belirtmektedir, ancak bu halde kişiler ferden belirlenmişlerse aleniyet yoktur, **ARTUK**, Mehmet Emin: "Cinsel Taciz ve Ceza Hukuku", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 49, 3, 1994, s. 41.

⁷² "Aleniyetin gerçekleşmesi için olay yerinde başkalarının bulunması yeterli olmayıp, hakaretin belirlenemeyen sıfat ve sayıda kişi tarafından görülme, duyulma ve algılanabilme olasılığının bulunması, herhangi bir sınırlama olmaksızın herkese açık olan yerlerde işlenmesinin gerekmesi karşısında, olay tarihinde vatani görevini ifa eden sanığın yemekhanede gerçekleştirdiği hakaret eyleminin aleniyet unsuru taşımadığı ve suçun unsurları itibarıyla oluşmadığı gözetilmeden, beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyet kararı verilmesi (...)" Y. 11. CD, 01.03.2018, E. 2017/14581, K. 2018/1847 (Legalbank, Erişim Tarihi: 17.04.2023); "sanığın, (...) salt diğer sanık... ile işyerinde uyuşturucu madde kullanması şeklinde gerçekleşen eyleminin de TCK'nun 190/2. maddesi kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmaması nedeniyle, ayrıca "uyuşturucu madde kullanılmasını alenen özendirme" suçunun unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden, hakkında beraat yerine mahkûmiyet hükmü kurulması (...)" Y. 10. CD, 17.09.2019, E. 2018/1933, K. 2019/5603 (Legalbank, Erişim Tarihi: 15.04.2023); "sanığın hakaret fiilini gerçekleştirdiği caddenin, herkese açık bir yer olması ve söylenen sözlerin belirsiz sayıda kişi tarafından algılanabilir mahiyette bulunması karşısında, aleniyet unsurunun gerçekleştiğinin kabulünde zorunluluk bulunmaktadır." YCGK, 30.10.2018, E. 2017/1076, K. 2018/492 (Legalbank, Erişim Tarihi: 15.04.2023).

⁷³ "(...) sanığın aleniyet artırımı yapılan ilk hakaret eylemini polis merkezinde asayiş odasında işlendiğinin burasının da aleni yerlerden olduğunun kabul edilmesi karşısında, (...)" Y. 18. CD, 22.06.2020, E. 2019/23524, K. 2020/7827 (Legalbank, Erişim Tarihi: 16.04.2023); "Sanığın atılı hakaret suçunu köyde müştekiye ait ahırın önünde işlediğinin anlaşılması karşısında, sanık hakkında hükmolunan cezanın 5237 Sayılı T.C.K.nun 125/4. maddesinde düzenlenen aleniyet sebebiyle artırılması gerektiğinin gözetilmemesi,(...)", Y. 2. CD, 12.06.2013, E. 2011/28561, K. 2013/15791 (Legalbank, Erişim Tarihi: 15.04.2023).

⁷⁴ "(...) dava konusu olayda söylenen sözleri bir çok kişinin duymuş olması aleniyet unsurunun gerçekleştiği anlamına gelmeyeceğinden, öncelikle dernek lokalinin konumu, sanık ve müştekinin derneğin üyesi olup olmadığı, lokale dernek üyeleri dışında birisinin girip giremeyeceği, belirlendikten sonra hakaret suçu yönünden aleniyetin gerçekleşip gerçekleşmediği(...)" Y. 2. CD, 24.10.2013, E. 2011/37728, K. 2013/24174 (Legalbank, Erişim Tarihi: 16.04.2023).

ve fiilin gerçekleştiği yerin özelliklerinin de değerlendirilmesi gerekmektedir.⁷⁵

Kanımızca, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçu bağlamında aleniyet bakımından, eylemin belirli olmayan ve birden çok kişi tarafından algılanabilir, görülebilir niteliği haiz olması kıstası belirleyici olmalıdır; eylemin bu kişilerce algılanmış, görülmüş ya da duyulmuş olması aranmaz. Bu imkanın somut olarak bulunması yeterlidir, örneğin sınırlı sayıda ve belirli kişilerin üye olarak içeriğe erişim sağladığı bir platformda aleniyetten bahsedilemezken; belirli olmayan ve birden çok kişinin erişim sağlayabileceği bir platformda aleniyetin varlığından bahsedilebilir. Ancak bu kişiler, özel bir çaba göstererek söz konusu eylemi algılamışlarsa, görmüş veya duymuşlarsa aleniyetten bahsedilemez.

b. Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Özendirici Nitelikte Yayın Yapma

Maddede yer alan diğer seçimlik hareket uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirici nitelikte yayın yapmaktır. Bu noktada, öncelikle yayın yapmak eyleminden ne anlaşılması gerektiğine bakılmalıdır.

Türk Ceza Kanunu'nun m. 6/1-g hükmüne göre: "Ceza kanunlarının uygulanmasında; basın ve yayın yolu ile deyiminden; her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlar" anlaşılmaktadır. Düzenleme uyarınca, maddede sayılan araçlarla yapılan yayında, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımını özendirici niteliği olan içerik bulunması halinde suç oluşur. Suç yayının gerçekleştiği anda tamamlanır, yayının fiilen başkalarının öğrenilmesi aranmaz. Öğrenme imkanının oluşturulması yeterlidir.⁷⁶ Yukarıda ifade

⁷⁵ "Sanığın I...Mahallesi ... sokak Aygaz dolmuş tesisleri yanındaki boş arazide hükmü temyiz etmeyen diğer sanıkla cinsel ilişkiye girdiğine dair yakalama tutanağı ve dosya içeriği nazara alınarak, tutanak münzileri tanık sıfatı ile dinlenip duraksama halinde olay yerinde keşif yapılmak suretiyle, aleniyet unsurunun bulunup bulunmadığı kesin biçimde saptanıp, bundan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi,(...)" Y. 14. CD, 10.09.2012, E. 2011/8078, K. 2012/8129 (Legalbank, Erişim Tarihi: 16.04.2023); Y. 14. CD, 12.06.2012, E. 2012/3400, K. 2012/6673 (Legalbank, Erişim Tarihi: 14.04.2023).

⁷⁶ **GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 6662; **MEMİŞ KARTAL**, s. 379; **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ**, s. 798; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 1011; **YAŞAR/İÇER/YAZICILAR**, s. 698; **YOKUŞ SEVÜK**, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar, s. 251.

edildiği üzere, ilgili suç tipi bir tehlike suçu olup, özendirmenin etkisiz olması, bir neticeye ulaşmaması halinde veya hiç kimsenin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmasına neden olunmasa dahi suç olacaktır.⁷⁷

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirici nitelikte yayın yapılmasının madde metninde ayrıca seçimlik hareket olarak belirtilmesi karşısında, doktrinde bunun sınırlı haller dışında gerekli olmayan bir düzenleme olduğuna dikkat çekilmektedir. Bu görüşe göre, belirsiz ve birden fazla kişiye yönelik yapılacak yayınlar aynı zamanda aleni niteliği haiz olacağından, alenen özendirme eylemi bu durumu karşılamaktadır.⁷⁸ Yayın yapma eylemi aleniyeti barındırmakta olduğundan; bu hüküm ancak yayının kapalı bir gruba yönelik yapılması durumunda uygulama alanı bulabilecektir.⁷⁹ Bu sebeple, doktrinde uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımını özendirici nitelikteki yayının madde kullanımını alenen özendirme fiili kapsamında değerlendirilebileceği, madde metninde ayrıca bir seçimlik hareket olarak ifade edilmesinin gereksiz olduğu; veya eylemin haksızlık içeriği ve yayının ulaşabileceği kişi sayısının fazlalığı dikkate alınarak daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal şeklinde düzenlenmesinin uygun olacağı ifade edilmektedir.⁸⁰

5. Suçun Nitelikli Unsurları

Türk Ceza Kanunu m. 190/3 hükmü gereğince; suçun “tabip, diş tabibi, eczacı, kimyager, veteriner, sağlık memuru, laborant, ebe, hemşire, diş teknisyeni, hastabakıcı, sağlık hizmeti veren, kimyacılıkla veya ecza ticareti ile iştigal eden kişi tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza yarısı oranında artırılır.” Bu hükümde suçun nitelikli hali, belli meslek gruplarıyla sınırlandırılarak (tahdidi olarak) düzenlenmiştir.⁸¹ Zira bu meslekleri icra edenler uyuşturucu veya uyarıcı maddeler hakkında

⁷⁷ GÖKCAN/ARTUÇ, s. 6662; MEMİŞ KARTAL, s. 379; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1011; YAŞAR/İÇER/YAZICILAR, s. 697; YENERER ÇAKMUT, s. 3122; YOKUŞ SEVÜK, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar, s. 250.

⁷⁸ YAŞAR/İÇER/YAZICILAR, s. 700. Özendirici nitelikteki yayının aleniyetin özel bir görünüşü olduğu yönünde krş. MEMİŞ KARTAL, s. 379.

⁷⁹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 798 vd.

⁸⁰ YAŞAR/İÇER/YAZICILAR, s. 700.

⁸¹ Uyuşturucu veya uyarıcı maddeye kolaylıkla erişim imkanı bulunan ancak madde metninde yer almayan diğer sağlık mesleği mensuplarının suçun fiil unsurunu gerçekleştirmeleri halinde, bu kişiler bakımından nitelikli hal uygulanmaz. Buna suç ve cezada kanunilik ilkesi ve kıyas yasağı engeldir.

meslek itibarıyla daha detaylı bilgiye sahiptir.⁸² Ayrıca bu mesleklere duyulan güvenin kötüye kullanılması ve mesleki nedenlerle maddeye erişmenin daha kolay olmasından dolayı suçun işlenmesindeki kolaylık da söz konusu meslekleri icra edenlerin eylemlerinin cezayı ağırlaştıran nitelikli hal kapsamında kabulünün sebebidir.⁸³

Suçun nitelikli halinin söz konusu olabilmesi için, failin suçun işlendiği zaman kanunda yer alan mesleklerden birini fiilen icra ediyor olması gerekir, ancak mesleği fiilen icra etmek nitelikli halin uygulanması açısından tek başına yeterli değildir; bu sıfat resmen kazanılmış olmalıdır.⁸⁴ Fail eğer mesleği fiilen icra etmiyorsa veya mesleki faaliyetin bitiminden (örneğin emekli olduktan sonra) sonra suçu işlemişse, suçun nitelikli halinden değil, suçun basit halinden sorumlu tutulabilir.⁸⁵

B. Manevi Unsur

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçunu kasten işlenebilecek suçlardan olup taksirli hali kanunda düzenlenmediğinden, suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Failin eylemini, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirici nitelikte olduğunu ve eylemin alenen yapıldığını bilerek, ayrıca madde kullanılmasını özendirmeyi isteyerek gerçekleştirmesi gerekir.⁸⁶ Ancak suçun oluşması bakımından kastın niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, kanun koyucu burada genel kastı ifade etmekte; failin ayrıca

⁸² Bu mesleklerden birini icra eden kişilerin yapacakları özendirme suçunun daha etkili olacağı yönünde bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 799.

⁸³ GÖKCAN/ARTUÇ, s. 6665; MEMİŞ KARTAL, s. 375; TEKİN, Nurullah: "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal, İthal ve İhraç Etmek ile Satmak, Satın Almak, Kabul Etmek ve Bulundurmak Suçları", TAHD, C. 4, 37, 2009, s. 104; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 994.

⁸⁴ GÖKCAN/ARTUÇ, s. 6666; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 994; YOKUŞ SEVÜK, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar, s. 255.

⁸⁵ GÖKCAN/ARTUÇ, s. 6666; ERMAN, Sahir/ÖZEK, Çetin: Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamununun Selametine Karşı İşlenen Suçlar (Tck 369-413), İstanbul 1995, s. 304; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 994.

⁸⁶ GÖKCAN/ARTUÇ, s. 6665; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1012. "sanığım "facebook" isimli sosyal paylaşım sitesine koyduğu fotoğraf içeriklerinin özendirici nitelikte olduğunu kesin olarak kabul etmek olanaklı olmadığı gibi, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını alenen özendirme kastı ile hareket ederek sosyal paylaşım sitesinde yer verdiğine dair her türlü şüpheden uzak yeterli delil bulunmadığından unsurları oluşmayan suçtan beraati yerine, mahkumiyetine karar verilmesi (...)" Y. 20. CD, 27.01.2020, E. 2017/2023, K. 2020/867 (Legalbank, Erişim Tarihi: 14.04.2023).

bir saikle hareket etmesi şartını aramamaktadır.⁸⁷ Bu bakımdan; fail suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeli ve istemelidir, dolayısıyla özendirme fiilinin (yayın veya alenen yapılan açıklama, ses, görüntü) icrasının bilerek ve istenerek yapılması suçun oluşması bakımından yeterlidir; failde uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını alenen özendirme veya bu nitelikte olacak şekilde yayın gerçekleştirme kastı bulunmuyorsa, TCK m. 190/2’de düzenlenen suç oluşmaz. Diğer yandan, bu suçun olası kastla da işlenebileceğini savunan görüşe göre; örneğin bir şarkıda uyuşturucu kullandığını ve bu tecrübesinin eğlenceli, olumlu olduğunu ifade eden sanatçı açısından uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçu gündeme gelebilir.⁸⁸

Aksi görüşe göre, kanun koyucu bu suç tipi bakımından özel kastın varlığını aramaktadır;⁸⁹ failin fiilini gerçekleştirirken ‘özendirme amacıyla’ hareket etmesi gerekir. Kastın bilme ve isteme unsurundan başka failin amacının önem taşıdığı bu hallerde özel kastın varlığından söz edilmektedir.⁹⁰ Buna göre, özendirme amacı suçun unsuru olarak kabul edilir ve suçun oluşumu için gereklidir; dolayısıyla suç olası kastla işlenemez. Örneğin bir şarkıda sanatçının uyuşturucu kullandığını ifade etmesi, bunun olumlu yönlerini anlatması halinde, bu tek başına özendirme suçu bakımından yeterli olmayacaktır.

Bu bağlamda, madde kapsamında saik veya amacın suçun unsuru olmadığını, genel kastın yeterli olduğunu belirten *Tezcan/Erdem/Önok*, TCK m. 190/2’de özel kastın aranmamasının sakıncasına dikkat çekerek, bu halin sanat ve ifade özgürlüğü bakımından sorunlara yol açacağını ifade ederek mevcut düzenlemeyi eleştirmektedir.⁹¹ Şarkısında uyuşturucu kullanımından bahseden bir şarkıcının fiili neticesinde, bazı kişilerin madde kullanmaya özenme ihtimali bulunduğu örneğini veren

⁸⁷ MEMİŞ KARTAL, s. 382; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1011; YAŞAR/İÇER/YAZICILAR, s. 705; YENERER őkAKMUT, s. 3121; YOKUŞ SEVÜK, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar, s. 253.

⁸⁸ YAŞAR/İÇER/YAZICILAR, s. 705; YENİDÜNYA, s. 111; Bu suçun olası kastla işlenemeyeceği yönünde aksi görüş için bkz. MEMİŞ KARTAL, s. 382.

⁸⁹ BARUT, Ferit/AYDEMİR, Melisa: Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, İstanbul 2019, s. 98; őkALIŐKAN, Suat: Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 99.

⁹⁰ DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II, 14. Bası, İstanbul 2019, s. 480.

⁹¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1012.

yazarlar, failin de bunu öngörmeme ihtimalinin düşük olması sebebiyle; bu ihtimalin göze alındığı, kabullenildiği, buna kayıtsız kalındığı gibi sebeplerle olası kastın kabulü halinde, bu içerikte bir sanat eseri üretmenin imkânsız olacağına dikkat çekerler.⁹² Netice olarak yazarların önerisi, kanun değişikliği yapılması ve m. 190/2'ye suçun oluşması için doğrudan kast şartı getirilmesidir. Hatta yazarlar bu suç tipi bakımından özendirme amacının aranmasının yerinde olacağını ifade etmektedirler.⁹³ Yazarların eleştirileri ve çözüm önerileri yerindedir. Manevi unsur olarak genel kastın kabulü ve bu suç tipinin olası kastla işlenebileceği görüşü neticesinde uygulamada karşılaşılan meselelere değinmek yazarların değindiği sorunu daha anlaşılır kılacaktır. Pucca lakabıyla tanınan yazar ve fenomen Selen Pınar Işık'ın mizah amaçlı olduğunu belirttiği sosyal medya paylaşımlarından dolayı "uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını alenen özendirme" suçu sebebiyle yargılanması medyaya yansımış olup yerel mahkeme Işık'ın paylaşımlarıyla yönlendirilmeye açık insanların, özellikle gençlerin uyuşturucuya yönelmesinin yolunun açıldığını ve paylaşımlarda doğrudan doğruya uyuşturucu övüldüğüne kanaat getirerek söz konusu paylaşımları ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmeyerek, Işık'ın sosyal medya profilinin herkese açık olması ve yayının ulaştığı kişi sayısını da dikkate almak suretiyle hapis ve adli para cezasına karar vermiştir.⁹⁴ Pucca dışında; ayrıca Heijan adıyla tanınan youtube platformu üzerinden şarkı seslendiren Doğan Tarda,⁹⁵ Adana Sıfır Bir adlı dizide çekilen bir sahne sebebiyle dizi oyuncularını,⁹⁶ Deep Turkish Web adlı youtube kanalında parodi videolar çeken Emre

⁹² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1012.

⁹³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1012.

⁹⁴ <https://www.milliyet.com.tr/gundem/puccanin-aldigi-hapis-cezasinin-gerekcesi-aciklandi-6004675> (Erişim Tarihi: 03.04.2023); <https://www.haberturk.com/son-dakika-puccaya-hapis-cezasi-gerekcesinde-sosyal-medya-vurgusu-2507063> (Erişim Tarihi: 03.04.2023).

⁹⁵ <https://www.hurriyet.com.tr/kelebek/magazin/yansin-gecelerle-taninan-sarkici-hejandan-ilk-aciklama-polisler-evime-gitmis-40663202> (Erişim Tarihi: 08.04.2023).

⁹⁶ <https://www.birgun.net/haber/gozaltina-alinan-adana-sifir-bir-dizisinin-3-oyuncusu-serbest-birakildi-260090> (Erişim Tarihi 08.04.2023).

Kızgır ve Erdi Kızgır,⁹⁷ Porçay⁹⁸ ve Ezhel (Sercan İpekçioğlu),⁹⁹ Khontkar (Onur Dinç),¹⁰⁰ Burry Soprano (Burak Aydoğduoğlu),¹⁰¹ Murda (Mehmet

⁹⁷ <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/fenomen-kardeslere-buyuk-sok-10-yila-kadar-hapis-istemi-41196888> (Erişim Tarihi 08.04.2023).

⁹⁸ Youtuber Erkan Porçay da rap şarkılarında sıklıkla uyuşturucu madde kullanımına dair ifadelerin yer almasını ve madde övülmesini eleştirdiği “Ot İçiyorum (Ezhel Parody)” adlı parodi şarkısı sebebiyle uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımını özendirmek suçundan yargılanarak ceza almıştır, <https://www.cumhuriyet.com.tr/turkiye/istinaf-onadi-youtuber-porcayin-parodi-videosuna-hapis-cezasi-1949454> (Erişim Tarihi: 31.03.2023).

⁹⁹ İpekçioğlu hakkında, “Ezhel06” kullanıcı adıyla sosyal medya hesabından hint keneviri bitkileriyle çekilen bir fotoğraf paylaşımı ve “Geceler” adlı şarkısında geçen “Esrarın da etkisiyle ışık daha parlak, çekilir nefesler” ifadesi sebebiyle Başbakanlık İletişim Merkezi’ne (BİMER) yapılan şikayet üzerine uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirdiği iddiasıyla gözaltına alınmış, 23 Mayıs 2018 tarihinde tutuklanarak cezaevine gönderilmiştir, <https://bianet.org/bianet/insan-haklari/197500-sosyal-medyadan-freeezhel-cagrisi> (Erişim Tarihi 08.04.2023). Mahkeme yargılama neticesinde kasta ilişkin de değerlendirme yaparak beraat kararı vermiştir: “(...) İddianamede geçen ‘geceler’ isimli video klip ve şarkı sözleri ile ilgili olarak yapılan değerlendirmede ise; bu şarkının bir vampir hikayesini anlattığı ve yeni çekilecek olan “yaşamayanlar” isimli bir dizinin müziği olarak kurgulandığı hususu hem sanık beyanı, hem şarkının sözleri hem de sanık müdafii tarafından dosyaya sunulan sosyal medya haberleri ile örtüşmekte olup, tamamen kurguya dayalı, sanatçının hayal ürünü olan bu video klip ve şarkı sözlerinin uyuşturucu madde kullanımını özendirme amacı dışında, herkes tarafından beğerenecek ve hoş görülecek nitelikte bulunmayan sanatsal faaliyet kapsamında değerlendirildiği, yine sanığa ait ‘yarımımız yok’ isimli şarkı sözlerine bakıldığında, uyuşturucunun ölüme neden olduğu, zehir olduğu, hayatın güzel olduğu, yaşamaya değer olduğu temasına yer verildiği anlaşılmakla, sanığın uyuşturucu kullanmayı özendirme kastı ile değil, toplumun her kesimi tarafından beğerilmeyecek nitelikte olsa da sanatsal faaliyet kapsamında bir eser ortaya koyma amacı ile hareket ettiği, zira bu eserlerin sanığın 26.maddesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 10.maddesi ve CMK’nın 223/2-c bendi uyarınca, yüklenen suç bakımından sanığın kastının bulunmadığı gerekçesi ile beraatine dair aşağıdaki şekilde karar ihdas edilmiştir.(...)” İstanbul 44. Asliye Ceza Mah., 19.06.2018, E. 2018/394, K. 2018/361.

¹⁰⁰ <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/ezhelin-ardindan-ikinci-tutuklama-40854640> (Erişim Tarihi 08.04.2023).

¹⁰¹ Burry Soprano ve Khontkar’ın düet yaptıkları, uyuşturucu jargonunda esrar anlamında kullanılan Mary Jane şarkısında geçen ifadeler sebebiyle yargılandıkları davada mahkeme; “(...) şarkının sözlerinde Mary Jane isimli parçada yapılan incelemede, (-Mary Jane- uyuşturucu jargonunda İngilizce esrar anlamına gelen Marijuana’ya verilen isim olduğu, gerçek bir şahıs olmadığı, esrar maddesi kast edilerek kullanıldığı) bu parçada, Çek bi’ duman bana dön - bunu Her tadan aklını kaybedecek - Harmanım içmedim 10 gündür - Bonguna sadık adamlar ... - Aklını alır duman - Her çeşit var - O iyice yapar kafanı eminim kıyak - Bi tadına bak vazgeçemezsin asla bana inan... şeklinde sözlerin bulunduğu, sözlerin içeriğinden uyuşturucu madde kullanımını özendirici nitelikte ibarelerin yer aldığı, (...)”

Önder Doğan)¹⁰² da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımını özendirme suçu sebebiyle gündeme gelmişlerdir. Bu kişilerin paylaşımlarının/yayınlarının/şarkılarının belirsiz ve sayıca fazla kişiye ulaşabilir olmasıyla, eylemleri aleniyet şartını sağlamaktadır. Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımı hakkında özendirici nitelikteki eylemler hususunda genel kastın yeterli olduğu yönündeki görüşe göre yorum yapıldığında - ayrıca kasten işlenebilen her suçun olası kastla da işlenmesi mümkün olduğundan-¹⁰³ kanunun mevcut haline göre bahsi geçen eylemler bakımından suçun manevi unsurunun oluştuğu sonucuna varılacaktır. Bu durum da bizi kişilerin ifadelerinde ya da sanat eserlerinde dile getirdikleri temaların uyuşturucu veya uyarıcı madde olması durumunda çok sıklıkla bu suçun manevi unsuru olarak doktrinde baskın görüş tarafından kabul edilen genel kastın (bazı hallerde olası kastın) oluştuğu sonucuna götürür.

Görüldüğü üzere, uyuşturucu veya uyarıcı kullanımını özendirme suçu bakımından genel kastın yeterli olduğu, suçun olası kastla işlenmesinin mümkün olduğu kabul edildiğinde aleniyet de somut olayda mevcutsa, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımını konu alan birçok eylem bakımından -konu hukuka aykırılık unsuru boyutuyla aşağıda ayrıca değerlendirilecektir- kaçınılmaz olarak suçun manevi unsurunun oluştuğu sonucuna varılır. Ancak suçun özel kast ile işlenebileceği kabul edildiğinde, failin özendirme amacının somut olayda tespit edilmesi gerekecek, aksi halde suç oluşmayacaktır. Çalışmamız kapsamında bu kabulün ve kanunda bu hususun açıkça düzenlenmesinin, özellikle kişinin sanat ve ifade özgürlüğünün güvence altına alınması için elzem olduğu sonucuna varılmaktadır.

C. Hukuka Aykırılık Unsuru

1. Genel olarak

Ceza Kanunu'nun suç olarak düzenlediği bir fiile diğer bir hükmün izin vermesi halinde; bu hal söz konusu fiilin hukuk düzenince

tespitine yer vermiştir, İzmir 10. Asliye Ceza Mah., 26.09.2019, E. 2018/1222, K. 2019/829. <https://bianet.org/bianet/hukuk/240763-rapci-burru-soprano-tutuklandi> (Erişim Tarihi 09.04.2023). Rapçi 19 Mart 2021 tarihinde ise davanın beraatle sonuçlandığını duyurdu, <https://susma24.com/rap-muzisyeni-burru-soprano-tutuklandi> (Erişim Tarihi 09.04.2023).

¹⁰² <https://www.milliyet.com.tr/cadde/rapci-murdaya-4-yil-2-ay-hapis-cezasi-6740516> (Erişim Tarihi 29.03.2023).

¹⁰³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1012.

yasaklanmadığı, suç olmadığı anlamına gelmektedir.¹⁰⁴ Bu durumda ceza normuyla yasaklanan fiilin işlenmesine izin veren, hukuka aykırılığını engelleyen kural hukuka uygunluk sebebi olarak adlandırılmaktadır. Hukuka uygunluk sebepleri, hukuk düzeninin tamamı bakımından dikkate alınır ve hüküm ifade ederler.¹⁰⁵ Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasının alenen özendirilmesi veya bu nitelikte olan yayının gerçekleştirilmesi TCK m. 190/2 kapsamında cezalandırılmakta olup bu bağlamda hukuka uygunluk sebepleri özellik göstermez. Çalışmamız kapsamında arz ettiği önem itibarıyla; hukuka aykırılığı ortaya kaldıran nedenlerden hakkın kullanılması değerlendirilecek; bu kapsamda sırasıyla düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti, bilim ve sanat özgürlüğü ile haber verme hakkı ele alınacaktır.

2. Hakkın Kullanılması

Bir hukuka uygunluk sebebi olarak hakkın kullanılmasını düzenleyen TCK m. 26/1'e göre "hakkını kullanan kimseye ceza verilmez".¹⁰⁶ Hukuk düzenince bir konuda kişilere belirli bir hak tanınmışsa ve fiil bu hakkın sınırları içinde gerçekleştirilmişse, hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi karşımıza çıkar.¹⁰⁷ Hakkın kullanılması sebebiyle bu fiil başkalarının hukuken korunan menfaatleriyle çatışsa dahi hakkını kullanan kişinin fiiline hukuk düzeni üstünlük tanımak, bu fiilin icrasını korumak zorundadır.¹⁰⁸ Bu hakların bir engellemeyle karşılaşmadan kullanılması gerektiği kabul edilmelidir.¹⁰⁹ Çalışmamızın devamında, TCK m. 190/2 da düzenlenen

¹⁰⁴ ARTUK, Mehmet Emin/GÖKÇEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2022, s. 484.

¹⁰⁵ ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Genel Hükümler, s. 484 vd.

¹⁰⁶ 765 sayılı eski TCK'da bu yer almayan bu hukuka uygunluk sebebinin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki madde gerekçesine göre; "Maddenin birinci fıkrasında hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni düzenlenmiştir. Bir hakkı kullanan kimsenin hukuka aykırı bir şekilde hareket etmiş sayılmayacağı, bilinen bir gerçektir. Bir hak, kanun, tüzük, yönetmelik, genelde gibi nizamla dayanabilir ve hukuken tanınmış ve düzenlenmiş olmak kaydıyla, bir mesleğin icrasından da doğabilir. Burada hakkın doğrudan doğruya kullanılabilir olması aranacaktır. Eğer hak, bir mercie başvurarak kullanılabilirse, artık buradaki hak kapsamında kabul olunmayacaktır.", ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Gereççeli Ceza Kanunları, s. 51.

¹⁰⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 287.

¹⁰⁸ ARTUK/ GÖKÇEN/ ALŞAHİN/ ÇAKIR, Genel Hükümler, s. 520; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 287.

¹⁰⁹ ARTUK/ GÖKÇEN/ ALŞAHİN/ ÇAKIR, Genel Hükümler, s. 521.

suç tipinin, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti, bilim ve sanat hürriyeti ve haber verme hakkı kapsamında kalan bir eylemle gerçekleştirildiğinde nasıl değerlendirileceği ele alınacaktır.

a. Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti

Hakkın kullanılması kapsamında hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebeplerden biri Anayasanın 26. maddesinde yer alan düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetidir. Kişinin düşünce ve kanaatlerini çeşitli yollarla açıklayabilmesi ve bunların yayılması hürriyeti bu bağlamda ifade hürriyeti olarak karşımıza çıkmaktadır.¹¹⁰ Anayasa'da düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti mutlak bir hak olarak düzenlenmemiş olup Anayasa'nın 26. maddenin 2. fıkrasında bu hakka ilişkin özel sınırlama sebepleri gösterilmiştir, buna göre; "millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi" amacıyla ifade hürriyeti sınırlandırılabilir. Ancak bu sınırlama, Anayasa'nın 13. maddesine göre, hakkın özüne dokunulmadan, yalnızca ilgili hüküm olan 26. maddenin 2. fıkrasında sayılan sebeplere dayanılarak ve kanunla gerçekleştirilebilir. Ayrıca m. 13 uyarınca bu hakkın sınırlanması "Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

Anayasa m. 26'da sayılan sınırlandırma sebepleri arasında TCK m. 190/2 bağlamında korunan hukuki değer olan genel sağlığın korunması sebebi açıkça yer almaz, ancak madde metninde yer alan 'kamu düzeni' ifadesi bu bağlamda değerlendirilebilir. Öyle ki genel sağlık (kamu sağlığı) kamu düzeninin bir unsuru olarak görüldüğünden,¹¹¹ bu sınırlandırma sebebinin 'genel sağlığı' içerdiğinin kabulü gerekir. Buna göre, genel sağlığın korunması amacıyla Anayasa'da yer alan 'kamu

¹¹⁰ DÖNMEZER, Sulhi: "Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Sınırı, Hürriyetlerin Özüne Dokunan Sınırlamalar", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 29, 3, 1963, s. 776.

¹¹¹ KALABALIK, Halil: İnsan Hakları Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2017, s. 186 vd.

düzeni' sınırlama sebebine dayanılarak (meşru amaç) düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlandırılması mümkündür.

Ayrıca Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesiyle garanti altına alınmış olan ifade hürriyeti kapsamında kalan ifadeler hukuk düzenince korunmaktadır.¹¹² İfade hürriyetinin sınırlandırılması hususunda AİHS'in 10. maddesinin 2. fıkrasında yer alan¹¹³ sınırlandırma sebepleri arasında "sağlığın korunması" açıkça ifade edilmiştir. Taraf devletin bireyin ifade hürriyetini sözleşmede sayılan sebeplere dayanarak sınırlandırılması mümkündür; dolayısıyla bu kapsamda işlenen fiillere yaptırım uygulanabilir; bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir özgürlüğün sınırlandırılması halinde, öncelikle ilgili hakka yönelik bir müdahale olup olmadığını, sonra müdahalenin kanunla öngörülmesi gerekliliğini, hakkın düzenlendiği maddede yer alan meşru amaç kriterini sağlayıp sağlamadığını, müdahalenin ölçülü ve demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını inceler. Bu ölçütlere uymayan hakka yönelik bir müdahale AİHS'nin 10. maddesine aykırı olacaktır.¹¹⁴ Eğer ilgili sınırlandırma sebepleri kapsamında, ifade hürriyetinin sınırlandırılması mümkün görülürse; madde kullanımını özendirici nitelikteki eylem bakımından bu hukuka uygunluk sebebi söz konusu olmayacak; ifade hürriyeti ile güvence altına alınan alanın dışına çıkılması sebebiyle fiil suç teşkil edecektir.¹¹⁵

¹¹² ARTUK/ GÖKÇEN/ ALŞAHİN/ ÇAKIR, Genel Hükümler, s. 523.

¹¹³ AİHS m. 10/2: "Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir."

¹¹⁴ Örn. Alınak v. Türkiye, B. No: 40287/98, 29.3.2005, § 25; Müller and Others v. Switzerland, B. No. 10737/84, 24.05.1988, §§ 38/39/40.

¹¹⁵ Bu noktada belirtmek gerekir ki, AİHS m. 10/2'de bir sınırlandırma sebebi olarak sayılan "sağlığın korunması" nedeniyle ifade hürriyetinin sınırlandırılabilceği kabul edilse dahi; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Sözleşme kapsamında güvence altına alınan ifade hürriyetinin demokratik toplumun en önemli özelliklerinden biri olduğuna dikkat çekerek, bu temel hakkın demokratik toplumun vazgeçilmez unsurları olan çoğulculuk, hoşgörünün gereği olarak zararlı, rahatsız veya şok edici durumlarda da korunacağını vurgulamak suretiyle, sınırlandırma sebeplerini uygulamada son derece dar bir şekilde yorumladığı unutulmamalıdır.

b. Bilim ve Sanat Hürriyeti

Anayasa'nın "Bilim ve sanat hürriyeti" başlıklı m. 27/1 uyarınca: "Herkes, bilim ve sanatı serbestçe, öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir." Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçunun tipikliğini oluşturan seçimlik hareketler bilim ve sanat hürriyeti hakkının kullanılması niteliğinde olduğu takdirde hukuka uygunluk sebebinin varlığından bahsedilmekte ve suç oluşmamaktadır.

Kanun koyucu düşüncesi açıklama ve yayma hürriyeti hususunda ilgili maddede (m. 26) sınırlama nedenlerine yer verirken, bilim ve sanat hürriyetinin oluşum alanı bakımından sınırlama nedeni öngörmemiş; ancak m. 27/2 de bilim ve sanat hürriyeti bağlamındaki yayma hakkının (etki alanının), Anayasanın ilk üç madde hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılması halinde sınırlandırılabilirliğini hüküm altına almıştır. Bilim ve sanat özgürlüğü hakkı kapsamında kişinin eylemi, bu sebebe dayanılarak sınırlandırılırsa, bu halde eylem bakımından hukuka uygunluk sebebinin varlığından bahsedilemeyecektir.

Bu bağlamda bilimsel çalışmanın sonucu olarak uyuşturucu veya uyarıcı madde hakkında elde edilen bulguların paylaşılması (yayma hakkı) bilim özgürlüğü kapsamındadır, Anayasa m. 27/2'de sayılan sınırlama sebebi somut olayda söz konusu değilse, bu fiil hukuka uygun olup TCK m. 190/2 suçunu oluşturmaz. Ayrıca mesleği itibarıyla bilimsel etkinliklerde aleni söylemlerde bulunan, yayınlar yapan kişinin fiili bilimsel bir nitelik taşıdığı müddetçe hukuka uygun olarak kabul edilecektir.¹¹⁶

Kişinin sanatsal yaratma faaliyeti de bu maddenin koruma kapsamında olup¹¹⁷ Anayasa sanat özgürlüğü kapsamında, bireye sanatsal yaratım faaliyeti sürecinde bir sınırlama getirilmemesine ve

Örnek kararlar için bkz. İncal v. Türkiye (41/1997/825/1031), 09.06.1998, § 46; Castells v. İspanya, B. No: 11798/85, 23.04.1992, § 42.

¹¹⁶ NALBANTOĞLU, Göze: Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma ve özendirme suçları (TCK M. 190), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2020, s. 70 vd.

¹¹⁷ ATALAY, Esra: "Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Kapsamı ve Diğer Temel Hak ve Özgürlüklerle İlişkisi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, 2, 2004, s. 9.

sanatsal faaliyeti oluştuktan sonra eserini yayma özgürlüğüne yönelik güvence sağlamaktadır.

Anayasada sanat özgürlüğü bağlamında değerlendirilmesi gereken diğer madde olan “Sanatın ve sanatçının korunması” başlıklı 64. maddede “Devlet, sanat faaliyetlerini ve sanatçıyı korur. Sanat eserlerinin ve sanatçının korunması, değerlendirilmesi, desteklenmesi ve sanat sevgisinin yayılması için gereken tedbirleri alır” şeklinde olumlu edimler düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeler ışığında, bireyin sanat özgürlüğünün kapsamında gerçekleştirdiği eylemler bakımından, devletin bu hakka yönelik müdahalesine karşı korunduğu görölmektedir.¹¹⁸ Sanat eserinin içeriğinde toplumun genel kabullerine aykırı ifadelerin olması, içeriğin halk sağlığı bakımından tehlikeli görölmesi gibi sebepler, eserin sanat eseri olma niteliğine hanel getirmez.¹¹⁹ Dolayısıyla eserin içeriğinde uyururucu veya uyarıcı madde kullanımına yönelik olumlu ifadelerin yer alması, bunun sanat eseri olarak kabul edilmesine ve sanat özgürlüğü kapsamında korunmasına engel teşkil etmez.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ise sanat özgürlüğü ayrıca düzenlenmemiş olup Sözleşme’nin 10. maddesinde düzenlenen düşünceyi açıklama özgürlüğü kapsamında korunan bir temel hak olarak kabul edilmektedir. Sanat özgürlüğü AİHS m. 10’da düzenlenen ifade özgürlüğü kapsamında kabul edilerek koruma altına alındığından, Sözleşme’nin 10/2 maddesinde sayılan sınırlandırma ölçütleri sanat özgürlüğü bakımından irdelenmelidir. Maddede bir sınırlandırma sebebi olarak sayılan “genel sağlığın korunması” sebebiyle sanat özgürlüğünün sınırlandırılabilereği kabul edilse dahi; AİHM içtihatlarında, yukarıda da değinildiği üzere, ifade özgürlüğünü demokratik toplumun en önemli özelliklerden biri olarak görmektedir. Mahkeme, bu temel hakkın demokratik toplumun vazgeçilmez unsurları olan çoğulculuk, hoşgörünün gereği olarak zararlı, rahatsız veya şok edici durumlarda da korunacağını belirterek, sınırlandırma sebeplerini uygulamada son

¹¹⁸ Anayasa’nın 27. maddesi gereği devletin müdahale etmeme yükümlülüğünden dolayı negatif statü hakkı, ayrıca 64. madde kapsamında bireyin devletten olumlu bir edimde bulunmasını talep edebileği bir pozitif statü hakkı olduğu yönünde bkz. BİNGÖL, Bilge: “Sanat Özgürlüğü”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, 2, 2011, s. 109 vd.

¹¹⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1013.

derece dar bir şekilde yorumlamaktadır.¹²⁰ Bu halde sağlık hakkı ve devletin buna ilişkin ödevleri ile sanat özgürlüğü arasında bir çatışma olup olmadığı, var ise bu durumda hangisine üstünlük tanınacağına değerlendirilmesi gereklidir.

Her ne kadar AİHS'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen ve sanat özgürlüğünü bu kapsamda koruma altına alan m. 10/2 hükmünde sınırlama sebepleri arasında 'genel sağlığın korunması' ödevi yer alsa da, ifade özgürlüğünden farklı olarak sanat özgürlüğü Anayasa'da özellikle ayrı bir düzenlemeyle korunur ve bu hakkın sınırlanması bakımından Anayasa'nın 27. maddesinde 'genel sağlığın korunması' biçiminde bir sınırlama sebebine yer verilmemiştir. Bunun sonucu olarak, bilim ve sanat hürriyetini başka bir sebeple sınırlandırmanın mümkün olmadığı kanaatindeyiz.¹²¹

c. Haber Verme Hakkı

Anayasa'da yer alan düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (m. 26) ve basın hürriyeti (m. 28); ayrıca AİHS m. 10'da düzenlenen ifade hürriyeti kapsamında güvence altına alınan haber verme hakkı,¹²² hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebinin bir diğer görünümü olduğundan, çalışmamız itibarıyla uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımını özendirir nitelikte 'yayın yapmak' fiili bakımından incelenmelidir.

TCK'nın 26. maddesi uyarınca, haber verme hakkı çerçevesinde gerçekleştirilen eylemler hakkın kullanılması kapsamında olduğu

¹²⁰ İncal v. Türkiye (41/1997/825/1031), 09.06.1998, § 46; Castells v. İspanya, B. No: 11798/85, 23.04.1992, § 42.

¹²¹ TCK m. 190/2 bağlamında sanat özgürlüğü ve sınırlarına vurgu yapılan mahkeme kararı için bkz. "(...)Anayasanın 27. maddesinde 'Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir' 'yayma hakkı Anayasanın 1., 2. ve 3. madde hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamaz' şeklinde düzenleme getirildiği ve Anayasanın 24, 25, 26. maddelerinde de ifade özgürlüğünün tanım bulduğu, sanatın bir rap sanatçısı olduğu ve şarkıları bir bütün olarak değerlendirildiğinde her ne kadar uyuşturucu madde kullanımı ile ilgili ibareler mevcut ise de, bu ifadelerin sanatsal hürriyet kapsamında değerlendirmesi gerektiği ve sanatın uyuşturucu madde kullanımı özendirmek kastı ile hareket ederek bu şarkı sözlerini oluşturduğu yönünde yeterli delil de olmadığı hususları dikkate alınarak sanatın atılı suçtan beraatine karar vermek gerekmiştir.(...)" İstanbul 59. Asliye Ceza Mah., 21.02.2019, E. 2018/391, K. 2019/97.

¹²² Anayasa ve AİHS normlarının dışında, 5187 sayılı Basın Kanunu da haber verme hakkı bakımından dikkate alınmalıdır.

takdirde fiil hukuka uygun olacaktır. Yapılan yayında uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımını özendirecek nitelikte içerik bulunması durumunda, bu haberin hukuka uygunluk sebebi kapsamında kalabilmesi için Yargıtay'ın yerleşik içtihatları gereğince bazı kriterleri sağlaması gerekir. Buna göre haber, gerçek ve güncel olmalı, haberin verilmesinde kamu yararının bulunmalıdır, ayrıca haberin bilinmesi kamununun ilgisini çekmelidir. Bunların yanı sıra haber ve kullanılan ifadeler arasında düşünsel bir bağ olmalıdır.¹²³ Bu koşullar mevcutsa fiil hukuka uygun olarak kabul edilmektedir.¹²⁴

Tüm bu bilgiler ışığında, haberin içeriğinde, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasına dair içerik bulunmasına bir engel bulunmamaktadır. Ancak söz konusu haber yukarıdaki şartları sağlamalı, hem sunuluşu hem de içeriği itibarıyla madde kullanımını özendiren nitelikte olmamalıdır.¹²⁵ Haberde tıbbi veya bilimsel bir çalışmaya yer verilmesi halinde ise, çalışmanın içeriği özendirecek nitelikte olsa dahi; yukarıdaki koşulların da bulunması halinde yine suç oluşmaz. Ancak, haber çalışmanın içeriğinin aktarılmasından öte, sunuluşu itibarıyla uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımını özendirecek nitelikteyse, haberde konuyla ilgili tıbbi veya bilimsel referans yer

¹²³ "Gerek yazılı ve gerekse görsel basın bu işlevini yerine getirirken, özellikle yayının gerçek olmasını, kamu yararı bulunmasını, toplumsal ilginin varlığını, konunun güncelliğini gözetmeli, haberi verirken öze biçim arasındaki dengeyi de korumalıdır. Yine, basın objektif sınırlar içinde kalmak suretiyle yayım yapmalıdır. O anda ve görünürde var olup da sonradan gerçek olmadığı anlaşılan olayların yayımından da basın sorumlu tutulmamalıdır." Y. 4. HD, 23.05.2019, E. 2018/3940, K. 2019/3076 (Legalbank, Erişim Tarihi: 16.04.2023).

¹²⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 727.

¹²⁵ YOKUŞ SEVÜK, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar, s. 252.

almıyorsa, somut olayın özelliklerine göre yapılacak değerlendirme neticesinde,¹²⁶ suçun oluştuğunun kabulü mümkündür.¹²⁷

IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. Teşebbüs

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçu sırf hareket suçudur; bu sebeple kural olarak hareketin gerçekleştirilmesiyle suç tamamlanır, teşebbüse elverişli değildir.¹²⁸ Buna göre, madde kullanılmasını alenen özendirme veya bu nitelikteki yayının yapılması halinde suç oluşur.¹²⁹ Bununla birlikte doktrinde eylemin icra hareketlerinin kısımlara bölünebildiği durumlarda teşebbüsün mümkün olduğu ifade edilmektedir.¹³⁰ Bu görüşe göre, fail madde kullanılmasını

¹²⁶ Bu bağlamda hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması hususu değerlendirilmelidir. Konuyu düzenleyen TCK m. 27/1'e göre; "Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altıda birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunur." Görüldüğü üzere kanun koyucu hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın ancak taksirle aşılabileceğini kabul etmiştir. Konumuz bakımından, kişinin hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebinin bir görünümü olan haber verme hakkının bütün şartlarıyla oluşmasından sonra ölçülü olmayan bir eylem gerçekleştirmesi halinde, sınırın kasten mi taksirle mi aşıldığı incelenmelidir. Sınırın kasten aşılması durumunda, esasen sınırın aşılması değil, kasten gerçekleştirilen bir eylem söz konusu olacaktır. Buna göre; kişinin haber verme hakkı kapsamında, içinde bulunduğu hukuka uygunluk sebebinin kötüye kullandığından veya bundan faydalandığından bahisle, kasten gerçekleştirdiği eyleminden dolayı TCK m. 190/2'de yer alan uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçundan dolayı ceza sorumluluğunun doğacağı ifade edilmelidir. Ancak TCK'nin 27/1. maddesi gereği, hakkın kullanılmasında sınırın taksirle aşılması durumunda; söz konusu eylem ancak taksirle işlendiğinde cezalandırılabiliriyorsa bir cezaya hükmedilmesi mümkün olacaktır. Konumuz itibarıyla TCK m. 190/2'de düzenlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçu ancak kasten işlenebilen bir suç olduğundan, söz konusu eylemin hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın taksirle aşılması suretiyle gerçekleştirilmesi halinde kişinin ceza sorumluluğu doğmayacaktır. Hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması hususunda detaylı bilgi için bkz. **ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2021, s. 351 vd.**

¹²⁷ Aynı yönde **MEMİŞ KARTAL**, s. 383.

¹²⁸ **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ**, s. 800.

¹²⁹ **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 1013 vd.

¹³⁰ **HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Toplumla Karşı Suçlar, 2. Baskı, Ankara 2016, s. 108; MEMİŞ KARTAL**, s. 381;

özendirmeye yönelik eylemine henüz başlamışken elde olmayan sebeplerden dolayı kanunda yer alan seçimlik hareketi tamamlayamazsa teşebbüs söz konusu olabilir. Örneğın madde kullanımını özendiren bir yayın veya yazı henüz halkın erişim imkânına kavuşmadan yakalanır, buna el konulursa teşebbüs hükümleri (TCK m. 35) uygulanabilir.¹³¹

Bu suç tipi bakımından teşebbüsün mümkün olduğu kabul edilirse, failin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını alenen özendirmeye yönelik fiiline ya da bu nitelikteki yayını yapma yönünde icra hareketlerine başlayıp, eylemi henüz aleni olmadan vazgeçerse, gönüllü vazgeçme (TCK m. 36) hükümleri de uygulanabilir.

B. İştirak

TCK m. 190/2 kapsamında suç iştirak yönünden özellik arz etmez. Bu bağlamda; uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme veya bu nitelikte bir yayın yapma eylemini, birlikte suç işleme kararı bulunan birden fazla kişinin fiil üzerinde müşterek hakimiyet kurmak suretiyle gerçekleştirmesi halinde, müşterek faillik (TCK m. 37/1) gündeme gelir. Somut olayda suçun nitelikli halinde yer alan mesleklerden birini icra eden fail söz konusu ise, bu kişi bakımından suçun nitelikli hali, diğer kişiler için suçun temel şekli uygulanır. Ayrıca uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımını özendirme veya bu nitelikte yayın yapma eylemini gerçekleştirme hususunda henüz bir düşüncesi bulunmayan kişiye bu kararı verdirenin azmettiren (TCK m. 38); bu hususta bir eylem gerçekleştirecek kişiyi teşvik eden, kararını kuvvetlendiren ya da eylemin icrasını kolaylaştıran kişinin yardım eden (TCK m. 39) olarak sorumluluğu doğacaktır.¹³² Ancak uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendiren, bir kişide suç işleme kararı oluşturma ve kişinin kullanması için madde bulundurmasını sağlama halinde; uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçı oluşmaz; burada TCK m. 191/1'de¹³³ düzenlenen suçta azmettirme

ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 800; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1013 vd.; YENERER ÇAKMUT, s. 3123.

¹³¹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 800; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1013 vd.; YENERER ÇAKMUT, s. 3123; YOKUŞ SEVÜK, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar, s. 253.

¹³² YOKUŞ SEVÜK, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar, s. 253.

¹³³ TCK m. 191/1: "Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

gündeme gelir. Çünkü bu ihtimalde, TCK m. 190/2'de söz konusu olduğu şekilde belirsiz ve birden fazla kişinin madde kullanmaya alenen özendirilmesi değil; belirli kişi veya kişilere yönelik bir fiil gerçekleştirilmektedir.¹³⁴

C. İçtima

TCK m. 190/2 hükmünde seçimlik hareketli bir suç söz konusudur. Failin somut olayda seçimlik hareketlerden ikisini de gerçekleştirilmesi durumunda tek suç gündeme gelir, içtima hükümleri uygulanmaz.

TCK'nın 190. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında iki ayrı suç tipi düzenlenmekte olduğundan; birlikte işlendiklerinde bunlar arasında fikri içtima hükümleri uygulama alanı bulabilir.¹³⁵ Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını alenen özendiren veya bu nitelikte yayın yapan kişi aynı zamanda tek bir hareketle TCK m. 190/1'de sayılan eylemlerden birini gerçekleştirmişse (örn. maddeyi kullanma yöntemleri konusunda başkalarına bilgi vermişse) maddenin 1. ve 2. fıkralarında ayrı suçlar düzenlendiği için bu suçlar arasında fikri içtima ilişkisi oluşur. Ancak iki fiile uygulanacak yaptırım aynı olduğundan bunun pratik bir sonucu olmaz.¹³⁶

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını alenen özendirmenin eyleminin yanı sıra, fail mağdura maddeyi bizzat temin ederse, bu durumun nasıl değerlendirileceği hususunda doktrinde görüş ayrılığı vardır. Bir görüş, bu hallerde söz konusu eylemin TCK m.190/2 kapsamında değerlendirilemeyeceğini; eylemin TCK m. 188/3'de düzenlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde temini suçunu gündeme getireceğini savunur; bu görüşe göre; her iki eylemin hukuka aykırılık içeriğini kapsayan, tüketen norm olduğu için yalnızca m. 188/3 uygulama alanı bulmalıdır.¹³⁷ Aksi görüşe göre, bu ihtimalde failin gerçek içtima hükümleri gereği her iki suçtan dolayı ayrı ayrı cezalandırılması gerekecektir.¹³⁸ Madde metnine göre, m. 188/3 kapsamında fail 'satan, satışı arz eden, başkalarına veren, sevk eden, nakleden, depolayan, satın

¹³⁴ Aynı yönde bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1030.

¹³⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1014; YAŞAR/İÇER/YAZICILAR, s. 716.

¹³⁶ Aynı yönde bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1014.

¹³⁷ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1014; YENERER ÇAKMUT, s. 3113.

¹³⁸ Bu halde fiil tekliğinden söz edilemeyeceğinden dolayı her fiilin ayrı ayrı ele alınması gerektiği; ilgili suç tiplerinin koruduğu hukuki değerlerin ve fiillerin yapısının farklı olması sebebiyle fiil adedince suç oluştuğu yönünde bkz. YAŞAR/İÇER/YAZICILAR, s. 716; GÖKCAN/ARTUÇ, s. 6669.

alan, kabul eden' olduğundan dolayı eylem bu seçimlik hareketlerden birisi olmalıdır. TCK m. 190/2 bağlamında ise "uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını alenen özendirmek" ve "özendirici nitelikte yayın yapmak" eylemleri yaptırım altına alınmıştır. Ayrıca TCK m. 190/2'de aleniyet hareketin bir vasfı iken, m. 188/3 bakımından bu geçerli değildir. Dolayısıyla anılan maddelerin kullanılmasını alenen özendirme eyleminin dışında ayrıca fail mağdura madde temin ederse, fiil teklighinden söz edilemez. Bu durumda kanımızca failin her iki suçtan dolayı ayrı ayrı cezalandırılması gerekir.

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımının alenen özendirilmesi suretiyle, başkalarını ölüme teşvik edecek tarzda, ölüme yol açacak bir maddenin kullanılması alenen özendirilirse, aynı fiille intihara alenen teşvik suçunu düzenleyen TCK m. 84/3 hükmü ve m. 190/2 gündeme gelebilir, bu halde fikri içtima hükümleri (TCK m. 44) uygulanacaktır.¹³⁹

Son olarak uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçunda zincirleme suç hükümleri (TCK m. 43) uygulanabilir.¹⁴⁰ Yukarıda, bu suçun mağdurunun toplum olduğunu ifade etmiştik; dolayısıyla suçun aynı mağdura karşı işlendiğinin tespiti noktasında TCK'nun 43. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesini nazara almak gerekir.¹⁴¹

V. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ

Suçun soruşturulması ve kovuşturulması genel hükümlere tabidir, kovuşturma re'sen yürütülür.

TCK m. 190/2 kapsamında yaptırım olarak 5 yıldan 10 yıla kadar hapis cezası öngörülmektedir; buna göre dava zamanaşımını düzenleyen TCK m. 66/1-d uyarınca öngörülen dava zamanaşımı süresi 15 yıldır. Ayrıca TCK m. 66/2 gereği, "Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanlar hakkında, bu sürelerin yarısının; onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise, üçte ikisinin geçmesiyle kamu davası düşer." Dolayısıyla dava zamanaşımı süresi bakımından maddede yer alan süreler dikkate alınır.

¹³⁹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 800; YAŞAR/İÇER/YAZICILAR, s. 716 vd.

¹⁴⁰ MEMİŞ KARTAL, s. 383; YAŞAR/İÇER/YAZICILAR, s. 717; YENERER ÇAKMUT, s. 3123.

¹⁴¹ TCK m. 43/1 son: "Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır."

TCK m. 66/3'e göre ise; "Dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri de göz önünde bulundurulur." Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçunun nitelikli halini düzenleyen TCK m. 190/3'te, failin maddede sayılan mesleklerden birini icra etmesi halinde verilecek ceza yarı oranında artırılır hükmünün bu bağlamda dikkate alınması gerekmektedir.

VI. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçunda görevli mahkeme 5235 sayılı Kanun'un 11. maddesi uyarınca asliye ceza mahkemesi olacaktır. CMK m. 12/1 uyarınca yetkili mahkeme ise kural olarak suçun gerçekleştirildiği yer mahkemesidir. Ayrıca CMK m. 12/3 gereğince, bu suç yayın yapmak suretiyle meydana gelirse; suç ülke genelinde yayımlanan basılı eserle gerçekleştirilmişse, eserin yayım merkezi olan yer mahkemesi yetkili mahkeme olacaktır. Eğer bir eser birden çok yerde basılmışsa ve suç eserin yayım merkezi dışındaki baskısında işlenmişse, eserin basıldığı yer mahkemesi de yetkilidir (CMK m. 12/3 2. cümle).

VII. YAPTIRIM

Suçun yaptırımı, TCK m. 190/2 hükmünün ilk halinde "iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası" olarak öngörülmüş; 18/06/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'la (m. 67) büyük ölçüde arttırılarak "beş yıldan on yıla kadar hapis" olacak şekilde değiştirilmiştir. Ayrıca 25/08/2017 tarihli ve 694 sayılı KHK (m. 138) ile madde metnine "on yıla kadar hapis" ifadesinden sonra gelecek şekilde "ve bin günden on bin güne kadar adli para" ifadesi eklenmiştir. Söz konusu değişiklik 01/02/2018 tarihli ve 7078 sayılı Kanun (m. 133) ile aynen kabul edilmiş, nihayetinde kanunlaşmıştır. Beyan, açıklama ve yayım eylemleriyle gerçekleştirilen bu suç tipinin bir tehlike suçu olduğu ve söz konusu yaptırımların suçun haksızlık içeriğine kıyasla çok daha ağır olduğu ifade edilmelidir.¹⁴²

SONUÇ

Çalışmamız kapsamında Türk Ceza Kanunu'nun "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı üçüncü kısmında, "Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar" başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenen uyuşturucu maddelere ilişkin suçlardan kamu sağlığının ve özellikle gençliğin korunması amacıyla

¹⁴² Aynı yönde bkz. YAŞAR/İÇER/YAZICILAR, s. 718.

uluslararası sözleşmelerin getirdiği yükümlülüğün neticesinde ihdas edilen m. 190/2 hükmü kapsamlı şekilde değerlendirilmiştir.

İlk olarak, suçun konusu olarak kabul edilecek maddelerin Türk Ceza Kanunu'nda açıkça düzenlenmemesi, bunların tahdidi olarak sayılmaması sebebiyle, mevcut hukuki durumun ceza hukukunun temel ilkelerinden olan suç ve cezada kanunilik ilkesinin sonuçlarından olan belirlilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği ifade edilmelidir. TCK'nın mevcut yöntemi, uygulama açısından pratik bir çözüm olarak görünse de, belirlilik ilkesinin temini için uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kapsamının kanunda açıkça düzenlenmesi; bireyin bu suçun konusunun hangi maddelerden ibaret olduğunu bilmesi gerekmektedir. Bireyin hak ve özgürlüklerini güvenceleyen, keyfi müdahalelerin önüne geçilmesi bakımından hukuk devletinin gereği olan bu ilkeye göre, suç teşkil eden fiillerin ve suçun unsurlarının, ayrıca yaptırımların açıkça kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Bireyin hangi eyleminin suç teşkil edeceğini öngörememesi hukuk güvenliği bakımından kabul edilemez. Bu bağlamda, işlevsel ve hızlı çözüm bulmak gayesiyle, kanunilik ilkesine istisna getirmenin kabul edilemeyeceği, bu konuda kanun koyucunun hızla artan madde çeşitliliğine kanun yoluyla reaksiyon vermesi gerektiği ifade edilmelidir.

Uyuşturucu veya uyarıcı kullanılmasını özendirme suçunun manevi unsuru olarak genel kastın yeterli görülmesi, suçun olası kastla dahi işlenebileceğinin kabul edilmesi neticesinde, özellikle son yıllarda gündeme gelen yargılamalar göz önüne alındığında, ifade özgürlüğü ve sanat özgürlüğü bakımından bunun kabul edilemez sonuçlara yol açtığı ve uygulamada bu suç tipinin adeta alternatif bir cezalandırma yöntemi işlevi gördüğü sonucuna ulaşılmaktadır. Bunun önlenmesi amacıyla, özellikle ifade özgürlüğü ve sanat özgürlüğünün güvence altına alınabilmesi için, bu suç bakımından, failin fiilini gerçekleştirirken 'özendirme amacıyla' hareket etmesi gerektiği kanunda açıkça düzenlenmelidir.

Kişinin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılması hakkında 'olumlu' kabul edilecek düşünce açıklamaları veya sanat eserinde yer verilen bu yöndeki içerikler neticesinde, bazı kişilerin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaya özenme ihtimali bulunabilir. TCK m. 190/2 bağlamında suçun yaptırımının ağırlığı da dikkate alındığında, bu durum tek başına uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçı bakımından yeterli olmamalıdır. Aksi halin kabulü, son

yıllardaki yargılamalar da göz önüne alındığında, ifade ve sanat özgürlüğü temel haklarının kullanılamaz hale gelmesini sonuçlamaktadır. Bu sebeple, kanun değişikliği yapılması ve uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçunda failin özendirme amacıyla hareket etmesi şartının aranması yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKBULUT**, İlhan: “Ülkemizde Uyuşturucu Maddeler Sorunu”, İÜHFM, C. 55, 3, 1997, s. 111-142.
- ARTUK**, Mehmet Emin: “Cinsel Taciz ve Ceza Hukuku”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 49, 3, 1994, s. 31-50.
- ARTUK**, Mehmet Emin/ **GÖKÇEN**, Ahmet/ **ALŞAHİN**, Mehmet Emin/ **ÇAKIR**, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2022 (**ARTUK/ GÖKÇEN/ ALŞAHİN/ ÇAKIR**, Genel Hükümler).
- ARTUK**, Mehmet Emin/ **GÖKÇEN**, Ahmet/ **ALŞAHİN**, Mehmet Emin/ **ÇAKIR**, Kerim: Gerekçeli Ceza Kanunları, 21. Baskı, Ankara 2020 (**ARTUK/ GÖKÇEN/ ALŞAHİN/ ÇAKIR**, Gerekçeli Ceza Kanunları)
- ATALAY**, Esra: “Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Kapsamı ve Diğer Temel Hak ve Özgürlüklerle İlişkisi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, 2, 2004, s. 1-28.
- ATEŞ**, Neslihan: Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanma Suçu (TCK-m.191), İstanbul 2019.
- BALCI**, Murat: Türk Ceza Kanununda Uyuşturucu Madde Ticareti Suçları (Tck. m. 188), Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2009.
- BARUT**, Ferit/**AYDEMİR**, Melisa: Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, İstanbul 2019.
- BAYRAKTAR**, Köksal: “Uyuşturucu Maddeler ve Suç Siyaseti”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 51, 1-4, 1985, s. 45-64.
- BAYRAKTAR**, Köksal, “Türk Ceza Kanunu'nda Kamu Düzeni, Kamunun İtimadı ve Kamunu Selameti Aleyhine İşlenen Cürümler”, Değişen Toplum ve Ceza Hukuk Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceğı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1977, s. 593-621.
- BİNGÖL**, Bilge: “Sanat Özgürlüğü”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, 2, 2011, s. 92-139.
- CENTEL**, Nur/ **ZAFER**, Hamide/ **ÇAKMUT**, Özlem: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C. I, İstanbul 2007.

- COOPER, Rachel: Diagnosing the Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders: Fifth Edition, London 2014.
- ÇALIŞKAN, Suat: Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları, 2. Baskı, Ankara 2013.
- ÇETİN, Soner Hamza: “Kullanmak İçin Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Satın Almak, Kabul Etmek, Bulundurmak ya da Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanmak Suçu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, 4, 2016, s. 1353-1480.
- DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II, 14. Bası, İstanbul 2019.
- DÖNMEZER, Sulhi: “Hukuk ve Uyuşturucu, Alışkanlık Yaratıcı Maddeler (Kriminolojik Yaklaşım)”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, C. 43, 1-4, Prof. Dr. S. F. Ülgener'e Armağan, 1987, s. 457-474.
- DÖNMEZER, Sulhi: “Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Sınırı, Hürriyetlerin Özüne Dokunan Sınırlamalar”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 29, 3, 1963, s. 761-786.
- DÖNMEZER, Sulhi: Ceza Hukuku Özel Kısım, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, 5. Baskı, İstanbul 1983. (DÖNMEZER, Özel Kısım)
- DÖNMEZER, Sulhi: “Uyuşturucu Maddelerin Hukuk Ve Kriminoloji İle İlgili Bazı Yönleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 36, 1-4, 1970, s. 1-14. (DÖNMEZER, Hukuk ve Kriminoloji)
- DÜLGER, İbrahim/CİN, Selami: “Suçu ve Suçluyu Övme Suçu (Tck md. 215)”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, Özel S., Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, 2019, s. 2865-2892.
- ERMAN, Sahir/ ÖZEK, Çetin: Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamununun Selametine Karşı İşlenen Suçlar (Tck 369-413), İstanbul 1995.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa: Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi, 4. Cilt, Md. 141-196, Ankara 2021.
- GÜLSEREN, Fehmi Şener: “Ceza Hukukunda Aleniyet Kavramı”, Lefkoşa Avrupa Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 5, 1, 2014, s. 32-59.

- GÜRELLİ**, Nevzat: “Hukuk Açısından İlaç Alışkanlıkları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 41, 1-2, 1975, s. 1-14.
- HAFIZOĞULLARI**, Zeki/ **ÖZEN**, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Toplumuna Karşı Suçlar, 2. Baskı, Ankara 2016.
- HAKERİ**, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Ankara 2022.
- KALABALIK**, Halil: İnsan Hakları Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2017.
- MEMİŞ KARTAL**, Pınar: Özel Ceza Hukuku-Cilt V: Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar (TCK m. 170-196), İstanbul 2019.
- KOCA**, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2022.
- NALBANTOĞLU**, Göze: Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma ve özendirme suçları (TCK M. 190), Yayımlanmamıő Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2020.
- OĞLAKCIOĞLU**, Mustafa Temmuz: Das deutsche und türkische Betäubungsmittelstrafrecht im Vergleich – und was man alles voneinander lernen kann, ZIS, 8-9/2011, http://www.zis-online.com/dat/artikel/2011_8-9_608.pdf (Erişim Tarihi: 04.04.2023).
- ÖZBEK**, Veli Özer/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2021.
- ÖZBEK**, Veli Özer/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2021.
- SOYASLAN**, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2016.
- ŞEN**, Ersan: Suçu ve Suçluğu Övme, <https://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1004862-sucu-ve-sucluyu-ovme> (Erişim Tarihi: 04.04.2023).
- TEKİN**, Nurullah: “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal, İthal ve İhraç Etmek ile Satmak, Satın Almak, Kabul Etmek ve Bulundurmak Suçları”, TAHD, C. 4, 37, 2009, s. 95-110.
- TEZCAN**, Durmuş/ **ERDEM**, Mustafa Ruhan/ **ÖNOK**, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 19. Baskı, Ankara 2021.

- TOROSLU**, Haluk: “Kamu Barışına Karşı Suçlar Bakımından Tahrik Kavramı”, Ankara Üniversitesi Yayınları, C. 2, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, 2015, s. 1201-1231.
- TUNCER**, Arzu: Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Ticareti ve Kullanılmasına İlişkin Suçlar, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011.
- YAŞAR**, Ercan: Das Gesetzlichkeitsprinzip, Eine rechtsvergleichende Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des deutschen und türkischen Rechts, Hamburg 2018.
- YAŞAR**, Yusuf: Suçta Kanunilik İlkesi Bakımından TCK’nın 188 ve 191 inci Maddelerindeki Suçların Konusunun Değerlendirilmesi, Sözüer, Adem (Editör), Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali Ceza Hukuku ve Sağlık Perspektifinden Uyuşturucu Madde Sorunu “Tebliğler”, İstanbul 2018, s. 178-184.
- YAŞAR**, Yusuf/İÇER, Zafer/YAZICILAR, T. Tarık: “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Özendirme Suçu (TCK m. 190/2)”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 76, 2, 2018, s. 691-724.
- YENERER ÇAKMUT**, Özlem: “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma Suçu (TCK m.190)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, Özel Sayı, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, 2019, s. 3111-3126.
- YENİDÜNYA**, A. Caner: Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma Suçu (Tck m.190), Balcı, Murat (Editör), Uyuşturucu Bağımlılığıyla Mücadele ve Ceza Hukuku Paneli, Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2011, s. 105-112.
- YENİSEY**, Feridun: “Uyuşturucu Maddeler Sorununun Ceza Hukuku Yönü”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, 1, 1983, s. 171-191.
- YOKUŞ SEVÜK**, Handan: Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar, Ankara 2007. (YOKUŞ SEVÜK, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar)
- YOKUŞ SEVÜK**, Handan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2020.

- World Health Organization, Lexicon of alcohol and drug terms, https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/39461/9241544686_eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Erişim Tarihi 29.03.2023).
- <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0918.pdf> (Erişim Tarihi: 31 Mart 2023).
- https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc050/kanuntbmmc050/kanuntbmmc05000812.pdf (Erişim Tarihi: 08.04.2023).
- https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc085/kanuntbmmc085/kanuntbmmc08504659.pdf (Erişim Tarihi: 09.04.2023).
- https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc064/kanunmgkc064/kanunmgkc06402326.pdf (Erişim Tarihi: 09.04.2023).
- https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc078/kanuntbmmc078/kanuntbmmc07804136.pdf (Erişim Tarihi: 09.04.2023).
- <https://www.spektrum.de/lexikon/neurowissenschaft/toxikomanie/13064#:~:text=Toxikomanie%20w%2C%20E%20toxicomania%2C%20i.w.S.%2D%2C%20Aufputsch%2D%20und%20Schmerzmitteln.> (Erişim Tarihi: 9 Nisan 2023).
- <https://www.milliyet.com.tr/gundem/puccanin-aldigi-hapis-cezasinin-gerekcesi-aciklandi-6004675> (Erişim Tarihi: 03.04.2023).
- <https://www.haberturk.com/son-dakika-puccaya-hapis-cezasi-gerekcesinde-sosyal-medya-vurgusu-2507063> (Erişim Tarihi: 03.04.2023).
- <https://www.hurriyet.com.tr/kelebek/magazin/yansin-gecelerle-taninan-sarkici-hejrandan-ilk-aciklama-polisler-evime-gitmis-40663202> (Erişim Tarihi: 08.04.2023).
- <https://www.birgun.net/haber/gozaltina-alinan-adana-sifir-bir-dizisinin-3-oyuncusu-serbest-birakildi-260090> (Erişim Tarihi 08.04.2023).
- <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/fenomen-kardeslere-buyuk-sok-10-yila-kadar-hapis-istemi-41196888> (Erişim Tarihi 08.04.2023).
- <https://bianet.org/bianet/insan-haklari/197500-sosyal-medyadan-freezhel-cagrisi> (Erişim Tarihi 08.04.2023).

<https://www.hurriyet.com.tr/gundem/ezhelin-ardindan-ikinci-tutuklama-40854640> (Erişim Tarihi 08.04.2023).

<https://bianet.org/bianet/hukuk/240763-rapci-burri-soprano-tutuklandi> (Erişim Tarihi 09.04.2023).

<https://susma24.com/rap-muzisyeni-burri-soprano-tutuklandi> (Erişim Tarihi 09.04.2023).

<https://www.milliyet.com.tr/cadde/rapci-murdaya-4-yil-2-ay-hapis-cezasi-6740516> (Erişim Tarihi 29.03.2023).

<https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 26.03.2023).

<https://www.cumhuriyet.com.tr/turkiye/istinaf-onadi-youtuber-porcayin-parodi-videosuna-hapis-cezasi-1949454> (Erişim Tarihi: 31.03.2023).

<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d06/c018/tbm06018055.pdf> (Erişim Tarihi: 04.04.2023).

ZARAR SİGORTALARINDA “LÜTUF ÖDEMESİ” (EX GRATIA) KAVRAMI VE HALEFİYET İLİŞKİSİ İLE REASÜRANS SÖZLEŞMELERİ AÇISINDAN BAŞLICA HUKUKİ SONUÇLARI

Dr. Öğr. Üyesi Semih Sırrı ÖZDEMİR*

Öz

Lütuf ödemesi, sigorta sözleşmesine yönelik parasal karşılığı olan bir talebin, yükümlülük altında bulunmamasına rağmen, bu yöndeki iradesine dayalı olarak, sigortacı tarafından karşılanması olarak tanımlanabilir. Kavramın sınırlarının tespiti, uygulamada hem sigorta hem de reasürans sözleşmeleri açısından yapılan tazminat ödemelerinin hukuki sonuçlarının anlaşılabilmesi için önemlidir. Belirtilen çerçevede çalışmanın ilk bölümünde, *ex gratia* kavramına ve lütuf ödemesinin tanımına yer verilmekte; bu çerçevede, oluşturduğu sonuçlar açısından, sigortacının iradesi, amaçları ve bu ödemenin görünüm biçimleri ayrı ayrı incelenmektedir. İkinci bölümde, kavramın hukuki niteliği, borç tanınması ve bağış ihtimalleri üzerinden irdelenmektedir. Son bölümde ise, lütuf ödemesine sigorta ve reasürans sözleşmesi açısından bağlanan sonuçlar, ilgili yargı kararlarının incelenmesi suretiyle açıklanmaktadır.

* Dr. Öğr. Üyesi. Hacettepe Üniversitesi, Özel Hukuk Bölümü, Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı, Ankara, Türkiye | Asst. Prof., Hacettepe University, Faculty of Law, Department of Private Law, Commercial Law Department, Ankara, Turkey.

✉ semihozdemir@hacettepe.edu.tr • ORCID 0000-0003-0467-1517

✎ **Atf Şekli** | Cite As: ÖZDEMİR, Semih Sırrı : “Zarar sigortalarında “Lütuf Ödemesi” (Ex Gratia) Kavramı ve Halefiyet İlişkisi ile Reasürans Sözleşmeleri Açısından Başlıca Hukuki Sonuçları”, SÜHFD, C. 31, S. 3, 2023, s. 1431-1464.

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

✎ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler

Ex gratia • Lütuf Ödemesi • Sigorta • Sigorta Tazminatı • Halefiyet

THE CONCEPT OF “EX GRATIA” IN LOSS INSURANCES AND ITS LEGAL CONSEQUENCES FOR THE INSURER’S SUBROGATION RIGHT AND REINSURANCE CONTRACT

Abstract

Ex gratia may be defined as a payment of a monetary claim in terms of the insurance contract by the insurer based on the insurer's will, although there is not such an obligation. Determining the limits of the concept is important to understand the legal consequences of indemnity payments made in terms of both insurance and reinsurance contracts in practice. Within this framework, in the first part of the study, the concept and the definition of ex gratia are given; within this framework, the will of the insurer, its objectives and the forms of this payment are analyzed. In the second part, the legal nature of the concept is analyzed through the possibilities of recognition of obligation and donation. In the last part, the consequences attached to the ex gratia in terms of insurance and reinsurance contracts are explained by analyzing the relevant judicial decisions.

Keywords

Ex Gratia • Grace Payment • Insurance • Indemnity • Subrogation

GİRİŞ

Sigortalının tazminata hak kazanıp kazanmadığının değerlendirilmesinde, teminat kapsamı, sözleşme süresi ve muafiyetler gibi sigorta sözleşmesine ilişkin esasların yanı sıra; rizikonun kim tarafından gerçekleştirildiği, ortada kast unsurunun bulunup bulunmadığı gibi somut olaya ilişkin esaslar da incelemeye tabi tutulur. Tüm bu süreçte, sigortacıdan beklenebilecek genel yaklaşım, anılan değişkenlerin detaylı olarak tetkiki ve tazminat ödemesinin ancak, sözleşmenin ve mevzuatın gerektirdiği ölçüde yapılmasıdır.

Bununla birlikte, kurumsal marka algısının korunması, belirli bir sigortalı ile ticari ilişkilerin devam ettirilmesi veya bir afette topluma destek sunma çabası, sigortacının bu genel yaklaşımın dışına çıkmasına neden olabilir. Bu durumda sigortacı, sigorta sözleşmesine yönelik parasal karşılığı olan bir talebi, aslında yükümlü olmamasına rağmen

bilinçli olarak karşılamaktadır. Talebin sigorta sözleşmesi ile sunulan himaye kapsamı dışında yer alması halinde, yapılan ödemenin tamamı lütuf kapsamında sayılacaktır. Himaye kapsamındaki bir riziko nedeniyle meydana gelen zarara dair tazmin talebinin, oluşan zarardan fazla olması durumunda ise, tespit edilen zararı aşan kısım genellikle lütuf ödemesi olarak değerlendirilir.

Ödemenin vasfının tespiti, sigorta sözleşmesinden doğan halefiyet ilişkisi ile reasürans sözleşmesine dayalı talepler açısından sonuç doğurmaktadır. Bu nedenle, kavramın sınırlarının belirlenmesi öğreti ve uygulama açısından önem taşımaktadır. Bu çerçevede, sigortacının ödemedeki iradesinin, amacının ve ödemenin ne şekilde gerçekleştirildiğinin tespiti de gereklidir.

Çalışmanın ilk bölümünde, bir kavram olarak *ex gratia* ve bunun sigorta hukukundaki görünümü olarak lütuf ödemesi tanımlanmaktadır. Ayrıca, lütuf ödemesinin unsurlarının, uygulamaya ilişkin karşımıza çıkabilecek farklı ihtimaller de gözetilerek, tespit edilmesi amaçlanmaktadır. İkinci bölümde, lütuf ödemesinin hukuki niteliğinin belirlenmesi amaçlanmaktadır. Son bölümde, kavramın halefiyet ve reasürans sözleşmesine dayalı talepler açısından hukuki sonuçları incelenmektedir.

I. KAVRAM VE UNSURLARI

A. Ex Gratia Kavramı

Ex Gratia kavramı, muhatabının talep hakkının bulunmadığı bir ödemenin, bu yönde zorunluluk altında bulunmayan bir kişi tarafından, kendi iradesine dayalı olarak gerçekleştirilmesi şeklinde açıklanabilir¹. Kelime olarak birebir çevirisi ise, “iyilikten” veya “lütuftan” ifadelerine karşılık gelmektedir².

¹ Kavrama ilişkin tanımlar hakkında örnek olarak bkz. <https://www.wordreference.com/definition/ex%20gratia>; <https://www.merriam-webster.com/dictionary/ex%20gratia>; <https://www.collinsdictionary.com/us/dictionary/english/ex-gratia> (erişim tarihi: 14.11.2022).

² https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/ex-gratia_2, (erişim tarihi: 14.11.2022).

Sigorta hukuku öğretisinde, kavram genellikle “hatır”³ veya “lütuf”⁴ ödemesi olarak anılmakta veya doğrudan *ex gratia* ifadesinin kullanımı tercih edilmektedir⁵. Türk yargı kararlarında ise, kavrama çoğunlukta sigorta hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar çerçevesinde yer verilmektedir⁶. Çeviriyi esas alarak “lütuf ödemesi”⁷ ve “hatır ödemesi”⁸ ifadelerine yer verenlerin yanı sıra; *ex gratia* kavramını kullanmakla

³ “Hatır ödemesi” kullanımını tercih edenlere örnek olarak bkz. **KENDER**, Rayegan: Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, İstanbul 2021, s. 58; **YAZICIOĞLU**, Emine: Mal Sigortalarında Sigortacının Kanuni Halefiyetine İlişkin Bazı Hususlar, Sigorta Hukuku Sempozyumları, İstanbul 2018, s. 485-487; **ATAMER**, Kerim: Geçmişe Etkili Sigorta, Prof.Dr. Sabih Arkan’a Armağan, İstanbul 2019, s. 239; **ÖLMEZ**, Fatih: Sigortalının Sigortacının Halefiyet Hakkını İhlal Etmeme Yükümlülüğü, İstanbul 2020, s. 18-19.

⁴ “Lütuf ödemesi” kullanımını tercih edenlere örnek olarak bkz. **ÜNAN**, Samim: Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku C. II, (C. II), İstanbul 2016, s. 243-244; **KAYIHAN**, Şaban: Zarar Sigortalarında Sigortacının Halefiyeti, Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul 2012, s. 1602; **AKGÜN**, Evrim: Ferdi Kaza Sigortası Sözleşmesi, İstanbul 2017, s. 319-320. Her iki kullanıma da birlikte yer veren yazarlara örnek olarak bkz. **KOŞUT DOĞRUSÖZ**, Hanife: Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk Sisteminin Sigorta Hukukundan Kaynaklanan Uyuşmazlıklara Uygulanması ve Sigortacılık Tahkimi ile Karşılaştırması, Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, (19.06.2019), İstanbul 2020, s. 40.

⁵ “*Ex gratia*” kullanımını tercih edenlere örnek olarak bkz. **ÜNAN**, Samim: Deniz Yoluyla Yapılan Taşımalarda Yük Zararını Ödeyen Sigortacının Taşıyana Karşı Açtığı Halefiyete Dayanan Rücu Davasına İlişkin Bazı Sorular, (Yük Zararı), (26.04.1991 tarihli Sempozyum), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1991, s. 230-231; **ŞENOCAK**, Kemal: Karayolları Trafik Kanunu’na Göre Mağdurun Doğrudan Doğruya Sigortacı Karşısındaki Alacak Hakkı, Batider, C. 25, S. 4, 2009, s. 289-291; **MEMİŞ**, Tekin: Kısmi Hasar Halinde Sigorta Sözleşmesinin Feshi, (22.12.2017 tarihli Sempozyum), Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara 2018, s. 237; **ARAL ELDELEKLİOĞLU**, İrem: Yangın Sigortalarında Yapı Malikine Rücu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, 2016, s. 997.

⁶ Kavrama Türk öğretisinde uluslararası hukuk kapsamında da yer verilmeyle birlikte; çalışma konusu dışında kaldığı için, bu yönde açıklamaya yer verilmemiştir, (Örnek olarak bkz. **KUL**, Muhammet: Uluslararası Hukukta Kuvvetler Statüsü Anlaşmaları, İstanbul 2020, s. 118-119).

⁷ “...Hasarın poliçe kapsamında bulunmadığını, ödemenin *ex gratia* (lütuf ödemesi) olduğunu savunduğu halde...”, (11. HD., E. 2012/18144 K. 2013/16028 T. 18.09.2013; Lexpera).

⁸ “...Riskin sigorta teminatında olmadığı, davacının hatır ödemesi (*ex gratia*) niteliğindeki ödemesini halefiyet ilkelerine göre isteyemeyeceği...”, (11. HD., E. 2001/7150 K. 2001/9820 T. 13.12.2001; Lexpera);

yetinen kararlar da mevcuttur⁹. Ayrıca, çeviriden bağımsız bir anlam üzerine inşa edilen "gereksiz ödeme"¹⁰, "bile bile ödeme"¹¹ veya "sözleşme hükümlerine ters düşen bir ödeme"¹² ifadelerinin nadiren kullanımı da tespit edilebilmektedir.

"*Ex gratia*" kavramı, ödemenin vasfı üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu nedenle, muhatabın menfaatine yönelik olarak gerçekleştirilen bu eylemin niteliğini karşılamakta, öğretide sıklıkla kullanılan iki karşılık arasından, "lütuf ödemesi" ifadesinin daha yerinde olduğu kanaatindeyiz. "Hatır ödemesi" kavramının tercih edilmemesinin gerekçesi, anlam itibarıyla yapılan ödemenin vasfı üzerinde değil, muhatap ve ödemeyi yapan arasındaki ilişki üzerinde yoğunlaşmasıdır. Ödemeyi yapanın, bu yönde karar alma gerekçesinin, muhatabın kişiliğinden ve onunla arasındaki ilişkiden tamamen bağımsız bir nedene de dayanması ihtimali, anılan kanaate ulaşılmasında etkili olmuştur.

B. Sigorta Hukuku Açısından Kavramın Tanımının ve Unsurlarının Değerlendirilmesi

Omağ tarafından kavram, şu şekilde tanımlanmaktadır: "*Ex gratia* ödeme, gerek sözleşmenin yazılış tarzı, gerekse hasarın oluş şekli itibarıyla, hasarın, sigorta teminatı dışında kalmasından dolayı sigortalıların, poliçe özel ve genel şartlarına ters düşen tazminat talepleriyle, ekspertiz sonuçlarına vaki itirazlarının değerlendirilerek yapılan fazla ödemelerdir"¹³.

Anılan baskın unsurun birçok durumda kolaylıkla tespit edilebilir olması, kavramın kapsamına dahil olan ödemelerin kesin bir şekilde belirlenmesi için yeterli değildir. Lütuf ödemesinin, sigorta ve reasürans

⁹ "...Hasar teminat kapsamında olmamasına rağmen davalıya "ex-gratia" olarak 75.000 TL ödeme yapıldığını...", (17. HD., E. 2013/13296 K. 2015/1053 T. 27.1.2015; Lexpera).

¹⁰ "...Teminat kapsamı dışında bulunan klima hasarından sorumlu olmamasına rağmen gereksiz (Ex Gratia) ödeme yapan sigorta şirketinin bu hasar kalemi ile ilgili olarak halefiyet hakkını kazanması söz konusu değildir.", (11. HD., E. 2001/8843 K. 2002/1173 T. 12.02.2002; Lexpera).

¹¹ "Davacının sigortalısına yaptığı ödeme bile bile (ex gratia) bir ödeme olsa dahi...", (11. HD., E. 2006/6960 K. 2007/9350 T. 19.06.2007; Lexpera).

¹² "...Sigortacının sigortalısına sözleşme hükümlerine ters düşen bir ödeme (ex gratia ödeme) yapması halinde", (11. HD., E. 2004/3900 K. 2005/449 T. 31.01.2005; Lexpera).

¹³ OMAĞ, Merih Kemal: Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefiyeti, İstanbul 2011, s. 85.

sözleşmeleri açısından halefiyete ilişkin sonuçları, kavramın sınırlarının detaylı bir şekilde tespitini gerekli kılmaktadır. Somut olayda sigortacının iradesinin mevcut olup olmadığı, ödemeye neden olan gerekçeler ve sigortalıya sağlanan ekonomik menfaatin içeriği, bu hususta ayrıca irdelenmelidir.

Bu bölüm altında değerlendirilen unsurlar çerçevesinde kavramı, “sigorta sözleşmesine ilişkin parayla ölçülebilen bir değer, herhangi bir yükümlülük altında bulunmamasına rağmen, sigortacı tarafından kendi isteğiyle ödenmesi” şeklinde tanımlamaktayız.

1. Sigortacının, Zorunlu Olmamasına Rağmen, Ödeme İradesinin Mevcudiyeti

Sigorta hukuku açısından lütuf ödemesi, sigortacı ve sigortalı arasında gerçekleştirilir¹⁴. Bu uygulama zarar sigortası altında yer alan tüm sigorta sözleşmeleri açısından karşımıza çıkabilmektedir. Tazminatın sigortalı yerine bir başkasına ödenebileceğinin veya ödenmesi gerektiğinin düzenlendiği durumlarda; bu kişilere yapılan ödeme de anılan kapsamdadır¹⁵. Belirtilen taraflar arasında mevcut bir sigorta sözleşmesi olsa dahi, sigorta hukuku dışındaki başka hukuki ilişkilere veya iddialara dayanan; işçilik alacağı, kira veya tazminat gibi ödemeler, sigorta hukuku anlamında lütuf ödemesi olarak değerlendirilemeyecektir. Bu yönüyle lütuf ödemesinin konusunun, sigorta hukukundan kaynaklanan veya kaynaklandığı kabul edilen bir ilişkiye dayanması aranır. Bu ilişki, sona ermiş veya çeşitli nedenlerle geçersizliğine hükmedilmiş olsa dahi, sigortacının ödeme gerekçesinin bu ilişkiyi temel alması yeterlidir.

Sigortacı tarafından ödemenin, bilinçli bir şekilde gerçekleştirilmesi aranmalıdır. Bu irade, sigortalının talebi üzerine veya bu talep bulunmaksızın, kendiliğinden de ortaya çıkabilir. Sigortacı, ödeme yönünde bir hukuki gereklilik taşımadığını ve buna rağmen

¹⁴ Kavram, vergi hukuku gibi diğer alanlarda da kullanılmaktadır, (Örnek olarak bkz. BAIGENT, Alison /SHRUBSALL, Vivien: G. C. H. Q. Taxation of the "Ex Gratia Payments The Modern Law Review, C. 50, S. 5, 1987, s. 649-655. Kavram bu alanlarda da, aslında ödenmesi gerekmeyen bir ödemenin yapılmasının tanımlanması amacıyla kullanılmaktadır. Sigorta hukuku ile sınırlı olmaksızın, bu çerçevedeki bir ödemeyi alan kişinin, elde edilen bu meblağdan dolayı vergilendirilmesi, atıf yapılan çalışmanın ana konusunu oluşturmaktadır.

¹⁵ Örnek olarak bkz. TTK m. 1457.

ödemede bulunduğunu bilmelidir. Bilme unsuru, lütuf ödemesini; sigortacının sigorta poliçesini, mevzuatı, somut olayı ve sigortalının yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini yanlış yorumlamasından ayırmaktadır¹⁶. Lütuf ödemesi, kanaatimizce, sigortacının veya çalışanlarının ihmali veya hesap hatası nedeniyle gerçekleştirilen fazla ödemeden de farklıdır. Sigortalının açıklamalarının veya rizikonun gerçekleşme koşullarına veya oluşan zarar toplamına ilişkin eksper beyanlarının içerdiği yanlış veya yanıltıcı ifadelere dayalı ödeme de lütuf ödemesi kapsamında değildir. Hata veya hile halinde, sigortacının işlem iradesinin geçerliliğini etkileyebilen bir sebep bulunmaktadır¹⁷. Lütuf ödemesinde ise, karar doğrudan sigortacının bu yöndeki açık iradesine dayanmaktadır. Bu açıdan, teminat dışı ödeme ve lütuf ödemesi kavramlarının eşdeğer olmadığı; lütuf ödemesinin genellikle, teminat dışı ödemenin bir alt başlığı olarak karşımıza çıktığı vurgulanmalıdır. Uygulamada en sık karşılaşılan örnekler üzerinden tasnif gerçekleştirilirse, teminat dışı ödemenin; irade bozukluğuna ve lütuf ödemesine dayalı olmak üzere, iki alt başlığa ayrılabilceği görüşündeyiz.

Konuya ilişkin bir Yargıtay kararında, sigortacının belirli bir ödemeyi sehven yaptığı iddiası; ödemenin poliçe kapsamı dışında olduğu tespit edilmesine rağmen, lütuf ödemesi olarak kabul edilmiştir¹⁸. Kararda dayanılan gerekçe, kendisi tarafından düzenlenen poliçeye dayalı olarak hatalı ödeme yapılmasının, tacir olan sigortacının basiretli davranma yükümü ile örtüşmeyeceğidir. Basiretli davranma yükümünün, tacirin hatası neticesinde gerçekleştirdiği işlemlerde,

¹⁶ Saik hatasının lütuf ödemesi oluşturmayacağı açısından, aynı yönde bkz. **BALDUĞ**, Emine: Zarar Sigortalarında Sigortacının Lütuf (Ex-Gratia) Ödemesi Kavramı ve Sonuçları, Terazi Hukuk Dergisi, C. 16, S. 173, 2021, s. 110.

¹⁷ İşlem iradesi ve yanılma kavramları hakkında bkz. **KANIŞLI**, Erhan: İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma, İstanbul 2018, s. 53-62.

¹⁸ "Ödemenin sehven yapıldığı ileri sürülerek, ödemenin sebepsiz zenginleşmeye dayalı olarak iadesi talep edilmiştir. Davacı ... ancak sigorta poliçesi çerçevesinde ödeme yapmakla yükümlü olup, kendisi tarafından düzenlemiş olan poliçeye dayalı olarak ödeme yaparken basiretli bir tacir gibi davranarak gerekli incelemeyi yapması gerekirken bu şekilde davranmamış ve poliçe teminatında olmayan bir ödemeyi iradi olarak gerçekleştirmiştir. Her ne kadar TBK'nın 78/1 maddesi "Borçlanmadığı edimi kendi isteğiyle yerine getiren kimse, bunu ancak, kendisini borçlu sanarak yerine getirdiğini ispat ederse geri isteyebilir." hükmünü havi ise de, davacı ... şirketinin, kendi düzenlemiş olduğu poliçeye dayalı olarak yaptığı ödemeyi "kendisini borçlu sanarak" yapmış olduğunu ileri sürmesi mümkün değildir.", (17. HD., E. 2016/12674 K. 2019/4847 T. 16.4.2019; Lexpera).

meydana gelen irade bozukluğunu ortadan kaldıracak veya hiç meydana gelmemesini sağlayacak düzeyde geniş yorumlanmaması gerektiği kanaatindeyiz¹⁹. Tacirin basiretli davranma yükümü, somut olayda, en fazla hataya düşmekte kusurlu olması sonucunu doğurabilir ki, kişinin kusurla hataya düşmesine bağlanan sonuç, karşı tarafın zararını tazmine mahkûm edilmesidir (TBK m. 35). Bu ihtimalde de sözleşmenin iptal istenilebilir. Bu nedenle, lütuf ödemesinde hataya düşen sigortacı, bu hatasında kusurlu olsa dahi, bunun iadesini isteyebilecektir²⁰. Dolayısıyla, irade bozukluğunun tespit edilebildiği bir durumda, sigortacının ödeme iradesinin mevcut bulunmayacağı gerekçesiyle, anılan karara katılmamaktayız.

Bazı durumlarda, sigortacının hesapladığı tazminat toplamı, sigortalının talep ettiği altına kalabilir. İlk olarak, aradaki bu fark, açık bir şekilde teminat kapsamı dışında kalan taleplere dayanabilir. Teminat kapsamının sigortalı tarafından bilinmemesi veya yanlış yorumlanması, bunun nedenleri arasındadır. İkinci ihtimal, teminat kapsamındaki bir talep çerçevesinde, somut olayın taraflarca farklı yorumlanmasıdır. Türk Ticaret Kanunu'nda, zararın önlenmesi veya riziko kapsamının belirlenmesi için yapılan makul giderlere ilişkin olarak yer verilen hükümler (m. 1426, 1448), bu kapsamda örnek olarak sunulabilir²¹.

Açık bir şekilde teminat kapsamı dışında kalan bir talebin sigortacının iradesiyle kabulü, lütuf ödemesidir. Somut olaya ilişkin

¹⁹ Basiretli tacir kavramının yargı kararlarında aşırı sert uygulanmasına yönelik öğretilerdeki benzeri eleştirilere örnek olarak ayrıca bkz. **KURTULAN**, Gökçe: Türk Hukukunda İmkânsızlık ve Aşırı İfa Güçlüğü'nün Karşılaştırılması, Batider, CX. 32, S. 3, 2016, s. 217-221

²⁰ "Sözleşme yapılırken hataya düşen tarafın kusurlu bulunması sözleşmenin iptaline engel değildir. Ne var ki, TBK'nin 35. (BK'nin 26.) maddesinde öngörüldüğü gibi hatayı bilmeyen veya bilecek durumda bulunmayan ve kusursuz olan karşı tarafın menfi, gerektiğinde müspet zararının ödenmesi gerekir.", (1. HD., E. 2017/2166 K. 2017/2961 T. 29.5.2017; Lexpera). Basiretli tacir olmaktan kaynaklanan yükümün kararın öngördüğü kıstas çerçevesinde uygulanması, hesap hatası nedeniyle ödeme yapan bir bankanın da, bu bedelin tahsilini talep edememesi gibi ağır bir sonuç doğuracaktır.

²¹ "Bu nedenle, başvuran tarafça talep edilen 515,00 TL'lik ücretin makul gider olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.", (Sigorta Tahkim Komisyonu, K. 2021/158389, T. 2.12.2021; Lexpera); "ekspertiz ücretinin makul giderlerden olduğu anlaşıldığından davacının yapmış olduğu ekspertiz ödemesi olarak 268,97 TL yargılama giderinin davalıdan tahsiline karar verilmiş...", (İstanbul 4. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2022/65 K. 2022/533, T. 20.9.2022; Lexpera).

değerlendirmeyi gerektiren talepler açısından ise, ikili bir ayırım yürütülebilir. İlki, sigortacının, masrafların anılan kısmının makul olarak değerlendirilemeyeceği kanaatinde olmasına rağmen, müşteri memnuniyetinin temini benzeri gerekçelerle talebi kabul etmesidir. Sigorta tazminatını ödeme borcunun kapsamı dışında kalan bu talebin kabulü, lütuf ödemesine sebep olacaktır. İkinci olasılık, sigortalının istemi üzerine yapılan yeniden değerlendirmede sigortacının, ödemesi reddedilmiş olan masrafların da makul sınırlar içinde kaldığı kanaatine ulaşmasıdır. Bu durumda, ödeme sözleşme hükümleri doğrultusunda gerçekleştirilmiş olacak ve lütuf ödemesi kapsamında sayılmayacaktır. Belirtilen örnekler çerçevesinde, sigortacının kendisine yöneltilen taleplerin değerlendirilmesi sürecindeki iradesinin, ödemenin niteliğinin tespiti açısından belirleyici unsurlar arasında bulunduğu sonucuna ulaşılabilir. Bu iradenin dışarıdan tespiti ve ispatı her durumda mümkün olmamakla birlikte; kabul beyanında yer verilen ifadelerden ve sigortacıyı temsilen sürece dahil olan kişilerin beyanlarından bu amaçla yararlanılabilir. Anılan görüşümüzün temel istisnası, mevzuat ya da sigorta genel şartlarının değerlendirilmesinde takdir unsuruna yer verdiği tazminat kalemlerine ilişkin olarak, somut olayın esasları dikkate alındığında, makul sınırları açık ve belirgin bir biçimde aşan taleplerin sigortacı tarafından kabul edilmesidir. Belirtilen durumun da genellikle lütuf ödemesi çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün olacaktır.

Sigortalı tarafından sigortacıya rizikonun gerçekleştiği ve sigorta sözleşmesi çerçevesinde kendisine tazminat ödemesi yapılması talebi iletildiğinde²²; mevzuat, sigorta sözleşmesi ve somut olayın bir arada değerlendirilmesi neticesinde, sigortacı tarafından bu durumun tazminat ödeme borcu doğurmadığı sonucuna ulaşılabilir. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın, arabuluculuk sürecinde uzlaşmayla veya mahkemenin sigortalının talebinin kabulüne dair hükmü ile sona erdirilmesi ihtimali, konumuz açısından ayrıca değerlendirilmelidir. Mahkemenin anılan kararı, Türk hukuku açısından, talebin sigorta sözleşmesi çerçevesinde karşılanması gerekip gerekmediğine ilişkin uyuşmazlığı kesin olarak sonuçlandırmaktadır. Mahkemenin kararına dayalı olarak yapılan ödeme, sigortacının kanaati aksi yönde olmaya devam etse dahi, bir sigorta tazminatıdır; dolayısıyla da lütuf ödemesi olarak değerlendirilemez. Konu arabuluculuk görüşmelerinde uzlaşılması çerçevesinde değerlendirilirse, süreç içinde sunulan delil ve

²² Bkz. Türk Ticaret Kanunu m. 1446/1 ve 1427.

açıklamaların sigortacı tarafından tetkik edilerek, sigorta tazminatı ödenmesi borcunun mevcudiyetinin tespit edilmesi halinde, üzerinde uzlaşılan rakamın²³ da sigorta tazminatı vasfında olacağı sonucuna ulaşılabilir. Belirli kalemlerin lütuf ödemesi vasfında bulunduğu tutanakta açıkça belirtilmesi veya kararlaştırılan bedelin lütuf ödemesi vasfında olduğunun şüpheye yer bırakmayacak şekilde anlaşılması²⁴, anılan sonucun istisnaları arasında sayılabilir.

Sonuç olarak, lütuf ödemesinin varlığı için, zorunlu tutulmadığı bir bedeli ödeyen sigortacının mevcudiyeti aranmalıdır. İstemin veya buna bağlı olarak sunulan delillerin yeniden değerlendirilmesi, sigortacının kararını tazmin talebinin haklı olduğu yönünde değiştiriyorsa veya bu yönde bağlayıcı bir yargı kararı mevcutsa; artık, karşımızda sigortalıya sözleşme çerçevesinde ödenmesi gereken bir sigorta tazminatı bulunmaktadır ve bu, lütuf ödemesi vasfı taşımayacaktır.

2. Ödeme İradesinin Farklı Gerekelere Dayanabilmesi

Lütuf ödemesi yapan sigortacının, bu yöndeki saiki farklı gerekçelere dayanabilir. Bunlar ticari ve sosyal olmak üzere iki ana başlıkta incelenebilir. Ticari amaçlı ödemede, sigortacı başka ekonomik menfaatleri gözetmekte ve bunların zarara uğramaması gayesiyle, lütuf ödemesine katlanmayı tercih etmektedir. Sigortacı, medyaya yansımaları durumunda marka algısına zarar vereceğini düşündüğü bir talep açısından anlaşma yoluna gidebilir²⁵. Sigortacının, sigorta ettirenle ticari

²³ Konuya ilişkin bir anlaşma örneği için bkz. Canterbury Earthquakes Insurance Tribunal, CEIT-010-2020, <https://www.justice.govt.nz/assets/Documents/Decisions/211130-G-decision.pdf>, (erişim tarihi: 17.11.2022). Konuya ilişkin farklı bir hukuk sistemiyle sınırlı değerlendirme için bkz. Windiantina, Wiwin/Suparman, Eman/ Ikhwansyah, Isis/Suryanti, Nyulistowat: Ex Gratia as an Alternative for Settlement of Insurance Claims Outside the Court, Cogent Social Sciences, C. 8, s. 1, 2022, s. 4-6.

²⁴ Sigorta konusu vasfında bulunmadığı açık bir şekilde belirli olan mallar üzerinde meydana gelen zararın karşılanması, genel olarak bu duruma örnek verilebilir.

²⁵ Teminat kapsamına ayrıca eklenmemiş olmasına rağmen, 'kötü niyetli hareketler' sonucunda meydana gelen ve bu nedenle de teminat dışı kalan bir yangında sigorta şirketinin; evdeki sakinlerden birinin solunum cihazının ve tekerlekli sandalyesinin bedelini ödemeyi, duruma ilişkin şikayetlere sosyal medyada yer verilmesi sonrasında kabul etmesi, buna örnek olarak verilebilir, (Bkz. Yangın Sigortası Genel Şartları, A.3, 2.8).

ilişkilerini sürdürme gayesi, bir diğer nedendir²⁶. Bunda, sigorta ettirenle akdedilen çok sayıda farklı sigorta sözleşmesinin mevcudiyeti²⁷, sigorta primi karşısında talep edilen tazminatın orantısız küçüklüğü²⁸ veya uzun yıllardır sigortalı olmasına rağmen, hiç zarar bildiriminde bulunmamış bir kişiyle²⁹ gelecekte de sözleşme akdetmeye devam etme gayesi etkili olmuş olabilir. Lütuf ödemesi gerçekleştirilmesinin gerekçesini, buna dayalı maddi beklentilerin veya kâr/zarar hesaplarının oluşturması, ödemenin vasfını etkilemeyecektir. Zorunlu olunmadığı halde yapılan ödeme, bunu aşan kâr beklentisiyle gerçekleştirilmiş olsa ve nihayetinde, orta vadede sigortacı bu kararı nedeniyle kâra geçse dahi, lütuf ödemesi olarak kabul edilmelidir.

Sosyal amaçlı ödemede sigorta şirketi, toplumun geneli nezdinde sonuçlar doğuran deprem ya da salgın gibi bir olay karşısında, teminat dışı talepleri karşılamaktadır. Esasında, bu yaklaşımın da büyük oranda ticari amaçlı olarak, marka algısının korunması veya geliştirilmesi ile ilgili olduğu ileri sürülebilir. Sigorta şirketlerinin, kamu tarafından bu ödemeleri gerçekleştirmeleri için teşvik edilmeleri de mümkündür³⁰. Belirtilen teşvik, sigortacılar üzerinde bir zorunluluk oluşturmamakta ve

²⁶ Aynı yönde bkz. ÖLMEZ, s. 17-18.

²⁷ Bir araç kiralama filosofunun tüm kasko sigortası sözleşmelerine taraf olan sigortacının, bu ticari ilişkinin sürdürülmesi gayesiyle, bazı teminat dışı talepleri karşılaması, buna örnek olarak verilebilir.

²⁸ Bir alışveriş merkezi otoparkındaki araçlar için, alışveriş merkezini işleten tüzel kişi ile arasında üçüncü kişi lehine sigorta sözleşmesi akdedilen sigortacının; sigorta ettiren tarafından sözleşme dönemi içinde kendisine zaten nadiren sunulan taleplerin tamamını, teminat dışında kalsalar dahi karşılaması, buna örnek olarak verilebilir.

²⁹ Kasko sigortasını on yıldır aynı sigorta şirketiyle akdeden sigortalının, onuncu sözleşme döneminde bildirdiği ve teminat dışında kaldığı anlaşılan talebinin karşılanması, buna örnek olarak verilebilir.

³⁰ "...zararların tazmininde, ilgili sigorta poliçelerinde teminatı sınırlayan hususların sigortalı lehine yorumlanarak zarar gören vatandaşların teminatsız bırakılmaması adına azami özenin gösterilmesi, hasar ödemelerinin mümkün olan durumlarda sigorta şirketlerince hatır ödemesi (ex-gratia) kapsamında değerlendirilmesi faydalı olacaktır.", (TC Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu, 2021/10 sayılı Sektör Duyurusu, 20.08.2021), https://tsb.org.tr/media/attachments/2021-10_SD.pdf, (erişim tarihi: 17.11.2022). Coronavirus (COVID-19)—Insurers Face Risks from Ex-gratia Payment Orders, LexisNexis, https://www.lexisnexis.com/uk/lexispsl/insuranceandreinsurance/document/412012/5 YJP-PFB3-GXFD-80FM-00000-00/Coronavirus_COVID_19_Insurers_face_risks_from_ex_gratia_payment_orders, (yayın tarihi: 01.04.2020, erişim tarihi: 17.11.2022).

takdiri onlara bırakılmaktadır. Bu teminat dışı ödeme, sigortacının özgür iradesine dayalı olarak yapıldığı için, lütuf ödemesi kapsamındadır. Ancak bu ödemelerin, sigorta şirketlerinin mali yapısı üzerinde belirgin bir baskı oluşturmaları muhtemeldir. Mevzuat, sigorta şirketlerinin mali yapısının gözetimi ve sorunların tespiti halinde gereken uyarıların yapılması ve tedbirlerin alınmasında ilgili idareyi yetkili kılmıştır³¹. Sigorta şirketlerinin anılan lütuf ödemelerini kamu tarafından yapılan teşvik duyurusu çerçevesinde gerçekleştirmelerinin, doğrudan bu ödemelerden kaynaklanacak mali sorunlar yönünden, ilgili idari yaptırımlara karşı dolaylı bir güvence sağlayacağı öngörülebilir. Bunun karşımıza, sigorta şirketinin anılan ödemeler nedeniyle bozulan mali tablosuna ilişkin mevzuattan doğan bazı yaptırımların, ilgili idare tarafından uygulanmaması veya uygulanmasının geciktirilmesi şeklinde çıkması olasıdır³². Teşvik açısından belirtilen bu sonucun, ilgili mevzuatta bu hususta açık bir istisna getirilmedikçe, tamamen idarenin takdirine bırakılmış olduğu belirtilmelidir.

3. Lütuf Ödemesinin Farklı Şekillerde Gerçekleştirilebilmesi

Sigortacılar tarafından, sigorta sözleşmeleri çerçevesinde sigortalılara destekleyici bazı ek hizmetler (*asistans*) taahhüt edilebilmektedir. Yangın sigortasında çilingir hizmeti veya tamamlayıcı sağlık sigortasında kapsamlı sağlık taraması hizmeti sunulması, buna örnek olarak verilebilir. Bu hizmetlerin kullanılması için, sigorta sözleşmesinde tanımlanan rizikonun gerçekleşmesi şart değildir. Örneğin, konutta yangın meydana gelmese de, çilingir hizmetinden

³¹ “Mali bünyesinin sigortalıların hak ve menfaatlerini tehlikeye düşürecek şekilde zayıfladığının, yapılan yerinde denetim sonucu düzenlenen raporla veya gözetim kapsamında elde edilen bilgilere göre yapılan değerlendirmeler sonucunda tespit edilmesi durumunda, Müsteşarlık mali bünyesinde olumsuzluk bulunan şirketleri gerekli düzeltimin yapılabilmesini teminen uyarır. Ancak; gerekli hallerde herhangi bir uyarı yapılmaksızın, Bakanlıkça bu Yönetmeliğin 12 nci veya 13 üncü maddesinde belirtilen tedbirler de doğrudan alınabilir.”, (Sigorta ve Reasürans ile Emeklilik Şirketlerinin Mali Bünyelerine İlişkin Yönetmelik, (RG. T. 07.08.2007, S. 26606), m. 10/1).

³² Sigorta ve Reasürans ile Emeklilik Şirketlerinin Mali Bünyelerine İlişkin Yönetmelik m. 10/1 uyarınca, anılan teşvik çerçevesinde ödemeler gerçekleştirmiş olan sigorta şirketleri yönünden, idarenin yürüttüğü takdirde; mali bünyenin zayıfladığının kabulü için daha yüksek bir eşik araması, değerlendirmelerin şirketin bu durumu gözetilerek daha lehe şekilde gerçekleştirilmesi, uyarıda bulunulması halinde bu durumun düzeltilmesi için sigorta şirketine daha uzun bir süre tanınması gibi yaklaşımlar, belirttiğimiz dolaylı güvenceye örnek olarak verilebilir.

yararlanılabilmektedir. Geneli itibariyle bu hizmetlerin, sigorta sözleşmesinin esasına ilişkin olmadığı ve sigorta tazminatı niteliği taşımadığı anlaşılmaktadır. Bunlar, sözleşmeden doğan yan edim yükümlülüğü³³ vasfındadır. Sözleşme çerçevesinde sunulan sınırlar dâhilinde bunların karşılanması, sigorta sözleşmesindeki rizikonun gerçekleşmesinden bağımsız olarak, bir lütuf ödemesi oluşturmayacaktır. Özünde bu tür hizmetler, sigorta sözleşmesiyle temin edilen riskin gerçekleşmesinden bağımsız olarak, sigortacının doğrudan ifa etmeyi taahhüt ettiği yan edim niteliğindeki yükümlülüklerdir. Lütuf ödemesinde ise, sigortacının bu ödemeyi gerçekleştireceğine dair hiçbir taahhüdü mevcut değildir.

Sigortacı tarafından tanıtım veya müşteri ilişkilerinin yönetilmesi gibi amaçlarla sunulan hizmet veya indirimlerin, asistans hizmetlerine benzer olarak, sigorta hukuku ile ilgili olmadığı ve sigorta tazminatı niteliği taşımadığı anlaşılmaktadır. Örneğin, sigortacı tarafından sigortalıya ücretsiz bir konser bileti verilebilir veya anlaşmalı spor merkezlerinde indirim sağlanabilir. Gelecek sözleşme döneminde bu sigortacı ile sözleşme akdetmeyeceğini açıkça beyan eden sigorta ettirene, prim indirimi taahhüt edilmesi de benzeri şekildedir. Bunların tamamı, sigorta alanında hizmet sunan sigorta şirketinin, farklı alanlarda hizmet sunanlara benzer olarak, müşteri memnuniyetinin sağlanması gibi ticari gayelerle ve iradi olarak gerçekleştirdiği ödemelerdir. Bu nedenle, lütuf ödemesi olarak değerlendirilmeleri mümkün değildir. Sonuç olarak, sigortacı tarafından yapılan ödemenin lütuf ödemesi vasfını taşıyabilmesi için; sigortalının gerçekleşen risk bağlamında uğradığı, ancak sigorta teminat kapsamı dışında zararına ilişkin yapılmış olması gerekmektedir.

II. HUKUKİ NİTELİĞİ

Lütuf ödemesi kavramının ayırt edici unsuru, ödemenin, bunu zorunlu kılan bir yükümlülük olmaksızın gerçekleştirilmesidir. Ödeme yapılanın, lütuf ödemesi yapılmasını istemeye yetkisi bulunmadığı gibi; ödemeyi yapanın da bunu gerektiren bir borcu mevcut değildir³⁴. Taraflar arasında borç ilişkisinin hiç mevcut olmaması, kavramın

³³ Kavram hakkında bkz. EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019, s. 33-37.

³⁴ Borç kavramı hakkında bkz. OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: İstanbul 2014, s. 3-6.

doğuştan eksik borçlar arasında nitelendirilmesinin önüne geçmektedir³⁵. Kanaatimizce, sigorta hukukundaki lütuf ödemesinin hukuki niteliğinin, somut olayın uygun düştüğü ölçüde, iki farklı zeminde irdelenmesi mümkündür. İlki, sigortacının objektif ahlaki gerekçelere dayalı olarak borç tanınması gerçekleştirmesidir³⁶. Bu durumda borç, sigortacının irade beyanından kaynaklanmaktadır³⁷. Sigortacının, üzerinde yükümlülük varmışçasına ifade bulunmasına Türk Borçlar Kanunu sonuç bağlamakta ve bu çerçevede yapılan ödemeler nedeniyle, sigortalının sebepsiz zenginleştiği ileri sürülememektedir³⁸. Sigortalıya göre güçlü konumda bulunan sigortacı, onun tedbirsizlik veya öngörüsüzlük gibi nedenlerle, teminat kapsamına dahil etmediği rizikoları ödemek veya sigorta bedelini anlaşılardan daha yüksek bir rakamla güncellemek yoluna gidebilir. Belirtilen durum özellikle, geniş toplum katmanlarını etkileyen deprem benzeri doğal afetler ve Covid-19 benzeri salgın hastalıklar çerçevesinde gözlemlenebilir. Belirtilen uygulamanın, sigorta şirketinin kâr elde etme amacıyla çelişip çelişmeyeceği ve tüzel kişi tacir olarak sigortacının üçüncü kişilere karşı bir ahlaki ödev tanınmasında bulunup bulunamayacağı üzerine tartışılması gereken başlıklardır. Faaliyet gösterilen ülkedeki toplumun birçok ferdinin ekonomik yıkıma uğramasının ve onlarda telafisi güç zararların meydana gelmesinin, o ülkeye önemli yatırımlar yapan ve kârlılığı, o ülkede yakın gelecekte gerçekleşecek sigortalılık oranlarıyla yakından ilgili olan bir şirket açısından da olumsuz sonuçlar doğuracağı açıktır. Buna ek olarak, sigorta şirketleri belirtilen ödemeleri, marka imajına katkı sağlama veya kamu nezdinde itibar kazanma aracı olarak da kullanabilirler. Belirtilen çerçevede, sigorta şirketlerinin farklı gerekçelere dayalı olarak borç

³⁵ Eksik borç kavramı hakkında bkz. **EREN**, Fikret /**DÖNMEZ**, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Ankara 2022, s. 137-140.

³⁶ Kavram ve geçerliliği hakkında bkz. **EREN/DÖNMEZ**, s. 143-144; **HATEMİ**, Hüseyin/**GÖKYAYLA**, Emre: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, İstanbul 2015, s. 21-22.

³⁷ Borç ve irade beyanı ilişkisi hakkında bkz. **TERCİER**, Pierre/**PİCHONNAZ**, Pascal/**DEVELİOĞLU**, Murat: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, İstanbul 2020, s. 61.

³⁸ Ahlaki ödevler ve sebepsiz zenginleşme ilişkisi hakkında bkz. **TERCİER/PİCHONNAZ/DEVELİOĞLU**, s. 56.

tanınması yapabilecekleri³⁹ ve bu hususta "ahlak" kavramının, meydana getirdiği iyilik sonucu üzerinden⁴⁰ ve geniş yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz⁴¹.

İkinci ihtimal, lütuf ödemesinin şirketin sigortalıya yönelik bağışı olarak değerlendirilmesidir. Türk Borçlar Kanunu'nda, bağışlama "*malvarlığından bağışlanana karşılıksız olarak bir kazandırma yapma*" olarak tanımlanmaktadır, (m. 285). Bağış sözleşmesinin ayırt edici unsuru, karşılıksız kazandırma iradesidir⁴². Sözleşme ile, belirli bir malvarlığı değerinin, bağışlanan kişiye geçirilmesi sağlanır⁴³. Bu devir, farklı şekillerde gerçekleştirilebilir⁴⁴. Ahlaki gerekçelere dayandırılacak borç tanınması dışında kalan, teminat dışı nitelikteki ödemelerin bu kapsamda sayılması mümkündür. Nitekim, Türk Borçlar Kanunu m. 285/3'te, ahlaki ödevin yerine getirilmesinin bağış olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir⁴⁵. Karşılıksızlık unsuru ilgili sigorta sözleşmesi dahilinde incelenmeli, sigortacının bağış kararı alırken hiçbir ekonomik gerekçeye dayanmamasını gerektirecek şekilde katı yorumlanmamalıdır. Konu açısından tartışılması gereken bir diğer husus, bağışlamanın geri alınması hükümlerinin lütuf ödemesi yönünden uygulanıp uygulanamayacağıdır. Buna yönelik Türk Borçlar

³⁹ Çalışma konusu dışında kalmakla birlikte, anılan kararın sigorta şirketinin mevzuat tarafından aranan mali yeterliliği anlamında sonuçlar doğurabileceği ve kısa vadede meydana gelecek şirket zararının, Türk Ticaret Kanunu m. 369 ve 553 hükümleri çerçevesinde şirket yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumlulukları çerçevesinde yöneltilecek iddialara zemin hazırlayabileceği de belirtilmelidir. Bu ihtimaller tek başına, anılan borç tanınmasının hukuki geçerliliğinin önüne geçmeyecektir.

⁴⁰ Ahlak kavramı hakkında bkz. **AKTAN**, Coşkun: Ahlak ve Ahlak Felsefesine Giriş, Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi, C. 1, S. 1, 2009, s. 39-40.

⁴¹ Şirketlerinin ahlaki yükümlülüklerinin mevcudiyetine ilişkin farklı değerlendirmeler hakkında bkz. **HASNAS**, John: Where is Felix Cohen When We Need Him: Transcendental Nonsense and the Moral Responsibility of Corporations, Journal of Law and Policy, c. 19, S. 1, 2010, s. 58-68.

⁴² **ZEVKLİLER**, Aydın/**GÖKYAYLA**, Emre: Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri, Ankara 2017, s. 166.

⁴³ **GÜMÜŞ**, Mustafa: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, (Özel Hükümler), İstanbul 2018, s. 170.

⁴⁴ **GÜMÜŞ**, Mustafa: Bağışlama Sözleşmesi, İstanbul Şerhi-Türk Borçlar Kanunu, İstanbul 2017, s. 1515.

⁴⁵ Konu hakkında bkz. **TEKİNAY**, Selehattin: Borçlar Hukuku, İstanbul 1974, s. 27. Düzenleme açısından, ahlaki ödev kavramının tartışmalı yapısı hakkında bkz. **GÜMÜŞ**, Şerh, s. 1520.

Kanunu'nda düzenlenen bir istisna bulunmamakla birlikte⁴⁶, başışta bulunanın sigorta şirketi tüzel kişiliği olması nedeniyle, sayılan şahsi gerekçelerin oluşma ihtimalinin genellikle bulunmadığı savunulabilir.

Lütuf ödemesi, her ne kadar taraflar arasındaki sözleşmede veya yürürlükteki mevzuatta bunu gerektiren bir hüküm bulunmasa da, sigorta şirketinin iradesi ve rızası doğrultusunda yapıldığı için; ortada bir haksız zenginleşme ve buna dayalı olarak ileri sürülebilecek bir sebepsiz zenginleşme iddiası da mevcut deđildir⁴⁷.

Tazminat ödemesine ilişkin kararında, sözleşmenin veya riziko ya da tazminatın ödenebilirliğini etkileyen diğer maddi unsurların yorumlanması veya uygulanmasında sigorta şirketinin hatalı davranması veya sigortalı tarafından hileli eylemlerle yanıtılmasına dayanması halinde, uygun düştüğü ölçüde, Türk Borçlar Kanunu'nun irade bozukluğuna ilişkin hükümlerinin uygulanacağı açıktır. Belirtilen hallerde ödeme, sigorta şirketi tarafından teminat kapsamında zannedilerek gerçekleştirildiği için, bu hallerde lütuf ödemesinin mevcudiyetinden söz edilemeyecektir⁴⁸.

Sonuç olarak, sigorta hukuku mevzuatında düzenlenmeyen bu kavramın değerlendirilmesinde, ödemenin arkasındaki saik üzerinden bir inceleme yürütülebilir. Borç tanınmasında, bu yönde bir borcun bulunmadığı bilinciyle ifade bulunulmakta; başışta ise, karşılıksız bir kazandırma yapılması amaçlanmaktadır. Sigorta şirketinin bu yöndeki

⁴⁶ "Bağışlayan, aşağıdaki durumlardan biri gerçekteşmişse, elden bağışlamayı veya yerine getirdiği bağışlama sözünü geri alabilir ve bağışlananın istem tarihindeki zenginleşmesi ölçüsünde, bağışlama konusunun geri verilmesini isteyebilir:

1. Bağışlanan, bağışlayana veya yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemişse.

2. Bağışlanan, bağışlayana veya onun ailesinden bir kimseye karşı kanundan doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranmışsa.

3. Bağışlanan, yüklemeli bağışlamada haklı bir sebep olmaksızın yüklemeyi yerine getirmemişse.", (m. 295). Bağışlamanın geri alınması hakkında bkz. **ERZURUMLUOĞLU**, Erzan: Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Ankara 2011, s. 76-77.

⁴⁷ "poliçede teminat dışı kaldığı halde yapılan ödemenin lütuf (ex gratia) ödemesi olarak değerlendirilmesi gerektiği ve bu ödemenin davacı ... şirketine sebepsiz zenginleşmeye dayalı olarak talep hakkı vermeyeceği dikkate alınmadan, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir." (17. HD., E. 2016/12674 K. 2019/4847 T. 16.4.2019; Lexpera). Sebepsiz zenginleşme kavramı hakkında bkz. **SEROZAN**, Rona: Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Öz, Turgut vd (eds): İstanbul şerhi – Türk Borçlar Kanunu- Yürürlük Kanunu, İstanbul 2019, s. 1158-1169.

⁴⁸ Hatalı ödeme açısından, aksi yönde bkz. **ÖLMEZ**, s. 17-18.

iradesinin her zaman dışa yansımaması nedeniyle, hukuki niteliğin tespitinde ancak, lütuf ödemesinin yapılmasını gerekli kılan somut olay üzerinden ve genel bir değerlendirme yürütülebilmektedir. Kanaatimiz, geniş bir toplumsal çevrede zarara sebep olan olaylar açısından gerçekleştirilen lütuf ödemesinin, ahlaki bir borç tanınması olarak nitelendirilebileceğidir. Etkisi zarar gören veya sınırlı bir çevre üzerinde gerçekleşen zarar çerçevesinde yapılan ödemenin ise, bağış olarak nitelendirilebileceği görüşündeyiz. Konumuz açısından, lütuf ödemesi ile anılan borç kaynaklarının ilişkilendirilmesi, kavramın hukuki niteliğinin tespiti amacına yönelik bir işlev taşımaktadır.

III. BAŞLICA HUKUKİ SONUÇLARI

A. Halefiyet Kurumu Yönünden

1. Halefiyet Kavramı

Halefiyet, bir kişinin alacaklıya ifada bulunmasına dayalı olarak, onun hak ve yetkileri çerçevesinde sorumlu kişiye başvurusu olarak açıklanabilir⁴⁹. Alacaklıya yapılan ödeme, sorumlu ile onun arasındaki borcu sona erdirmemekte ve ödeme yapan kişiye bir bütün olarak geçmekte; bu sayede de halefiyetin rücu da kapsayan, daha geniş bir hak olarak karşımıza çıkmasını sağlamaktadır⁵⁰. Türk Ticaret Kanunu uyarınca, tazminatı ödeyen sigortacı, hukuken sigortalının yerine geçer ve zararın oluşmasında sorumlu olan kişilere, ödediği tazminat tutarınca rücu edebilir, (TTK m. 1472). Bu açıdan, sigortacıya alacağın intikali kanun hükmü çerçevesinde gerçekleşmektedir⁵¹. Düzenleme, üçüncü kişinin sorumlu tutulabileceği zararlar açısından, sigortacının ödemiş

⁴⁹ **KILIÇOĞLU**, Ahmet: Özel ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 31, S. 1, 1974, s. 397.

⁵⁰ **KILIÇOĞLU**, s. 397-398.

⁵¹ Kanun hükmü uyarınca alacağın intikali hakkında bkz. **NOMER**, Haluk: Halefiyet ile Rücu Hakkı Arasındaki İlişki, Özellikle Sosyal Sigortalar ile Özel Sigortaların Rücu Hakları Bakımından Halefiyetin Rolü, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 55, S. 3, 1997, s. 247. Türk Ticaret Kanunu'ndaki halefiyet hükmünün emredici niteliği hakkında bkz. **SOPACI ÖZTUNA**, Birgül: Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Sigortacının Kanuni Halefiyetine İlişkin Düzenlemelerinin Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'ndaki Düzenlemelerle Birlikte Değerlendirilmesi, Batider, C. 28, S. 3, s. 145-146.

olduğu tazminatın tamamı veya bir kısmının sonradan tahsiline imkân vermesi nedeniyle; sigortacının üstlendiği riski azaltmaktadır⁵².

Kanuni halefiyet için, sigorta bedelinin geçerli bir sigorta sözleşmesi çerçevesinde ödenmiş olması ve sigorta ettirenin zarar verene karşı dava hakkının bulunması aranmaktadır⁵³. Halefiyet ilişkisi sayesinde, sigortacı zararı tazmin etmiş olsa da sorumluluğu nispetinde bunu kısmen veya tamamen üçüncü kişi veya kişilere rücu etme imkânı bulunmaktadır.

2. Halefiyet Kurumu Yönünden Hukuki Sonuçları

Halefiyete ilişkin önem taşıyan koşullardan birisi, tazminat ödemesinin poliçe kapsamında gerçekleştirilmesidir⁵⁴. Lütuf ödemesinin TTK m. 1472 kapsamında halefiyet sonucunu doğurmayacağı görüşü, öğretiden tarafından genel bir kabul görmektedir⁵⁵. Görüşün gerekçesi, anılan Kanun maddesi uyarınca, halefiyetin gerçekleşmesi için sigorta tazminatı ödenmesinin aranması; ancak, lütuf ödemesinin, sigorta tazminatı vasfında olmamasıdır. Yargı uygulaması da bu doğrultudadır⁵⁶. Lütuf ödemesi ve kanundan doğan halefiyet kavramları

⁵² Halefiyetin zarar yükünü paylaşırma işlevi hakkında bkz. **GÖRGÜLÜ**, Fatma: Zarar Sigortalarında Sigortacının Kanuni Halefiyeti, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2022, s. 17-19.

⁵³ **KAYIHAN**, s. 1601-1603; **YAZICIOĞLU**, s. 485.

⁵⁴ Bu koşul hakkında bkz. **ÜNAN**, Yük Zararı, s. 229-230.

⁵⁵ **OMAÇ**, s. 86; **KENDER**, s. 58; **KAYIHAN**, s. 1602; **ATAMER**, Kerim: Geçmişe Etkili Sigorta, Prof.Dr. Sabih Arkan'a Armağan, İstanbul 2019, s. 239; **MEMİŞ**, s. 47-48; **DOĞRUSÖZ KOŞUT**, Hanife: Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk Sisteminin Sigorta Hukukundan Kaynaklanan Uyuşmazlıklara Uygulanması ve Sigortacılık Tahkimi ile Karşılaştırması, Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, İstanbul 2020, s. 40-41; **KATSCHTHALER/TOPSCHE/KAPPLER**: Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht, Höra, Knaut/Schubach, Arno (eds), 5. Auflage 2022, Rn. 63-64; **ARAL ELDELEKLİOĞLU**, s. 997. Lütuf ödemesi kavramını kullanmamakla birlikte, gerekmediği halde yapılan ödemelerin halefiyete olanak sağlamayacağı açısından aynı yönde bkz. **CAN**, Mertol: Türk Özel Sigorta Hukuku, Ankara 2018, s. 42. Aksi yönde, bu yaklaşımın yerindeliğinin sorgulanması çerçevesinde bkz. Ünan, C. II, s. 243-244. Teminat dışı ödemeler yönünden aynı yönde bkz. **FRANKO**, Nisim: Yargıtay Kararları Açısından Zararı Ödeyen Sigortacının Üçüncü Şahsa Karşı Rücu Hakkı, V. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bankacılık Enstitüsü, Ankara 1988, s. 56-58.

⁵⁶ "bunun dışında poliçede teminat dışında kalan hallerde yapılan ödemelerden (Ex gratia)dolayı sigortacının rücu davası açmasının mümkün bulunmamasına göre", (11. HD., E. 2000/5875

doğrultusunda, biz de anılan görüşe katılmaktayız. Bu sonucun, zarara sebep olan üçüncü kişilerin yanı sıra; birden çok sigortanın gerçekleştirildiği hallerde, sigortacılar arasındaki iç ilişkide de geçerli olacağı belirtilmelidir⁵⁷.

Tazminatın ancak bir kısmının lütuf ödemesi vasfında olması halinde, lütuf ödemesini aşan kısım için halefiyet gerçekleşecektir⁵⁸. Sigortacının iradi olarak, tazminat miktarını olması gerekenden fazla hesaplaması veya sigortalının zenginleşmesine sebep olacak tazminat ödemesi durumunda da aynı sonuç geçerlidir. Tam hasar gören araca ilişkin, piyasa değeri üzerinden tazminat ödemesi yapan ve sigortalıya sovtajı da bırakan sigorta şirketi hakkında Yargıtay, sovtaja ilişkin bedelin lütuf ödemesi kapsamında bulunduğunu ve rücu edilemeyeceğini kararlaştırmıştır⁵⁹.

Sigorta sözleşmesinde, sigortacının doğan zarardan daha fazla ödemeyi üstlenmesi sonucunu doğuracak hükümlere yer verilmesi halinde; gerçek zararı aşan tazminat ödemesi de lütuf ödemesi niteliğindedir. Yargıtay, sigorta sözleşmesindeki "eskisi yerine yenisi

K. 2000/6724 T. 18.09.2000; Lexpera); "Bu durum karşısında mahkemeye, somut olayda sigorta özel şartları uyarınca teminat kapsamı dışında kaldığı halde sigortacı tarafından yapılmış bir ödemenin söz konusu olduğu ve bu ödeme için davalı taşıyana rücu edilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olmuştur.", (11. HD., E. 2008/7508 K. 2009/11881 T. 16.11.2009; Lexpera).

⁵⁷ **AMASYA**, Serap: Sorumluluk Sigortalarında Birden Çok Sigorta, Sigorta Hukukunun İki Güncel Sorunu: İnsansız Araçlar – Sorumluluk ve Özel Sağlık Sigortalarında Birden Çok Sigorta Sempozyumu, İstanbul 2020, s. 190.

⁵⁸ "Bu durumda, davacı sigortacının, sigorta teminatı dışında kalan sigortalısının zararını gidermesi bir hatır ödemesi (Ex gratia) niteliğinde olmakla bu kalem ödemesi bakımından halefiyete dayalı rücu davası açma hakkı bulunmamaktadır. O halde, bu kaleme ilişkin raporda belirtilen miktar çıkarılarak, bakiye üzerinden davanın kabulüne karar verilmek gerekirken, bu konuda hiçbir gerekçe ve tartışma ortaya konulmadan toplam miktar üzerinden davanın kabulü, bozmayı gerektirmiştir.", (11. HD., E. 2000/7656 K. 2000/9238 T. 23.11.2000; Lexpera).

⁵⁹ " Davacı sigorta şirketi, bu hakkını kullanmayıp, sovtajı sigorta ettirenden almamış ise, sigorta ettireni lütuf ödemesi suretiyle zenginleştirmiş olduğunun ve bu durumda da, rayiç değerden aracın sovtaj değerini düşüp, bakiyesini ödemesi gerekirken, böyle yapmayan davacının ödediği rayiç değeri, zarar sorumlularından halefiyetten bahisle talep etmesinin doğru olmadığı kabulü gerekecektir. Zira, sigortacının sigortalısına sözleşme hükümlerine ters düşen bir ödeme (ex gratia ödeme) yapması halinde, sigortacının TTK.nun 1301 nci maddesine dayalı olan halefiyet hakkını artık bu durumda kazanamayacağı gerek doktrin gerekse uygulamada kabul edilmekte olup, Dairemiz'in yerleşik uygulaması da bu yöndedir.", (11. HD., E. 2002/4873 K. 2002/9253 T. 21.10.2002; Lexpera).

klozu" çerçevesinde, tam hasar gören araca ilişkin olarak sıfır araç bedeli üzerinden tazminat ödemesi gerçekleştiren sigorta şirketi hakkında; bu şartın yalnızca sözleşme tarafları arasında sonuç doğuracağına, halefiyetin üçüncü kişinin durumunu ağırlaştıramayacağına ve sadece hasar gören aracın değeri ölçüsünde rücu talep edilebileceğine hükmetmiştir⁶⁰. Belirtilen karar haklı bir şekilde, poliçe kapsamındaki her ödemenin doğrudan halefiyet sonucunu doğurmayacağına ve bunun için, tazminat ödemesinin üçüncü kişinin sorumlu tutulabileceği zarar nispetinde yapılmış olması gerekliliğine işaret etmektedir.

Sigorta şirketi tarafından ödenen tazminatın, lütuf ödemesi vasfında bulunduğu, halefiyet ilişkisi çerçevesinde kendisine rücu edilen kişi tarafından da ileri sürülebilir⁶¹. Sigortacının aktif dava ehliyetine ilişkin olması sebebiyle, talebin lütuf ödemesine dayanıp dayanmadığı mahkemece re'sen incelenecektir⁶². Halefiyete dayanak gösterilen ödemenin, lütuf niteliğinde olmadığını ispatı, rücu talebinde bulunan sigortacı üzerinde bırakılmıştır⁶³. Ödemenin lütuf niteliği taşıdığına veya hasarın teminat kapsamı dışında bulunduğuna ilişkin iddiaların mahkemece değerlendirilmeden hüküm kurulması, bozma sebebidir⁶⁴.

⁶⁰ "Y sigorta sözleşmesindeki "eskisi yerine yenisi klozu" uyarınca sigorta konusu aracın, tam hasara uğraması halinde hasar tarihindeki ikinci el piyasa değerine bakılmaksızın okm-son model anahtar teslim değerinin ödeneceğine ilişkin özel şart, sigorta ettiren ve sigortacı arasında hüküm ifade eder. Sigorta rücu davasında sigortacı bu şartı zarar verene karşı ileri süremez. Zira, zarar veren ancak gerçek zarardan sorumludur. Halefiyet üçüncü kişilerin durumlarını ağırlaştırmaz. O halde mahkemece, aracın kaza tarihindeki ikinci el piyasa raif değeri tespit ettirildikten sonra hurda satış değeri indirilerek gerçek zarara hükmetmek gerekirken" (17. HD., E. 2008/4131 K. 2008/5481 T. 24.11.2008; Lexpera).

⁶¹ 11. HD., E. 2010/13690 K. 2012/5098 T. 02.04.2012, (Lexpera)

⁶² "Halefiyet ilişkisine dayalı olarak açılan bu davada, halef sıfatının mevcut olup olmadığının belirlenmesi aktif husumet ehliyetine ilişkin olmakla davalı tarafından her zaman ileri sürülebileceği gibi, mahkeme tarafından da re'sen dikkate alınması zorunlu bulunmaktadır", (İstanbul BAM, 17. HD., E. 2017/2691 K. 2020/711 T. 12.3.2020; Lexpera).

⁶³ "ispat külfeti davacıda olup, mal bedelinin sigortalı tarafından tahsil edilmediği ve bu nedenle yapılan ödemenin ex-gratia (lütuf) ödemesi olmadığına dair davacının bozma ilamında gösterildiği şekilde hiçbir belge ibraz etmemiş olmasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.", (11. HD., E. 2014/7812 K. 2014/14784 T. 29.9.2014; Lexpera).

⁶⁴ "hasarın poliçe kapsamında bulunmadığını, ödemenin ex gratia (lütuf ödemesi) olduğunu savunduğu halde, mahkemece davalının bu ciddi savunması üzerinde durulmadan, hasarın anılan kloz uyarınca teminat dahilinde olup olmadığı tartışılmadan karar verilmiştir...kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.", (11. HD., E. 2012/18144 K. 2013/16028 T. 18.09.2013; Lexpera).

Bununla birlikte, sigorta ettirenin üçüncü şahıslara karşı mevcut dava ve talep haklarını, Türk Borçlar Kanunu m. 183/1 uyarınca sigortacıya temlik etmesi her zaman için mümkündür⁶⁵. Bu, lütuf ödemesi açısından da gerçekleştirilebilir ve sigortacıya, temlike dayanak teşkil eden haklar çerçevesinde, bu üçüncü kişilere yöneltilebilecek bir talep imkânı sağlar⁶⁶. Anılan talep, sigorta sözleşmesine değil; taraflar arasındaki alacağın temlikli ilişkisine dayanmaktadır⁶⁷. Mahkemece, ödemenin sigorta sözleşmesi kapsamı dışında kaldığı tespit edilse dahi, alacağın temlikli hükümleri çerçevesinde inceleme yapılmalıdır⁶⁸. Sigorta şirketinin yapılan ödemenin lütuf niteliği hakkında açık bilgi sahibi olması da temlikin geçerliliğinin önüne geçmemektedir⁶⁹. Temlik

⁶⁵ "bu kaza nedeniyle uğradıkları zarar nedeniyle davalılardan talep edebileceği alacaklarını B.K.'nın 162 ve devamı maddeleri uyarınca davacıya temlik etmiştir. Bu durumda davacının, yapmış olduğu lütuf ödemesi (ex gratia) nedeniyle alacağın temlikli hükümlerine göre dava ve talep hakkı bulunmaktadır.", (11. HD., E. 2008/3459 K. 2009/7407 T. 16.06.2009; Lexpera); "dava dışı mal sahibi şirket dava konusu hasar ile ilgili olarak davalıdan talep edebileceği alacağını B.K.'nın 162 ve devamı maddeleri uyarınca davacı sigorta şirketine temlik etmiştir. Bu durumda davacının sigorta ilişkisi dışında alacağın temlikli hükümlerine göre talep hakkı bulunmaktadır.", (11. HD., E. 2012/17408 K. 2013/15802 T. 16.09.2013; Lexpera)

⁶⁶ "Ancak; dava, nakliyat sigortasından kaynaklanan rücu alacak nedeniyle yapılan icra takibine yönelik itirazın iptali istemine ilişkin olup, mahkemece taşımanın ambalajsız yapıldığı, bu durumun poliçe teminatı kapsamında bulunmadığı, davacının sigortalıya ödemesinin ex gratia niteliğinde olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Oysa, davacı ile sigortalı arasında düzenlenen 19.12.2012 tarihli devir ve temlik başlıklı belgede, davacı ... şirketi, hasar ile ilgili olarak sigortalının üçüncü şahıslara karşı olan talep ve dava haklarını temlik almıştır. Başka bir deyişle, dava dışı mal sahibi şirket dava konusu hasar ile ilgili olarak davalılardan talep edebileceği alacağını 6098 sayılı TBK m. 183 ve devamı maddeleri uyarınca davacı ... şirketine temlik etmiştir. Bu durumda, davacının sigorta ilişkisi dışında alacağın temlikli hükümlerine göre talep hakkı bulunmaktadır.", (11. HD., E. 2015/15447 K. 2016/4944 T. 2.5.2016; Lexpera). Aynı yönde bkz. Ulaş, s. 230; Kayıhan, s. 1602.

⁶⁷ "Bu durumda davacının sigorta ilişkisi dışında alacağın temlikli hükümlerine göre talep hakkı bulunmaktadır.", (11 HD., E. 2010/13690, K. 2012/5098, T. 02.04.2012; Lexpera).

⁶⁸ "davacı tarafından yapılan ödemenin sigorta kapsamı dışında kaldığı mahkemece kabul edilse dahi bu defa T.B.K. 183. vd. maddeleri gereğince alacağın temlikli hükümlerine göre işin esasına girilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle bozulmasına karar vermek gerekmiştir.", (17. HD., E. 2017/5256 K. 2019/11592 T. 5.12.2019; Lexpera).

⁶⁹ "Davacının sigortalısına yaptığı ödeme bile bile (ex gratia) bir ödeme olsa dahi BK'nın 162. maddesi gereğince alacağın temlikli hükmüne göre davalıya başvurma hakkına haiz bulunduğu mahkemece, işin esasına girilerek neticesine göre bir karar vermek gerekirken, eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış ve kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.", (11. HD., E. 2006/6960 K. 2007/9350 T. 19.06.2007; Lexpera).

mutlaka, doğrudan buna hasredilmiş bir belge ile gerçekleştirilmek zorunda değildir. Sigorta ettiren ile sigortacı arasında akdedilen ibraname⁷⁰, tazminat makbuzu⁷¹ veya mutabakat belgesinde⁷² de buna dair hükümlere yer verilebilir⁷³. Temlik ilişkisinin konumuz açısından önemi, sigorta şirketine üçüncü kişilere yöneltilebilecek bir talep imkânı sunarak, lütuf ödemesinden doğan mali yükün bu kişilere aktarılmasına fırsat tanınmasıdır. Bu nedenle çalışmamızda, uygulamada karşılaşılabilecek farklı görünümüleri de dikkate alınarak, temlik ilişkisine dair süreç üzerinde daha fazla durulması tercih edilmiştir.

B. Reasürans Sözleşmesi Yönünden

Türk Ticaret Kanunu m. 1403'te, reasürans sigortacının, sigorta ettiği menfaatleri tekrar sigorta etmesi olarak açıklanmaktadır⁷⁴. Konumuz açısından, reasürans sözleşmelerine ilişkin olarak değerlendirilmesi gereken husus, gerçekleştirdiği lütuf ödemelerine dayalı olarak sigortacının, reasürans şirketine bunların tahsili yönünde talepte bulunup bulunamayacağıdır. Reasürans sözleşmesi ve sigorta sözleşmesi arasındaki ilişki ve sigorta sözleşmesine dayalı olarak

⁷⁰ “davacı tarafından bu yönetmelik hükümlerine aykırı olarak hak sahiplerine yapılan ödeme (ex gratia) sonucu alınan ibranamelerde zarar gören bu kişilerin talep ve dava haklarını davacı temlik almıştır. Başka bir deyişle, ölen F.’in mirasçıları, bu kaza nedeniyle uğradıkları zarar nedeniyle davalılardan talep edebileceği alacaklarını B.K.’nin 162 ve devamı maddeleri uyarınca davacıya temlik etmiştir. Bu durumda davacının, yapmış olduğu lütuf ödemesi (ex gratia) nedeniyle alacağım temlikli hükümlerine göre dava ve talep hakkı bulunmaktadır.”, (11. HD., E. 2008/3459 K. 2009/7407 T. 16.06.2009; Lexpera)

⁷¹ 11. HD., E. 2008/10494 K. 2010/1579 T. 11.02.2010; (Lexpera).

⁷² “Ancak, davacı ile sigortalı arasında düzenlenen “Mutabakatname&İbraname” başlıklı belge ile davacı, hasar ile ilgili olarak sigortalının üçüncü şahıslara karşı olan talep ve dava haklarını temlik almıştır. Başka bir deyişle, dava dışı sigortalı şirket, dava konusu hasar ile ilgili kendi akidi davalı ile aralarındaki “Özel Güvenlik Hizmetleri Sözleşmesi” gereği talep edebileceği alacağımı davacı ... şirketine temlik etmiştir.”, (11. HD., E. 2020/1965 K. 2021/3211 T. 1.4.2021; Lexpera)

⁷³ “ibraz edilen ibraname başlıklı belgede sigortalının “bahsi geçen hasardan dolayı mesul olanlar aleyhine dava hakkını kayıtsız şartsız G.. A..’ne devir ve temlik ettiğini beyan ve kabul ettiği” görülmüştür. Bu durumda, davacının temlik alan sıfatıyla aktif dava ehliyeti ve rücu hakkının bulunduğu kabulü”, (11. HD., E. 2013/14821 K. 2014/4530 T. 10.3.2014; Lexpera)

⁷⁴ Reasürans kavramı hakkında bkz. Abromovsky, Aviva: Reinsurance: The Silent Regulator, Connecticut Insurance Law Journal, C. 15, S. 2, 2008, s. 350-355. Reasürans sözleşmesinin hukuki niteliği hakkında bkz. ÜNAN, Samim: Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku, C. I, İstanbul 2016, s. 45-46.

gerçekleştirilen ödemelerin reasürans sözleşmesi çerçevesinde de bağlayıcılık taşıyıp taşımadığı, öğretide tartışılmakla birlikte; doğrudan bu konu hakkında tespit edebildiğimiz bir Türk yargı kararı mevcut değildir. İlgili kararlar incelendiğinde, önemli bir kısmının taşıdığı yabancılık unsuru nedeniyle, yetkisizlik gerekçesine dayalı olarak usulden reddedildiği anlaşılmaktadır⁷⁵.

Reasürans ve sigorta şirketleri arasındaki taahhütlerin kapsamı hakkında, reasürans sözleşmesi belirleyicidir. Anılan sözleşmenin temel işlevi, sigortacının sigorta ettirene sigorta sözleşmesindeki teminatları doğrultusunda yapmış olduğu tazminat ödemesinin karşılanmasıdır⁷⁶. Genel olarak, reasürans sözleşmelerinde riziko kavramına yapılan yollama, ilgili sigorta sözleşmesince teminat altına alınan rizikolara ilişkindir⁷⁷. Reasürans sözleşmelerinin, sigorta sözleşmesi kapsamı dışında kalan ödemeleri, lütuf ödemesi de dahil olmak üzere karşılamayacağı kabul edilebilir⁷⁸.

Somut olay açısından kesin bir sonuca ulaşılabilmesi için, reasürans sözleşmelerinde yer verilen klozların da incelenmesi gerekmektedir. Geçmiş yüzyılda oldukça sık kullanılmakta olan "ödendiği gibi öde" (*pay as may be paid*) klozu, lütuf ödemesi kapsamında dahi olsa, sigortacı tarafından yapılan ödemelerin reasürans şirketince karşılanacağı ilkesine dayanıyordu⁷⁹. Anılan zaman diliminde, reasürans şirketinin sigortacının ödediği tazminatı, çekince ileri sürmeden karşılaması genel bir yükümlülük olarak değerlendirilmekteydi⁸⁰. 1895

⁷⁵ Örnek olarak bkz. İstanbul 20. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2019/1144, K. 2021/509, T. 22.06.2021, (Uyap); İstanbul BAM 12. Hukuk Dairesi, D. 2022/562, K. 2022/873, T. 22.06.2021, (Uyap).

⁷⁶ Bu konuda bkz. **VANCE**, W.R: The Contract of Reinsurance, The Virginia Law Register, C. 7, S. 10, 1902, s. 670.

⁷⁷ Bu konuda bkz. **ABRAMOVSKY**, Aviva: Reinsurance: The Silent Regulator, Connecticut Insurance Law Journal, C. 15, S. 2, 2008, s. 354.

⁷⁸ Aynı yönde bkz. **BANK**, Jonathan/**LASLEY**, Linda/**MILLICAN**, Adrienne: The Reinsurance of Environmental Claims – Shades of Grey, Tort & Insurance Law Journal, C. 26, S. 4, 1990, s. 789.

⁷⁹ **MCINTOSH**, David: U.K. Perspective on Problems Faced by Counsel in Insurance Cases, Defense Counsel Journal, C. 60, S. 2, 1993, s. 200.

⁸⁰ **BANK/LASLEY/MILLICAN**, s.787.

yılında İngiliz mahkemelerinde görülen *Chippendale v. Holt*⁸¹ kararında ise bu yaklaşım önemli ölçüde değiştirilerek, sigortacı tarafından yapılan tazminat ödemelerinin reasürans şirketince karşılanacağına ilişkin genel hükümlerin, sigortacının her ödemesinin bu kapsamda değerlendirilmesi için yeterli olmadığına; sigorta sözleşmesinin, anılan ödemenin yapılmasını gerekli kıldığına ayrıca ispatlanmasının gerekli olduğuna hükmedilmiştir⁸². Anılan kararın, reasürans sözleşmesine ilişkin, tazmin bedelinin karşılanabilirliğine ilişkin sorunsuz dönemin sonunu getirdiği ve ödeme esaslarını belirleyen klozların önemini arttırdığı kabul edilmektedir⁸³.

“Kararı takip et” (*follow the settlement*) klozu, anılan karar sonrasında oluşan belirsizlik sonrasında uygulamada sıklıkla kullanılmakta ve reasürans şirketi tarafından, sigorta şirketi ile sigorta ettiren arasındaki anlaşmalara uyulması taahhüdünü içermektedir⁸⁴. Kloz reasürans şirketi tarafından, iyi niyetli ve iş esasları çerçevesinde bir ödeme gerçekleştiren sigortacının tazminat ödemesinin yerindeliğinin, tekrar sorgulanmasının önüne geçmektedir⁸⁵. Bu kloz doğrultusunda sigorta şirketinin, sözleşme hükümleri çerçevesinde himaye edilen bir riziko olduğunu düşünerek yaptığı ödeme, aslında aksi kanıtlanabilir olsa dahi, reasürans şirketi tarafından karşılanacaktır⁸⁶. İngiliz mahkemeleri tarafından 1985 yılında verilen *Scor (U.K.) Reinsurance Co. v. Insurance Co. of Africa* kararı, sigorta şirketinin tazminat ödemesinde iyi niyetli olmadığını, sigorta ettirenle arasında hileli bir anlaşma bulunduğunu veya zararı tespit etmek için

⁸¹ Konuya ilişkin karar metni hakkında bkz. **VEED**, Mary: Cutting the Gordian Knot: Long-Tail Claims in Insurance Insolvencies, *Tort&Insurance Law Journal*, C. 34, S. 1, 1998, s. 186.

⁸² 1 (1895) 1 Com. Cas. 197. Karar içeriğine ilişkin bilgiler için bkz. **WOLONIECKI**, Jan/**WILKERSON**, Kim: The U.S. Corporate Defendant’s Captive Insurer’s Dilemma: Third Party Liability Claims and Recovery under English Law, *Defense Counsel Journal*, C. 73, S. 3, 2006, s. 292.

⁸³ **ROCHE**, David: “Follow the Settlements” and “Claims Co-operation Clauses”: Time to Settle Scor, *Insurance Law Journal*, C. 9, S. 2, 1998, s. 160-162.

⁸⁴ Bu konuda bkz. **BLYTH**, Toby/**BROWNLEE**, Emily: Lead Insurer or “Follow the Leader” Clauses: Binding (Re)Insurers to the Settlement of Claims, *Australian Insurance Law Bulletin*, C. 32, S. 2-3, 2016, s. 28.

⁸⁵ Bu konuda ve yazarın atf yaptığı mahkeme kararları için bkz. **MERKIN**, Rob: The Rome I Regulation and Reinsurance, *Journal of Private International Law*, C. 5, S. 1, 2009, s. 79, dn. 46.

⁸⁶ **HOFFMANN**, s. 678; **GÜRSES**, s. 124.

gerekli adımları atmadığının reasürans şirketi tarafından ispat etmesi halinde ödeme yapılmayabileceği ilkesini benimseyerek⁸⁷, anılan klozun uygulanması açısından önemli bir etki doğurmuştur. Bu karar doğrultusunda, sigortacı sigorta sözleşmesi ile sağlanan himayenin tazminat ödenmesini gerekli kıldığını açık bir şekilde ispat edebilmeli; bu hususta teminatın kapsamına ilişkin belirsizlikler varsa da, belirtilen durum karşısında tazminatın belirlenmesinde iyi niyetli ve iş esaslarına uygun hareket etmiş olduğunu kanıtlayabilmelidir⁸⁸.

Belirtilen kloz açısından, lütuf ödemelerinin reasürans şirketleri tarafından karşılanmayacağı günümüzde genel bir ilke olarak benimsenmektedir⁸⁹. Uygulamada sıklıkla, anılan kloza atıf yapılması ile yetinilmediği ve lütuf ödemesinin kapsam dışında tutulduğunun açıkça belirtildiği tespit edilmektedir⁹⁰. Sözleşme içeriğinde, "*ödemenin en azından, teminat kapsamında olduğu tartışılabilir nitelikte*" olması şartının bulunması da lütuf ödemesinin açıkça kapsam dışında tutulmasıyla aynı sonuçları doğurmaktadır⁹¹. Belirtilen durum, iç içe geçen birden çok

⁸⁷ (1985) 1 L.R. 312 (C.A.), (Karar hakkındaki bilgiler için bkz. **MCINTOSH**, s. 200).

⁸⁸ **OZOG**, Edward/ **SCLEGEL**, Stephen/KEARNEY, Kimbley/ELLIN, Jennifer: The Unresolved Conflict Between Traditional Principles of Reinsurance and Enforcement of the Terms of the Contractual Undertaking, *Tort & Insurance Law Journal*, C. 35, S. 1, 1999, s. 97.

⁸⁹ **HOFFMAN**, Willam: Common Law of Reinsurance Loss Settlement Clauses: A Comparative Analysis of the Judicial Rule Enforcing the Reinsurer's Contractual Obligation to Indemnify the Reinsured for Settlements, *Tort & Insurance Law Journal*, C. 28, S. 4, 1993, s. 662-663.

⁹⁰ Örnek olarak bkz. "İşbu Sözleşme her bakımdan (işbu Sözleşme'deki oran ve/veya prim hariç ve her zaman işbu Sözleşme'de Reasüre Edilen Limitler'e tabi olarak ve işbu Sözleşme'de aksi belirtilmedikçe) sigorta sözleşmesi ile aynı şartlara, hükümlere ve koşullara tabidir ve yukarıda belirtilenlerin genelliği saklı kalmak kaydıyla, Reasürörler sigorta şirketleri tarafından sigorta sözleşmesinden kaynaklanan ve sigorta sözleşmesi ile bağlantılı olarak yapılan tüm ödemeleri (ön şarta tabi olmaksızın ve lütuf ödemeleri hariç) takip etmeyi ve işbu Sözleşme kapsamındaki limitlere ek olarak işbu Sözleşme kapsamındaki herhangi bir talebin soruşturulması ve savunulması için yasal veya başka bir şekilde yapılan masrafların kendilerine düşen kısmını karşılamayı kabul ederler." (Tokio Marine Europe Insurance Ltd v Novae Corporate Underwriting Ltd [2013] EWHC 3362 (Comm) (06 November 2013), BAILII.

⁹¹ **FOREMAN**, Andy/SNIDER, Teresa: Reinsurers' Potential Liability for Retroactive Covid-19 Business Interruption Coverage, PorterWright Insurance Alert, https://www.porterwright.com/content/uploads/2020/04/Insurance_-Reinsurers-potential-liability-for-retroactive-COVID19-business-interruption-coverage1.pdf, (erişim tarihi: 20.11.2022), s. 7.

reasürans işleminde, her bir sözleşmede yer verilen aynı adlı klozların, farklı içeriklere sahip olması ihtimalini doğurmaktadır⁹². Bu halde, kloza bağlı sonuçların, ilgili sözleşmeler özelinde ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

Konuya ilişkin bir kararda da belirtildiği üzere, ödeme gerçekleştirilmesini isteyen sigortacı, reasürans şirketi karşısında, sigorta ettirenin sigorta şirketi karşısındaki konumuna benzer şekilde ispatla yükümlüdür⁹³. Reasürans şirketi, ancak sigortacının gerçekte sorumlu olduğu ölçüde sorumludur⁹⁴. Lütuf ödemesinin iyi niyetle yapılmış olması da⁹⁵, ticari amaçlar bunu haklı kılsa dahi⁹⁶, bu sonucu değiştirmeyecektir. Ancak, sigorta sözleşmesinin himaye sağladığı hususunda şüphe bulunsa dahi, bu şüphe çerçevesinde ve iyi niyetle tazminat ödemesi gerçekleştiren sigortacı, belirtilen kloz doğrultusunda reasürans şirketine başvurabilecektir⁹⁷. Burada önemli olan, sigorta ettirenin tazminat talebinin, en azından sigorta sözleşmesi açısından yerindeliği tartışılabilir bir nitelikte olmasıdır⁹⁸.

Bu konuda incelenebilecek bir diğer kloz olan, “kaderine tabi ol” (*follow the fortunes*)⁹⁹ ise, sigortacının sigorta sözleşmesi kapsamında, kontrolü dışındaki gelişmeler nedeniyle ödemek zorunda kaldığı

⁹² Bu yönde bkz. **FEARNHEAD**, Ralph: Follow the Fortunes Clauses in Reinsurance Law- Practical Problems in Ensuring their Effectiveness, *Insurance Law Review*, S. 3, 2012, s. 76

⁹³ In Re London County Commercial Reinsurance Office Limited (1922) 2 CH67, (Karar içeriğine ilişkin bilgiler için bkz. **CROLY**, Colin/**JEFFERIES**, Yvonne/**GREENWALD**, David/**DALLMAYR**, Reinhard: Questions relating to Follow the Settlements in Reinsurance under English Law with Comparative Reference to the Laws of Germany and the USA, *Insurance Law Review*, S. 1, 2012, s. 17).

⁹⁴ **GÜRSES**, Özlem: The Construction of Terms of Facultative Reinsurance Contracts: Is Wasa v. Lexington the Exception or the Rule, *The Modern Law Review*, C. 73, S. 1, 2010, s. 124

⁹⁵ Bu konuda ve ilgili yargı kararları hakkında bkz. **HOFFMAN**, s. 663.

⁹⁶ İlgili yargı kararı hakkında bkz. **TRAVES**, Roger: In What Circumstances is an Insurer Bound by a Judgment or Settlement against its Insured?, *Insurance Law Journal*, C. 26, S. 3, 2015, s. 214-215.

⁹⁷ **HOFFMAN**, s. 678-679.

⁹⁸ **HOFFMAN**, s. 678.

⁹⁹ Follow the fortunes klozu hakkında bkz. **BRADY**, Micheal/ **MONİN**, Lawrence: Reinsurance Disputes: Death of the Handshake, *Defense Counsel Journal*, C. 61, S. 4, s. 531.

tazminatların karşılanmasına işaret eder¹⁰⁰. Belirtilen klozun da lütuf ödemelerini kapsamadığı görüşü, uygulamada genel bir kabul görmektedir¹⁰¹

Konu açısından ulaşılabilecek sonuç, sigortacının yaptığı ödemenin reasürans şirketi tarafından karşılanması için, sigorta sözleşmesi hükümlerine dayalı bir ödeme gerçekleştirmiş olmasının şart olduğudur. Hukuki dayanağı şüpheli talepler hakkında, sigortacı yürüttüğü iyi niyetli değerlendirme sonucunda ödeme kararı alırsa, reasürans şirketi bunu karşılayacaktır. Ancak, kapsam dışı olduğu açıkça belli olan taleplerin karşılanması, iyi niyet iddiası ileri sürülse dahi, lütuf ödemesi olarak kabul edilecek ve kapsam dışı tutulacaktır¹⁰². Kanaatimizce, bu hususta sigortacının iyi niyeti, yalnızca sigorta ettiren yönünden incelenmemeli; reasürans şirketi ve onun nezdinde doğuracağı ödeme yükümlülüğü açısından ve bu ikisi arasındaki denge gözetilerek değerlendirilmelidir. Yalnızca sigorta ettirenin menfaatleri doğrultusunda ve reasürans şirketi tarafından yapılacak ödemeye güvenilerek yapılan, dayanağı şüpheli ödemeler, reasürans şirketine tazmin yükümlülüğü doğurmamalıdır.

SONUÇ

Lütuf ödemesi, hukuken herhangi yükümlülüğü bulunmamasına rağmen, sigortacının iradi olarak gerçekleştirdiği bir ödemedir. Ödemenin gerçekleştirilmesi kurumsal planlamalara, bir sigortalıyla mevcut ya da gelecekte kurulması amaçlanan sözleşme ilişkilerine veya toplumsal etki doğuran afet ve salgın benzeri rizikoların etkilerinin azaltılması gayesine dayanabilir. İradenin aranması nedeniyle kavram, irade bozukluğuna dayalı olarak yapılan ödemelerden ayrılır. Sigortacının bir tacir olarak basiretli davranma yükümü, irade bozukluklarını ortadan kaldırmayacağı için, hata nedeniyle yapılan ödemeler lütuf ödemesi kapsamında sayılmamalıdır. Unsurlarıyla genel olarak örtüşse dahi, sigortacının gerçekleştirdiği promosyonlar veya kampanyalar, lütuf ödemesi değildir. Pazarlama bütçesi çerçevesinde yapılan reklam ve benzeri giderler olarak değerlendirilmelidir.

¹⁰⁰ KOÇAK, Harun: Reasürans Sözleşmelerinde Kavram Sorunu ve Öneriler, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 2, 2022, s. 1906.

¹⁰¹ Bkz. PRICL, m. 2.4.3

¹⁰² GÜRSES, s. 124.

Lütuf ödemesinin hukuki niteliği konusunda, öğretide hâkim bir görüş tespit edilememektedir. Konunun uygulamada da irdelenmediği ve kavrama ilişkin, yükümlülük dışı olma vasfı üzerinden tanımda bulunulması ile yetinildiği tespit edilmektedir. Konuya ilişkin sonuca ulaşılmasında somut olayda taraflar arasındaki ilişkinin incelenmesi gerekmektedir. Lütuf ödemesinin genellikle, sigortacının ahlaki nedenlere dayalı borç tanınması veya bağışı olarak nitelendirilebileceği düşüncesindeyiz. Sigortacı karşısında genellikle güçsüz durumda olan sigortalının, zor durumda kalmasına sebep olabileceği rizikolar nedeniyle gerçekleştirilen ödemeler bu kapsamda sayılabilir. Ancak, ahlaki borç tanınması için sigortalının maddi açıdan zor durumda bulunması veya tazmin talebinin reddi halinde zor duruma düşecek olması zaruri değildir. Konu açısından, ahlak kavramının iyilikte bulunma vasfı üzerinden ve geniş bir şekilde yorumlanması gerektiği savunulabilir. İkinci ihtimal ise, ödemenin bağış olarak gerçekleştirilmesidir.

Sigortacının yapmış olduğu lütuf ödemelerine dayalı olarak, doğrudan bir halefiyet hakkına sahip olmadığı uygulama ve öğretide genel kabul görmektedir. Tazminat ödemesinin bir kısmının lütuf niteliğinde olması halinde, bunun dışında kalan kısma ilişkin halefiyet gerçekleşecektir. Konuya dair yargı kararlarında, lütuf ödemesinin mevcudiyetinin re'sen incelenmesi gerektiği ve sigortacının, ödemenin bu vasıfta olmadığını ispat yükü altında bulunduğu belirtilmektedir. Taraflar arasında lütuf ödemesinin temelini oluşturan alacağın temlik edilmesi halinde, sigortacının temlik ilişkisinden doğan hakları kullanabileceği kabul edilmektedir. Bu yönüyle, lütuf ödemesinin TTK m. 1472/1 uyarınca halefiyet ilişkisi oluşturamayacağı; ancak, temlik ilişkisine konu edilebileceği anlaşılmaktadır.

Reasürans sözleşmeleri açısından tartışılması gereken husus, sigortacının gerçekleştirdiği lütuf ödemelerinin reasürans şirketi tarafından karşılanmasının gerekli olup olmadığıdır. Öğretideki ve uygulamadaki genel eğilim, aksi özellikle kararlaştırılmadıkça, reasürans sözleşmesinin bu yönde bir borç oluşturmadığıdır. Reasürans sözleşmelerinde yer verilen klozlardan, “kararı takip et” (*follow the settlement*) ve “kaderine tabi ol” (*follow the fortune*) da reasürans şirketinin lütuf ödemelerini karşılanmasını gerektirmemektedir.

Sonuç olarak sigortacı lütuf ödemesine dayanarak TTK kapsamında kanuni halefiyet hakkını kullanamayacağı gibi, reasüröre

karşı da bir talepte bulunamayacaktır. Bu durum, temlik gerçekleştirilmedikçe, ödemeye doğrudan ve yalnızca sigorta şirketi tarafından katlanılmasına sebep olmaktadır. Uygulamada lütuf ödemesi kavramının olduğundan çok daha geniş yorumlanarak, irade bozukluklarına dayalı ödemelerin de bu kapsama alınmasının, sigortacının üzerindeki mali yükü nedensiz bir şekilde arttırabileceği ve bu görüşten dönülmesinin yerinde olacağı vurgulanmalıdır.

KAYNAKLAR

- ABRAMOVSKY**, Aviva: "Reinsurance: The Silent Regulator", Connecticut Insurance Law Journal, C. 15, S. 2, 2008, s. 345-406.
- AKGÜN**, Evrim: Ferdi Kaza Sigortası Sözleşmesi, İstanbul 2017.
- AKTAN**, Coşkun: "Ahlak ve Ahlak Felsefesine Giriş", Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi, C. 1, S. 1, 2009, s. 38-59.
- AMASYA**, Serap: "Sorumluluk Sigortalarında Birden Çok Sigorta", Sigorta Hukukunun İki Güncel Sorunu: İnsansız Araçlar – Sorumluluk ve Özel Sağlık Sigortalarında Birden Çok Sigorta Sempozyumu, İstanbul 2020, s. 531-566.
- ARAL ELDELEKLİOĞLU**, İrem: "Yangın Sigortalarında Yapı Malikine Rücu", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, 2016, s. 985-1023.
- ATAMER**, Kerim: "Geçmiş Etkili Sigorta", Prof.Dr. Sabih Arkan'a Armağan, İstanbul 2019, s. 223-243.
- BALDUĞ**, Emine: Zarar Sigortalarında Sigortacının Lütuf (Ex-Gratia) Ödemesi Kavramı ve Sonuçları", Terazi Hukuk Dergisi, C. 16, S. 173, 2021, s. 108-116.
- BANK**, Jonathan/ **LASLEY**, Linda/**MILLICAN**, Adrienne: "The Reinsurance of Environmental Claims – Shaes of Grey", Tort & Insurance Law Journal, C. 26, S. 4, 1990, s. 778-792.
- BLYTH**, Toby/ **BROWNLEE**, Emily: "Lead Insurer or "Follow the Leader" Clauses: Binding (Re)Insurers to the Settlement of Claims", Australian Insurance Law Bulletin, C. 32, S. 2-3, 2016, s. 27-29.
- BRADY**, Micheal/ **MONIN**, Lawrance: "Reinsurance Disputes: Death of the Handshake", Defense Counsel Journal, C. 61, S. 4, s. 529-542.
- CAN**, Mertol: Türk Özel Sigorta Hukuku, Ankara 2018.
- CROLY**,Colin/**JEFFERIES**, Yvonne/**GREENWALD**,David/**DALLMAYR**, Reinhard: "Questions relating to Follow the Settlements in Reinsurance under English Law with Comparative Reference to the Laws of Germany and the USA", Insurance Law Review, S. 1, 2012, s. 17-26.

- DOĞRUSÖZ KOŞUT**, Hanife: "Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk Sisteminin Sigorta Hukukundan Kaynaklanan Uyuşmazlıklara Uygulanması ve Sigortacılık Tahkimi ile Karşılaştırması", Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu içinde), İstanbul 2020, s. 9-47.
- EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019.
- EREN**, Fikret/**DÖNMEZ**, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Ankara 2022.
- FEARNHEAD**, Ralph: "Follow the Fortunes Clauses in Reinsurance Law- Practical Problems in Ensuring their Effectiveness", Insurance Law Review, S. 3, 2012.
- FOREMAN**, Andy/**SNIDER**, Teresa: Reinsurers' Potential Liability for Retroactive Covid-19 Business Interruption Coverage, PorterWrightInsuranceAlert, https://www.porterwright.com/content/uploads/2020/04/Insurance_-Reinsurers-potential-liability-for-retroactive-COVID19-business-interruption-coverage1.pdf, (erişim tarihi: 20.11.2022).
- FRANKO**, Nisim: Yargıtay Kararları Açısından Zararı Ödeyen Sigortacının Üçüncü Şahsa Karşı Rücu Hakkı", V. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bankacılık Enstitüsü, Ankara 1988, s. 49-61.
- GÖRGÜLÜ**, Fatma: Zarar Sigortalarında Sigortacının Kanuni Halefiyeti, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2022.
- GÜMÜŞ**, Mustafa: "Bağışlama Sözleşmesi", İstanbul Şerhi-Türk Borçlar Kanunu, İstanbul, 2017.
- GÜMÜŞ**, Mustafa: Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Özel Hükümler), İstanbul 2018.
- GÜRSES**, Özlem: "The Construction of Terms of Facultative Reinsurance Contracts: Is Wasa v. Lexington the Exception or the Rule", The Modern Law Review, C. 73, S. 1, 2010, s. 119-130.
- HASNAS**, John: "Where is Felix Cohen When We Need Him: Transcendental Nonsense and the Moral Responsibility of Corporations", Journal of Law and Policy, c. 19, S. 1, 2010, s. 55-82.

- HATEMİ**, Hüseyin/**GÖKYAYLA**, Emre: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, İstanbul 2015.
- HOFFMAN**, Willam: “Common Law of Reinsurance Loss Settlement Clauses: A Comparative Analysis of the Judicial Rule Enforcing the Reinsurer’s Contractual Obligation to Indemnify the Reinsured for Settlements”, Tort & Insurance Law Journal, C. 28, S. 4, 1993, s. 659-710.
- KANIŞLI**, Erhan: İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018.
- KATSCHTHALER/TOPSCH/KAPPLER**:Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht, (Höra, Knaut/Schubach, Arno (eds), 5. Auflage 2022.
- KAYIHAN**, Şaban: “Zarar Sigortalarında Sigortacının Halefiyeti”, Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul 2012, s. 1595-1624.
- KENDER**, Rayegan: Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, İstanbul 2021.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet: “Özel ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 31, S. 1, 1974, s. 395-446.
- KOÇAK**, Harun: “Reasürans Sözleşmelerinde Kavram Sorunu ve Öneriler”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 2, 2022, s. 1888-1915.
- KUL**, Muhammet: Uluslararası Hukukta Kuvvetler Statüsü Anlaşmaları, İstanbul 2020.
- MCINTOSH**, David: “U.K. Perspective on Problems Faced by Counsel in Insurance Cases”, Defense Counsel Journal, C. 60, S. 2, 1993.
- MEMİŞ**, Tekin: “Kısmi Hasar Halinde Sigorta Sözleşmesinin Feshi”, 22.12.2017 tarihli Sempozyum, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara 2018.
- MERKIN**, Rob: “The Rome I Regulation and Reinsurance”, Journal of Private International Law, C. 5, S. 1, 2009, s. 69-84.
- NOMER**, Haluk: “Halefiyet ile Rücu Hakkı Arasındaki İlişki, Özellikle Sosyal Sigortalar ile Özel Sigortaların Rücu Hakları Bakımından Halefiyetin Rolü”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 55, S. 3, 1997, s. 243-260.
- OMAĞ**, Merih Kemal: Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefiyeti, İstanbul 2011.

- OZOG**, Edward/ **SCLEGEL**, Stephen/**KEARNEY**, Kimbley/**ELLIN**, Jennifer: "The Unresolved Conflict Between Traditional Principles of Reinsurance and Enforcement of the Terms of the Contractual Undertaking", *Tort & Insurance Law Journal*, C. 35, S. 1, 1999.
- ÖLMEZ**, Fatih: Sigortalının Sigortacının Halefiyet Hakkını İhlal Etmeme Yükümlülüğü, İstanbul 2020.
- ROCHE**, David: "'Follow the Settlements" and "Claims Co-operation Clauses": Time to Settle Scor", *Insurance Law Journal*, C. 9, S. 2, 1998.
- SEROZAN**, Rona: Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Öz, Turgut vd (Editörler) İstanbul Şerhi – Türk Borçlar Kanunu-Yürürlük Kanunu, İstanbul, 2019.
- SOPACI ÖZTUNA**, Birgül: Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Sigortacının Kanuni Halefiyetine İlişkin Düzenlemelerinin Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'ndaki Düzenlemelerle Birlikte Değerlendirilmesi", *Batider*, C. 28, S. 3, s. 117-152.
- ŞENOCAK**, Kemal: Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Mağdurun Doğrudan Doğruya Sigortacı Karşısındaki Alacak Hakkı, *Batider*, C. 25, S. 4, 2009, s. 277-294.
- TEKİNAY**, Selehattin: Borçlar Hukuku, İstanbul 1974.
- TERCIER**, Pierre/**PICHONNAZ**, Pascal/**DEVELİOĞLU**, Murat: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, İstanbul 2020.
- TRAVES**, Roger: "In What Circumstances is an Insurer Bound by a Judgment or Settlement against its Insured?", *Insurance Law Journal*, C. 26, S. 3, 2015.
- ÜNAN**, Samim: "Deniz Yoluyla Yapılan Taşımalarda Yük Zararını Ödeyen Sigortacının Taşıyana Karşı Açtığı Halefiyete Dayanan Rücu Davasına İlişkin Bazı Sorular, (Yük Zararı)", 26.04.1991 tarihli Sempozyum, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1991.
- ÜNAN**, Samim: Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku C. I ve II, İstanbul 2016.
- VANCE**, W.R: "The Contract of Reinsurance", *The Virginia Law Register*, C. 7, S. 10, 1902.

- VEED**, Mary: “Cutting the Gordian Knot: Long-Tail Claims in Insurance Insolvencies”, *Tort&Insurance Law Journal*, C. 34, S. 1, 1998.
- WİNDİANTİNA**, Wiwin/**SUPARMAN**, Eman/ **IKHWANSYAH**, Isis/**SURYANTİ**, “Nyulistowat: Ex Gratia as an Alternative for Settlement of Insurance Claims Outside the Court”, *Cogent Social Sciences*, C. 8, s. 1, 2022.
- WOLONIECKI**, Jan/**WILKERSON**, Kim: “The U.S. Corporate Defendant’s Captive Insurer’s Dilemma: Third Party Liability Claims and Recovery under English Law”, *Defense Counsel Journal*, C. 73, S. 3, 2006.
- YAZICIOĞLU**, Emine: “Mal Sigortalarında Sigortacının Kanuni Halefiyetine İlişkin Bazı Hususlar”, *Sigorta Hukuku Sempozyumları*, İstanbul 2018.
- ZEVKLİLER**, Aydın/**GÖKYAYLA**, Emre: *Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri*, Ankara 2017.