



BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt: 9 | Sayı: 2
Temmuz 2023

Yayın Sahibi / Owner

Başkent Üniversitesi Adına
Rektör Prof. Dr. Ali HABERAL

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Editorial Manager

Prof. Dr. Kudret GÜVEN

Editör / Editor

Prof. Dr. Rıza AYHAN

Editör Yardımcısı / Deputy Editor

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Cemil ÜNAL

Dr. Öğr. Üyesi Aybüke BASIM

Yönetim Adresi

Yukarı Bahçelievler, Mareşal Fevzi Çakmak Cad.

10. Sok. No: 45

Çankaya / ANKARA

İletişim Adresi

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Bağlıca Kampüsü

Fatih Sultan Mehmet Mah. Eskişehir Yolu 18. km

Etimesgut / ANKARA

Tel: 0312 246 66 66 / 2181

Faks: 0312 246 66 44

E-Posta: hukukdergisi@baskent.edu.tr

Yayın

Seçkin Yayıncılık A.Ş. (Sertifika No: 45644)

Mustafa Kemal Mah. 2158 Sok. No: 13

Çankaya / ANKARA

Tel: 0312 435 30 30

Faks: 0312 435 24 72

Sayfa ve Kapak Tasarımı

Emre KIZMAZ

Baskı

Vadi Grafik. Ltd. Şti. (Sertifika No: 47479)

İvedik Organize Sanayi Bölgesi 1420 Cad. No: 58/1

Yenimahalle / ANKARA

Tel: 0 312 395 85 71

Yayın Yeri | Yılı

Ankara | Ocak 2024

Yayın Aralığı

6 ay | Ocak-Temmuz

Yayın Türü

Yerel | Süreli

ISSN 2148-6638

- Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak yayınlanmakta olan hakemli bir dergidir.
- Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler ve bundan doğacak sorumluluk yazarlara aittir. Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bağlamaz.
- Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, özel hukuk ve kamu hukuku alanlarında yapılan tüm akademik çalışmalara yer vermektedir. Derginin amacı hukuk literatürüne katkı sağlamaktır.
- Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi TUBİTAK-ULAKBİM TR Dizisinde Yer almaktadır.

DANIŞMA KURULU / ADVISORS BOARD

- Prof. Dr. Abdurrahman AKDOĞAN • *Başkent Üniversitesi*
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK • *TED Üniversitesi*
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ • *Başkent Üniversitesi*
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ • *Hacı Bayram Veli Üniversitesi*
Prof. Dr. Sevgi Gül AKYILMAZ • *Hacı Bayram Veli Üniversitesi*
Prof. Dr. Serdar ALTINOK • *Hacı Bayram Veli Üniversitesi*
Prof. Dr. Kadir ARICI • *Hacı Bayram Veli Üniversitesi*
Prof. Dr. Ramazan ARSLAN • *Başkent Üniversitesi*
Prof. Dr. E. Ethem ATAY • *Başkent Üniversitesi*
Prof. Dr. Rıza AYHAN • *Başkent Üniversitesi*
Prof. Dr. Ali Şafak BALI • *Yıldırım Beyazıt Üniversitesi*
Prof. Dr. Vedat BUZ • *Bilkent Üniversitesi*
Prof. Dr. Mertol CAN • *Çankaya Üniversitesi*
Prof. Dr. Sadi ÇAYCI • *Başkent Üniversitesi*
Prof. Dr. Anıl ÇEÇEN • *Atılım Üniversitesi*
Prof. Dr. Vahit DOĞAN • *Antalya Bilim Üniversitesi*
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN • *Başkent Üniversitesi*
Prof. Dr. Fikret EREN • *Başkent Üniversitesi*
Prof. Dr. Nadi GÜNAL • *Ankara Üniversitesi*
Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR • *Ankara Üniversitesi*
Prof. Dr. Kudret GÜVEN • *Başkent Üniversitesi*
- Prof. Dr. Yadigâr İZMİRLİ • *İstanbul Aydın Üniversitesi*
Prof. Dr. Emine Tuncay KAPLAN • *Başkent Üniversitesi*
Prof. Dr. Çiğdem KIRCA • *TOBB ETÜ Üniversitesi*
Prof. Dr. Arzu OĞUZ • *Ankara Üniversitesi*
Prof. Dr. Cemal OĞUZ • *Çankaya Üniversitesi*
Prof. Dr. Erdal ONAR • *Bilkent Üniversitesi*
Prof. Dr. Çaçlar ÖZEL • *Özyeğin Üniversitesi*
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN • *Ankara Üniversitesi*
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ • *Hacı Bayram Veli Üniversitesi*
Prof. Dr. Murat SEZGİNER • *Antalya Bilim Üniversitesi*
Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN • *Hacı Bayram Veli Üniversitesi*
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK • *Ankara Üniversitesi*
Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK • *Ankara Üniversitesi*
Prof. Dr. Süha TANRIVER • *Çankaya Üniversitesi*
Prof. Dr. Asuman TURANBOY • *Ankara Üniversitesi*
Prof. Dr. M. Fatih UŐAN • *Yıldırım Beyazıt Üniversitesi*
Prof. Dr. Gülriiz UYGUR • *Ankara Üniversitesi*
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL • *Başkent Üniversitesi*
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ • *Hacı Bayram Veli Üniversitesi*
Prof. Dr. Aynur YONGALIK • *Atılım Üniversitesi*
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU • *Başkent Üniversitesi*

YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD^(*)

- Prof. Dr. Abdurrahman AKDOĞAN
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ
Prof. Dr. Ramazan ARSLAN
Prof. Dr. E. Ethem ATAY
Prof. Dr. Rıza AYHAN (Başkan)
Prof. Dr. Sadi ÇAYCI
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN
Prof. Dr. Fikret EREN
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU
Prof. Dr. Kudret GÜVEN
Prof. Dr. Emine Tuncay KAPLAN
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Cemil ÜNAL

^(*) Yukarıda yer alan öğretim üyeleri Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde halen görev yapmaktadır.

BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1. Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (BÜHFD), hakemli bir dergi olup, yılda iki sayı olarak Ocak ve Temmuz aylarında yayımlanır. 2017 Ocak ayından itibaren iki hakemli sisteme geçilmiştir.
2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır; makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Makaleler; “Microsoft Word” programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin, **1,5 satır aralığı** ve Times New Roman karakterinde **12 punto**, dipnotlar **tek satır aralığı** ve Times New Roman karakterinde **10 punto** olarak hazırlanmış olmalı, CD veya elektronik posta ile editöre gönderilmelidir.
4. Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi’nin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılan yazılar da, Yayın Kurulu’nun onayı ile yayımlanabilir. Makaleler Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir yazıda **en az 100, en çok 200** sözcükten oluşan **Türkçe, İngilizce, Almanca, Fransızca özetleri**; her iki dilde **yazı başlığı ile beşer anahtar sözcüğün** makalenin başına eklenerek gönderilmesi gereklidir.
5. Yazarlar unvanlarını, çalıştığı kuruluş bilgilerini, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve elektronik posta adreslerini açık ve doğru bir şekilde bildirmelidirler.
6. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “basıma” hazır olarak verdikleri kabul edilir. Yayın kurulu tarafından yapılan ön incelemede, bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, geri çevrilir. Yayın kurulu, yabancı dil özeti ve eser metninde gerekli görülen imla düzeltmelerini yapabilir.
7. Yayın kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak, iki hakeme gönderilir. Hakemlere gönderilen makalelere “Makale ID” numarası verilir ve bu numaralar yazarlara bildirilir. Yazarlar, makalenin durumunu makale takip sisteminden görebilir. Yazarlara makalenin hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerin raporlarında düzeltme istemesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklik yapabilir. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemlerin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Hakemlerden biri olumlu, diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde makalenin yayımlanmasına, editör görüşüne göre karar verilir. Yayımlanmayan makaleler, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.

8. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara, yargı kararı tahliline de yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar yayın kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.
9. Makaleler yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesine aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.
10. Dergide yayımlanan yazıda ileri sürülen görüşler yazara aittir. Bu konuda, Fakülte herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir.
11. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.

Örnek

Kitaplar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Yazarın Soyadı, Adı, Kitabın Adı, Baskı, Yer-Yıl. Örn: GÜVEN, Kudret: General Principles of Turkish Law, B.2, Ankara 2007. Yazarın eserine ilk atıf açık olarak, daha sonraki atıf usulü: GÜVEN, s.135. Aynı yazarın birden fazla kitabına atıf usulü: GÜVEN (Enerji), s.80 ve GÜVEN (Kişilik Hakları), s.65.

Makaleler kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Yazarın Soyadı, Adı, Makalenin Başlığı, Derginin İsmi, Cilt Numarası, Sayı Numarası, İlk ve Son Sayfa Numaraları. GÜVEN, Kudret: Türk, İsviçre ve Alman Hukukunda Boşanma Sebepleri ve Esasları Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, Sa.2, s.35-56. Yazarın eserine ilk atıf açık olarak, daha sonraki atıflarda şu şekilde yapılmalıdır: GÜVEN: s.55.

İnternette alınan dokümanlar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

GÜVEN, Kudret: Cinsel Kimlik Üzerinde Hak Kavramı ve Korunması: Transseksüellik ve İnterseksüellik, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, Sa.1, s.133-176, (<http://hukuk.baskent.edu.tr/dergi/arsiv/sayi-1/3.kudretguven.pdf>, Erişim Tarihi: 10 Şubat 2016). Yazarın eserine ilk atıf açık olarak, daha sonraki atıflarda şu şekilde yapılmalıdır: GÜVEN: s.135.

İçindekiler

ÖZEL HUKUK

Dr. E. Tuncay SENYEN KAPLAN, Profesör

İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerinin Alınmaması Nedeniyle Çalışmaktan Kaçınma Hakkı

The Right to Refuse to Work Due to the Failure to Take Occupational Health and Safety Measures 163

Dr. İpek YÜCER AKTÜRK, Profesör

Kadınlara Özgü Bekleme Süresi ve Sınırlı Evlenme Yasağı Sorunu

Problem of Iddah for Women and Questionable Marriage Disability 195

Dr. Mustafa KILIÇOĞLU, Doçent

Vakıf Üniversitelerinde Çalışma İlişikisine Son Verilen Öğretim Elemanlarının Yargı Yolu Sorunu (Temel Haklara Müdahale - Adil Yargılanma Hakkı - Devletin Pozitif Yükümlülüğü)

The Problem of Judicial Remedy of the Academic Staff of the Foundation Universities Whose Working Relationship was Terminated (Interference with Fundamental Rights - Right to a Fair Trial - Positive Obligations of the State) 209

Dr. Ahmet Cemil ÜNAL, Öğretim Üyesi

Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Hukuki Sorumluluğuna Karşı Güvence

Legal Liability of Notary Publics and Assurance Against Legal Liability 233

Ayşe Barçın AKYILMAZ, Araştırma Görevlisi

Hukukî Görünüşe İtimat Teorisinin Def'i Sistemine Etkisi

The Impact of the Principle of Reliance on the Legal Appearance on the Defense System..... 255

Bengisu ÖNDER SÜYEN, Araştırma Görevlisi

Eşler Arasında Yapılan Ölüncüye Kadar Bakma Sözleşmesinin Muvazaalı Olup Olmadığının Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi

Evaluation of Whether the Lifetime Maintenance Agreements between Spouses is Collusive or not in the Light of Judicial Decisions 293

Sarp GÜMÜŞ, Araştırma Görevlisi

Yargıtay Kararları Kapsamında Ceza Koşulu ve Aşırı Ceza Koşulunun İndirilmesi

The Penalty Clause and Reduction of Excessive Penalty Clause Under the Decisions of the Court of Cassation 317

Burcu SIRIŞ, Avukat, LL.M.

Yargıtay'ın "Çiçeksepeti Kararı" Işığında Elektronik Ticarete Aracı Hizmet Sağlayıcılarının Sorumluluğu Hakkında Değerlendirmeler

Evaluations on the Liability of Intermediary Service Providers in Electronic Commerce in the Light of the Supreme Court's "Çiçeksepeti Decision" 363

Merve Ceren SEYHAN, Avukat, LL.M.

Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Damping Politikaları ve Dampinge Karşı Alınan Önlemler
Dumping Policies in Turkish and European Union Laws and Measures Against Dumping 393

Sevin KAVAK, Avukat

Akreditif Sözleşmesinin Hukukî Mahiyeti
Legal Nature of the Letter of Credit Agreement 423

KAMU HUKUKU

Dr. Burcu ERTEM, Öğretim Üyesi

Karşılıksızdır İşlemini Yapmama Suçu
The Crime of Failure to Issue Notice of Dishonor 453

Dr. Çolpan MÜCAHİT KÜÇÜK, Öğretim Üyesi

Devlet Türlerinde İdari Örgütlenme İlkeleri
Principles of Administrative Organisation in State Types 493

Dr. Serdar YILMAZ, Öğretim Üyesi

Yargı Kararlarının “Kesinleştikten Sonra” Uygulanmasını Öngören Yasal Düzenlemelerin Anayasallığı Sorunu: Anayasa Mahkemesi’nin Bir Kararının Değerlendirilmesi ve Düşündürdükleri
Constitutionality Problem of Legislative Regulations Set Forth for Execution of the Court Decisions “After the Judgment Becomes Final”: Evaluation and Thoughts on a Decision of the Turkish Constitutional Court 521

Durulcan SELÇUK, Öğretim Görevlisi

Cumhuriyet’in Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi
The Importance of the Republic in Terms of Turkish Legal History 601

Berk YILMAZ, Araştırma Görevlisi

Mahalli İdare Şirketlerinin Mahalli Kamu Kurumları İçerisindeki Yeri: Anayasa’nın 123/3. Maddesi Kapsamında Bir İnceleme
The Place of Local Administration Companies within Local Public Institutions: A Review within the Scope of Article 123 of the Constitution 627

İbrahim ÇETİN, Araştırma Görevlisi

Bilgi Suistimali Suçu
The Crime of Insider Trading 647

Fatma Betül SEHRAWALA, Avukat

Carl Schmitt’in Parlamentarizm Eleştirisi ve Olağanüstü Hâl Teorisi
Carl Schmitt’s Criticism on Parliamentarism and the State of Emergency Theory 677

Özel Hukuk

İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerinin Alınmaması Nedeniyle Çalışmaktan Kaçınma Hakkı

The Right to Refuse to Work Due to the Failure to Take Occupational Health and Safety Measures

Prof. Dr. E. Tuncay SENYEN KAPLAN ()*

Öz:

İş Hukukunun en önemli konuları arasında yer alan ve evrensel bir insan hakkı olan iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması, işçinin işyerindeki mesleki riskler karşısında korunmasıdır.

İşverenin işyerinde gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaması halinde, çalışmaktan kaçınma hakkı tanınmıştır. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 13. maddesinde getirilen düzenlemeye göre, ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar kurula, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasını talep edebilirler. Kurulun acil olarak toplanarak, işverenin ise derhal çalışanın talebi doğrultusunda karar vermesi halinde çalışanlar gerekli tedbirler alınincaya kadar çalışmaktan kaçınabilir. Ancak ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda ise, çalışan kurula veya işverene başvurmadan işyerini ve tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gider.

Çalışmamızda, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkı ve sonuçları konusu üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler:

Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, Çalışan, Ciddi ve Yakın Tehlike, Koruma ve Gözetme Borcu, Yaşam Hakkı.

Abstract:

Ensuring occupational health and safety, which is one of the most crucial topics in Labor Law and a universal human right, involves protecting the employee against occupational risks in the workplace.

In cases where the employer fails to take the necessary occupational health and safety measures in the workplace, the right to refuse to work is granted. According to the regulation introduced in Article 13 of Law No.6331 on Occupational Health and Safety, employees facing a serious and imminent danger can apply to the committee or, in workplaces where the committee is not present, to the employer, requesting the determination of the situation and the implementation of necessary measures. If the committee convenes urgently or if the employer promptly decides in line with the employee's request, employees may refrain from working until the necessary precautions are taken. However, in cases where a serious and imminent danger cannot be

(*) Başkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, Ankara - Türkiye,

E-posta: e.kaplan@baskent.edu.tr; Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-0656-3651>.

Makale Geliş Tarihi: 27.09.2023 - Makale Kabul Tarihi: 05.12.2023.

prevented, the employee can leave the workplace and the hazardous area for a safe location without applying to the committee or the employer.

This study focuses on the right to refuse to work due to the failure to take occupational health and safety measures and its consequences.

Keywords:

Right to Refuse to Work, Employee, Serious and Imminent Danger, Duty to Protect and Supervise, Right to Live.

Giriş

Sağlıklı ve güvenli bir ortamda yaşama hakkı herkesin temel haklarından-
dır. Çalışanları işletme tehlikelerine karşı koruyucu önlemleri almak, onun için
münasip ve sağlıklı işyeri temin etmek işverenin işçiyi koruma ve gözetme bor-
cu gereğidir. İşletme tehlikesi, işçinin çalıştığı işyeri veya işletmede yani hizmet
ilişkisi içinde çalışması sırasında karşılaşılabilecek tehlikelerdir. İşyeri veya işletmede
alınması gerekli iş güvenliği önlemleri hukuki, teknik ve tıbbi nitelikte olabilir
ve işyeri veya işletmede yapılan işin mahiyetine göre bu önlemlerin kapsam ve
muhtevası değişebilir.

İşveren işçiyi koruma ve gözetme borcu gereği, işçinin işletme tehlikesi-
ne karşı korunması için gerekli her türlü önlemi almakla yükümlüdür. İşve-
renin bilim ve teknolojinin gerekli kıldığı her türlü tedbiri alması gerekir. İş
sağlığı ve güvenliğinin sağlanması, işçinin işyerindeki mesleki riskler karşısın-
da korunmasıdır. Burada korunan hukuki varlık, işçinin hayatı ve sağlığı yani
fiziki ve ruhi vücut bütünlüğü, can ve mal varlığı güvenliğidir. İşverenden,
işyerinde tehlikeleri önleyici tedbirlerin alınmasında beklenen ölçü subjek-
tif değil objektiftir.¹

Bu anlamda iş sağlığı ve güvenliği hükümlerinin işçiyi gözetme borcunun
konusunu biçimlendirdiği ve somutlaştırdığı söylenebilir.² Taraflar arasındaki iş
sözleşmesi gereği işveren koruma ve gözetme borcu çerçevesinde işyerinde iş
sağlığı ve güvenliği önlemlerini almakla yükümlüdür. İşçilerin işletme tehlikele-
rine karşı korunmasına ilişkin iş sağlığı ve güvenliği hükümleri özel hukuka iliş-
kin (Türk Borçlar Kanunu³ m.417) olabileceği gibi, kamu hukuku niteliğinde de
(6331 sayılı İş Sağlığı Güvenliği Kanunu⁴ m.4) olabilir. Bu düzenlemelerde işve-

¹ Kaplan Senyen E.T., Bireysel İş Hukuku, Ankara 2023, s.311.

² Centel T., İş Hukuku Bireysel İş İlişkileri I. İstanbul 1992, s.263; Ayrıca bkz. Ulusan İ., Özellik-
le Borçlar ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu Bundan Doğan Hukuki So-
rumluluğu, İstanbul 1990, s.34, 35; Kaplan T., İşverenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1992, s.38
(Sorumluluk); Elbir N., Kişiliğinin Korunması Bağlamında İşçiyeye Ait Kişisel Verilerin Korunması,
Ankara 2020, s.185.

³ RG. 4/2/2001, 27836.

⁴ RG. 30/6/2012, 28339.

renin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin önlem alma yükümlülüğü ve bu yükümlülüğe uyulmamasının yaptırımları yer almıştır.

İşverenin koruma ve gözetme borcu yükümlülüğü karşısında, işçinin yükümlülükleri ve hakları da bu düzenlemelerde yer almıştır. İşçi de sadakat borcu gereği, işverenin yönetim hakkı sınırları içinde verdiği işin ifasına, işçi sağlığı ve güvenliğine yönelik talimatlara uymakla yükümlüdür (TBK m.399).

İşyerinde işverenin gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaması, gerekli alet edevat bulundurmaması nedeniyle işyerinde ciddi ve yakın tehlike ile karşılaşan işçi iş görme edimini bazı koşulların oluşması halinde çalışmaktan (iş görme edimi ifadan) kaçınabilir (İSGK m.13).

Çalışmamızda, çalışmaktan kaçınma hakkı, hukuki dayanakları üzerinde durularak, işçinin iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin alınmaması nedenine dayalı çalışmaktan kaçınma hakkı ve sonuçları (İSGK m.13) incelenmiştir.

I. Genel Olarak Çalışmaktan Kaçınma Hakkı

Çalışmaktan kaçınma, işçinin bazı nedenlerle çalışmaktan kaçınması olarak tanımlanabilir. İşçinin işi bırakma nedenleri, ücretin zamanında ödenmemesi (İş Kanunu⁵ m.34), işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle (İSGK m.13) veya grev (STİSK⁶ m.54) nedenine dayalı olabilir.

İş sağlığı ve güvenliği açısından işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının amacı, işçiyi iş sağlığı güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle oluşacak tehlikelere ve kazalara karşı korumaktır. Çalışmaktan kaçınma hakkının iş kazası olmadan, diğer bir deyimle zarar oluşmadan kullanılması nedeniyle önleyici nitelikte olduğu söylenebilir. Zira işi bırakma hakkı ciddi ve yakın tehlikelere karşı işçinin iş sağlığı ve güvenliğinin korunmasıdır. İş bırakma hakkı işverenin iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini almamasının yaptırımıdır.

İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almak, her türlü araç ve gereci bulundurmamakla yükümlüdür. İşverenin kendisine düşen ifa hazırlıklı- rını (örneğin iş sağlığı, iş güvenliği ve kişilik haklarının korunması için gerekli tedbirlerin alınması, alet edevat ve gerekli malzemenin hazırlanması) haklı bir neden olmaksızın yapmaktan kaçınması, işçinin ifada bulunmasını engeller, işverenin temerrüde düşmesine neden olur. Genel olarak, işverenin alacaklının temerrüdüne düşmesi durumunda tedbirler alınmadığı sürece, işçinin çalışmayı reddetme hakkı mevcuttur ve işçi bu süreye ilişkin ücretini iş görme edimini ifa etmeksizin talep edebilir (TBK m.408; İsviçre BK m.324 OR Art.). Çalışmayı

⁵ RG. 10/6/2003, 25134.

⁶ Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, RG. 7/11/2012, 28460.

reddetme hakkı Türk⁷ ve İsviçre Hukukunda⁸ hukuki niteliği itibariyle alacaklı-
nın temerrüdüne ilişkin hükümlerde değerlendirilmiştir. Belirtmek gerekir ki,
İsviçre Hukukunda çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin açık bir düzenleme ge-
tirilmemiştir.

6331 sayılı Kanununun m.13 hükmünde iş sağlığı ve güvenliği nedeniyle çalışma-
nın çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin özel bir düzenleme getirilmiştir. Borçlar
Kanununa nazaran yeni kanun olan 6331 sayılı Kanunun m.13 hükmü karşısında
TBK m.408 hükmünün uygulanma⁹ olanağı kalmamıştır. Bu hüküm işverenin işi
kabulde temerrüdün özel bir düzenleme şeklidir.¹⁰

Çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliği konusunda çeşitli görüşler
ifade edilmiştir. Bu görüşlere göre,¹¹ çalışmaktan kaçınma hakkı “mücbir sebep-
ten doğan bir ifa imkansızlığı, ifa edilmezlik defii, mütemerrit alacaklı karşısında
borçlunun sahip olduğu bir hak, güvenlik hakkı, zaruret hali nedenine bağlı bir
haktır.”

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun m.13/2 hükmünde getirilen düzenleme-
ye göre, tedbirler alınana kadar işçi çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabileceği
gibi, bu sürede ücret ve diğer hakları da saklıdır. Bu nedenle çalışmaktan kaçınma
hakkının alacaklının temerrüdü kapsamında değerlendirilmesi gereken bir hak
olduğunu söyleyebiliriz.¹²

İşveren işyerinde gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almakla yüküm-
lüdür. Bu yükümlülüğe uyulmaması durumunda işçinin işverene aynen ifa davası
açabilmesinin mümkün olmadığı söylenebilir.¹³ Zira, işveren alacaklının temer-
rüdü durumuna düşmüşse, işçinin çalışma mecburiyeti olmadığı için onun ifa

⁷ Mollamahmutoğlu, H./Astarlı M./Baysal, U., İş Hukuku, Ankara 2022, s.1459; Kaplan, E.T., İşçinin
İşgörmeye Ediminin İfasını Engellenen Nedenler ve Hukuki Sonuçları, Prof. Dr. Sarper Süzek'e
Armağan I, İstanbul 2011, s.568 vd. (İfa Engelleri); Süzek S., İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985
(İş Güvenliği), s.186 Sarıbay Öztürk G., İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Ge-
tirilmemesinin Hukuki ve İdari ve Cezai Sonuçları, İstanbul 2015, s.74 vd.; Gökaş, S., Türk İş
Hukukunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, Ankara 2008, s.218 vd.; Uluşan, 34; Reisoğlu,
S. Hizmet Akdi, Mahiyeti-Unsurları-Hükümleri, Ankara, 1968, s.209.

⁸ Rehbindler, M/Stöckli Jean-Fritz, Berner Kommentar B.VI Obligationenrecht 2. Abt. Die Einzelnen
Vertragsverhältnisse 2. Teilband, Der Arbeitvertrag Art.319-362 OR 1. Abschnitt Einteilung und
Kommentar zu den Art.319-330b OR, Bern 2010, Art.324, N.7; Vischer, F., Der Arbeitsvertrag,
Helbina & Lichtenhahn. Basel-Genf, München 2005, s.122.

⁹ Süzek, S., İş Hukuku, Ankara 2021, s.947; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1454.

¹⁰ Bkz. Soyer, P., İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Ankara
2011, s.681.

¹¹ Geniş bilgi için bkz. Mollamahmutoğlu H., “İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Bakımından İşçinin İş Ret
Hakkı, Türk Kamu Sen. Sendikası Dergisi, S.2, Mart, Haziran, 1994, S.15-16, (Ret Hakkı), s.5 vd.;
Sur M., İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2009, s.404.

¹² Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1454; Kaplan, İfa Engelleri, s.568.

¹³ Uluşan, s.43; Kaplan, Sorumluluk, s.38.

davasını açmasında işçinin korunan bir menfaati bulunmamaktadır. Aynı şekilde işçinin işyerinde çalışma hakkı yoksa, ifa davasının açılması için ortada hukuki menfaati yoktur.

Ancak işçi yükümlülüğünü yerine getirmeyen işverene karşı yetkili mercilere şikayet ve ihbar yoluna başvurabilir.¹⁴ 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 24. maddesine göre, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu hükümlerinin uygulanmasının izlenmesi ve teftişi, iş sağlığı ve güvenliği yönünden teftiş yapmaya yetkili Bakanlık Müfettişlerince yapılır. Bu Kanun kapsamında yapılacak teftiş ve incelemelerle, 4857 sayılı Kanunun 92, 93, 96, 97 ve 107 maddeleri uygulanır.”

İŞK m.93 hükmüne göre iş hayatını izleme, denetleme ve teftiş yetkisi olan iş müfettişlerine bırakılmıştır. İŞK m.93 hükmünde de iş müfettişlerinin ödevleri açıklanarak öğrendikleri hususları tamamen gizli tutmak ve kendileri tarafından bilgileri ve ifadeleri alınan yahut kendilerine başvuran veya ihbarda bulunan işçileri ve başka kişilerin isimlerini ve kimliklerini açıklamamakla yükümlü olduğu öngörülmüştür.

Belirtmek gerekir ki, İŞK m.18/c hükmünde getirilen düzenlemeye göre, “mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip veya yükümlülüklerini yerine getirmek için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak” fesih için geçerli bir neden oluşturmaz.

Ayrıca, işverenin işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması halinde 6331 sayılı Kanuna göre ciddi yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar kanunun tanıdığı çalışmaktan kaçınma haklarını da kullanabilirler (m.13).

İSGK m.13 hükmünde düzenlenen çalışanların kaçınma hakkından geçici işçi ile alt işveren işçilerinin yararlanabilmeleri konusu üzerinde de durulmalıdır. Bu konuda İSGK.’da bir düzenleme yer almamıştır.

Alt işverenin işçilerinin asıl işverenin işyerinde çalışması durumunda, acil ve yakın tehlike ile karşılaşan asıl işverenin işçileri ile aynı ortamda bulunan ve tehlikelerden aynı ölçüde etkilenen alt işveren işçilerinin de iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasına kadar çalışmaktan kaçınabileceklerini kabul etmek uygundur.¹⁵

Geçici işçi çalıştıran işveren iş sağlığı ve güvenliği açısından gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür (İŞK m.7/9-f; İsviçre BK m.328). Bu yükümlülük koruma ve gözetme borcu gereğidir. Geçici işçi ile işveren arasında iş sözleşmesi yapılmaz. Ancak

¹⁴ Mollamahmutoğlu, H./Astarlı/Baysal, s.1452; Sarıbay Öztürk, s.160.

¹⁵ Demircioğlu M./Korkmaz D./Kaplan H.A, Sorularla İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, İstanbul 2020, s.213; Akın L., İş Sağlığı ve Güvenliği, III. Yılında İş Yasası Semineri, 21, 25 Eylül 2005, Bodrum, s.322; Aydınlı İ., İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinde Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara 2004, s.180 vd; Soyer, s.681.

tarafklar arasında sözleşme ve sözleşme benzeri ilişkilerden doğan haklar ve yükümlülükler vardır.¹⁶ İşyerinde geçici iş ilişkisi ile çalışan işçilerin de ciddi ve yakın tehlike olduğunda iş görmekten kaçınma hakkını kullanabileceklerinin kabulü gerekir.¹⁷

Aşağıda çalışmaktan kaçınma hakkının Uluslararası ve Ulusal dayanakları incelenmiştir.

II. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Dayanakları

1. Uluslararası Dayanaklar

a. Genel Olarak

Sağlıklı ve güvenli bir ortamda yaşama hakkı, herkesin temel haklarındanr. Bu hak uluslararası sözleşme, belgeler ve mevzuatta düzenlenmiştir. Bazı düzenlemelerde, herkesin adil ve uygun çalışma hakkı olduğu ifade edilmiş, bazılarında ise çalışmaktan kaçınma hakkı ayrıca düzenlenmiştir.

Örneğın, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin olarak getirilen düzenlemeye göre “Herkesin çalışma mesleğini seçme ve adil ve uygun iş koşullarında çalışma hakkı bulunmaktadır.” Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Kültürel Haklar Antlaşmasında da “antlaşmaya taraf olan devletlerin, herkesin adil ve uygun çalışma koşullarına sahip olmasını ve bu koşulların özellikle sağlık ve güvenlik gereklerini karşılıyor olması hususunu tanımaktadır” ifadesi yer almaktadır.¹⁸

Yine Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan Avrupa Sosyal Şartının I. Bölümünde, tüm çalışanların, adil çalışma ve güvenli çalışma koşullarına sahip olma hakkı olduğu, (m.2,3) ifade edilmiştir. II. Bölümün 3. maddesinde de sözleşmeli tarafların, güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları hakkının etkin biçimde korunmasını sağlamak üzere, güvenlik ve sağlık alanında yasal düzenlemeler yapmayı, gözetim önlemleriyle bu düzenlemelerin uygulanmasını sağlamayı, gerektiğinde iş güvenliği ve sağlığını geliştirmeyi amaçlayan önlemler konusunda çalıştıran ve çalışanların örgütlerine danışma yükümlülüğü öngörülmüştür.¹⁹

Uluslararası Çalışma Örgütünün ILO'nun, Anayasasında ve temel bildirgelerde iş sağlığı ve güvenliğinin temel ilke ve kuralları düzenlenmiştir. ILO Anayasasının

¹⁶ Geiser T./Müller R., Arbeitsrecht in der Schweiz. 3. Aufl. Bern 2015, s.72; Vischer F., Der Arbeitsvertrag 3. Aufl. Basel 2005.

¹⁷ Aynı yönde Demircioğlu/Korkmaz/Kaplan, s.213, 214; Soyer, s.581; Sarıbay, Öztürk, s.120.; Levent, s.322; Aydın, s.180 vd.

¹⁸ RG. 6.2.2015, 29259.

¹⁹ RG. 14.10.1989, 20312; Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartı, 27.06.2007 tarihinde Türkiye tarafından bazı çekincelerle onaylanmıştır.

da örgütün amaçları arasında işçilerin genel sağlık sorunlarından, iş kazası ve meslek hastalıklarından korunmaları yer almıştır. Bu hedeflere 1944 yılında onaylanan Filadelfiya bildirgesinde getirilen yeni hedefler eklenmiştir. Bunlar arasında “her işçinin hayatını sağlığını koruma altına almak” hedefi de yer almıştır.

Uluslararası Çalışma Konferansının 27 Mayıs - 11 Haziran 2022 tarihleri arasında gerçekleşen 110. Oturumunda “Sağlıklı ve güvenli çalışma ortamını”, çalışma yaşamında temel ilke ve hak²⁰ statüsüne yükseltme kararı verilmiştir.²¹ Bu karar ile ILO, “Her işçinin hayatını ve sağlığını koruma altına almak” hedefi doğrultusunda çok önemli bir adım atmıştır. Ayrıca Kararın 3. maddesinde 155 ve 187 sayılı sözleşmelerin temel sözleşme olduğu ifade edilmiştir.

ILO’nun, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin olarak kabul ettiği sözleşmeler arasında yer alan, 1981 tarihli İş Sağlığı ve Güvenliği ortamına ilişkin 155²² ve 1985 tarihli İş Sağlığı Hizmetlerine ilişkin 161²³ sayılı ve 187²⁴ sayılı sözleşmelerde iş sağlığı ve güvenliğinin temel ilkeleri yer almıştır.

155 sayılı Sözleşmenin 1 ve 2. maddelerinde, bu sözleşmenin bütün ekonomik faaliyet kollarında çalışan bütün işçilere uygulanacağı, 4. maddesinde ise, iş güvenliği, iş sağlığı ve çalışma ortamına ilişkin tutarlı bir ulusal politika geliştirileceği, bu politikanın amacının işle bağlantılı olan veya işin yürütümü sırasında ortaya çıkan kaza ve yaralanmaları, çalışma ortamında bulunan tehlike nedenlerini mümkün olduğu ölçüde asgariye indirmek olduğu ifade edilmiştir.

161 sayılı Sağlık Hizmetlerine İlişkin Sözleşmede ise “iş sağlığı hizmetleri” işletmedeki, işveren ve onların temsilcilerine “işle ilgili en uygun fiziksel, zihinsel sağlık koşullarını karşılayacak düzeyde, güvenli ve sağlıklı bir anlaşma ortamı oluşturma ve bunu sürdürmek için gereksinimler”, “işin işçilerin fiziksel ve zihinsel sağlık koşullarını karşılayacak düzeyde güvenli çalıştırma ortamı oluşturmak konularında tavsiyede bulunma sorumluluğu olan hizmetler” olarak tanımlanmıştır (m.1). Sözleşmenin 13. maddesinde bütün işçilerin, yaptıkları işin ihtiva ettiği sağlık tehlikeleri hakkında bilgilendirileceği, 15. maddesinde ise, sağlık so-

²⁰ Çalışma Yaşamında Temel İlke ve Haklar Bildirgesinde yer alan dört ilke:
1. Sendikalaşma özgürlüğü ve toplu pazarlık hakkının etkin biçimde tanınması,
2. Zorla ya da zorunlu çalıştırmanın tüm biçimlerinin ortadan kaldırılması,
3. Çocuk işçiliğine etkin biçimde son verilmesi,
4. İstihdamda ve meslekte ayrımcılığın ortadan kaldırılmasıdır.

²¹ https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_848632.

²² RG. 13.01.2004, 25345.

²³ Piyal B., (Çev.) 155 ve 161 sayılı ILO Sözleşmeleri, http://www.kalitesigma.com/kutuphane/155_161_ilo Ayr. bkz.. Oğuz, Ö., AB Direktifleri ve Türk İş Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenlerin Yükümlülükleri ve İşçilerin Hakları, İstanbul 2011, s.30.

²⁴ RG. 08.10.2013. 28789.

runları ve bu nedenle işe gelememe ile işyerinde var olabilecek sağlık tehlikeleri arasında herhangi bir ilişkinin olup olmadığının tespiti için bu durumun sağlık hizmetlerine bilgilendirileceği öngörülmüştür.

Diğer taraftan, ILO'nun 2006 yılında kabul ettiği 187 sayılı İş Sağlığı Güvenliğini Geliştirme Çerçeve Sözleşmesinde de bu sözleşmeyi onaylayacak ülkeler, iş sağlığı ve güvenliğinin gerçekleştirilmesi ve geliştirilmesi için sosyal taraflara danışarak belirlenecek ülke şartlarına uygun ulusal politikalar yoluyla sağlanması yükümlüğü getirilmektedir. Sözleşme Türkiye tarafından da onaylanmıştır.

Çalışmaktan Kaçınma hakkına ilişkin düzenleme ILO'nun 155 sayılı sözleşmesi ve Avrupa Birliği'nin 89/391 sayılı Avrupa Birliğinin Çerçeve Yönergesinde yer almıştır.

b. 155 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin Sözleşme

Çalışmaktan kaçınma hakkının uluslararası dayanağı, Türkiye tarafından onaylanan İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına ilişkin 155 sayılı ILO sözleşmesidir. Sözleşmenin 5/e, 13 ve 19 f.e hükümlerinde çalışmaktan kaçınma hakkı ve bu hakkın hangi koşullar altında kullanılacağı düzenlenmiştir.

Sözleşmenin 13. maddesine göre, “Sağlığı ve hayatı için ciddi ve vaki olmasından korktuğu tehlike nedeniyle haklı bir gerekçeyle, işinden uzaklaşan bir işçi, işinden uzaklaşması nedeniyle olabilecek uygunsuz (hukuka aykırı) sonuçlara karşı ulusal koşullar (kanunlar) ve uygulamaya uygun bir şekilde korunacaktır”. Sözleşmenin 19. maddesinde de bir işçinin, hayatı ve sağlığı için bir tehlike oluşturduğuna ve yakında vaki olacağına haklı nedenlerle inandığı durumu derhal bir üstüne rapor edeceği, işverenin de bu durumun giderilmesi için gerekli önlemi alıncaya kadar yaşam ve sağlık için ciddi tehlike oluşturmaya devam eden çalışma alanına işçilerin dönmesini istemeyeceği öngörülmüştür (m.19/f).

155 sayılı Sözleşmenin m.5/e hükmünde ise, işçilerin ve işçi temsilcilerinin bu sözleşmenin dördüncü maddesine atıfta bulunulan politikalara uygun olarak yaptıkları eylemler nedeniyle herhangi bir disiplin cezalarına karşı korunması gerekliliği ifade edilmiştir.

Dördüncü madde de öngörülen politikaların amacı, işle bağlantılı olan veya işin yürütümü sırasında ortaya çıkan kaza ve yaralanmaları, çalışma ortamında bulunan tehlike nedenlerini mümkün olduğu ölçüde asgariye indirerek önlemek olacaktır.

Sözleşmeyi onaylayan AB üyesi ülkeler ve diğer ülkeler mevzuatlarında 155 sayılı sözleşmenin belirtilen maddelerine benzer düzenlemelere, diğer önemli sayıda ülkeler ise maddelere aynen yer vermiştir.²⁵ Kanunlarında m.13 ve m.19f.e

²⁵ Geniş bilgi için bkz. Sarıbay Öztürk, s.62 vd.

hükmüne yer vermeyen ülkelerde ise amir pozisyonunda olan birisinin kararı olmadıkça çalışmaktan kaçınma hakkı yoktur.²⁶

İsviçre 155 sayılı ILO Sözleşmesini onaylamamıştır.²⁷ Ancak İsviçre ILO'nun 1990 tarih ve 170 sayılı Kimyasal Maddelerin Kullanımında Güvenlik Hakkında Sözleşmeyi 25.04.2022 tarihinde onaylamıştır.²⁸ Sözleşmede kimyasalların kullanımında devletin ve işverenlerin sorumluluğu, işçinin yükümlülükleri, hakları düzenlenmiştir. Madde 18 hükmüne göre, işçiler kendi güvenlik ve sağlıklarına yönelik yakın ve ciddi bir tehlikenin olduğuna dair makul bir gerekçeye sahip olduklarında hemen amirlerine haber vererek kimyasal maddelerin kullanımından kaynaklanan tehlikeden uzaklaşma haklarını kullanabilirler (m.18/1). İşçiler çalışmaktan uzaklaşma haklarını kullanmaları nedeniyle haksız işlemlere karşı korunacaktır (m.18/2). İlgili işçiler ve temsilcileri işte kullanılan kimyasal maddelerin özellikleri ve hammaddelerin tehlike durumları, alınması gereken tedbirler hakkında bilgilendirilme ve eğitim alma haklarına sahiptir (m.18/3).

170 sayılı sözleşme Türkiye tarafından onaylanmamıştır. Ancak Avrupa Parlamentosu ve Konseyi direktifleri dikkate alınarak hazırlanan Kimyasal Maddelerle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Hakkında Yönetmelik²⁹ çıkarılmıştır.

c. 89/391 sayılı Avrupa Birliği Çerçeve Yönergesi

İşçilerin işte sağlık ve güvenliklerinin iyileştirilmesi için önlemler almak amacıyla çıkarılan, İşte Çalışanların Sağlık ve Güvenliklerini İyileştirmeye Yönelik Tedbirler Alınmasına ilişkin 12 Haziran 1989 Tarih ve 89/391/EEC Sayılı Çerçeve Yönergesinin 8. maddesinde, işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. İşverenin işyerinde iş sağlığı ve güvenliği için ciddi ve yakın tehlike altında olan veya olabilecek riskler ve bu risklerden korunmak için alınan tedbirler hakkında işçilere bilgi vermesi, ciddi yakın ve kaçınılmaz tehlike karşısında kalan işçilerin çalışmayı bırakmaları veya işyerini derhal terk ederek güvenli bir yere geçmesi için işçilere talimatlar vermesi, işverenin tehlike devam ettiği sürece, işçilerin işe devam etmelerini istemeyeceği öngörülmüştür. Yine tehlike anında işi veya tehlikeli bölgeyi terk eden işçinin yasalarla korunacağı, dikkatsizlik ve ihmal olmadığı sürece işçilerin hareketlerinden zarara uğramayacakları hükme bağlanmıştır.³⁰

²⁶ Bkz. Sarıbay, s.63.

²⁷ https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11.300:0::No:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312300.

²⁸ https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11.300:0::N:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312315.

²⁹ RG. 12.08.2013, 28733.

³⁰ <https://www.isguvenligi.net/wp-content/uploads/abisig-direktifi.pdf>; Ayrıca bkz. Sarıbay Öztürk, sh. 63.

Ayrıca Yönergede, işverenin işçilerin sağlık ve güvenlik eğitimi almasını temin edeceği, işçilerin aldıkları eğitim ve işverenin talimatı gereği kendi sağlık ve güvenliklerinden sorumlu oldukları gibi hareketlerinden diğer işçilerin etkilenmesinden de sorumlu olacakları (m.13), işverenin ve çalışanların yükümlülükleri de düzenlenmiştir (m.11, 13). 89/391 sayılı Yönergeyi imzalayan ülkeler mevzuatlarında 155 sayılı Sözleşmenin yukarıda belirtilen maddelerinde yer vermiştir.³¹

Avrupa Birliğinin, işyeri iş teçhizatı, iş kolları ve özellikle işler hakkında; fiziksel, kimyasal ve biyolojik etkenler hakkında, risk gruplarının korunmasına ve çalışma sürelerine ilişkin direktifleri de vardır.

2. Ulusal Kaynaklar

a. Genel Olarak

İşverenin işyerinde işletme tehlikelerine karşı işçileri koruyucu önlemler alma yükümlülüğü, hem özel hukuk (Borçlar Hukuku) kuralları ile hem de kamu hukuku kuralları ihtiva eden kanunlarla düzenlenmiştir. Gerek özel gerekse kamu hukukuna ilişkin hükümler birbirlerini tamamlayıcı niteliktedir. Zira, hem özel hukuk kuralı niteliğinde olan TBK m.417 hükmü, hem de kamu hukuku niteliğindeki İSGK m.4 hükmü bütün iş ilişkilerinde işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcunu düzenlemektedir.

İş güvenliği hükümlerine ilişkin Kamu Hukuku ve Özel Hukuk arasındaki etkileşim, iş güvenliğinin daha etkin bir şekilde sağlanmasında büyük yarar sağlar.³²

b. Özel Hukuk Niteliği Olan İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Hükümler

İşyerinde işverenin, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğü, işçiyi koruma ve gözetme borcundan doğar. Taraflar arasındaki hizmet sözleşmesi gereği işveren, koruma ve gözetme borcu çerçevesinde gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almakla yükümlüdür. Bu yükümlülük kaynak İsviçre Borçlar Kanunu OR. Art.328'de olduğu gibi³³ Türk Borçlar Kanununun 417. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre, işveren işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri eksiksiz bulundurmakla yükümlüdür. 417. maddedeki işverenin işçinin sağlığını koruma borcu onun diğer gözetme borçları yanında, hizmet akdinin muhtevasında yer alan koruma fikrinin bir ifadesidir. Bu hükümle, işverenin borçları genişletilmiş, böylece hizmet akdinin iktisaden zayıf tarafı olan işçinin hukuk açısından korunması sağlanmıştır.³⁴

³¹ Sarıbay Öztürk, s.62.

³² Uluhan, s.46; Kaplan, Sorumluluk, s.52.

³³ Rehbindler/Stöckli, OR. Art.328.

³⁴ Kaplan, Sorumluluk, s.12.

TBK'nın 417. maddesi özel hukuk niteliğinde bir madde olduğu için, maddede yer alan kurala uyulmaması halinde özel hukuk yaptırımları (tazminat) uygulanır.³⁵ Nitekim, m.417/3'e göre, "İşverenin kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir". Bu hükümle, işveren ile işçi arasında hizmet ilişkisinden doğan, menfaat dengesinin düzenlenmesi amaçlanmıştır.

Ancak zararın tazmin yükümlülüğü, maddede getirilen işçinin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi alma yükümlülüğünün asıl amacı olan, işçinin korunması açısından yeterli olmaz. Zira iş güvenliğine ilişkin düzenlemelerde asıl amaç, "işverenin önlem almasını sağlayarak" iş kazaları ve meslek hastalıklarının önlenmesidir.³⁶ Bu durum, kamu hukuku niteliği taşıyan iş güvenliğine ilişkin hükümlerin çeşitli kanunlarda düzenlenmesi gereğini hasıl etmiştir.

c. Kamu Hukuku Kurallarında Getirilen Koruyucu Önlemler

Kamu hukuku nitelikli iş sağlığı, iş güvenliğine ilişkin kurallarda, işyerinde işçileri kazalardan korumak için ne gibi uygun önlemlerin alınması gerektiği, iş kazaları ve meslek hastalıklarını önlemek için alınacak teknik koruyucu tedbirler öngörülmüştür. Kamu hukuku karakterli bu düzenlemelerde devlet, işvereni iş sağlığı ve güvenliği yönünden işyerinde gerekli tedbirleri almakla zorunlu tutmuş ve aykırı davranış halinde idari ve cezai müeyyideler öngörülmüştür.

Kamu hukuku niteliği taşıyan iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümlerin en önemlileri başta Anayasa olmak üzere, İş Kanunu, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu³⁷ (m.21 ve 22.), Umumi Hıfzıssıhha Kanunu³⁸ (m.173-180), Belediyeler Kanununda³⁹ (m.15) yer almıştır. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, iş sağlığı ve güvenliği hakkında detaylı düzenlemelerin yer aldığı bir kanundur.

aa. Anayasada Yer Alan Düzenlemeler

İş güvenliğine ilişkin düzenlemeler çeşitli ülke anayasalarında⁴⁰ olduğu gibi 1982 Anayasasında⁴¹ da yer almıştır. Anayasada iş güvenliği hakkı açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte, çeşitli maddelerde bu hakkı korumaya yönelik ilkeler

³⁵ Süzek, İş Güvenliği, s.176 vd.; Kaplan, Sorumluluk, s.52.

³⁶ Ulsan, s.44 vd.; Kaplan, Sorumluluk, s.52.

³⁷ RG. 16/6/2006, 26200.

³⁸ RG. 6/5/1930, 1489.

³⁹ RG. 13/7/2005, 25874.

⁴⁰ Süzek, İş Güvenliği, s.19.

⁴¹ RG. 9/11/1982, 17863 (Mükerrer).

dolaylı bir şekilde düzenlenmiştir.⁴² İsviçre Federal Anayasasının 10. maddesinde de herkesin yaşam hakkına sahip olduğu, özellikle fiziksel ve ruhsal sağlığının güvence altına alındığı düzenlenmiştir.

Anayasanın özellikle 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin "insan haklarına saygılı sosyal bir hukuk devleti olduğu", 5. maddesinde ise, devletin kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlama, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama ödevi öngörülmüştür. Anayasanın 17/I maddesinde herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma hakkına sahip olduğu, 49. maddesinde ise, çalışmanın her kesin hakkı ve ödevi olduğu; devletin, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları korumak ve çalışmayı desteklemek üzere gerekli tedbirleri alacağı, devletin işçi işveren ilişkilerinde çalışma barışının sağlanmasını kolaylaştırıcı ve koruyucu tedbirler alacağı ifade edilmiştir.

50. maddesinde küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanların çalışma şartları bakımından özel olarak korunacağı, çalışanların dinlenme hakkı, 56. maddesinde, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu, devletin herkesin, hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlayacağı, 60. maddesinde ise herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir.

bb. İş Kanununda Yer Alan Hükümler

4857 sayılı İş Kanununun işçi ve işverenin yükümlülüklerini öngören iş sağlığına ve güvenliğine⁴³ ilişkin hükümleri (m.77-89) 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 37. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. İş Kanununda iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin diğer düzenlemeler iş sürelerine ve kadın ve çocukların korunmasına ilişkindir. Bunlara örnek olarak, fazla çalışmaya ilişkin m.41-43; hafta tatilini düzenleyen m.46; yıllık ücretli izinle ilgili m.54-61; hazırlama ve tamamlama işleri hakkında m.70 gösterilebilir. Ayrıca çocuk, genç ve kadın işçileri korumaya yönelik olarak çalışma yaşı ve çocukları çalıştırma yasağı m.71'de onsekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların yer ve su altında çalıştırma yasağı m.72'de, sanayiye ait işlerde onsekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin gece çalıştırılma yasağı m.73'te, kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere kural olarak toplam onaltı haftalık sürede çalıştırılmaması, m.74'te düzenlenmiştir.

cc. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda Getirilen Hükümler

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun amacı "işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması, mevcut sağlık ve güvenlik şart-

⁴² Süzek, İş Güvenliği, s.20.

⁴³ Basın İş Kanununda ve Deniz İş Kanununda ise, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenleme yer almamıştır.

larının iyileştirilmesi için işveren ve çalışanların, görev, yetki, sorumluluk hak ve yükümlülüklerini düzenlemektir.” Kanununun 13. maddesinde iş kazası hakkında bir tanım getirilmemiş olmakla beraber, iş kazasının hangi hal ve durumlarda meydana geleceği sayılmıştır.⁴⁴ İş kazası işçinin işverenin otoritesi altında çalıştığı sırada aniden veya kısa bir zaman süre içinde meydana gelen ve sigortalının beden ve ruh bütünlüğünde zarar husule getiren bir dış olaydır.

5510 sayılı Kanununun 21. maddesinde iş kazası ve meslek hastalığı bakımından işverenin ve üçüncü kişilerin sorumluluğu düzenlenmiştir. 22. maddede ise kastı nedeniyle uğradığı kaza iş kazası olarak kabul edilmiş, ancak sigortalıya kanunen yapılacak parasal yardımların (geçici iş göremezlik ödeneği ve sürekli iş göremezlik geliri) kapsamı konusunda bir sınırlama getirilmiştir (m.22/c). Maddede getirilen düzenlemeye göre, tedavi gördüğü hekimden, tedavinin sona erdiğine ve çalışabilir olduğuna dair belge almaksızın çalışan sigortalıya geçici iş göremezlik ödeneği ödenmez, ödenmiş olanlar da geri alınır (m.22d). Süresinde bildirilmeyen sigortalılıktan doğan sorumluluk da 23. maddede düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile işverenin işçilerini sigortalı olarak çalıştırmaya teşvik etmek amaçlanmıştır.

dd. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Getirilen Düzenlemeler

aaa. Genel Olarak

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin, mevzuattaki düzenlemeleri bir araya getirmek ve etkin bir iş sağlığı ve güvenliğinin uygulanması amacıyla hazırlanan bir Kanundur.⁴⁵ Kanunun hazırlanmasında, Türkiye tarafından onaylanan 155 ve 161 sayılı ILO sözleşmelerin ve Avrupa Birliğinin 1989 tarihli ve 89/391 sayılı Çerçeve Direktifi dikkate alınmıştır. 2012 yılında yürürlüğe giren İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 37. maddesi ile 4857 sayılı İş Kanununun İş Sağlığı ve Güvenliğine ilişkin 2. maddesinin 4. fıkrası, 63 maddesinin 4. fıkrası, 69. maddesinin 4, 5, 6. fıkraları. 77, 78, 79, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 95, ve 105. maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 1. maddesinde Kanunun amacının “işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve mevcut sağlık ve güvenlik şartlarının iyileştirilmesi için işveren ve çalışanların görev, yetki ve sorumluluk, hak ve yükümlülüklerini düzenlemek” olduğu hükme bağlanmıştır. Kanunun 2. maddesinde getirilen düzenlemeye göre, bu kanun kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dahil olmak üzere tüm çalışanların faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır

⁴⁴ Güzel A./Okur A.R./Caniklioğlu N., Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2021, s.375; Taşkent, S., İş Kazası Kavramı, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, C.II, İstanbul 2001, s.1954.

⁴⁵ Süzek, İş Güvenliği, s.62 vd.

(m.2). Ayrıca bu Kanun, sadece İş Kanununa tabi olarak çalışanlar değil, Deniz İş Kanununa, Basın İş Kanununa ve Borçlar Kanununa tabi olarak çalışan işçiler, çırak, stajyer, sözleşmeli personel, memur ve diğer kamu görevlilerine de uygulanacaktır.

bbb. İş Sağlığı ve Güvenliğinin Sağlanmasında İşverenin ve Çalışanın Yükümlülükleri

aaaa. İşverenin Yükümlülükleri

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 4. maddesinde işverenin, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliklerini sağlamakla yükümlü olduğu, bu bağlamda mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dahil her türlü tedbirin, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapacağı öngörülmüştür⁴⁶ (1/a).

İşveren, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak yükümlülüğündedir. Her işyeri veya işletmede işveren tarafından alınması gerekli iş güvenliği önlemleri, o işyeri veya işletmenin ekonomik, teknik ve mali özellikleri ve yapısı ile bağlantılıdır. Ayrıca, her somut olayda işverenin koruyucu önlemleri alma borcunun kapsamı işverenin koruma ve gözetme borcu gereği olarak o andaki ilerlemenin durumuna elverişlilik ve yapılan işin niteliği dikkate alınarak tespit edilir.⁴⁷

O halde işveren işçinin sağlığını ve hayatını tehlikeye sokacak riskleri ortadan kaldırarak, ona işletme tehlikelerine karşı her türlü tedbirin alındığı bir işyeri ve iş ortamı hazırlamakla yükümlüdür. İşveren, işçi seçiminde dikkatli davranarak, işyerinde işçileri meslek ve kabiliyetlerine uygun yerlere yerleştirerek, onları tehlikelere karşı uyarmalıdır.

İşverenin yükümlülüklerinin yerine getirilmesinde göz önünde bulundurulacak ilkeler; risklerden kaçınmak, kaçınılması mümkün değilse gerekli önlemleri almak, risklerle kaynağında mücadele etmek, işin kişilere uygun hale getirilmesi için işyerlerinin tasarımı ile iş ekipmanı, çalışma şekli ve üretim metotlarının seçiminde özen göstermek, teknik gelişmelere uyum sağlamak, teknoloji, iş organizasyonu, çalışma şartları, sosyal ilişkiler ve çalışma ortamı ile ilgili faktörlerin etkilerini kapsayan tutarlı ve genel bir önleme politikası geliştirmek, toplu koruma tedbirlerine öncelik vermek, çalışmalara uygun talimatlar vermektir (m.5/I).

İşverenin diğer yükümlülükleri; çalışanların sağlık gözetimine tutulmalarını sağlamak (m.15), acil durum planları, yangınla mücadelede ilk yardım (m.11), tahliye (m.12), iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturma (m.22), iş güvenliği uzmanı (m.6) ve işyeri hekimi görevlendirmektir (m.6).

⁴⁶ Y.10.HD., T.01.03.2018, E.2017/6321, K.2018/1598, www.kazanci.com.

⁴⁷ Ulusan, s.90; Kaplan, Sorumluluk, s.46.

bbbb. Çalışanların Yükümlülükleri

Çalışanlar iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür (İSGK m.19). Bu bağlamda çalışanların yükümlülüklerini işyerinde kendilerine tahsis edilen makine, araç ve gereçleri usulüne uygun olarak kullanmak ve TBK m.396/II'ye göre bu malzemeye özen göstermek, kendilerine sağlanan kişisel koruyucuları kullanmak, işyerinde güvenlik yönünden ciddi ve yakın tehlike ile karşılaştıklarında işverene veya çalışan temsilcisine haber vermek, tespit edilen noksanlıkların giderilmesi konusunda işveren ve çalışan temsilcileri ile işbirliği yapmak, kendi görev alanında iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için işveren ve çalışan temsilcileri ile işbirliği yapmak, bağlılık yapan maddeleri kullanma yasağına uymaktır (m.28/I).

Çalışanların iş görme ediminin ifası için tahsis edilen, makine araç ve gereçleri özen göstererek usulüne uygun olarak kullanmaları gerekir (TBK m.396/II). Bu yükümlülük sadakat borcunun gereğidir. Nitekim TBK 396 maddesinde çalışanların yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinde sadakatle davranmak zorunda olduğu hükme bağlanmıştır (396/I).

6331 sayılı Kanunda getirilen işveren ve çalışanların hak ve yükümlüklerine ilişkin düzenleme, işyerlerinde meydana gelen iş kazaları ve meslek hastalıklarında sorumlulukların belirlenmesi açısından ve sorumluların kusur oranlarının tespitinde önemlidir.⁴⁸

III. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa Göre Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Koşulları

1. Genel Olarak

Ülkemizde çalışmaktan çalışma hakkı ilk önce 4857 sayılı Kanunda yer almıştır (İŞK m.83). 2012 yılında yürürlüğe giren 6331 sayılı Kanunun 37. maddesi ile 4857 sayılı Kanunun İş Sağlığı ve Güvenliğine ilişkin bazı maddeleri ile 83. maddesinin de yürürlükten kaldırılması nedeniyle 6331 sayılı Kanunun 13. maddesinde yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin hazırlanmasında 155 sayılı ve

⁴⁸ Nitekim, Adana B.A.M. 12 HD'nin bu konuya ilişkin olarak verdiği kararında; davalı işverenin işyerinde çalışan sigortalı işçinin işyerinin 7. katında demir bağlama işi yaptığı sırada ayağının altında bulunan tahtanın kırılmasıyla boşluğa düşmesi sonucu vefatına ilişkin olayda işverenin iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili eğitimler vermeden, işe giriş raporu düzenlenen, kişisel koruyucu donanımları vermeyip ve kullanımını sağlamayarak 6331 sayılı Kanunun 5, 6, 7 ve 13. maddeleri ile Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin, Yapı İşlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliğin (a) ve (b) bentlerindeki gereklerin ihmali nedeniyle %90 kusurlu olduğuna" müteveffanın işinde gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek çalışması, ciddi bir tehlike karşısında çalışmaktan kaçınma hakkını kullanarak durumu işverene bildirme yükümlülüklerini 6331 sayılı Kanunun 13 ve 19. maddesi ihmali nedeniyle %10 kusurlu olduğuna "ilişkin yerel mahkeme kararının" işverenin ağır kusurlu olduğu, kazalı sigortalının müterafik kusurunun söz konusu olduğu, tazminat tesbit edilirken oluşan zarardan mahkemece kusur durumuna göre yapılan indirimin olayın oluşuna uygun olduğu kanaatine vararak, davacının istinaf taleplerinin reddine" karar vermiştir. Adana B.A.M. 12.HD. 07.06.2023, Dosya No: 2021/2578, Karar No: 2023/744 (Özel Arşiv).

161 sayılı ILO sözleşmelerine uygun bir kanuni düzenleme yapılmasına çalışılmış ve Avrupa Birliği'nin 89/391 sayılı Çerçeve Direktifi de dikkate alınmıştır.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun m.13 hükmünde getirilen düzenlemeye göre, ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar kurula, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir (m.13/1) Kurul veya işverenin çalışanın talebi yönünde karar vermesi halinde çalışan gerekli tedbirler alınmaya kadar çalışmaktan kaçınabilir (m.13/2). Çalışanlar ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda birinci fıkradaki usule uymak zorunda olmaksızın işyerini ve tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gider. Çalışanların bu hareketlerinden dolayı hakları kısıtlanamaz (m.13/3). Getirilen düzenlemede çalışmaktan kaçınma hakkının iki durumda kullanılacağı öngörülmüştür. Çalışan ciddi ve yakın tehlike ile karşılaşarsa kural olarak iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvurarak talebinin kabulü halinde çalışmaktan kaçınabilir. Ancak ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olması halinde kurula başvurmadan güvenli yere gider.

2. Kurula veya İşverene Başvurarak Kaçınma Hakkı

İşveren işyerinde gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda çalışan çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir. 6331 sayılı Kanunun 13. maddesine göre, "ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalanlar çalışanlar kurula, kurulun bulunmadığı yerde ise işverene başvurarak durumun tespitini ve gerekli tedbirlerin alınmasını talep edebilir. Kurul acilen toplanarak, işveren ise derhal kararını verir ve durumu tutanakla tespit eder. Karar çalışana ve çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirilir" (m.13/1). Kurul veya işverenin çalışanın talebi yönünde karar vermesi halinde çalışan, gerekli tedbirler alınana kadar çalışmaktan kaçınabilir (m.13/2).

a. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Koşulları

aa. Ciddi ve Yakın Bir Tehlike Olması

İş Kanununun mülga 83 maddesinde tehlikenin ciddi, yakın ve hayati olması aranmıştır. 6331 Sayılı Kanunun 13. maddesine göre ise, işçinin iş sağlığı ve güvenliğini tehlikeye sokacak tehlikenin ciddi ve yakın olması yeterlidir. Bu düzenleme 155 sayılı sözleşme ve 89/391 sayılı Yönerge ile uyumludur.

Maddede getirilen düzenlemeye göre, çalışanın çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi için, öncelikle ciddi ve yakın bir tehlike ile karşı karşıya kalması gerekir.⁴⁹

⁴⁹ İnciroğlu L., İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Çalışanın Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Y.2014, C.20, S.11, s.817.

Doktrinde “ciddi ve yakın” ifadesinin yerine, bizim de katıldığımız ciddi veya yakın ifadesinin kullanılmasının yerinde olacağı, zira kanundaki ciddi ancak sonuçları uzun vadede ortaya çıkabilecek tehlikelerde çalışanlara çalışmaktan kaçınma hakkı vermeyeceği görüşü ifade edilmiştir.⁵⁰ Örneğin Pnömonyoz (Akciğer Toz Hastalığı) tozlarla maruz kalma neticesinde ortaya çıkan, uzun vadede tehlike yaratan hastalıktır (Tozla Mücadele Yönetmeliği m.4/h.). Bu tür tozlarla ortaya çıkan riskler, uzun vadede hayati tehlike yaratmalarına karşılık “yakın” nitelik taşımadıkları için bu tür tehlikeler de çalışanların çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmaları da mümkün olmayacaktır.⁵¹

6331 sayılı Kanunda tehlike “işyerinde var olan ya da dışarıdan gelebilecek, çalışanı veya işyerini etkileyebilecek zarar veya hasar verme potansiyeli” olarak tanımlanmıştır (m.3/p). Tehlikenin ciddi olması, işin normal riskinin üzerinde riske sahip olmasıdır. Yani çalışanın iş sağlığı güvenliğini bozacak ve vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak nitelikte olması gerekir. Tehlikenin yakın olması ise, henüz gerçekleşmemiş ancak çok kısa bir zamanda gerçekleşmesinin mümkün olmasıdır.⁵²

Tehlikenin ciddi ve yakın olması gerekir. Örneğin, inşaatlarda, yüksek binalarda baret ve emniyet kemeri takmadan çalışan işçilerin ciddi ve yakın tehlike altında oldukları söylenebilir. Ayrıca işyerinin elektrik ve topraklama tesisatlarında eksiklik tespit edilmesine rağmen çalışan işçiler ve güvenli olmadığı halde elektrik kaçağı olabilecek zımpara makinası ile çalışmaktan kaçınmayan işçi de ciddi ve yakın bir tehlike altındadır.

Bireysel vakalarda riski değerlendirmek güçtür. Bu nedenle tehlikenin yakın ve ciddi olmasının tespiti her somut olaya göre değerlendirilmelidir. Zira bu tehlikeler işe bağlı olarak ortaya çıkabilirler ve işletmenin özelliğine göre değişik nitelikte olabilirler. Damda çalışan işçinin karşılaşacağı tehlike, yerde veya fabrikada çalışan işçinin karşılaşabileceği tehlikelerden farklı olabilir. İşletmenin büyük veya küçük oluşu, makinaların değişik olması da muhtemel tehlikelerin daha değişik olmasına neden olur.

155 sayılı sözleşmeye göre, çalışanın yaşamı veya sağlığı için yakın ve ciddi tehlike oluşturduğuna makul gerekçelerle inandığı bir çalışma durumunda çalışan çalışmaktan kaçınabilir.

⁵⁰ Süzek, s.945, Süzek “ciddi ve yüksek veya hayati ifadesini uygun bulmaktadır; Bkz, Mollamahmutoğlu, Astarlı/Baysal, s.1455; Baycık, G., Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yeni düzenlemeler, Ankara Barosu Dergisi 2013/3, s.117; Göktaş, s.221, dn.45; Eyrenci Ö./Taşkent S./Ulucan D./Esra B.; İş Hukuku, İstanbul 2020, s.408; Sarıbay, s.78 vd; Çelik N./Caniklioğlu N./Canbolat T./Özkaraca E., İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2022, s.396.

⁵¹ Süzek, s.945.

⁵² Bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1454.

Diğer taraftan, çalışma hakkının kullanılması tehlikenin işin niteliğinden değil, gerekli iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin alınmaması nedenine bağlıdır. Nitekim Kimyasal Maddelerle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelikte⁵³ getirilen düzenlemeye göre “işveren, kimyasal maddelerle çalışmalarda, çalışanların bu maddelere maruziyetini önlemek, bunun mümkün olmadığı hallerde en aza indirmek ve çalışanların bu maddelere maruziyetini önlemek, bunun mümkün olmadığı hallerde en aza indirmek ve çalışanların bu maddelerin tehlikelerinden kaçınması için gerekli tüm önlemleri almakla yükümlüdür”. O halde kimyasal maddelerin kullanıldığı işyerlerinde sağlık ve güvenlik önlemlerinin alınmaması nedeniyle çalışma koşullarında acil, yakın tehlike oluşması halinde çalışan çalışmayı bırakma hakkını kullanabilir.

Diğer taraftan işyerinde bulaşıcı veya ölümlü neticelenebilecek bir hastalığın ortaya çıkması durumunda çalışanın kaçınma hakkını kullanıp kullanamayacağı konusu üzerinde de durulması gerekir. İşin niteliği gereği acil ve yakın bir tehlike söz konusu olmakla beraber çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi için gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması gerekir. O halde gerekli önlemler alındığı sürece çalışan çalışmaktan kaçınmaz.⁵⁴ Zira m.13 hükmünde acil ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalanların gerekli tedbirlerin alınmasını talep edebileceği ve talebi doğrultusunda karar verilmesi halinde, çalışanın gerekli önlemler alınana kadar çalışmaktan kaçınması öngörülmüştür.

Psikolojik taciz durumunda çalışmaktan kaçınma hakkı da üzerinde durulması gereken bir konudur. Zira psikolojik taciz işçinin ruhi durumunun sarsılmasına ve çalışma gücünün kaybına neden olan, işçinin kişiliğine yönelik, onu yıldırma amacıyla alaycı ve onur kırıcı bir davranıştır. İşyerinde psikolojik taciz, 6331 sayılı Kanununun 13. maddesine göre, işçinin beden ve özellikle ruh sağlığı için ciddi ve yakın tehlike oluşturuyorsa, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir.⁵⁵

bb. Ciddi ve Yakın Tehlikenin Tespiti için Kurula Başvuru ve Usulü

6331 sayılı Kanununun 13. maddesinde, ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar kurula, kurulun bulunmadığı işyerlerinde işe işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebileceği hükme bağlanmıştır.

Bu düzenlemeye göre, çalışanların ciddi ve yakın bir tehlike ile karşı karşıya kalması halinde, bu durumun tespiti için iş sağlığı ve güvenliği kuruluna, kuru-

⁵³ RG. 12.08.2013, 28733.

⁵⁴ Aynı yönde Soyer, s.683.

⁵⁵ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.364; Ertürk A.A., İş Hukuku Boyutuyla Türkiye’de Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Dünyadan Örnekler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Y.2014, C.20, S.11, s.308 vd.

lun bulunmadığı işyerlerinde işverene başvurmaları gerekir. Zira, 13. maddenin gerekçesinde da belirtildiği üzere, teknik özellikler taşıyan bir konu hakkında işçilerin karar vermeleri zordur. Çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmak isteyen çalışanların buna karar veremeyecekleri düşünülerek, işyerinde ciddi ve yakın bir tehlike ile karşı karşıya kaldıklarının, kurul kararı ile kurulun olmadığı yerde işverene başvurması durumunda işverenin kararı ile tespit edilmesi gerekir (İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik m.8/1, g).

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun, İş Sağlığı ve Güvenliği Kuruluna ilişkin 22. maddesinde getirilen düzenlemeye göre, elli veya daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalarda bulunmak üzere kurul oluşturulacağı, işverenin iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun kurul kararlarını uygulayacağı öngörülmüştür (m.22/1). İşverenin kurulun alacağı kararları yerine getirmemesi halinde işçinin çalışmaktan kaçınma veya iş sözleşmesini haklı fesihle sona erdirmeye hakkı vardır. Görevleri, yetkileri ve oluşum dikkate alındığında iş sağlığı ve güvenliği kurulunun, iş sağlığı ve güvenliği örgütlenmesinde en önemli bir birimi olduğu söylenebilir.⁵⁶

Çalışmaktan kaçınma hakkı talepleri ile ilgili olarak, kurul acilen toplanarak karar verir. Kurul 6331 sayılı Kanunun 13. maddesinde belirtilen çalışmaktan kaçınma hakkı taleplerinde yönetmeliğin m.9/1.a hükmüne göre olağan toplantı süresi dikkate alınmaksızın acilen toplanır. Toplantıda alınan karar çalışma ve çalışan temsilcisine yazılı olarak tebliğ edilir (Yön. m.9/3). Kurulun olmadığı işyerlerinde ise başvuru işveren veya işveren vekili derhal kararını verir ve durum tutanakla tespit edilir. Karar, çalışana ve çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirilir. Mevzuata uygun olarak verilen kurul kararları tarafları bağlar (m.13/1).

Kurul veya işveren çalışanın talebi doğrultusunda karar verirse, yani yakın ve acil bir tehlikenin bulunduğunu tespit ederse, çalışan gerekli güvenlik tedbirlerinin alınmasına kadar çalışmaktan kaçınabilir (m.13/2). Gerekli önlemlerin alınması neticesinde tehlike kaçınmayı haklı göstermeyecek şekilde ortadan kalkarsa, çalışanın iş görme edimini ifa etmesi gerekir. Aksi takdirde şartlar oluşursa, iş görme ediminin yerine getirilmemesi nedeniyle, işveren iş sözleşmesini haklı nedene dayanarak feshedebilir (İŞK m.25/II.h).

⁵⁶ Eyrenci (Taşkent Ulucan Eyrenci) s.379 vd.; Süzek, 10. Ba. s.890 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1392; Ekmeççi Ö., 4857 sayılı İş Kanununa göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, 127 vd.; Centel T., İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının Kuruluşu ve İşleyişi, Sicil, İHD, 29 Mart 2013, s.1323; Caniklioğlu N., 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri, Çalışma Mevzuatı Semineri Notları Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul 2012, s.52 vd (İşveren Yükümlülükleri); Arıcı, İş Güvenliği, s.145; Akın, L., İş Sağlığı ve Güvenliği ve Alt İşverenlik, Ankara 2013, s.127; Ertürk, Ş., İş Sağlığı ve Güvenliği Hukukunda İşverene Getirilen Yükümlülükler, Sicil İHD, Eylül 2012, S.(13.24) s.22, Y.22.HD. T.20.03.2017, E.2017/6149, K.2017/5501, www.kazanci.com.

Ancak kurul veya işveren aksi yönde, yani işçinin talebi hakkında olumsuz karar verirse, diğer bir deyimle işyerinde m.13/1 e göre, ciddi ve yakın bir tehlikenin bulunmadığı veya gerekli bütün tedbirlerin alındığına karar verirse, işçi çalışmaktan kaçınmaz.

Görüldüğü üzere, çalışanın çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi için kurulun, kurulun olmadığı yerlerde işveren veya işveren vekilinin çalışanın talebi doğrultusunda karar vermesi gerekir.

Kayseri BAM 7. Hukuk Dairesi bir kararında, güvenlik görevlisi olarak çalışan davalının, saat 24/8 vardiyasında görevli olduğu halde, çeşitli tarihlerde görevini ifa etmemesi nedeniyle iş sözleşmesinin işveren tarafından İş Kanununun 25/2, e. h bentlerine göre feshine ilişkin uyuşmazlıkta, “işten kaçınma hakkının usulünce işverene bildirilmediği”, “davacının devriye görevini ifa etmeyerek işten kaçınması durumunda, iş güvenliği mevzuatındaki prosedüre uyulmaması uyulmadığı nedeniyle işveren feshinin haklı ve geçerli” olduğuna ilişkin yerel mahkemenin red kararını yerinde bularak davacının istinaf başvurusunun esas yönünden reddine karar vermiştir.⁵⁷

Ancak, çalışan talebinin reddedilmesine rağmen tehlikenin devam ettiği düşüncesinde ise İşK m.24/II.f hükmüne göre iş sözleşmesini feshedebilir. Kurul veya işverenin talebi kabul kararı olmaksızın işçinin iş sözleşmesinin feshinin haksız olabileceği riski işçiye aittir.⁵⁸ Zira, m.13/4 hükmünde getirilen düzenlemeye göre, iş sözleşmesi ile çalışanlar talep etmelerine rağmen gerekli tedbirler alınmazsa iş sözleşmesini feshedebilirler.

3. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılması

a. Hakkın Kullanılma Süresi

Çalışmaktan kaçınma hakkı gerekli iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin alınmaması nedeniyle çalışanın işyerinde acil ve yakın bir tehlike ile karşılaşması nedeniyle kurul veya işverenin çalışanın talebi yönünde karar vermesi sonucunda kullanılan bir haktır. Madde 13/2 hükmüne göre göre çalışan gerekli güvenlik tedbirleri alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir. O halde söz konusu tehlike ortadan kalkıncaya veya gerekli önlemler alınıncaya kadar çalışan bu hakkını kullanabilecektir.

Alınan önlemler neticesinde, tehlikenin kaçınmayı hak göstermeyecek şekilde ortadan kalkması durumunda, kaçınma hakkının kullanılması söz konusu olmaz.⁵⁹ Çalışanın kaçınmaya devam etmesi iş görme ediminin ifa edilmemesi sonucunu hasil eder. İşçi bunun sonuçlarına katlanmak zorunda kalır. İşveren iş sözleşmesini şartları varsa İşK m.25/II.h hükmüne göre derhal feshedebilir.

⁵⁷ Kayseri BAM. 7 HD, T.03.03.2022, E.2022/196, K.2022/525 (Kişisel arşiv).

⁵⁸ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1456.

⁵⁹ Soyer, s.683; Sur, s.759.

b. Kaçınmanın Farklı Nedene Dayanması

Kaçınmanın iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeni dışında farklı nedenlere dayanması konusu doktrinde tartışılan bir konudur.

İşi bırakma önce iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması nedenine dayanırken daha sonra farklı taleplerle çalışanların toplu olarak işi bırakmayı sürdürmeleri bizim de katıldığımız bir görüşe göre, kanun dışı grev olup, yasa dışı grevin yaptırımları ile karşılaşma sonucunu hasil eder (6356 s.K. m.45).⁶⁰ Diğer bir görüşe göre ise, güvenlik önlemlerinin alınması talebi ile işi bırakanların başka bir talebi, örneğin kaçınma hakkını kullandıkları için sözleşmeleri feshedilen işçilerin işe alınması da ileri sürülüyorsa bu durum tek başına toplu kaçınmanın hukuka aykırı olmasına neden olmaz. Zira, “işveren güvenlik önlemlerini alarak kaçınmayı meşru olmayan amaçla sınırlandırma ve buna rağmen kaçınma devam ederse hukuka aykırı davranışta bulunanlara yaptırım uygulama imkanına sahiptir.”⁶¹

c. Hakkın Topluca Kullanılması

İşyerindeki ciddi ve yakın tehlikenin işyerindeki birden çok işçiyi ilgilendirmesi durumunda, işçilerin kurula topluca başvurması mümkündür. Çalışmaktan kaçınma hakkını topluca kullanılması da grev olarak nitelendirilemez.⁶² Zira burada yasadan (m.13/2) doğan kaçınma hakkının kullanılması söz konusudur.⁶³

d. Grev Yasaklarında Kullanılması

Üzerinde durulması gereken diğer bir konu da iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle kaçınma hakkının toplu olarak grev yasaklarında ve greve katılamayacak işçiler tarafından kullanılıp kullanılamayacağıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki işçinin işi bırakabilmesi grev hakkı çerçevesinde hukuken caizdir. Diğer taraftan kaçınma hakkının grev yasaklarında veya greve katılamayacak işçi kadrosundaki işçiler tarafından da kullanılması mümkündür. Zira burada korunan hak öncelikle Anayasanın m.17 hükmünde yer alan yaşam hakkıdır. İşçinin işyerinde sağlığı ve güvenliğidir. Yaşam hakkı grev yasaklarında veya greve katılamayacak işçi kadrosu ile ilgili olarak yasa getirilen düzenleme ile korunan menfaatlerden daha üstündür.⁶⁴

⁶⁰ Sur, s.413.

⁶¹ Soyer, s.688.

⁶² Süzek, s.945; Soyer, s.685.

⁶³ Soyer, s.685.

⁶⁴ Soyer, s.687.

4. Kurula veya İşverene Başvurmadan Çalışmaktan Kaçınma Hakkı

a. Genel Olarak

6331 sayılı Kanunda kurul veya işverenin kararı olmaksızın çalışanın inisiyatif ile çalışmaktan kaçınma hakkına da yer verilmiştir (m.13/3).

İSGK'da getirilen düzenlemeye göre, çalışanlar ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda, kurula veya işverene başvurmak zorunda olmayıp işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek, belirlenen güvenli yere gider. Çalışanların bu hareketlerinden dolayı hakları kısıtlanamaz (m.13/3). Yani çalışanların çalışmaktan kaçındıkları bu dönemdeki ücreti kanundan doğan diğer hakları saklıdır.

b. Çalışma Hakkından Kaçınmanın Koşulları

aa. Ciddi ve Yakın Tehlikenin Önlenemez Olması

Görüldüğü üzere çalışanların kurula veya işverene başvurmadan, işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk etmesi için "ciddi, yakın tehlikenin" "önlenemez" olması gerekir. Maddenin gerekçesinde "Avrupa Birliğinin 89/391 EEC Direktifine paralel olarak ciddi ve yakın bir tehlikenin "çalışanın bilgi ve tecrübesi dahilinde önlenemez olduğu kanaati" oluşursa 13. maddenin birinci fıkrasındaki kurula bağlı olmaksızın tehlikeli bölgeyi terk edebileceği ifade edilmiştir (m.10).

Ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğunun taktirinde somut çalışma ortamı ile yetinilmeyip, çalışanın bilgi, tecrübe, mesleği, yaşı, kıdemi, sağlığı gibi kişisel nitelikleri dikkate alınmalıdır. Hakim çalışanın kanaatinin dayanaksız olduğuna karar verirse, çalışmaktan kaçınma hakkının kötü niyetle kullanıldığı söz konusu olur. Ancak daha sonra tehlikenin ciddi ve yakın nitelikte olmadığı veya önlenebilir olduğu saptanmış olsa bile çalışma ortamının çalışanda "böyle bir tehlike ile karşı karşıya kaldığı düşüncesini uyandırmasının makul kabul edilebileceği durumlarda" çalışmaktan kaçınmanın yasaya uygun bulunduğu ve kaçınma hakkının kötüye kullanılmadığı kabul edilmelidir.⁶⁵ Çalışmaktan kaçınmanın açık bir şekilde kötüye kullanılması durumunda, çalışanın 25. maddeye göre iş sözleşmesi feshedebilecektir. Her hak gibi çalışanların da çalışmaktan kaçınma haklarını kötüye kullanmamaları gerekir.

Görüldüğü üzere İSGK m.13/3 hükmünde de getirilen düzenleme ile çalışan ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda kurula başvurulmaksızın kendi inisiyatifi (kişisel kararı) ile işyerini ve tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gideceği öngörülmüştür. Güvenli yer tabirine m.12/1a hükmünde açıklık getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre, İş Sağlığı ve Güvenliği

⁶⁵ Süzek, s.949; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1457.

işverenin ciddi, yakın ve önlenemeyen tehlikenin meydana gelmesi durumunda, çalışanların işi bırakarak derhal çalışma yerlerinden ayrılıp güvenli bir yere gidebilmeleri için önceden gerekli düzenlemeleri yapacağı ve çalışanlara gerekli talimatları vereceği hükme bağlanmıştır (m.12/1.a).

Yine aynı maddede işverenin, çalışanların kendileri veya diğer kişilerin güvenliği için ciddi, yakın ve önlenemeyen tehlikenin devam etmesi halinde, zorunluluk olmadıkça, gerekli donanımına sahip ve özel olarak görevlendirilenler dışındaki çalışanlardan işlerine devam etmelerini isteyemez (m.12/1.b).

Maddede getirilen düzenlemeden, işverenin ciddi, yakın ve önlenemeyen tehlikenin devam etmesi halinde “zorunluluk” olursa gerekli donanımına sahip özel olarak görevlendirilenler dışındaki çalışanlardan işlerini devam etmelerini isteyebileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu düzenlemenin m.13/3 hükmünde getirilen çalışmaktan resen kaçınma hakkı ile bağdaştığı söylenemez. Bu nedenle “zorunluluk” halinin oldukça sınırlı olarak yorumlanması gerekir.⁶⁶

Diğer taraftan m.12.2 hükmünde işverenin, çalışanların kendileri veya diğer kişilerin güvenliği için ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaştıkları ve amirine haber veremedikleri durumlarda, istenmeyen sonuçların önlenmesi için bilgileri ve mevcut teknik donanımları çerçevesinde müdahale edebilmelerine imkan sağlayacağı; böyle bir durumda çalışanların, ihmal ve dikkatsiz davranışları olmadıkça yaptıkları müdahaleden dolayı sorumlu tutulamayacağı öngörülmüştür (m.19/2).

Maddede ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaşan çalışanların amirine hemen haber veremedikleri durumlarda işverene, istenmeyen sonuçların önlenmesi için çalışanların bilgileri ve mevcut teknik donanımları çerçevesinde müdahale edebilmelerine imkan sağlaması yükümlülüğü getirilmiştir. Bu çalışanların ihmal ve dikkatsiz davranışları olmadıkça yaptıkları müdahaleden sorumlu olmayacakları öngörülmüştür. O halde, maddede belirtilen çalışanlar ihmal veya dikkatsiz davranışları (hafif kusurları) nedeniyle meydana gelecek zararlardan sorumlu olacaklardır. İşçilerin sorumluluğuna ilişkin TBK m.400 hükmünde getirilen düzenlemeye göre “işçi, işverene kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumludur. Bu sorumluluğun belirlenmesinde; işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri göz önünde tutulur”. Durumun bu ölçütler dikkate alınarak işçinin ciddi ve yakın tehlikeye müdahale ettiği durumların belirlenmesi

⁶⁶ Demircioğlu A.M., Sorularla İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, İstanbul 2020, s.211; İşyerinde bir işletmesel menfaatin çalışanların yaşam ve vücut bütünlüğünden üstün tutulması mümkün olmayacağına göre “zorunluluk olmadıkça” ifadesinin çıkarılması gerektiği görüşü hakkında bkz. Baycık, s.122.

gerekir. İsviçre Hukukunda zarara yatkın işlerde özellikle işverenin eğitim vermesini gerektiren işlerde işçinin hafif ihmali ile verdiği zararın paylaşılması hatta zarar doğurma tehlikesi olan işlerde sorumluluğun tamamen kaldırılması söz konusu olabileceği kabul edilmektedir.⁶⁷ İşçinin ciddi yakın tehlikeye müdahale ettiği durumlarda hafif kusurlarından sorumlu olmadığı kabul edilmesi gerekir.

bb. İşin Durdurulmamış Olması

6331 sayılı İSGK m.13/5 hükmüne göre “bu Kanunun 25’inci maddesine göre, işyerinde işin durdurulması halinde bu madde hükümleri uygulanmaz”. Kanunun m.25 hükmünde ise, işyerindeki bina ve eklentilerinde, çalışma ve yönetim ve şekillerinde veya iş ekipmanlarında çalışanlar için hayati tehlike oluşturan bir husus tespit edildiğinde bu tehlike giderilene kadar işyerinin bir bölümünde veya tamamında işin durdurulacağı hükme bağlanmıştır. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, iş durdurulması kararının, hayati tehlikenin niteliği ve tehlikeye doğacak risklerin etkileri dikkate alınarak alınması gerekir.

İSGK m.25/6 hükmüne göre, işveren işin durdurulması sebebiyle işsiz kalan çalışanlara ücretlerini ödemek veya ücretlerinde bir düşüklük olmamak üzere meslek ve durumlarına göre başka bir iş vermekle yükümlüdür. İşin durdurulması durumunda işçi zaten çalışmadığı için, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması da söz konusu olmayacaktır.⁶⁸

Madde 13/5 hükmünde açıkça 25’inci maddeye göre işyerinde işin durdurulması halinde, bu madde hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bu durumda işçilerin iş görme edimini ifası söz konusu olmayacağı, işçi için ciddi yakın tehlike oluşturan durumlar oluşmayacağı için, çalışmaktan kaçınma haklarının kullanılması da gerekli olmayacaktır.

cc. Resen Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılması

aaa. Çalışanların Durumu Bildirmesinin Gerekli Olup Olmadığı

Yukarıda da belirtildiği üzere, ciddi ve yakın tehlike ile karşılaşan çalışanlar kurula, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işveren veya işveren vekiline başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir (m.13/1). Bu şekilde tehlikenin kurula yoksa işverene veya işveren vekiline bildirildiği kabul edilebilir.

Çalışanlar ciddi yakın ve önlenemez olduğu durumlarda birinci fıkradaki usule uymaksızın resen işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gider (m.13/3). Bu durumda önceden bildirmenin yapılması mümkün olmamakla beraber, daha sonra çalışanların işverene haber vermeleri, çalışanın

⁶⁷ Süzek, s.358; Baycık, s.123.

⁶⁸ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1379.

resen durumu taktir ederek işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek güvenli yere gitmesi nedeniyle önemlidir. Çalışanın tehlikenin ciddi, yakın ve önlenemez olduğu şeklindeki subjektif taktirinin uyuşmazlık durumunda gerçeğe uygun olup olmadığının tespitinde büyük önem taşır. Bu nedenle çalışanın, işverene zamanında durumu bildirmesi gerekir.⁶⁹ Ayrıca bildirim gerekli önlemlerin alınarak tehlikenin ortadan kaldırılması için olduğu gibi işçinin sadakat borcunun da gereğidir.

Çalışanların yükümlülüklerine ilişkin İSGK m.19/c hükmüne göre ise çalışanlar “işyerindeki makina, cihaz, araç gereç, tesis ve binalarda sağlık ve güvenlik yönünden ciddi ve yakın bir tehlike karşılaştıklarında ve koruma tedbirlerinde bir eksiklik gördüklerinde, işverene ve çalışan temsilcisine derhal haber vermekle yükümlüdür.

bbb. Çalışmaktan Kaçınmanın Bir Başkası İçin Tehlike Yaratmaması

Çalışanların resen çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımı başkası için ciddi ve yakın tehlike yaratmamalıdır. Bu hak kullanırken başkalarının yaşam ve sağlığına zarar vermemek için gerekli tedbirlerin alınması gerekir.⁷⁰ Bazı mesleklerin taşıdığı sorumluluğun kapsamı yüksek düzeyde olabilir.⁷¹ Örneğin, itfaiye çalışanınin yangında tehlike nedeniyle müdahale etmek istemeyip çalışmayı bırakması başkalarının yaşam ve sağlığını tehlike sokar.

İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanırken başkasına zarar vermesi hukuki cezai sorumluluğunun doğmasına neden olur. Başkasının zarara uğraması, çalışma hakkının kullanımını meşru kılan nedene dayanıyorsa kaçınma hakkını kullananın sorumluluğu söz konusu olmaz.⁷²

IV. Çalışmaktan Kaçınmanın Sonuçları

1. Çalışmaktan Kaçınmanın Ücret haklarının Saklı Olması

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun m.13/2 hükmüne göre çalışanların çalışmaktan kaçındığı dönemdeki ücreti ile kanunlardan ve iş sözleşmesinden doğan diğer hakları saklı tutulmuştur (İSGK m.13/2). Kaçınma süresi içinde ücrete hak kazanılması, işi kabulde temerrüt hükümlerinin bir sonucudur. Çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan çalışanların bu süreye ilişkin ücret, ücret ekleri

⁶⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1458; İşçinin bu hakkı kullanmaya başladıktan sonra dürüstlük kuralı uyarınca işverene derhal bildirimde bulunması gerektiği görüşü hakkında bkz. Aydınlı, s.19.

⁷⁰ Sur, s.412, 413; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1458, 1459.

⁷¹ Sur, s.412.

⁷² Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1459; Mollamahmutoğlu, Red Hakkı, s.1.

ödenmeli ve sosyal güvenlik primleri de yatırılmalıdır.⁷³ O halde işçi “çalışmaktan kaçındığı” süreye ilişkin ücreti talep edebilir. Bu ücretten işverenin temerrüdüne ilişkin TBK m.408 hükmünde olduğu gibi, işçinin çalışmamak nedeniyle tasarruf ettiği giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararların indirilip, indirilemeyeceğine ilişkin bir düzenleme m.13/2 hükmünde yer almamıştır. TBK m.408 hükmüne göre m.13 hükmü özel bir hüküm niteliğindedir. Bize göre kaçınma durumunda m.408 hükmünde öngörülen miktarların ücretten indirilmemesi gerekir.⁷⁴ Doktrinde bu şekilde iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin alınması için bir baskı kurulabileceği ifade edilmektedir.⁷⁵

Madde 13/2 hükmünde ücret ile kanundan ve sözleşmeden doğan “diğer haklar” saklı tutulmuştur. Çalışmaktan kaçınılan sürenin kıdeme bağlı haklar üzerindeki etkisinin de incelenmesi gerekir. İhbar, kıdem tazminatı ve iş güvencesinden yararlanabilmek için aranan altı aylık kıdem konusunda kanunda çalışılan işyerinde belli bir süre çalışma yeterli görülmüştür. Bu nedenle çalışmaktan kaçınılan süre bu hakların kazanılmasında dikkate alınacaktır.⁷⁶ Ancak hafta tatili ücretine hak kazanılmasında ve yıllık ücretli izne hak kazanılabilmesi için gerekli kıdemin hesabında kaçınılan sürenin dikkate alınıp alınmayacağı hususu da önemlidir. Hafta tatili ücretine hak kazanılmasında (İŞK m.46) ve yıllık ücretli izne esas olacak kıdemin hesabında İŞK m.55 hükmünde fiilen çalışılan veya çalışılmış sayılan sürelerin de dikkate alınacağı kabul edilmektedir.⁷⁷

Yargıtay da konuya ilişkin bir kararında⁷⁸ İŞK m.32 ve devamı maddelerinde düzenlenen ücret kapsamında fazla çalışma ücreti, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatile ücreti, geçici iş göremezlik ücreti, yıllık izin ücretinin de sayılması gerektiğini ifade etmiştir.

Ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalması halinde çalışmaktan kaçınan işçiye, işveren ücret ve çalışma koşullarında değişiklik olmamak koşuluyla, tehlikeli olmayan işyerinde benzer bir iş teklif edebilir.⁷⁹ Bu durumda çalışmaktan kaçınma hakkı kullanılamaz. İşçinin böyle bir öneriyi kabul etmemesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. İşveren iş sözleşmesini koşullar varsa haklı nedenle derhal feshedebilir (İŞK m.25/II. h).

⁷³ Demircioğlu/Korkmaz/Kaplan, s.211.

⁷⁴ Aynı yönde Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1459; Sarıbay Öztürk, s.137. Bkz. Göktaş, s.230. Aksi yönde, Soyer, s.687. Soyer'e göre, “Ücret, işçiye çalışsaydı ödenecek ücrettir.”.

⁷⁵ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1459.

⁷⁶ Soyer, s.687.

⁷⁷ Soyer, s.687.

⁷⁸ Y.9.HD. T.27.10.2004, E.8507, K.24281 Legal İHSGHD, S.5, 2005, s.763-764.

⁷⁹ Süzek, s.946; Soyer, s.683; Baycık, s.119; Göktaş, 227; Sarıbay Öztürk, s.142.

2. Çalışmaktan Kaçınılan Sürelerin Çalışma Süresinden Sayılması

İşK m.66 hükmünde işçinin günlük çalışma süresinden sayılan haller düzenlenmiştir. İşçinin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle çalışmaktan kaçındığı sürelerin çalışma süresinden sayılıp sayılmayacağı özellikle günlük, haftalık ve fazla çalışma süresinin tespiti açısından önemlidir. İş Kanununun m.66/c hükmünde işçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği sürelerin çalışma süresinden sayılacağı öngörülmüştür. İSGK m.13 hükmü gereğince işverence gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığı sürenin, yani çalışılmayan sürenin de çalışma süresinden sayılması gerekir (İşK m.66/1.c).⁸⁰

3. İşçinin İş Sözleşmesini Fesih Hakkı

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 13. maddesinde çalışanlara çalışmaktan kaçınma hakkı ve iş sözleşmesini fesih hakkı tanınmıştır. Getirilen düzenlemeye göre talep etmelerine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı durumlarda iş sözleşmesiyle çalışanlar, tabi oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmesini feshedebilir. Maddede, toplu sözleşme veya toplu iş sözleşmesi ile çalışan kamu personelinin, bu maddeye göre çalışmadığı dönemde fiilen çalışmış sayılacağı öngörülmüştür.

Maddede çalışanlara, talep etmelerine rağmen, ciddi ve yakın tehlikenin işveren tarafından giderilmemesi halinde iş sözleşmesini fesih hakkı öngörülmüş ancak, bu haklarını kullanabilmesi için iş sağlığı ve güvenliği kurulunun kararının olup olmaması hakkında bir açıklık getirilmemiştir.

O halde İş Kanununa tabi olanların İşK m.24/II.f hükmüne göre fesih hakkını kullanabileceklerini kabul etmek gerekir. Zira adı geçen maddede “çalışma şartları uygulanmazsa” işçiye iş sözleşmesini fesih hakkı tanınmıştır. Yargıtay verdiği bir kararda, işçinin işyerinde çalışma koşullarının ağır olduğu, yeterli ısınmadığı nedeniyle iş sözleşmesini sona erdirmesine ilişkin uyuşmazlıkta, tanık beyanları ve tüm dosya kapsamı değerlendirilmesinde çalışma şartlarının iş sağlığı ve güvenliği kurallarına uygun olmadığı, işyerinde sağlıklı koşullarının sağlanmadığı, davacı feshinin haklı nedene dayandığı anlaşılmakla kıdem tazminatının kabulü gerekirken reddinin hatalı olduğu gerekçesi ile yerel mahkemenin kararını bozmuştur.⁸¹

İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin gerektiği şekilde alınıp alınmadığının tespiti teknik bir konu olduğu ve işçilerin bu konuda zorlanacakları için karar ver-

⁸⁰ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1460.

⁸¹ Y.22.HD. T.19.02.2019, E.2017/20315, K.2019/3657 (Kişisel Arşiv).

mede ve fesih haklarını kullanmalarında kurulun kararını almaları daha garantili olur.⁸²

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun m.13/4 hükmüne göre, iş sözleşmesi ile çalışanların, talep etmelerine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı durumlarda “tabi oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmelerini feshedebilecekleri” öngörülmüştür (m.13/4). Bu düzenlemeye göre 4857 s. İş Kanunu, Türk Borçlar kanunu, Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu hükümlerine göre iş sözleşmesini” feshedebilir.

İşK m.24/II.f sözleşmesi hükmüne dayanarak tehlike devam ederken veya tehlikenin sona ermesinden itibaren altı iş günü içinde iş sözleşmesini derhal feshedebilir. İşK m.24/II.f hükmüne dayanarak iş sözleşmesini fesheden işçi haklı nedenle fesihten doğan başta kıdem tazminatı ile diğer haklarını talep edebilir.⁸³ Fesih hakkının kullanılması işçinin işini kaybetmesine neden olacağı için feshe en son çare ilkesi gereği olarak başvurulması yerinde olur.

Ancak işçinin ciddi ve yakın tehlikenin giderilmesi için gerekli iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin alınmadığı konusunda yanılıya düşmesi durumunda yapılan fesih haksız fesih olur.⁸⁴

Deniz İş Kanununa tabi olan gemi adamları m.14/II-b hükmünde yer alan “işveren veya işveren vekilinin gemi adamına karşı Kanuna, hizmet akitlerine veya sair iş ve çalışma şartlarına aykırı hareket etmesi” hükmüne göre, iş sözleşmelerini tehlikenin devam ettiği süre içinde tehlikenin sona ermesini takip eden altı iş günü içinde derhal fesih hakkını kullanarak feshedebilir.

⁸² Aynı yönde, Baycık s.121.

⁸³ İstanbul BAM, 29. Hukuk Dairesi'nin davacı işçinin, iş sözleşmesini haklı nedenle feshine ilişkin olarak verdiği kararına konu olan olay dosya kapsamına göre, vinç operatörü olarak çalışan davacının çalıştığı sırada vincin klimasının arızalanması üzerine durumu amirlerine bildirmesine rağmen sorunun giderilmemesi nedeniyle çalışırken oluşan aşırı sıcak nedeniyle bayılmak suretiyle iş kazası geçirmiş ve iş sözleşmesini fesh etmiştir. Taraflar arasındaki uyumsuzluk davacı işçinin iş aktini sona erdirmesinin haklı nedene dayanıp dayanmadığı, kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmadığına ilişkindir. Yerel mahkeme “davalının iş güvenliği önlemlerini yeterince denetlemediği, hassasiyet göstermediği dosya kapsamından anlaşıldığından” davacının iş aktini tek tarafı sona erdirmesini haklı fesih nedeni olarak kabul ederek kıdem tazminatına hak kazandığına ilişkin karar vermiştir. İstinaf mahkemesi davacının çok yüksek sıcaklıktaki çalışma ortamında klimanın bozulmuş olmasına rağmen çalışmaya zorlanması neticesinde bayılmasına rağmen klimanın tamir edilmemiş olması dikkate alındığında iş yerinde iş güvenliğine ilişkin önlemlere ilişkin ilgili belgelerin temin edilmiş olmasının, rutin eğitimlerin verilmiş olmasının yetersiz kaldığını belirterek, işçi sağlığı açısından tehlike arzedecek acil durumda ise 6331 sayılı Kanun ile düzenlenen işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı gözetilmeden çalışmaya zorlandığı gibi dosya kapsamından yüksek sıcaklıktan henüz bayılmayan diğer işçilerin kliması çalışmayan ortamda en az 15 dakikalık aralıklarla çalışmaya devam etmesi yönünde talimat verilmesi bakımından iş güvenliği önlemlerine aykırılığın devam ettiğinin anlaşıldığından yapılan inceleme neticesinde davacının istinaf başvurusunun esastan reddine karar vermiştir. İstanbul BAM, 29.HD. T.18.4.2018, E.2017/1162, K.2018/625, Lexpera.

⁸⁴ Süzek, 10; s.920; Soyer, s.684; Baycık, s.187.

Basın İş Kanununda düzenleme olmadığı için gazeteciler için genel kanun niteliğinde olan Türk Borçlar Kanununun 435. maddesi uygulanabilir. Bu düzenlemeye göre işçiler yakın ve ciddi tehlikenin işveren tarafından giderilmediği sürece iş sözleşmelerini sözleşmeye devam etmelerinin çekilemez hale gelmesi nedeniyle haklı nedenle derhal feshedebilir.⁸⁵

Diğer taraftan 6331 sayılı Kanunun 13/4 maddesi ile sadece iş sözleşmesiyle çalışanlara fesih hakkı tanınmış olup, memurlar ve 657 sayılı Kanunun⁸⁶ 4/B ve 4/C maddesine göre istihdam edilen personel tarafından bu hakkın kullanılması mümkün değildir.⁸⁷ Madde gerekçesinde de “iş sözleşmesi ile çalışanlara; talep etmelerine rağmen ciddi ve yakın tehlikenin işveren tarafından giderilmemesi halinde tabi oldukları Kanunların hükümleri esas alınarak hizmet akitlerini feshedebilme hakkı tanınmıştır”. Bu nedenle fesih hakkı memurlar ile 4B ve 4C maddesi kapsamında istihdam edilenler hakkında kullanılmayacaktır. Zira bu personelin statüsü özel hukuk sözleşmesine dayanmaz.⁸⁸

Ancak toplu sözleşme veya toplu iş sözleşmesi ile çalışan kamu personeli, bu maddeye göre çalışmadığı dönemde fiilen çalışmış sayılır (m.13/4). Bu hüküm gereğince çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan kamu personelinin ücretinden bir kesinti yapılmayacak ve hakkında disiplin işlemleri de yürütülmeyecektir.⁸⁹

Sonuç

Çalışanları işletme tehlikelerine karşı gerekli her türlü koruyucu önlemleri almak, sağlıklı ve güvenli bir işyeri temin etmek işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu gereğidir. İşverenin işyerinde gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaması nedeniyle işyerinde ciddi ve yakın tehlike ile karşılaşan çalışan, bazı koşulların oluşması halinde çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir (İSGK m.13). Getirilen düzenlemeye göre, çalışanın çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi için işyerinde “ciddi ve yakın” tehlike ile karşı karşıya kalması halinde iş sağlığı güvenliği kuruluna, kurul yoksa işveren veya işveren vekiline başvurarak durumun tespitini ve tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep etmesi, kurulun acilen toplanarak, kurul yoksa işverenin çalışanın talebi doğrultusunda derhal karar vermesi halinde çalışan çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir. Bu düzenlemenin çalışanın çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmasını güçleştirdiği düşünülürse de çalışanların teknik özellik taşıyan bu konu hakkında yanlış bir

⁸⁵ Baycık, s.121.

⁸⁶ RG. 23/7/1965, 12056.

⁸⁷ Baycık, s.119.

⁸⁸ Baycık, s.111, Demircioğlu/Korkmaz/Kaplan, s.208.

⁸⁹ Demircioğlu/Korkmaz/Kaplan, s.208.

karar vermeleri önlenmek istenmiştir. Aksi takdirde işveren iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir.

İşyerinde çalışanların ruhsal ve bedensel bütünlüğünü tehdit eden psikolojik tacizin ciddi ve yakın bir tehlike olduğu durumlarda da çalışanların işi bırakma hakkını kullanabileceği kabul edilmelidir.

Ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda ise, çalışanlar kurala başvurmaksızın kendi kararları ile işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek daha önceden belirlenen güvenli yere gidebilirler. Kanunda işçinin bu durumu işverene bildirme yükümlülüğüne ilişkin bir düzenleme olmamakla birlikte işverenlerin gerekli önlemleri alması konusunda işçinin bildirimi yararlı olacaktır.

Diğer taraftan, işverenin gerekli her türlü iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almadığı, acil ve yakın bir tehlikenin olduğu bir işyerinde işçileri çalışmaya zorlaması koruma ve gözetme borcu ile bağdaşmaz. Yargıya da intikal eden bu gibi durumlar neticesinde oluşabilecek iş kazaları ile karşılaşmamak için işverenlerin gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaları, çalışanları işyerinde karşılaşılabilecekleri riskler, alınan önlemler, hakları ve yükümlülükleri konusunda bilgilendirmesi gerekir.

İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin amacına ulaşabilmesi için kanuni düzenlemeler yeterli değildir. Ayrıca iş sağlığı ve güvenliği bilinci ve kültürünün çalışanlarda ve toplumda oluşması için çalışmalar yapılması, iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmelerinde de iş sağlığı ve güvenliği konusunda düzenlemelere yer verilmesi gerekir.

Kaynakça

- Akın, Levent: İş Sağlığı ve Güvenliği, III. Yılında İş Yasası Semineri, 21, 25 Eylül 2005, Bodrum.
- Akın, Levent: İş Sağlığı ve Güvenliği ve Alt İşverenlik, Ankara 2013.
- Aydınlı, İbrahim; İşverenin Sosyal Teması ve İş İlişkilerinden Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülüklerinin Sonuçları, Ankara 2004.
- Baycık, Gaye: Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yeni düzenlemeler, Ankara Barosu Dergisi. 2013/3, s.104-170.
- Canıklıoğlu, Nurşen: 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri, Çalışma Mevzuatı Semineri Notları Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul 2012 (İşveren Yükümlülükleri).
- Centel, Tankut; İş Hukuku Bireysel İş İlişkileri I. İstanbul 1992.
- Çelik Nuri/Canıklıoğlu Nurşen/Canbolat Talat/Özkaraca Ercüment; İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2022.
- Demircioğlu Murat A; Sorularla İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, İstanbul 2020.
- Demircioğlu Murat A./Korkmaz D./Kaplan Hasan A., Sorularla İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, İstanbul 2020.
- Ekmekçi, Ömer; 4857 sayılı İş Kanununa göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005.
- Elbir, Nazlı; Kişiliğinin Korunması Bağlamında İşçiye Ait Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2020.
- Ertürk, Şükran; İş Sağlığı ve Güvenliği Hukukunda İşverene Getirilen Yükümlülükler, Sicil İHD, Eylül 2012, S.(13.24).
- Ertürk, Arzu Arslan; İş Hukuku Boyutuyla Türkiye’de Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Dünyadan Örnekler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Y.2014, C.20, S.11, (285-340).
- Eyrenci Öner/Taşkent Savaş/Ulucan D./Baskan Esra; İş Hukuku, İstanbul 2020.
- Geiser T./Müller R., Arbeitsrecht in der Schweiz. 3. Aufl. Bern 2015.
- Göktaş, Seracattin; Türk İş Hukukunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, Ankara 2008.
- Güzel Ali/Ali Rıza Okur/Canıklıoğlu Nurşen; Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2021.
- İnciroğlu, Lütfi; İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Çalışanın Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Y.2014, C.20, S.11 (809-825).
- Kaplan, Emine Tuncay; İşverenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1992 (Sorumluluk).
- Kaplan Emine Tuncay; İşçinin İşgörme Ediminin İfasını Engelleyen Nedenler ve Hukuki Sonuçları, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan I, İstanbul 2011, s.567-594 (İfa Engelleri).

- Mollamahmutoglu, Hamdi; "İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Bakımından İşçinin İş Red Hakkı, Türk Kamu Sen. Sendikası Derg. S.2, Mart, Haziran, 1994, s, 3-12 (Red Hakkı).
- Mollamahmutoglu, Hamdi/Astarlı Muhittin/Baysal, Ulaş; İş Hukuku, Ankara 2022.
- Rehbinder, M./Stöckli Jean-Fritz, Berner Kommentar B.VI Obligationenrecht 2. Abt. Die Einzelnen Vertragsverhältnisse 2. Teilband, Der Arbeitvertrag Art.319-362 OR 1. Abschnitt Einteilung und Kommentar zu den Art.319-330b OR, Bern 2010, Art.324, N.7.
- Reisoğlu, Seza: Hizmet Akdi, Mahiyeti-Unsurları-Hükümleri, Ankara, 1968.
- Oğuz, Özgür, AB Direktifleri ve Türk İş Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenlerin Yükümlülükleri ve İşçilerin Hakları, İstanbul 2011.
- Sarıbay Öztürk Gaye; İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmesinin Hukuki ve İdari ve Cezai Sonuçları, İstanbul 2015.
- Senyen Kaplan Emine Tuncay; Bireysel İş Hukuku, Ankara 2023.
- Soyer, M. Polat; İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Ankara 2011. (652-689).
- Sur, Melda; İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, A. Can Tuncay'a Armağan, s.395-414, İstanbul 2009.
- Süzek Sarper; İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985 (İş Güvenliği).
- Süzek, Sarper; İş Hukuku, Ankara 2021.
- Taşkent, Savaş; İş Kazası Kavramı, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C.II, İstanbul 2001 (1951-1966).
- Uluslan İlhan; Özellikle Borçlar ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1990.
- Vischer, F., Der Arbeitsvertrag, Helbina & Lichtenhahn. Basel-Genf, München 2005.

Kadınlara Özgü Bekleme Süresi ve Sınırlı Evlenme Yasağı Sorunu

Problem of Iddah for Women and Questionable Marriage Disability

Prof. Dr. İpek YÜCER AKTÜRK ⁽¹⁾

Öz:

TMK m.132 hükmü sadece kadınlar için geçerli olan emredici bir düzenleme içermektedir. Buna göre; “Evlilik sona ermişse, kadın, evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün geçmedikçe evlenemez”. Kanun koyucu, bu yasağın, kadının bekleme süresi içinde doğum yapması halinde kendiliğinden ortadan kalkacağını; kadının gebe olmadığının anlaşılması ve evliliği sona eren eşlerin tekrar evlenmek istemeleri hallerinde ise mahkeme kararı ile bertaraf edilebileceğini düzenlemiştir. Kadınlara özgü olan bu yasak, evliliğin boşanma, butlan davası ile sona ermesinde olduğu gibi ölüm, gaiplik nedenleriyle ortadan kalkması halleri için de geçerlidir. Bu bekleme süresinin ve evlenme yasağının temeli, soybağı hükümlerinin gereği gibi uygulanabilmesi ve soybağına ilişkin fiili durum ile hukuki durum arasında bilinçli ya da bilinçsiz olarak ortaya çıkabilecek farklılıkların önlenmesi amacıyla dayanmaktadır. Ancak, sadece kadınlar için geçerli olan bu sınırlı evlenme yasağı, Türk Medeni Kanunu'nun diğer hükümleri göz önüne alındığında hiç bir anlam ifade etmemekte, aksine cinsiyet eşitsizliği yaratmaktan öteye gitmemektedir. Zira, TMK m.132'nin özünü oluşturan soybağının gerçeğe aykırı olarak değiştirilmesi rizikosunun önlenmesi amacı, TMK m.290'daki düzenleme ile tamamen gerçekleştirilmiştir. Gerçekten TMK m.290'a göre; “Çocuk evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğmuş ve ana da bu arada yeniden evlenmiş olursa, ikinci evlilikteki koca baba sayılır. Bu karine çürütülürse ilk evlilikteki koca baba sayılır”. Böylece, kanun koyucu TMK m.132 ile önlemek istediği soybağı uyumsuzluğunu, TMK m.290'da çözüme bağlamıştır. Nitekim, TMK m.132'nin karşılığını oluşturan İsviçre Medeni Kanunu m.103 de (ZGB Art.103) anılan gerekçeye dayanarak yürürlükten kaldırılmıştır. O halde, TMK m.132'deki bu emredici düzenleme, dolayısıyla kadınlara özgü olan bekleme süresi ve sınırlı evlenme yasağının, Türk Aile Hukukundaki fonksiyonu incelenmeye muhtaç bir husustur.

Anahtar Kelimeler:

Kadının Bekleme Süresi, Sınırlı Evlenme Yasağı, Kesin Olmayan Evlenme Engeli, Soybağı Karşılıklığının Önlenmesi, Eşitlik İlkesi.

Abstract:

Turkish Civil Code Article 132 contains a mandatory regulation that applies only to women. According to this: “If the marriage is dissolved, women are not able to marry until three hundred days passed from the end of the last marriage.” The legislator states that this prohibition would automatically disappear if the woman gives birth within the waiting period and if it is understood that the woman is not pregnant and if the spouses whose marriage has

⁽¹⁾ Başkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, Ankara - Türkiye, E-posta: yuceripek@gmail.com; Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-8138-8849>.

Makale Geliş Tarihi: 26.07.2023 - Makale Kabul Tarihi: 19.12.2023.

Bu makale, 08.03.2021 tarihinde Türk-Alman Üniversitesi'nde düzenlenen “TAÜ Hukuk Fakültesi Aile, Kadın ve Çocuk Hukuku Sempozyumu”nda sunulan özet bildirden türetilmiştir.

ended want to remarry, waiting period can be disposed of with a court decision. This prohibition which is specific just for women is valid in cases which the marriage ends with divorce, nullity case as well as in cases where it is dissolved due to death and absence. The basis of this waiting period and the prohibition of marriage, which is specific for women, is based on the purpose of duly applying the paternity rules and preventing the differences that may arise consciously or unconsciously between the actual situation regarding the legal situation. However, this limited marriage ban only valid for women only creates gender inequality and it is meaningless when other provisions of Turkish Civil Code are considered. Because the purpose of preventing the risk of changing the lineage unlawfully, which is also the essence of Turkish Civil Code Article 132, has been fully realized with the regulation in Article 290. According to Article 290 of Turkish Civil Code: "If the child is born within three hundred days of the end of the marriage and the mother remarries in this period, the husband in the first marriage is considered the father. If this presumption is refuted, then the husband in the first marriage is considered the father." Thus, the legislator resolved this paternity dispute in Article 290 of Turkish Civil Code which he wanted to prevent with Art 132 of Turkish Civil Code. As a matter of fact, Article 103 of the Swiss Civil Code (ZGB Art.103) which is constituted the equivalent of the Article 132 of Turkish Civil Code was dissolved based on the cited justification. In that case, the function of this imperative rule in Article 132 of Turkish Civil Code is an issue that needs to be examined.

Keywords:

Iddat of Woman, Limited Forbidden Marriage, Questionable Marriage Disability, Inhibition the Genealogy Confusion, Equality Principle.

I. Kadının Bekleme Süresi ve Sınırlı Evlenme Yasağına İlişkin Yasal Düzenlemenin Tarihi Gelişimi

Kadınlara özgü bekleme süresi ve evlenme yasağı kavramı, ilk olarak Osmanlı döneminde yürürlüğe giren ve İslam hukuku kurallarına göre şekillenen 1917 yılındaki Hukuk-ı Aile Kararnamesi' ile ortaya çıkmıştır. İslam hukuku kuralları kapsamında, evlenmenin ölüm ve boşanma sebepleriyle son ermesi durumunda, evliliği sona eren kadının yeniden evlenmesi için bir süre beklemesi gerekmektedir. Kadınlar için öngörülen bu bekleme süresine, İslam hukukunda iddet süresi denir. Bu sürenin amacı, evliliğin sona ermesinden sonra dünyaya gelen çocuğun babasının tespit edilmesidir. Nitekim, bu süre Kuran-ı Kerim'in II. suresinin 234. ayetinde "İçinizden ölenlerin geride bıraktıkları zevceler kendi kendilerine 4 ay ve 10 gün beklerler işte bu müddeti bitirdikleri zaman kendileri hakkında meşru vech ile yaptıkları şeyden size günah yoktur..." şeklinde ifade edilmiştir. Söz konusu ayetten açıkça anlaşıldığı üzere, İslam hukukunda öngörülen bekleme süresi, evliliği sona eren kadının çocuklu/çocuksuz, hür/köle olmasına göre değişiklik göstermektedir.¹

Modern hukuk sisteminde, kadınlara özgü bekleme süresi ve evlenme yasağı ise ilk olarak 04.10.1926 tarihinde yürürlüğe giren 743 sayılı Türk Kanuni Medenisi'nde "Evlenme Manileri" başlığı altında düzenlenmiştir. Mülga Kanun

¹ EKİNCİ, Ekrem Buğra: Osmanlı, Adalet ve Mülk, İstanbul 2012, s.458 vd.; ERDEM, Suat: İslam hukukuna Göre İddet ve İddet Bekleyen Kadının Nikahı, Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Cilt.XVII, Sayı.2, Yıl.2013, s.76 vd.; GAYRETLİ AYDIN, Seda: Kadın ve Kanuni Bekleme Süresi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı.136, Yıl.2018, s.267 vd.

m.95'e göre; *"Kocasının vefatı veya boşanma sebebiyle dul kalan yahut evliliğinin butlanına hükmedilen kadın; vefattan, boşanmadan veya butlan hükmünden itibaren üç yüz gün geçmedikçe tekrar evlenemez. Doğurmakla müddet biter. Kadının gebe kalması mümkün olmadığı veya boşanma ile ayrılmış olan karı ve koca tekrar birbirleriyle evlenmek istedikleri takdirde, hakim bu müddeti kısaltabilir."* Söz konusu kanunun genel gerekçesinde, "Türk Kanuni Medenîsi kavanini medenîye sırasında en yeni, en mükemmel ve halkçı olan İsviçre Kanuni Medenîyesinden ahiz ve ictibas olunduğı" belirtilmiştir. İsviçre Medeni Kanunu'nun ictisap edildiğı bu dönemde, kadınlara özgü bekleme süresi ve sınırlı evlenme yasağı, İsviçre Medeni Kanunu m.103'te (ZGB Art.103) düzenlenmişti. Böylece, İslam hukukundaki iddet süresi, modern hukuk sistemimizde İsviçre Medeni Kanunu'nun kabulü ile yerini almıştır.

743 sayılı Türk Kanuni Medenisinde hükme bağlanan bu husus, günümüzde yürürlükte olan 4721 sayılı Kanun'un "Evlenme Engelleri" başlığı altındaki m.132'deki düzenlemesinde aynen hükme bağlanmıştır. Gerçekten TMK m.132'ye göre; *"Evlilik sona ermişse, kadın, evliliğın sona ermesinden başlayarak üçyüz gün geçmedikçe evlenemez. Doğurmakla süre biter. Kadının önceki evliliğinden gebe olmadığıının anlaşılması veya evliliğı sona eren eşlerin yeniden birbiriyle evlenmek istemeleri hâllerinde mahkeme bu süreyi kaldırır".* Söz konusu hükmün gerekçesinde ise, *"düzenlemenin" yürürlükteki Kanunun 95 inci maddesini karşıladığı, maddenin birinci fıkrasının yeniden ve daha uygun bir ifadeyle kaleme alındığı, yürürlükteki 95 inci maddenin birinci fıkrasının son cümlesinin ikinci fıkra hâline getirildiğı, maddenin son fıkrasında kadının önceki evliliğinden gebe olmadığıının anlaşılması veya önceki eşiyile yeniden evlenmek istemesi hâlinde hâkime süreyi kısaltma yetkisi verilmediğı, hâkimin bu süreyi kaldırmasının öngörüldüğü, zira bu iki hâlde de kadının evlenmesini engelleyen süreyi kısaltmanın bir anlamı olmadığı, bu gibi hâllerde mahkemece sürenin tamamen kaldırılması gerektiğı"* belirtilmiştir.

Türk Aile Hukukunda geçerli olan kadınlara özgü bekleme süresi ve evlenme yasağı, günümüzde ne İsviçre ve Alman Hukuklarında ne de Fransız Hukukunda yer almaktadır. Kadınlara özgü bekleme süresi ve sınırlı evlenme yasağı, 743 sayılı Medeni Kanun'a örnek teşkil eden İsviçre Medeni Kanunu m.103'de düzenlenmişti. Bu düzenlemede, "Kadının, evlenmenin sona ermesine ilişkin mahkeme hükmünün kesinleşmesi veya eşin öldüğü tarihten itibaren 300 gün içinde yeni bir evlilik yapamayacağı" hükme bağlanmıştır. Söz konusu düzenleme, 01.01.2000 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılmıştır. Kadınlara özgü bekleme süresi ve evlenme yasağını düzenleyen İMK m.103 hükmü, soybağı karışıklığına engel olma gerekçesi ile açıklanmaktaydı. Ancak, 01.01.2000 tarihinde

yürürlüğe giren babalık karinelerinin çatışması haline çözüm getiren İMK m.257 hükmü ile soybağı karışıklığı engellendiğinden, İMK m.103'deki düzenlemenin bir anlamının olmadığı kanaatine varılmıştır.²

II. TMK m.132 Kapsamında Kadınlara Özgü Bekleme Süresi ve Sınırlı Evlenme Yasağı

Kadınlara özgü bekleme süresi ve sınırlı evlenme yasağı TMK m.132 kapsamında, kesin olmayan evlenme engellerinden birisi olarak düzenlenmiştir. Öte yandan, TMK m.132 evliliğin sona ermesinin kadınlara yönelik hukuki sonuçları kapsamında da ele alınır. Zira, evliliği sona eren kadının yeniden evlenebilmesi, 300 günlük bekleme süresinin son ermiş olması şartına bağlanmıştır.

Kadınlara özgü bekleme süresi ve sınırlı evlenme yasağı, daha önce evli olmakla birlikte, evliliği boşanma, mutlak butlan ya da nispi butlan sebeplerinden biriyle mahkeme kararı ya da ölüm veya ölüm karinesi sebebiyle kanun gereği doğrudan sona eren kadınlara ilişkin bir evlenme engeldir. Hükümde bekleme süresi ve sınırlı evlenme yasağı olarak öngörülen 300 gün, bir kadının azami gebelik süresidir. Böylece, evliliği son eren kadının, evliliğin sona ermesine ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesi ve ölüm tarihi ya da ölüm karinesi gereği eşin nüfus siciline ölü kaydı düşüldüğü tarihten itibaren 300 gün içinde doğum yapması halinde, doğan çocuğun babasının son eren evlilikten olan eş olacağı, adi bir karene olarak kabul edilmiştir. Kadınlara özgü bekleme süresi ve sınırlı evlenme yasağının, gaiplik halinde uygulanması kural olarak söz konusu değildir. Zira, eş gaip olan kadının zaten, gaiplik kararı talep edebilmesi için ya son haber alma tarihinden itibaren 5 yıl ya da ölüm tehlikesi içinde kaybolmaya sebep olan olaydan itibaren 1 yıl beklemesi gerekir. Bu süreler içinde doğan çocuğun babası, evlilik içinde doğduğundan, TMK m.285 gereği, kayıp olan kocadır. Öte yandan, TMK m.131'e göre gaiplik kararı mevcut evliliği kendiliğinden sona erdirmez. Gaiplik kararının verilmesinden sonra, evliliğe devam etmek istemeyen kadın, ayrıca mahkemedен evliliğin feshini talep etmelidir. Evliliğin feshine ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesinden sonra da, gaiplik kararı alınabilmesi için gerekli olan sürelerin azami gebelik süresi olan 300 günden uzun olduğu göz önüne alınarak, TMK m.132'nin uygulama alanı bulması mümkün değildir. Kadınlara özgü bekleme süresi ve sınırlı evlenme yasağına ilişkin TMK m.132'deki düzenlemeden de açıkça anlaşıldığı üzere, burada kanun koyucunun amacı, soybağı karışıklığını önlemektir. Bu da, özellikle kadının 300 gün içinde yeni bir evlilik yapması ve çocuk doğurması halinde, doğan çocuğun babasının son eren evlilikteki eş mi, yoksa yeni evlilikteki eş mi olacağına ilişkin sorunun ortaya çıkmasını engellemektir.

² İMK m.103 hükmü, 26.06.1998 tarihli Federal Kanun uyarınca 01.01.2000 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılmıştır.

Zira, bu amaç TMK m.285/I'e de uygundur. Gerçekten, TMK m.285'de, "Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak 300 gün içinde doğan çocuğun babasının, koca olduğu" düzenlenmiştir. Bu suretle, TMK m.132'de öngörülen bekleme süresi ve sınırlı evlenme yasağı ile TMK m.285'de düzenlenen babalık karinelerinin çatışması sorunu çözülmüştür.³

Kadınların evliliğin sona ermesinden itibaren 300 gün bekleme ve bu sürede evlenmeme yükümlülüğü, mutlak değildir. Nitekim, TMK m.132/II, III'de bu kuralın istisnaları düzenlenmiştir. Bu bakımdan ilk olarak, evliliğin sona ermesinden itibaren işlemeye başlayan 300 günlük süre dolmadan önce, kadının doğum yapması halinde, bekleme süresi ve sınırlı evlenme yasağı kanun gereği kendiliğinden ortadan kalkar. İlgili istisna, kanun koyucunun amacı göz önüne alındığında yerindedir. Çünkü, 300 gün içinde dünyaya gelen çocuğun babası TMK m.285 uyarınca, son eren evlilikteki kocadır ve kadının bekleme süresinden arta kalan süre içinde tekrar doğum yapması kural olarak mümkün değildir. İkinci olarak da, TMK m.132/III'de, evliliği sona eren kadının gebe olmadığını anlaşılması veya kadının sona eren evlilikteki kocası ile tekrar evlenmek istemesi hallerinde, talep üzerine bekleme süresi ve sınırlı evlenme yasağının mahkeme kararı ile kaldırılabilirliği belirtilmiştir. Kadınlara tanınan bu talep hakkı da, zikredilen hallerde, soybağı karışıklığının ortaya çıkmasının imkansız olduğu göz önüne alınarak, haklıdır. Bekleme süresi ve sınırlı evlenme yasağının kaldırılmasını talep eden kadın TMK m.132/III'de düzenlenen sebeplerden birinin varlığını ispatladığı takdirde, hâkim talebe uygun karar vermek zorundadır. Başka bir deyişle, bu halde, hâkime bekleme süresi ve sınırlı evlenme yasağını kaldırmamasına yönelik bir takdir hakkı tanınmamıştır.⁴

III. TMK m.132'ye Aykırılığın Yaptırımı

Kadınlara özgü bekleme süresi ve sınırlı evlenme yasağı, Türk Medeni Kanunu'nda kesin olmayan evlenme engellerinden birisi olarak hükme bağlanmıştır. Kesin olmayan evlenme engelleri, evlenme sözleşmesinin yapılması için mevcut olmaması gereken, ancak bulunması halinde de evliliğin geçerliliğini etkilemeyen engellerdir. Bu bakımdan, kesin olmayan evlenme engelleri kural olarak evlilik bir-

³ TEKİNAY, Selahattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, İstanbul 1982, s.96 vd.; DURAL, Mustafa/ÖGÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, 17. Baskı, İstanbul 2022, s.61 vd.; KILIÇOĞLU, Ahmet: Aile Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2022, s.60 vd.; AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Aile Hukuku, İkinci Cilt, 24. Baskı, İstanbul 2022, s.80 vd.; HATEMİ, YILDIRIM, Abdülkerim: Türk Aile Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2021, s.30; ERDEM, Mehmet/MAKARACI BAŞAK, Aslı: Aile Hukuku, Ankara 2022, s.60 vd.; BERBEROĞLU YENİPİNAR, Filiz: Nişanlanma, Evlenme, Boşanma, Ankara 2022, s.89; ERDEM, Mehmet: Aile Hukuku, Ankara 2019, s.60.

⁴ TEKİNAY, s.97; DURAL/ÖGÜZ/GÜMÜŞ, s.62; KILIÇOĞLU, s.61; AKINTÜRK/ATEŞ, s.81; ERDEM/MAKARACI BAŞAK, s.61; YILDIRIM, s.30; ERDEM, s.60 vd.

liğinin kurulmasını engeller. Ancak her nasılsa kesin olmayan evlenme engeli bulunmasına rağmen yapılmış bir evliliğin geçersizliği ileri sürülemez. Nitekim, TMK m.132’de düzenlenen bekleme süresi ve sınırlı evlenme yasağına aykırılık hali, TMK m.154’de düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre: “Kadının bekleme süresi bitmeden evlenmesi, evlenmenin butlanını gerektirmez.” O halde, evliliği sona eren kadının 300 gün dolmadan yeniden evlenememesi yalnız, evliliğe başvuru şartları arasında değerlendirilmesi gereken bir husustur. Bu nedenle, bekleme süresi dolmadan kadının yeniden evlenmeyi talep edebilme hakkının bulunduğu kabul edilmelidir. Bu halde, TMK m.132’ye göre inceleme yapması gereken makam, ilgili evlendirme memurluğudur. Evlendirme Yönetmeliği m.23’e göre; “Evlendirme memuru, dosyayı incelemesi sonucunda 15’inci maddede sayılmış bulunan evlenme manilerinden herhangi birini tespit ettiği takdirde evlenme yapmayı reddeder. Bu hususu gerekçeli ve yazılı olarak taraflara derhal duyurur. Taraflarca tespit edilen evlenme manisinin mevcut olmadığı belgelerle ispatlanmadığı sürece evlenme yapılamaz”. Böylece, bekleme süresi ve sınırlı evlenme yasağına aykırı olarak evlenme başvurusu yapan kadının bu talebi, ilgili evlendirme memurluğunca reddedilmelidir. Ancak, her nasılsa reddedilmeyen ve evlenme izni verilen kadının TMK m.132’ye aykırı olarak yeniden evlenmesi halinde, bu evliliğin evlenme engeli olmadan yapılmış evlilik akdinden hukuken hiç bir farkı yoktur.⁵

Böylece, TMK m.132’ye aykırı olarak yapılan evliliklerin, herhangi bir yaptırıma tabi olmadığı açıktır. Öte yandan, TMK m.132’ye aykırı olmasına rağmen, evlenme başvurusunu reddetmeyen ve evlenme akdine katılan resmi memurun da ne hukuki ne de cezai bir sorumluluğu mevcuttur. Gerçekten, eski TCK m.237/II’de TMK m.132’ye aykırı olarak nikâh kıyan evlendirme memurunun, bu davranışı bir suç olarak nitelendirilmektedirken, 2004 yılında bu hüküm ilga edilmiştir.⁶

IV. Babalık Karinelerinin Çatışması

Bazı hallerde, TMK m.285’de düzenlenen babalık karinesi için öngörülen iki durum birbiriyle çatışabilir. Gerçekten, özellikle kadının bekleme süresi içinde bir başkası ile evlenip, doğum yapması halinde, çocuğun babasının hukuken kim olacağı sorusu ortaya çıkar. Çünkü, bu halde, çocuk bir yandan yeni evlilik içinde, diğer yandan da eski evliliğin sona ermesinden itibaren 300 gün içinde doğmuştur. Bu sorunun cevabı TMK m.290’da hükme bağlanmıştır. Söz konusu hükme göre: “Çocuk evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün için-

⁵ DURAL/ÖĞÜZ/ÖZ, s.102; KILIÇOĞLU, s.97; AKINTÜRK/ATEŞ, s.80; ERDEM/MAKARACI BAŞAK, s.60; YILDIRIM, s.30; BERBEROĞLU YENİPİNAR, s.143; ERDEM, s.60 vd.

⁶ Yargıtay 4. CD, 04.05.2004 T., 2003/6314 E., 2004/5807 K.; Yargıtay 4. CD, 24.04.2002 T., 2002/5044 E., 2002/6746 K.

de doğmuş ve ana da bu arada yeniden evlenmiş olursa, ikinci evlilikteki koca baba sayılır. Bu karine çürütülürse ilk evlilikteki koca baba sayılır. Söz konusu hükmün gerekçesinde de: “*Karinelerin çakışması*” kenar başlığını taşıyan ve *İsviçre Medenî Kanununun 257 nci maddesinden alınan bu düzenlemede, evlilik sona erdikten sonra üçyüz gün geçmeden önce çocuğun doğmuş olması hâlinde ortaya çıkan babalık karinesi ile çocuğun evlilik devam ederken doğmuş olması hâlinde ortaya çıkan babalık karinesinin çakışması durumunun, yine bir karine ile daha doğrusu çakışan karinelere birinin tercihi ile çözüme kavuşturulduğu*” belirtilmiştir. Böylece, TMK m.290’daki düzenleme ile kanun koyucu, kadının TMK m.132’ye aykırı olarak bekleme süresi içinde evlenmesi ve çocuk doğurması halinde, ikinci evlilikteki kocanın babalığını tercih etmiştir. O halde, TMK m.132’de düzenlenen kadınlara özgü bekleme süresi ve sınırlı evlenme yasağının amacının, TMK m.290 ile gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır. Başka bir deyişle, soybağı karışıklığına engel olma amacı taşıyan TMK m.132’nin, TMK m.290 varken, hiç bir anlamı kalmamıştır. Bu durumda, kadının bekleme süresi ve sınırlı evlenme yasağı kuralına uymasının ne maddi ne de hukuki bir yaptırımını bulunmaktadır. Gerçekten, TMK m.154 uyarınca böyle bir evliliğin geçersizliği ileri sürülemezken, TMK m.290’a göre de, bekleme süresi içinde ikinci evlilik içinde doğan çocuğun soybağı, kanun gereği ikinci kocaya bağlanmaktadır. Bu suretle, çocuk yönünden herhangi bir soybağı karışıklığı ihtimali de ortadan kalkmaktadır. Kaldı ki, baba olduğu iddiasında bulunan ilk kocaya da bunu kanıtlaması halinde, çocuk ile arasında soybağı ilişkisi kurma imkânı tanınmıştır.⁷

V. Kadınlara Özgü Bekleme Süresi ve Sınırlı Evlenme Yasağı Kuralının Sakıncaları

TMK m.290’daki düzenleme karşısında TMK m.132’de düzenlenen kuralın neredeyse amaçsız ve anlamsız olduğu açıkça görülmektedir. Nitekim, İsviçre Medeni Kanununda, kanun koyucu, karinenin çatılmasına ilişkin İMK m.257’nin yürürlüğe girmesi ile İMK m.103’de düzenlenen ilgili kuralı yürürlükten kaldırmıştır. TMK m.132’nin herhangi bir amaca hizmet etmemesi yanında, pek çok sakıncaları da mevcuttur. Bunlar, üç başlık altında ele alınmalıdır.

1. TC Anayasa m.10’da Düzenlenen Eşitlik İlkesine Aykırı Olması

TC Anayasası’nın “Kanun önünde eşitlik” başlıklı m.10’a göre: “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sa-

⁷ DURAL/ÖGÜZ/GÜMÜŞ, s.276 vd.; KILIÇOĞLU, s.531 vd.; AKINTÜRK/ATEŞ, s.331 vd.; ERDEM/MAKARACI BAŞAK, s.355; YILDIRIM, s.126; BAYGIN, Cem: Soybağı Hukuku, İstanbul 2010, s.85 vd.

hiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar”.

Eşitlik ilkesi olarak adlandırılan bu anayasal ilke, temel bir hak niteliğindedir. Yani eşitlik ilkesi, bu ilkeden yararlanan herkes için eşit işlem görmeyi ya da ayırım gözetilmemesini isteme hakkı doğurur. Öte yandan, eşitlik ilkesi, devlet organlarına emir veren bir anayasal zorunluluk olarak, hem kanunun uygulayıcılarına hem de kanun koyucuya, bu ilkeye uygun davranma yükümlülüğü yükler. Bu bakımdan eşitlik ilkesi, şekli hukuki eşitlik ve maddi hukuki eşitlik olarak iki anlamda değerlendirilir. Şekli hukuki eşitlik, genel ve soyut hükümlerden oluşan kanunların, herkese eşit olarak uygulanmasıdır. Maddi hukuki eşitlik ise, aynı durum ve koşullarda bulunan herkesin eşit hak ve ödevlere sahip olması bu kişilere eşit olacak biçimde yetki ve sorumluluklar verilmesidir. Ancak, maddi hukuki eşitlik anlamı ile eşitlik ilkesi, bazı sınırlandırmalara konu olabilir. Zira, kanun koyucu, kişilerin ve durumların bazı özelliklerini göz önüne alarak, kişiler arasında eşitlik ilkesinden ayrılan düzenlemeler yapabilir. Bu sınırlamalar, kişi ve durumların birbirlerinden ayrılan yönlerinin gereği olan, hakkaniyet ilkesinin doğal bir sonucudur. Ancak, kanunlarda yapılan bu sınırlandırmaların, eşitlik ilkesine aykırı olup olmadığının denetlenmesi büyük önem taşımaktadır. Türk Anayasa Mahkemesi, bu denetlemede “haklı neden” ölçütünü esas alır.⁸ Gerçekten, Türk Anayasa Mahkemesi emsal kararlarından birine göre:⁹ “Anayasa m.10’da öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde, farklı uygulamalara imkân veren bir ilkedir”, diğerine göre ise:¹⁰ “Haklı neden, anlaşılabilir, amaçla ilgili, makul ve adil olmalıdır. Getirilen düzenleme herhangi bir biçimde birbirini tamamlayan, birbirini doğrulayan ve birbirini güçlendiren bu üç ölçütten birine uymuyorsa, eşitlik ilkesine aykırı bir yön var demektir”. Türk Anayasa Mahkemesi başka bir kararında da:¹¹ “Bu ilkeyle aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak, kanun karşısında eşitliğin çiğnenmesinin yasaklandığını, ancak, durum ve konumlarındaki özellikler kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilirdiğini, özelliklere, ayrılıklara dayandığı için haklı olan nedenlerin eşitlik ilkesine aykırı-

⁸ GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Bursa 2000, s.180 vd.; ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2017, 156 vd.

⁹ Türk Anayasa Mahkemesi, 11.12.1986 T., 1985/11 E., 1986/29 K.

¹⁰ Türk Anayasa Mahkemesi, 19.02.1992 T., 1991/13 E., 1992/10 K.

¹¹ Türk Anayasa Mahkemesi, 17.11.1998 T., 1997/74 E., 1998/69 K.

rılığı geçerli kıldığını, aynı durumda olanlar için ayrı düzenlemelerin bu ilkeye aykırılık oluşturduğunu, Anayasanın amaçladığı eşitliğin eylemli değil, hukuksal eşitlik olduğunu, ayrı hukuksal durumların ayrı kurallara bağlı tutulması halinde, Anayasanın öngördüğü eşitlik ilkesinin çiğnenmiş olmayacağını, durumlarındaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklara, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak, yasalarca farklı uygulamalar getirilmesinin Anayasanın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacağını” belirtmiştir.

Kadınlara özgü bekleme süresi ve sınırlı evlenme yasağına ilişkin TMK m.132'nin özü ve amacının, TMK m.290'da düzenlenen karinelerin çakışması hükmü aynı olduğu açıktır. Zira, her iki hükmün gerekçesinde de, amaçlananın, soybağında muhtemel karışıklığı önlemek ve soybağına ilişkin hukuki durum ile gerçek durumun birbirine uygun olmasını sağlamak olduğu belirtilmiştir. Böylece, Türk Medeni Kanunu'nda soybağında karışıklığı önlemeye yönelik, aynı amaca güden iki farklı düzenleme bulunmaktadır. Öte yandan, TMK m.132'ye aykırılık halinde, evliliğin geçersizliğinin ileri sürülemeyeceği, TMK m.154'de hükme bağlanmıştır. Bu suretle, kanun koyucu, bir evlenme engeli olarak düzenlediği müesseseyi, yalnız bir başvuru şartı haline getirmiştir. Nitekim, TMK m.290'da yer alan düzenlemede de, “kadının bekleme süresine uymadan yeniden evlenmesi ve doğum yapması” ihtimali açıkça zikredilerek kaleme alınmıştır. O halde, tüm bu tespitler, TMK m.132'deki düzenlemenin kamu yararına yönelik olmadığını göstermektedir. Çünkü, kamu yararına yönelik olan emredici düzenlemelere aykırılık, mutlak olarak geçersizlik yaptırımına sebep olur. Ayrıca, kanun koyucu TMK m.132'de öngördüğü kurala aykırılık halinde ortaya çıkabilecek fiili durumu göz önüne alıp, bu hale özgü hukuki sonuçları TMK m.290'da düzenleyerek, esaslı bir çelişki içine düşmüştür. Gerçekten bir yandan evlenme engeli olarak nitelendirdiği hali yasaklamış, diğer yandan da adeta bu duruma izin veren bir irade sergilemiştir. Böylece, Anayasa m.10'da açıkça zikredilen kadın-erkek eşitliği ilkesi TMK m.132 ile ihlal edilmiştir. Zira, TMK m.132'de yalnız kadınlara özgü olarak öngörülen bu evlenme yasağını haklı gösterecek hiç bir sebep bulunmamaktadır. Aksine, TMK m.132'deki düzenleme ne bir anlam ve amaca sahiptir, ne de kamu yararı yönelik ve anlaşılabilir niteliktedir.

2. Türk Ceza Kanunu m.231'de Düzenlenen Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçunu İşlemeye Teşvik Etmesi

TCK m.231/I'e göre; “Bir çocuğun soybağını değiştiren veya gizleyen kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”. Söz konusu hükmün gerekçesinde, “Maddenin, bir çocuğun soybağının değiştirilmesini veya gizlenmesini suç hâline getirildiği, bu neticenin, yetkili mercilere gerekli bilgileri vermemek veya yanlış bilgiler vermek suretiyle gerçekleştirileceği, kişilerin aileleriyle olan

ilişkilerinin doğum, evlât edinme, tanıma veya babalığa hükmolunması yolları ile hukuken oluştuğu, doğumla meydana gelen ilişkinin maddede belirtilen suretlerle değiştirilmesinin suç hâline getirildiği, suçun oluşması için failde, çocuğu soybağını değiştirme veya gizleme kastının varlığının esas alındığı” belirtilmiştir. Doktrinde ise, “Aile Düzenine Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenen ilgili hükmün amacının, soybağı ilişkisinin sağlıklı bir şekilde kurulmasını temin etmek ve Türk Hukuku tarafından korunan aile düzeninin, dolayısıyla toplumsal düzeninin sağlanması olduğu açıkça belirtilmiştir. Nitekim, bu kapsamda devlet aile düzenin korunması için kişilerin soybağına ilişkin bilgileri gerçek duruma uygun ve doğru olarak bildirmelerini ister. Zira, kişilerin soybağı ilişkileri, hayatları boyunca birçok alanda onların hukuki ilişkilerini etkiler. Gerçekten, soybağı ilişkileri, kişilerin evlenmeleri, mirasçı olmaları kadar velayet ve nafakaya ilişkin hak ve ödevleri gibi bir çok alanda büyük önem arz eder. TCK m.231’de düzenlenen çocuğun soybağını değiştirme suçunun faili herkes olabilir. Suçun mağduru ise tam ve sağ olarak doğmuş olan çocuktur. Suçun konusu, çocuğun soybağını gizleme veya değiştirmektir. Soybağını değiştirme fiili, çocuğun soybağıyla ilgili kişisel durumunu, gerçek durumdan farklı olarak göstermesini sağlayacak şekilde oluşturmak, oluşmasına sebep olmak veya bunu sağlayan hareketler yapmaktır. Soybağını gizleme fiili ise, çocuğun gerçekte sahip olması gereken soybağını kazanmasına engel olacak hareketleri yapmaktır. Bu bakımdan, çocuğun nüfus siciline kaydedilmesinden kaçınılması veya yaşayan bir çocuğun öldüğünün bildirilmesi, soybağını gizleme fiiline örnek oluşturur.¹²

TMK m.132’de düzenlenen kadınlara özgü evlenme engeli ve sınırlı evlenme yasağı, kişileri soybağını değiştirme suçuna teşvik edebilmesi bakımından da sakıncalıdır. Nitekim, evliliği sona eren ve 300 gün içinde doğum yapan kadının çocuğu TMK m.285 uyarınca eski kocadır. Ancak, uygulamada çekişmeli boşanma davalarının uzun sürmesi sebebiyle eşler çoğunlukla boşanma kararının kesinleşmesinden önce kendilerine ayrı hayatlar kurmakta ve yeni ilişkiler yaşamaktadır. İşte kadının bu süreçte, böyle bir ilişki yaşaması ve doğum yapması da sıklıkla rastlanan bir durumdur. Doğan çocuk ile eski eşi arasında kanundan dolayı kurulacak soybağı ilişkisini engellemek isteyen kadın, çocuğu nüfus siciline kaydettirmekten kaçınabilir. Keza, evlilik içinde bir başkası ile ilişki yaşayıp, evliliğin sona ermesinden sonra 300 gün içinde doğum yapan kadının da bu suçu işleme ihtimali yüksektir.

¹² YENENER ÇAKMUT, Özlem: Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu, İstanbul 2008, s.185 vd.; TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18. Bası, Ankara 2020, s.1109 vd.; HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Toplum Karşı Suçlar, Ankara 2017, s.383 vd.

3. Kanun Koyucunun Açık İradesine Aykırı Olması

Kanun koyucu, TMK m.290'da "Karinelerin Çatışması" başlığı altında, özel bir düzenleme öngörmüştür. Buna göre; "Çocuk evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğmuş ve ana da bu arada yeniden evlenmiş olursa, ikinci evlilikteki koca baba sayılır. Bu karine çürütülürse ilk evlilikteki koca baba sayılır". Burada, kanun koyucu, kadınlara özgü bekleme süresi ve sınırlı evlenme yasağına aykırılık halinde, çocuk ile ikinci koca arasında soybağı ilişkisi kurulacağına hükmetmiştir. TMK m.154'de ise, kadının bekleme süresi içerisinde yeniden evlenmesi durumunda, bu evliliğin geçersizliğinin ileri sürülemeyeceği öngörülmüştür. Böylece, kesin olmayan evlenme engeli olarak öngörülen kadınlara özgü bekleme süresi ve sınırlı evlenme yasağına aykırılığın, evliliğin geçerliliği yönünden herhangi bir etkiye sahip olmadığı düzenlenmiştir. Bu iki hüküm göz önüne alındığında, TMK m.132'de öngörülen bu yasağın, kanun koyucunun açık iradesine aykırı olduğu anlaşılmaktadır.

Kanun koyucunun, TMK m.290 ve TMK m.154'deki düzenlemeleri, olağan hayatın akışı ve hayat tecrübeleri gereği öngördüğü açıktır. Zira, toplum ve değer yargıları, kadınlara özgü bekleme süresi ve sınırlı evlenme yasağına ilişkin düzenlemenin hukukumuzda girdiği yıllardan bu yana çok değişmiştir. Elbette ki, bu değişiklikler, teknoloji ve özellikle de kadınların toplumdaki rolünün hızla artmasının doğal bir sonucudur. Toplumda kadınlara tanınan hak ve özgürlükler, Türk Medeni Kanunu'nda da göz önüne alınmış ve özellikle mal rejimine ilişkin düzenlemelerle, şiddete uğrayan kadının evlilik birliğini sürdürmek zorunda olmasının önüne geçilmiştir. Tüm bu gelişmeler sonucunda, evlilik birliğinin sona erdirilmesi talebi ile açılan davalar artmıştır. Ancak, günümüzde mahkemelerin iş yükü ve yargılama sistemimizin hızı, bu davaların çok uzun süreler devam etmesine sebep olmaktadır. Eşinden boşanmak isteyen kadın ve erkek, evliliğin sona ermesine ilişkin kesin hükmü beklediği bu uzun zaman diliminde, başka ilişkiler yaşamakta ve bu ilişkiler sonucunda birçok çocuk dünyaya gelmektedir. Henüz evlilik kesin hükümlerle sona ermeden kadının doğum yapması halinde, çocuk evlilik içinde dünyaya geldiğinden, baba TMK m.285 gereği kocadır. Ancak, kadının evliliğin kesin hükümlerle sona ermesinden itibaren 300 gün içinde doğum yapması halinde de, çocuk ile ilk koca arasında soybağı ilişkisi kurulmaktadır. Bu nedenle, çoğu halde dünyaya gelen çocuğun biyolojik babası ilk koca değil, aksine bekleme süresi bittikten sonra evlenilmek istenen başka bir erkek olmaktadır. Çünkü, evlilik birliği, anlaşmalı boşanma hali hariç, buna ilişkin dava açıldıktan çok uzun süre sonra kesin hükümlerle sona erebilmektedir. Dolayısıyla bu uzun süre dikkate alındığında, kadına bir de bekleme süresi içinde evlenme yasağı koymanın hiç bir haklı açıklaması yoktur. Hatta, mevcut durum ve koşullara

göre bekleme süresi içinde doğum yapan kadının çocuğunun babasının, ayrıldığı kocası olması da çok düşük bir ihtimaldir. Zira, evliliğin sona erdirilmesine ilişkin dava süresince birlitlik yaşayan eşler zaten evliliğin sona ermesine ilişkin taleplerinden vazgeçerler. Tüm bu gerekçeler doğrultusunda, kadınlara özgü bekleme süresi ve sınırlı evlenme yasağı, soybağı karışıklığını önleme amacından ziyade adeta soybağı karışıklığı yaratmaya yönelik bir hüküm haline gelmiştir.

Kadınlara özgü bekleme süresi ve sınırlı evlenme yasağı kadın kadar, eski kocaya da zarar vermektedir. Gerçekten kadın bekleme süresi içinde gebe kaldığı çocuğun babası ile evlenemeyip, yine bu süre içinde doğum yapması sonucunda, doğan çocuğun soybağı TMK m.285 uyarınca ilk kocaya bağlanmaktadır. Dolayısıyla ilk koca, bu durumda, soybağının reddi davası açmak zorunda bırakılmaktadır. Hatta, uygulamada bu durumdan haberdar olmayan ilk koca yıllar sonra bundan bilgi sahibi olmakta ya da bu durum gizlenmekte ve çocuk haksız yasal mirasçılık sıfatına sahip olabilmektedir.

V. Sonuç

Kadınlara özgü bekleme süresi ve sınırlı evlenme yasağını içeren TMK m.132'deki düzenlemenin, babalık karinelerinin çakışmasını düzenleyen TMK m.290 ile aynı amaca hizmet ettiği açıktır. Nitekim, her iki hüküm de baba ile çocuk arasında ortaya çıkabilecek muhtemel soybağı karışıklığını önlemeyi hedeflemektedir. Hatta, TMK m.132 ile önlenmek istenen bu sorun, TMK m.290'daki düzenleme ile tamamen çözüme kavuşturulmuştur. O halde, TMK m.132 ile kadınların özgürlüklerini kısıtlamak hiç bir haklı sebebe dayanmamaktadır. Öte yandan, TMK m.132'deki düzenlemenin tarihi göz önüne alındığında, bu hükmün modern hukuk sistemimize ilk olarak 743 sayılı Eski Medeni Kanun ile girdiği kesindir. 743 sayılı Kanun, o dönemde yürürlükte olan İsviçre Medeni Kanunu'nun, Türk Hukukuna iktibası ile vücut bulmuştur. Böylece, İslam hukukunda da var olmakla birlikte, kadınlara özgü bekleme süresi ve sınırlı evlenme yasağı kuralının modern hukukumuzdaki kaynağının İsviçre Hukuku olduğunu söylemek yanlış bir tespit değildir. Ancak, ilgili düzenlemenin kaynağı olan İMK m.103 hükmü, 01.01.2000 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır. Bunun sebebi ise, aynı tarihte yürürlüğe giren ve babalık karinelerinin çatışması haline çözüm getiren İMK m.257 hükmünün varlığına dayanmaktadır. Gerçekten, İsviçre kanun koyucusu, soybağı karışıklığını önleme amacı güden ve kadınların özgürlüklerini sınırlayan bu düzenlemeyi, sorunu doğrudan çözen başka bir düzenleme getirerek, yürürlükten kaldırmıştır. Bu durum, kanunların kazuistik sisteme bağlılığı ve özellikle de Anayasa'da düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin haklı neden olmadan sınırlanamaması ilkesinin doğal sonucudur. Ancak, kaynak

İsviçre Medeni Kanunu'ndaki bu değişiklik, Türk Medeni Kanunu'nda dikkate alınmamıştır. Bunun sonucunda, günümüzde halen TMK m.132'nin varlığı korunarak, kadınların özgürlükleri Anayasa m.10'a aykırı olarak sınırlandırılmaya devam etmektedir.

Kesin olmayan evlenme engeli olarak düzenlenen ve herhangi bir yaptırıma bağlanmamış olan bu düzenlemenin, Anayasa'ya aykırılığı dışında, soybağı karışıklığı yaratmaya elverişli olduğu da göz ardı edilmemelidir. Gerçekten, uzun sürelerde sonuçlanan boşanma davalarına, bir de 300 günlük bekleme süresi eklendiğinde, kadınların başka erkeklerle yaşadığı ilişkiler sonucunda 300 günlük bekleme süresi içinde doğum yapması ihtimalini arttırmaktadır. Bu halde, TMK m.285 uyarınca, başka bir erkekten olan çocuğun soybağı, eski kocaya bağlanmaktadır. Bu da, bekleme süresi ve sınırlı evlenme yasağı kuralının, yararından ziyade sakıncalı durumlar yarattığını ortaya koymaktadır. Hatta, kadınlar bu sakıncalı durumu engellemek için TCK m.231'de düzenlenen soybağını değiştirme suçunu işlemeye teşvik edilmektedir.

Açıklanan sebepler, kadınlara özgü bekleme süresi ve sınırlı evlenme yasağını düzenleyen TMK m.132 hükmünün, vakit kaybedilmeden yürürlükten kaldırılmasının bir zorunluluk niteliğinde olduğunu ortaya koymaktadır.

Kaynakça

- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Aile Hukuku, İkinci Cilt, 24. Baskı, İstanbul 2022.
- BAYGIN, Cem: Soybağı Hukuku, İstanbul 2010.
- BERBEROĞLU YENİPİNAR, Filiz: Nişanlanma, Evlenme, Boşanma, Ankara 2022.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, 17. Baskı, İstanbul 2022.
- EKİNCİ, Ekrem Buğra: Osmanlı, Adalet ve Mülk, İstanbul 2012.
- ERDEM, Mehmet: Aile Hukuku, Ankara 2019.
- ERDEM, Mehmet/MAKARACI BAŞAK, Aslı: Aile Hukuku, Ankara 2022.
- ERDEM, Suat: İslam hukukuna Göre İddet ve İddet Bekleyen Kadının Nikâhı, Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Cilt.XVII, Sayı.2, Yıl.2013.
- GAYRETLİ AYDIN, Seda: Kadın ve Kanuni Bekleme Süresi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 136, Yıl: 2018.
- GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Bursa 2000.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Toplum Karşı Suçlar, Ankara 2017.
- HATEMİ, YILDIRIM, Abdülkerim: Türk Aile Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2021.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Aile Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2022.
- ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2017.
- ÖZTAN, ERDEM, Mehmet/MAKARACI BAŞAK, Aslı: Aile Hukuku, Ankara 2022.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, İstanbul 1982.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18. Bası, Ankara 2020.
- YENENER ÇAKMUT, Özlem: Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu, İstanbul 2008.

Vakıf Üniversitelerinde Çalışma İlişkisine Son Verilen Öğretim Elemanlarının Yargı Yolu Sorunu

(Temel Haklara Müdahale - Adil Yargılanma Hakkı - Devletin Pozitif Yükümlülüğü)

The Problem of Judicial Remedy of the Academic Staff of the Foundation Universities Whose Working Relationship was Terminated

(Interference with Fundamental Rights - Right to a Fair Trial - Positive Obligations of the State)

Doç. Dr. Mustafa KILIÇOĞLU ()*

Öz:

Vakıf üniversitelerinin, en yalın haliyle, Devlet üniversitelerinin sayısal yetersizliği nedeniyle oluşan boşluğu dolduran bir işlevi bulunmaktadır. Vakıf üniversitelerinin, eğitim ve öğretim amaçlı kamu tüzel kişiliği bulunmakta olup, başka bir anlamıyla, özel hukuk tüzel kişiliğinden ayrılır. Vakıf üniversitelerinin - tartışmalı da olsa - bu konumunun, vakıf üniversitesi öğretim elemanlarının statü hukukuna tabi olacağı sonucunu doğurup doğurmayaacağı konusunda, gerek öğretimde gerek yüksek yargı kararlarında farklı düşünceler bulunmaktadır. Aynı sorun, çalışma ilişkisine son verilen öğretim elemanlarının başvuracağı yargı yolunun belirlenmesinde de ortaya çıkmaktadır. Çalışanların işlerine son verilmesi, çalışanların temel haklarına müdahale teşkil ettiğinden ulusalüstü kuralların, göz önünde tutulması gerekmektedir. Adil yargılanma hakkı da bu kapsamdadır. İdari yargı yolunda tanık dinlenmesine dair açık bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum adil yargılanma hakkına aykırılığa sebep oluşturabilir. Tüm bu unsurların bir arada ele alınarak belirsizliğin ortadan kaldırılması için açık bir hukuki düzenleme gerekmektedir. Bu da Devlet'in pozitif yükümlülüğü kapsamındadır.

Anahtar Kelimeler:

Vakıf Üniversitesi, Yargı Yolu, İş Sözleşmesi, İdari Sözleşme, Öğretim Elemanı.

Abstract:

Foundation universities, in essence, have a function that fills the gap created by the numerical inadequacy of State universities. These universities have a public legal entity for education and training purposes, in other words, they are separated from private law legal entities. There are different opinions, both in doctrine and in Supreme Court

(*) Başkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, Ankara - Türkiye,

E-posta: mkilicoglu@baskent.edu.tr; Orcid No: <https://orcid.org/0000-0001-9050-0735>.

Makale Geliş Tarihi: 13.07.2023 - Makale Kabul Tarihi: 11.10.2023.

decisions, on whether this controversial position of foundation universities will result in the fact that their academic staff will be subject to statute law. The same problem arises in the determination of the judicial remedy to be applied by the academic personnel whose working relationship has been terminated. Since the dismissal of the employees constitutes an interference with the fundamental rights of the employees, supranational rules should be taken into consideration including the right to a fair trial. There is no clear legal regulation on the hearing of witnesses in the administrative judicial process. This situation may cause a violation of the right to a fair trial. Therefore, a clear legal regulation that considers all these elements together is required in order to eliminate uncertainty. Hence, this falls within the scope of the positive obligations of the State.

Keywords:

Foundation University, Judiciary, Employment Contract, Administrative Contract, Instructor.

Giriş

Vakıf üniversitelerinde çalışan öğretim elemanlarının çalışma ilişkisine son verilmesinden doğan davaların *hangi yargı yoluyla çözüleceği sorunu*, bu konuda *yasal bir düzenleme olmayışı* nedeniyle günümüze kadar gelmiştir.

“Vakıf” ve “vakıf üniversitesi” kavramlarından hareketle, bu kavramların, hukuk düzeni içerisinde konumlarının belirlenmesi, incelememizin hareket noktası olacaktır. Bu bağlamda, normatif düzenlenmemelerin tamamının göz önünde tutularak, *analitik* bir incelemede bulunularak bu yolla mevcut tartışmaların, *hukuk zeminine oturtulması* amaçlanmıştır.

Çalışma ilişkisinin özneleri ve bu özneler arasında ilişkinin hukuki bir örgü içinde ele alınmasını yöntem olarak belirledik.

Vakıf üniversitelerinin *hukuki statüsünün* belirlenmesinin, öğretim elemanlarının hukuki durumunu ne derece etkilediğinin tartışılması gerekmektedir.

Öğretim elemanlarının çalışma ilişkisine son verilmesi bir fesih işlemidir. Çalışma hakkı temel bir haktır. Fesih *temel hakka bir müdahaledir*. O halde konunun bu yönüyle ele alınması gerekecektir.

Adli ve idari yargı yolu, yasaca belirlenen iki ayrı yargı usulüne tabidir. Konuyla sınırlı olarak ele aldığımızda, “*Adil Yargılanma Hakkına*” hangi yargı yolunun uygun olacağı tartışılacaktır.

Yüksek mahkemeler arasındaki farklı uygulamaların bir *güvencesizlik* yarattığı söylenebilir. İşte bu noktada, “*Devlet’in pozitif yükümlülüğü*” kapsamında bir yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulup duyulmadığı ele alınacaktır.

Yüksek mahkemelerin verdikleri kararların gerekçelerinde yer alan ortak noktalar ve farklılıklar belirlenerek, çalışmanın *bütünlüğünün* sağlanması ve bu yolla konunun tüm yönleri gösterilerek, *nesnel* sonuçlara varılması amaçlanmıştır.

I. Vakıf Üniversiteleri Kavramı

A. Terim ve Kavram Sorunu

1. Terim Sorunu

“Vakıf” terimi, Eski Mısır, Yunan, Roma, Osmanlı ve İslam hukuklarında yer almış bir terimdir. Anadolu coğrafyasında yüzyıllara dayanan önemli bir geçmişe sahiptir.¹

Vakıf kurumunun kökeni hakkında çeşitli kuramlar bulunmaktadır. “İdealist Kuram”, “Tepki Kuramı”, “Devlet Yararı Kuramı”, “Roma Hukuku Kökeni Kuramı”, “Bizans Hukuku Kökeni Kuramı” bunlardan bazılarıdır.² Vakıf terimi, kanundaki düzenlenişi esas alındığında, kuruluşu, amacı, denetimi ve sona ermesini içeren bir normlar dizinidir (TMK³ m.101-117). Osmanlı döneminde vakıfların, devletin ekonomisinde önemli bir işleve sahip olduğu ifade edilmektedir.⁴

“Vakıf Üniversitesi” terimine, 1982 Anayasası’nın⁵ (AY) 130. maddesinde yer verilmiştir. Buna göre, “*Kanunda gösterilen usul ve esaslara göre, kazanç amacına yönelik olmaması şartı ile vakıflar tarafından, Devletin gözetim ve denetimi ve denetimine tabi yükseköğretim kurumları kurulabilir*” (f.2). Aynı maddenin son fıkrası uyarınca “*Vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları, malî ve idarî konuları dışındaki akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden, Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasada belirtilen hükümlere tâbidir.*”.

2. Tanım Sorunu

Rona Serozan’a göre genel anlamda vakıf, Türk Medeni Kanunu (TMK), 101. maddesinin 1. fıkrasının referans almış şekliyle, “*Vakıf bir gerçek ya da tüzel kişinin belirli ve sürekli bir amaca hizmet etmek üzere bağımsız bir (tüzel) kişilik yaratılan bu kişiliğe mal kazandırma (tahsis) isteğini yasada belirtilen kalıplarda (şekillerde) açığa vurma üzerine özel bir sicile tescille oluşan bir tüzel kişidir*”. Serozan, kökleşmiş olarak kabul ettiği bu tanımı “tüzel kişilik yaratma”, “mal tahsisi”, “özel amaç” olarak öğelerine ayırmıştır.⁶ Buradan hareketle konumuzla ilişkin “tüzel kişilik yaratma” ögesi ve bu ögenin hukuki niteliği üzerinde durulacaktır.

¹ Bkz. ULUÇ, Yusuf, Vakıflar Hukuku ve Mevzuatı, Ankara 2008, s.112.

² ULUÇ, s.111.

³ Türk Medeni Kanunu (TMK), RG. 08.12.2011/24607.

⁴ Bkz. İNALCIK, Halil, Osmanlı imparatorluğu, Sultan ve Siyaset, C.2, B.7, İstanbul 2022, s.216 vd.; vakıf terminolojisi için bkz. DEVELİOĞLU, Ferit, Osmanlıca -Türkçe Ansiklopedik Lügat, B.26, Ankara 2016, s.1321, 1322.

⁵ RG. 31.12.2005/26040.

⁶ SEROZAN, Rona, Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, İstanbul 2014, s.504.

Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nde (VYKY),⁷ “Vakıf: 4721 sayılı Medeni Kanun hükümleri uyarınca kurulmuş, amaç ve faaliyetleri arasında yükseköğretim kurumları ve bunlara bağlı birimleri kuran veya kurmak için başvuran tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır.” (m.4/f.1). Bu “Vakıf üniversitesi gelirlerini sadece kendi üniversitelerini ve mülkiyeti üniversitelere ait kurum ve kuruluşları geliştirmek amacıyla harcamak kaydıyla, vakıflar tarafından kanunla kurulmuş bulunan kamu tüzel kişiliğine sahip, yüksek düzeyde araştırma, eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapan, fakülte, enstitü, yüksekokul, meslek yüksekokul, destek, hazırlık okulu veya birimleri, benzeri kuruluş ve birimlerden oluşan bir yükseköğretim kurumudur.” (m.5).

B. Normatif Dayanakları

1. Anayasal Düzenlemeler

Anayasa'nın “İdarenin bütünlüğü ve kamu tüzelkişiliği” kenar başlığı altında düzenlenen 123. maddesine göre, “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır. Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur.”.

“Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur” (m.123/f.3) tümcesindeki “kanunla ... kurulur” ögesi önem taşır. Anayasa'nın “Kamu hizmeti göreviyle ilgili hükümler” başlığı, “Genel İlkeler” kenar başlığı altında düzenlenen 128. maddeye göre, “Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.”.

Anayasa'nın “Yükseköğretim kurumları ve üst kuruluşları” başlığı altında “Yükseköğretim kurumları” kenar başlığı altında düzenlenen 130. maddesinde göre “Çağdaş eğitim-öğretim esaslarına dayanan bir düzen içinde milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun insan gücü yetiştirmek amacı ile; ortaöğretime dayalı çeşitli düzeylerde eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapmak, ülkeye ve insanlığa hizmet etmek üzere çeşitli birimlerden oluşan kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip üniversiteler Devlet tarafından kanunla kurulur. Kanunda gösterilen usul ve esaslara göre, kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından, Devletin gözetim ve denetimine tâbi yükseköğretim kurumları kurulabilir”.

⁷ RG. 31.12.2005/26040.

Yukarıda sözü edilen bu hükümler doğrudan Anayasa'nın "İkinci Bölüm"ünde yer alan bu hükümlerin, "Genel Esaslar" hükümleri ile belirlenen ilkelerin gözetildiği varsayımının kabulü gerekir.

2. Konumuzla Sınırlı Kanun ve Yönetmelikler

a. Kanunlar

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu (YK),⁸ Ek Madde 2'ye göre "*Vakıflar; kazanç amacına yönelik olmamak şartıyla ve mali ve idari hususlar dışında, akademik çalışmalar, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden bu Kanunda gösterilen esas ve usullere uymak kaydıyla, Yükseköğretim kurumları veya bunlara bağlı birimlerden birini veya birden fazlasını ya da bir üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsüne bağlı olmaksızın, ekonominin ihtiyaç duyduğu alanlarda yüksek nitelikli işgücü yetiştirmek amacıyla, bu Kanun hükümleri çerçevesinde kalmak şartıyla meslek yüksekokulu kurabilir. Bu meslek yüksekokulu, kamu tüzel kişiliğini haiz olup, Cumhurbaşkanı kararı ile kurulur. Kurulacak meslek yüksekokullarına, meslek ve teknik eğitim bölgesinde gereksinim duyulması esastır.*".

2547 sayılı Kanun'un "Özlük hakları" kenar başlığı altında düzenlenen 62. maddesine göre "*Üniversite öğretim elemanları ve üst kuruluşlar ile üniversitelerdeki memur ve diğer görevlilerin özlük hakları için bu kanun, bu kanunda belirtilmeyen hususlar için Üniversite Personel Kanunu, Üniversite Personel Kanununda bulunmayan hususlar için ise genel hükümler uygulanır.*".

4857 sayılı İş Kanunu⁹ (İş K.), işverenlerle işçiler arasında çalışma koşulları, çalışma ortamı ve tarafların hak ve sorumluluklarını düzenler.

b. Yönetmelikler

Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin amacı, "... vakıf yükseköğretim kurumlarının kuruluş, işleyiş, gözetim ve denetimine ilişkin esasları düzenlemektir.". Anılan yönetmeliğin 23. maddesi öğretim elemanları hakkındadır. Buna göre "*Öğretim elemanlarının seçimi, değerlendirilmesi, seçilenlerin uygun görülen akademik unvanlarla görevlendirilmeleri ve yükseltilmeleri yürürlükteki kanun ve yönetmelik hükümlerine uyularak vakıf yükseköğretim kurumunun yetkili akademik organlarınca yapılır. Öğretim elemanlarının atamalarında, devlet yükseköğretim kurumlarındaki atamalarda aranan şartlara ilaveten vakıf yükseköğretim kurumunun akademik yönden gerekli gördüğü şartlar da aranabilir. Vakıf meslek yüksekokullarında özellikle uygulamalı derslerde görevlendirilecek öğretim elemanlarının atanmasında çalışma deneyimine sahip olması gözetilir.*"

⁸ RG. 06.11.1981/17506.

⁹ RG. 10.06.2003/25134.

Vakıf yükseköğretim kurumlarında görev alacak olan akademik ve idari personelin çalışma esasları 2547 sayılı Kanunda devlet üniversiteleri için ön-görülen hükümlere tabidir. Bu personelin aylık ve diğer özlük hakları bakımın-dan ise 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanır. “Özlük hakları” söz dizimi *Danıştay*'ca iptal edilmiştir.

II. Çalışma İlişisine Son Vermenin Temel Haklarla İlişkisi

A. Müdahalenin Ölçülülüğü ile İlişkisi

Fesih bir çalışma ilişkisine son vermedir. Hakkın öznesi çalışandır. Çalışan, işçi olabileceği gibi statü hukukuna da tabi olabilir. Fesih iradesi karşı tarafa vararak hukuki sonuç doğurur. Bozucu yenilik doğurucu bir haktır.

Çalışma hakkı, *anayasalar* ve *ulusalüstü* kurallarca korunmaktadır. 1982 Anayasası'nın 49. maddesinde, “Çalışma herkesin hakkı ve ödevi” olduğu tüm-cesiyle, *sosyal* ve *ekonomik haklar* bölümünde yer almıştır. Temel haklardandır.

İnsan hakları perspektifinden bakıldığında, genel olarak, temel hakka müda-halede - somut olayların koşulları dikkate alınarak - *meşru amacın müdahale ile ölçülü olup olmadığı* irdelenir.¹⁰

B. Adil Yargılanma Hakkı ile İlişkisi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6 “Adil yargılanma hakkı” başlığı altında düzenlenmiştir. Anılan hükümde *davaların makul sürede çözülmesi* gereği vurgulanmıştır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.27’de yer alan “*Hukuki dinlenme hakkı*”, adil yargılanma hakkının esaslı bir unsuru olduğu, anı-lan hükmün hükümet gerekçesinde vurgulanmıştır.¹¹ Yine aynı gerekçede kanun hükmünde belirtilen “Açıklama ve ispat hakkı” bir unsur olarak gösterilmiştir. Hukuki dinlenme hakkı, somut olayın aydınlatılmasının aracıdır. Yargılamada gerçeğin ortaya çıkmasına yardımı bulunur.¹²

İdari yargıda, tanık dinlenmesine sıcak bakılmamaktadır. Tanık dinlenmesi-ne yönelik İYUK m.31’de HMK’ya atıf bulunmamaktadır.¹³

¹⁰ AYM, Bireysel Başvuru Numarası: 2013/4825, Karar Tarihi: 24.03.2016, RG Tarih ve Sayısı: 10.05.2016/29780; EKMEKÇİ, Ömer/GEMALMAZ, H. Burak/ASLAN, Volkan/YILMAZ H. Hilal, Anayasa Mahkemesine Başvurunun Temel Esasları ve İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Kararlar, İstanbul, 2022, s.91.

¹¹ KILIÇOĞLU, Mustafa, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, Ankara 2012, s.261.

¹² BGE 119 Ia 2016 E.6;106 Ja E.2b/bb; BSK-ZPO- Gehri, MH, Art.53. Nr.3, akt. KILIÇOĞLU, El Şerhi, s.262.

¹³ Bu konuda ayrıntı açıklama için bkz. ÖZTOPRAK, Sezin, “Yargı Kararları Işığında İdari Yargılama Usulünde Tanık”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.23, S.2, İzmir 2021, s.1369.

HMK'da tanık kavramı m.240-265 arası düzenlenmiştir. Takdiri delildir. Tanık davanın tarafları dışında *üçüncü kişidir*.¹⁴ Önceden delile bağlanması mümkün olmayan hallerde tanık vazgeçilmez bir usul müessesesi olarak kabul edilmiş, bu durum günümüze kadar hukuki önemini korumuştur.¹⁵

Tanık delilinin sunumunun olmadığı bir yargı yolunun AİHS m.6 ile ne derece örtüştüğünün tartışılması gerekeceği kanısındayız.

AYM, farklı Yargıtay dairelerinin aynı konuda farklı sonuçlara varmasının *hakkaniyeti zedelediği* sonucuna varmaktadır.¹⁶

AYM'nin aynı konuda farklı yargı yollarına gidilmesinin belirsizlik yaratacağı ve bunun sürgit devam etmesi halinde hakkaniyete aykırı olacağının evleviyetle düşünceği açıktır.

C. Devlet'in Pozitif Yükümlülüğü ile İltisi

Genel olarak devletin pozitif yükümlülüğü bir anlamda, sosyal devlet anlayışının bir sonucu olarak ortaya çıkmış olup, bu anlayışın gereği olarak, kendisine - devlete - *olumlu edimde* bulunma ödevi olarak düşünülebilir.¹⁷

Uyuşmazlıkların çözümünde *öncelikle yasal alt yapının* oluşturulması, sonra da *hakkaniyete uygun yargılama yapılması, devletin pozitif yükümlülüklerindedir*. Gerektiğinde vakit geçirmeksizin kanun çıkarmak da bu yükümlülük kapsamındadır.

Aynı konuda iki yargı yolunun da kendini görevli sayması ve bunda ısrar edilmesi halinde, bir kanun ihtiyacının varlığı açıktır. Bu da devletin pozitif yükümlülüğüne girer.

III. Vakıf Üniversitelerinin Hukuki Statüsü

A. Statü Kavramı

Statü, genel hukuksal durumu belirler. Yabancı kaynaklı bir terimdir. Çerçeveleme ve içeriğinin nesnel olarak belirlenmesi kabul edilir.¹⁸

Statü kavramı içeriğinde bir yasallık bulunmaktadır.¹⁹ Genelde bir idare hukuku kavramı olarak düşünülse de kişiler hukukunun tamamını kapsar.²⁰

¹⁴ KURU, Bakı, Medeni Usul Hukuku El Kitabı, C.1, Ankara 2020, s.757.

¹⁵ POSTACIOĞLU, İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, B.6, İstanbul, 1975, s.647.

¹⁶ Bkz. Hakan Altıncaan Başvurusu (GK), B.No: 2016/13021, 17/05/2018; EKMEKÇİ/GEMALMAZ/ASLAN/YILMAZ, s.63.

¹⁷ GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Bursa 2000, s.213.

¹⁸ ÖZAY, İlhan, Günışığında Yönetim, İstanbul 1986, s.302, 303.

¹⁹ Ayrıntılı inceleme için bkz. GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, C.1, B.2, Bursa, 2009, s.65, 66.

²⁰ ÖZAY, s.303.

İş hukukunda memurlar ve sözleşmeli personelle ilgili uyuşmazlıklar idari yargıda çözülmektedir.²¹ Statü hukukuna tabi oldukları kabul edilir.²²

Tüzel kişilik Roma-Cermen hukukunda filizlenmiş TMK m.47 vd. yer alan bir kavram olup belirgin özelliği, "... kurucularından, tüyelerinden, ortaklarından ve organlarını oluşturan yöneticilerden apayrı, bağımsız bir *hak öznese* olmasıdır. Bireylerin gelip geçiciliğini aşan bir hukuki varlıktır. Sürekli ve kalıcı bir organizasyondur."²³ Bu genel tanım vakfı da içerir.

Tüzel kişiliğin kamu tüzel kişiliği kimliğine bürünmesi durumunda hukuksal durumun ne olacağı tartışmanın özünü teşkil eder. Kamu tüzel kişiliği, Anayasa, Kanun ve idari kararlar - kanunun verdiği yetkiye dayanarak - kurulabilir.²⁴ Başka bir anlatımla, kamu tüzel kişiliği Anayasa ve kanunla belirleme ya da nitelendirme var ise (AY m.123/3) sorun yoktur. Ancak böyle bir niteleme yok ise, kanunun idareye açıkça verdiği yetki sonucunda idari işlemle kurulabilir.²⁵ Bu ilk koşuldur. İkinci koşul ise o tüzel kişiliğin özel hukuku aşan kamu gücü aracılığıyla üstünlük taşımasıdır.²⁶

Kamu tüzel kişiliğinin, özel hukuk tüzel kişiliğinden en yalın şekliyle temel farkı *kamu gücü* - örneğin, tek taraflı işlem yapabilme, işlemlerini uygulama yetkisi, personelin statüsü, yargı yolu - ayrıcalığıdır.²⁷

AYM'nin bir kararında vakıf üniversitelerinin "kamu tüzel kişiliği" niteliği taşıdığı kabul edilmiştir.²⁸ Söz konusu kararda, AY m.23'te yer alan kamu tüzel kişiliğinin ancak kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak kurulabileceği bu öğenin zorunlu bir koşul olduğu ifade edilmiştir.

AYM aynı kararda devamla, Anayasa m.130/f. sonda yer alan *mali ve idari* konulardaki serbestlik kamu tüzel kişiliği vasfı ile çatışmayacağı; her düzeyde yöneticilerle öbür personeli *görevlendirmeyi kendi organlarıncı gerçekleştireceği*; akademik çalışmalar, öğretim elemanlarını sağlaması ve güvenlik yönlerinden Anayasa'nın ve Devlet yükseköğretim kurumları için öngördüğü kurallara bağlı olduğu belirtilmiştir. Anılan kararın karşı oylarında AY m.130/f.1 temel alınmış ve "... Devlet tarafında kanunla kurulur." tümcesine vurgu yapılmıştır.²⁹

²¹ Sözleşmeli personel için bkz. Y.9.HD, 28.09.1992 T., 1992/2692 E., 1992/10447 K. (Özel Kartotex).

²² KILIÇOĞLU, Mustafa, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1999, s.86, 87.

²³ SEROZAN, s.486.

²⁴ Bkz. ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, B.5, Ankara 2017, s.27-34.

²⁵ GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, B.5, Ankara 2007, s.86.

²⁶ GÖZLER, B.5, s.86.

²⁷ ÇAĞLAYAN, B.5, s.47-48.

²⁸ AYM, E.1990/2, K.1990/10, KT.30.5.1990, RG Tarih-Sayı.09/02/1991-20781.

²⁹ Anılan kararın karşı oyunda; "Anayasa'nın 130. maddesinin i. fıkrası Devlet eliyle ve kanunla kurulan Üniversitelere kamu tüzel kişiliği vermektedir. Özel hukuk tüzel kişisi olan vakıf tarafından kurulan Üniversiteye de aynı biçimde kamu tüzel kişiliği kazandırılmaz. Devlet Üniversitesinin

AYM'nin bireysel başvuruya ilişkin bir başka kararında³⁰ vakıf üniversitelerinin “kamu tüzel kişiliği” niteliğine değinilmiştir.

Vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişiliği vasfına karşı çıkan *Gözler*, bir tüzel kişinin kamu tüzel kişisi olabilmesi için devlet tarafından *kanunla* ya da *kanun açıkça verdiği yetkiye* dayanarak kurulması, buna ilaveten de *kamu gücü ayrıcalıkları* ile *donatılması* gereğine işaret etmiştir.³¹ Vakıf üniversitelerinin bu koşulları taşımadığını ileri sürmüştür.³²

B. Statü Kavramı ile Bağlantılı Sorunlar

Vakıf üniversitelerine verilen “Kamu tüzel kişiliği” statüsü referans gösterilerek, öğretim elemanları ile vakıf üniversiteleri arasındaki ilişkinin hukuki niteliği öğretide ve yargı mercilerinde farklı sonuçlara ulaşılmıştır. Öğretim elemanlarının vakıf üniversiteleri ile yaptıkları sözleşmenin “idari sözleşme” ya da “iş sözleşmesi” olarak nitelenmesi doğal olarak yargı yolunu da etkilemektedir. Özellikle bu durum istihdama son vermede (işe son vermede) görülür. Bu nedenle her iki sözleşme türüne değinme zorunluğu bulunmaktadır.

1. İdari Sözleşme - İş Sözleşme Ayrımı

a. İdari Sözleşme

Onar, idari sözleşmelerin hukuki niteliğini ve karakterini belirlerken, şartnameler, *tek tarafı olarak değişiklik yapma*, *re'sen* (kendiliğinden) *müeyyide tatbik etmek* ve nihai olarak da *sözleşmeye son verme yetkisi* olarak (genel olarak) belirtmiştir.³³ Yine *Onar*'a göre bir sözleşmenin idari sayılabilmesi için birinci koşul, sözleşmenin idari olmasıdır. İkinci koşul *doğrudan veya dolaylı amme (kamu) hizmeti yapmasıdır*.³⁴

kamu tüzel kişiliği olması doğaldır. Zira mal varlığı Devlet tarafından verilmekte; Öğretim elemanları ve personeli kadrolu ve maaşlı olarak görev yapmaktadır. Vakfın kuracağı Üniversitenin ise, mal varlığı vakıfça verilmektedir. Öğretim elemanları ve personeli sözleşmeyle çalışmakta ve bütçe ödenekleri vakıf tarafından verilmektedir. Yönetimi de Devlet Üniversitelerinkinden farklıdır. Vakıf Yükseköğretim Kurumu'nun vakıf yönetim organı dışında, en az yedi kişiden oluşan bir mütevelli heyeti bulunmakta ve bu heyetin üyeleri vakıf idare uzvu tarafından belirli nitelikler aranarak, seçilmektedir. Bu mütevelli heyet vakıf Yükseköğretim kurumunun tüzel kişiliğini temsil etmektedir. (2547 sayılı kanun, madde: 5) Özel-hukuk ilişkileri içinde oluşan ve özel hukuk kurallarına göre öğretim üyesi ve personel ile sözleşme yapacak olan, vakıf tarafından verilerek özel mülkiyetine geçen mal varlığını ve bütçeyi kullanma yetkileri olan ve Anayasa'nın 130. maddesinin son fıkrasıyla da idari ve malî işleri Devlet Üniversitelerinden ayrı tutulan bu tüzel kişisi ancak özel hukuk tüzel kişisi olabilir.” ifadesi bulunmaktadır.

³⁰ Başvuru No: 2013/1430, Karar T.: 21.11.2013 (Özel Kartotex).

³¹ GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, C.1, B.2, Bursa 2009, s.175.

³² GÖZLER, C.1, B.2, s.180, 181.

³³ ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.III, B.3, İstanbul 1966, s.1591-1598.

³⁴ ONAR, C.III, s.1598, 1599.

Aynı yazar, “... hizmet mukavelelerinde ve gerekse bu mukavelelerde mali hükümlerin sübjektif ve akdi mahiyeti ve doğan hukuki durumun da ferdi olması itibarıyla, bu durum idarenin bir taraflı tasarrufuyla değiştirilemez...”³⁵ sonucuna varmıştır. *Onar* burada özel hukuk sözleşmelerini kastetmektedir.

Bir sözleşmenin hangi hukuki rejime ait olduğu konusunda tek bir ölçüt vermek olanaksızdır. Kanun koyucu tarafından bir belirleme yapılmamışsa - şu an durum bu - yargısal içtihatlarla bir belirlemeye gidilir.³⁶ İdare, özel hukuku aşan tek taraflı ve ayrıntılı hükümler koyarak yargı yolunun belirlenmesine yardımcı olabilir.³⁷

Anayasa Mahkemesi (AYM), bir kararında, bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için üç koşulun birlikte aranacağı görüşünü ileri sürmüştür. Buna göre, birinci koşul, sözleşmede taraflarından biri mutlak kamu idaresi, kurumu veya kuruluşu olmalı, ikinci koşul, sözleşmenin konusu, kamu hizmeti olmalı ve üçüncü koşul ise idareye özel hukuku aşan ayrıcalıklar (üstünlükler) tanınması olarak belirtilmiştir.³⁸ Gözler’e göre, anılan belirlemede koşulların bir arada aranmakta olması, idari sözleşme alanını oldukça daraltacaktır.³⁹ Bu düşünceye bir katkıda bulunmak istersek, şunu söyleyebiliriz. *İdare hukukunun alanı tarihsel süreç içerisinde giderek daralacaktır. Çünkü mevcut ya da baskın ekonomik sistemler kanun koyucuyu zorlamaktadır.*

İdareye özel hukuku aşan ayrıcalıklar tanıyan bir sözleşmeden amaç, özel hukuk sözleşmesinde tarafların iradeleriyle bir masa etrafında yer alıp kabul etmeyecekleri nitelikte kayıt ve şartların bulunmasıdır.⁴⁰

Vakıf üniversiteleri ile öğretim elemanları arasındaki sözleşmelerin belirttiğimiz bu son kriter altında ele alındığında sözleşmenin niteliği tartışmaya açık kalır.

İdare hukukunda sözü edilen “sözleşme kavramı” (iki yanlı) ile “tek taraflı işlem”, “iki taraflı işlem” kavramları, bunlar arasında ayırımın saptanması başlı başına ayrıntılı bir incelemeyi gerektirir.⁴¹ İleride yargı yolunda tekrar bu konuya değinilecektir.

³⁵ ONAR, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.I, B.3, İstanbul 1966, s.535.

³⁶ ATAY, Ender Ethem, *İdare Hukuku*, B.5, Ankara 2018, s.559.

³⁷ ATAY, s.559.

³⁸ AYM, 09.12.1994 T., 1994/43 E., 1994/42/2 K., Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S.31, C.I, s.161-162, akt. GÖZLER, B.5, s.436.

³⁹ GÖZLER, B.5, s.436.

⁴⁰ Bkz. GÖZLER, B., s.5, s.435, dn.39’da aktarımda bulunduğu Conseil d’Etat, Section, 20 Ekim 1950, Stein, RDCE, 1950, s.505 - Nak: Long et al, op cit, s.156.

⁴¹ Ayrıntılı inceleme için bkz. GÖZLER, C.II, s.3 vd.

b. İş Sözleşmesi

4857 sayılı İş Kanunu m.8'e göre iş sözleşmesi "İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. İş sözleşmesi, Kanunda aksi belirtilmedikçe, özel bir şekle tâbi değildir."⁴²

İş hukuku, ekonomik gelişmelere paralel olarak tipik sözleşmeler yanında atipik sözleşmeleri kanun kapsamına alarak tipikleştirilmiş, özellikle esnek çalışma türleriyle bağımlılık ilişkisi klasik yapısından ayrılarak yeni bir biçimlerde ortaya çıkmıştır.⁴³ Esneklik, uluslararası sözleşmeler ışığında *güvenceli esneklik* kavramı ile özdeşleştirilmiştir.⁴⁴

4857 sayılı İş Kanunu'nda yer alan iş güvencesi hükümleriyle önceki Kanun dönemine göre, işçi lehine birçok hükümler getirilmiştir. İşK m.18-22 arası hükümler iş güvencesi amacıyla getirilmiştir. İş güvencesine hakim olan "Menfaatlerin Tartılıp Değerlendirilmesi İlkesi", "Ölçülülük İlkesi" ve ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri olan "Elverişlilik (Uygunluk) İlkesi", "Gereklilik İlkesi", "Oranlilik İlkesi" olarak Ultima-Ratio İlkesi (Feshin Son Çare Olması İlkesi) ve nihai olarak "Tahmin İlkesi" (prognoseprizing) ileri düzeyde güvence vermektedir.⁴⁵

Tüm bu ilkeler ve dayanakları olan uluslararası sözleşmeler ve Avrupa Yönergeleri çağdaş çalışma ilkelerini ve özellikle işçinin işinde çalışabilmesi olanaklarına yöneliktir. O halde "güvence" kavramı tüm öğeleri ile gerçekleşmektedir.

İdari sözleşmeler, idareye sözleşmeyi tek taraflı *değiştirme ve feshetme* yetkisi vermektedir.⁴⁶ İş Kanunu m.22'de, iş sözleşmelerinde bir hükmün *esaslı şekilde değişmesi* için durumun işçiye yazılı olarak bildirilmesi ve yazılı yapılmayan bildirimler ile *altı iş günü* içerisinde işçi tarafından kabul görmeyen bildirimlerin işçiyi bağlamayacağı vurgulanmıştır (İşK m.22/1). Bu durumda, iş sözleşmesinin çalışana, idari sözleşmeye göre daha üst bir koruma sağladığı açıktır. Çünkü, idari sözleşmelerde idarenin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır.

⁴² Ayrıntılı bilgi için bkz. SÜZEK Sarper, İş Hukuku, B.21, İstanbul 2021, s.234 vd; ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU Nurşen/CANBOLAT, Talat, İş hukuku Dersleri, B.33, İstanbul 2020, s.173 vd. Yazarlar eserlerinde iş sözleşmesini zamana bağlı devamlı bir sözleşme olarak belirtirken sürenin belirli ya da belirsiz olmasının bu devamlılığı bozmadığı düşüncesini ileri sürmüşlerdir. MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhiittin/BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı, C.1: Bireysel İş Hukuku B.4, Ankara 2020, s.83 vd; EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim/BASKAN, Esra., İş Hukuku, B.10, İstanbul 2020, s.61 vd.; AKTAY, Ahmet Nizamettin/ARICI, Kadir/SENYEN-KAPLAN, Emine Tuncay, İş Hukuku, B.4, Ankara 2011, s.47 vd.; SENYEN KAPLAN, E. Tuncay, Bireysel İş Hukuku, Ankara 2022, s.198.

⁴³ Bkz. KILIÇOĞLU, Mustafa, İş Hukukunda Esneklik, Ankara 2021, s.14 vd.

⁴⁴ KILIÇOĞLU, Esneklik, s.34-36.

⁴⁵ Ayrıntılı ve geniş bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, Mustafa/ŞENOCAK, Kemal, İş Güvencesi Hukuku, Ankara 2007, s.184-219.

⁴⁶ GÖZLER, B.5, s.435.

Nitekim, konuya ilişkin Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bir kararını inceleyen Çelik, yönetime üstünlük tanıyan idari sözleşme vasfının, çalışanları korumasız bırakacağını ifade etmiştir.⁴⁷

2. İnceleme Yöntemi Yönüyle İdari ve Adli Yargı Usulleri ve Farklılıkları

a. İdari Yargıda

İdari Yargıda İdari yargılama, 2577 s. İdari Yargılama Usulü Kanunu'na (İYUK)⁴⁸ göre yürütülür. Kural olarak şekle tabidir. Yazılı olarak yürütülür ise de karma bir - yazılı, sözlü birleşimi - yapı arz eder. Kendiliğinden inceleme yetkisi - bir anlamda hakim in aydınlatma ödevi - geçerlidir.⁴⁹

Yukarıda sözü edilen genel ilkeler, özellikle tanık delilinin değerlendirilmesi yönüyle de bir belirsizlik görülür.⁵⁰ Danıştay bir kararında, İYUK m.31'de Hukuk Muhakemeleri Kanununa atıfta bulunulmaması nedeniyle tanık dinlenilmesi ve yemin verdirilmesinin hukuka uyarlı olmadığı sonucuna varmıştır.⁵¹

Genel ilkelerden olan *kendiliğinden araştırma ilkesi*, uyarınca hakim madde olgular için keşif ve bilirkişi kurumundan yararlanabilir. Mahkeme, davacının dilekçesinde var olan *talep sonucu* ile bağlıdır. Ancak, iptal sebepleri ile bağlı değildir.⁵² Kendiliğinden araştırma ilkesinin temelinde, dava malzemelerinin toplanmasında, davalı idarenin üstünlüğü karşısında ferdi *eşit konuma getirme* düşüncesi yatmaktadır.⁵³

b. Adli Yargıda

Vakıf üniversitesinde, işten çıkarılan bir öğretim elamanının davası, 7036 s. İş Mahkemeleri Kanunu (İş MK)⁵⁴ - özel yasadır - ile 6100 s. Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) kapsamında görülür. 7036 s. Kanun ile getirilen en büyük yenilik "zorunlu arabuluculuk" kurumunun getirilmesidir (m.3).

⁴⁷ ÇELİK, Nuri, "Vakıf Üniversitesi Öğretim Üyeleri ile Yapılan Sözleşmelerin Hukuki Niteliği Konusundaki Uyuşmazlık Mahkemesi ve Diğer Yargı kararlarının Değerlendirilmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, s.14. İncelemeye konu karar için bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü Kararı, 5.11.2012 T., 2012/189 E., 2012/234 K., Çalışma ve Toplum, 2013/1, s.390-399.

⁴⁸ RG. 20.01.1982/17580.

⁴⁹ KAPLAN, Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, B.5, Bursa 2019, s.11-16.

⁵⁰ Bu konuda ayrıntılı inceleme için bkz. ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, B.8, Ankara 2017, s.290-293.

⁵¹ Danıştay 3. Daire, 25.12.1990 T., 1989/3460 E., 1990/3569 K; ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, B.3, s.391.

⁵² AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, B.2, Ankara 2019, s.28-31. Ayr. bkz. BİLGİN, Hüseyin, İdari Davalar ve Çözüm Yolları, B.2, Ankara 2020, s.343, 344.

⁵³ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.101.

⁵⁴ RG. 25.10.2017/30221.

Yargılama *basit yargılama* usulüne göre yapılır (HMK m.316 vd.). Ön inceleme, tahkikat, sözlü yargılama ve hüküm aşamalarına tabidir.⁵⁵ Talepler koşulları var ise (İşK m.18) işe iade, işçilik alacakları ve tazminatlar olmak üzere üç tür dava üzerinde toplanır. Eğer vakıf üniversitesi öğretim elemanı belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışıyor, o iş yerinde otuz işçi ya da fazlası çalışıyor ve de son olarak işçinin altı aylık kıdemi var ise işe iadeden yararlanır.

İşçilik alacakları ve tazminatlar - ihbar ve kıdem tazminatı - koşullara göre değerlendirilir.

Yargılama yönteminde delillerin ikamesi (HMK m.318) ve iddia ve savunmasının genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı (HMK m.319) temel hükümlerdir. Kesin ve takdiri deliller sunulabilir. Bu bağlamda bir takdiri delil kapsamında düşünülen ve taraflarca yöntemine uygun olarak bildirilen tanıklar dinlenebilir (HMK m.240-265).

İş yargısında, *kolaylık, çabukluk, ucuzluk, kendiliğinden aydınlatma ilkesi* ve son olarak *işçinin korunması* ilkeleri temel ilkelerdir.⁵⁶

c. Önemli Farklılıklar

En basit yönüyle, idari yargılama usulünde arabuluculuk kurumu bulunmamaktadır.

Daha önceden de ifade edildiği üzere tanık dinletisi istisnadır. İdari yargılamada özellikle iptal davalarında *hukuka uygunluk* denetimi yapılır. İdari işlemler yetki, şekil, sebep, konu ve amaç yönüyle yapılır. Bu sebeplerden biri dahi idari işlemin iptali için yeterli olur. Birden fazla sebeple de idari işlemin iptali mümkündür.⁵⁷

Burada amaç unsuru diğer sebeplere göre daha subjektiftir. Örneğin, Danıştay içtihatlarına göre idari işlem, *kişisel/hissi/siyasi amaç* ya da *üçüncü kişileri koruma amacı* güdüyorsa, hukuka aykırı kabul edilir.⁵⁸

Danıştay'ın bir kararında, bir üniversite öğretim elemanının iş sözleşmesi 4857 s. Kanun'un 18. maddesine göre fesih olmuş, dava idari yargıda açılmıştır. İlk derece mahkemesi, verilen disiplin cezalarının, davacının - öğretim elemanı - *iş akdine son verilmesini* gerektirecek yeterlilikte olmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar vermiş, karar, Danıştay'ca onanmıştır.⁵⁹

Kararın içeriğinde, sözleşmenin iş sözleşmesi olduğu belirtilmiştir. Çalışmanın niteliği dikkate alındığında ortada analitik bir incelemeden söz edemeyiz. Bir

⁵⁵ KAR, Bektaş, İş Yargılama Usulü, B.3, Ankara 2012, s.860-899.

⁵⁶ KAR, s.56-68.

⁵⁷ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, B.2, s.386 vd.

⁵⁸ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, B.2, s.436.

⁵⁹ Dan. 29.04.2021 T., 2018/5782 E., 2021/2600 K. (Özel Kartotex).

öğretim elamanının çalışmasının yeterliliğini saptamada, idari yargılama gerekçesinde bir ölçüt yoktur. Halbuki, İş Kanunu'nun 18. Maddesinde, başta işin akışını bozma, ölçütülük ilkesi ve feshin son çare olması gibi ilkeler bulunmaktadır. Dolayısıyla genel ilkelerden ziyade *analitik bir incelemeyi zorunlu kılar*. İdari yargılama ise sınırlıdır.

3. İdari Yargının Özel Hukuk Normlarına Başvurabilme Sorunu

İdari yargıda özel hukuk normlarına başvurmak tartışmalıdır. Örneğin, Türk Borçlar Kanunu'nun⁶⁰ sorumluluk ve tazminata ilişkin hükümlerinin (TBK m.49-56) idari yargıda uygulanması, hakların sınırlanması yönüyle öğretilerde eleştirilmiştir.⁶¹

AYM bir kararında, TBK m.55/f.2'nin uygulanmasının sadece bedensel zararın belirlenmesi ile sınırlı olacağını kabul etmiştir.⁶²

Süreç içerisinde TBK m.55/2'de *"Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır."* tümcesiyle idari yargılamada da anılan hükmün uygulama yolu açıldı.

Bu bağlamda bir konuya işaret etmek gerekir. Örneğin, bedensel zararlarda olay aynı ancak zarar görenlerden biri idari sözleşmeyle, diğeri iş sözleşmesiyle çalışıyor ve her iki yargı alanında farklı kriterler uygulanıyor ve farklı sonuçlara ulaşıyor ise - şuan durum bu -yasa koyucunun duruma müdahale etmesi gerekir.⁶³

4. İdari ve Adli Yargı Mercilerinin Verdikleri Kararların Hukuki Sonuçları

a. İdari Yargıda

İdari yargıda açılan davalar, iptal ve tam yargı olmak üzere iki kategoride ele alınır. *İptal davası*, idarenin tek taraflı ve *kamu gücünün ayrılmasının verdiği yetkiye* dayanarak, *hukuka aykırı* olarak verdiği kararı *yargısal denetime* tabi tutarak *hukukun üstünlüğünü* sağlayan bir enstrümandır.⁶⁴ Kural olarak, iptal kararı dava konusu işlemin kurulduğu tarihten başlayarak *geçmişe yürürlü olarak* (ex tune), ancak idari işlem yerine geçmemek üzere sonuç doğurur.⁶⁵

⁶⁰ RG. 11.01.2011/27836.

⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz., ÇAĞLAYAN, B.9, s.249-253.

⁶² AYM, 22.10.2014 T., 2014/94 E., 2014/160 K; ÇAĞLAYAN, B.9, s.252, dn.32.

⁶³ Bu konuda ayrıntılı inceleme için bkz. ÇELİK, Ahmet Çelik, İdari Yargıda Tazminat Davaları, B.2, Ankara 2022, s.46 vd.

⁶⁴ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, B.2, s.540, 541.

⁶⁵ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, B.2, s.540, 541.

İdarenin, işlemin iptali ile eski durumun sağlanması için gerekli tasarrufu, iptal kararı amacı doğrultusunda *tesis etme yükümlülüğü bulunmaktadır*.⁶⁶

Tam yargı davası, idari faaliyetten - işlem/eylem- doğan zararın giderimi ile bozulan ekonomik ve sosyal dengeyi sağlama işlevi görür.⁶⁷ İptal davasının aksine bu dava sonucunda sadece tam yargı davasının davacısı yararlanır.⁶⁸

b. Adli Yargıda

Vakıf Üniversitesinde çalışan öğretim elemanı çalışma ilişkisine son verilmesi halinde, adli yargı yolunda dava açarsa ve yasanın aradığı ön koşullar (İşK m.18/f.1) varsa davanın türü işe iade olmalıdır.

Mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işverence bir ay içerisinde işçi işe çağrılmalıdır. Aksi halde mahkemece takdir edilen *dört aya kadar* miktarlandırılmış ücreti ile *dört ayla sekiz ya arasında* miktarlandırılmış tazminata karar verilir (İşK m.21/f.1). Öğretim elemanının işe iade kararının kendisine tebliğinden itibaren *on iş günü* içerisinde başvurusu ön koşuldur (m.21/f.1).

Vakıf üniversitesi, öğretim elemanını göreve başlatırsa, öğretim görevlisi sadece dört aya kadar boşta geçen süreye ilişkin ücreti alır. Eğer sözleşmesi geçerli nedenle feshedildiğinde kıdem ve ihbar tazminatı ödenmiş ise yapılacak ödemeden indirilir (m.21/f.5).

c. Konu Açısından

İncelememiz, fesih yönüyle sınırlıdır. Dolayısıyla görevin niteliğiyle ilgili uyuşmazlıkların idari yargı yolunda çözümlenmesi konusunda bir kuşku duymamaktayız.

Bir sözleşmenin uyuşmazlık halinde kimi yükümlülüklerinin idari, kiminin adli yargı yolunda görülmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Aynı durum Devletin gerçek ve tüzel kişilerle yaptığı sözleşmelerde de görülür.

IV. Yargı Yolu

A. Genel Olarak

1. Doğuş Dinamikleri

“Yargı yolu” kavramı AY m.125 kenar başlığında yer almıştır. Hükümde idari eylem ve işlemler ele alınmıştır. Uygulama da yargı yolu kavramı yüksek mahkemeler arasındaki -Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay- arasında göreve ilişkin belirlemeleri içerir. Yüksek Mahkemelerde de “İdari yargı yeri”, “Adli yargı yeri”

⁶⁶ ÇAĞLAYAN, B.9, s.554, 555 ve s.55’in 597 nolu dn.yer alan Danıştay 12. Daire, 28.12.1968 T., 320 E., 2512 K.

⁶⁷ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, B.2, s.441-442.

⁶⁸ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, B.2, s.551.

gibi kavramlar da yargı yolu kavramının dayanaklarıdır. Yargıtay özellikle yargı yolu kavramını kullanmaktadır⁶⁹

Yargı yolunun saptanmasında evleviyetle yasa tarafından açıkça bir düzenleme aranır. Yasal bir düzenleme yok ise uyuşmazlığın kapsamına bakılır. Çünkü, maddi hukuka ilişkin hükümler farklı yargı yerlerinde de uygulama alanı bulur. Yargı yolu kamu düzenindedir.

2. Normatif Düzenlemeler

Anayasa'mızın "Üçüncü Bölüm"ünde Yüksek Mahkemelere yer verilmiştir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi m.146-153'te, Yargıtay m.154'te, Danıştay m.155'te, Uyuşmazlık Mahkemesi m.158'de, Sayıştay m.160'da düzenlenmiştir.

Uyuşmazlık Mahkemesi adli ve idari yargı mercileri arasında görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözüme yetkilidir (m.158/f.1). Ancak AYM'nin diğer mahkemelerle arasındaki görev uyuşmazlıklarında, AYM'nin kararı esas alınır m.158/f.3).

B. Öğretinin Konuya İlişkin Görüşleri

Çalışmamızın ilerleyen bölümünde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararında öğretilen ileri sürülen görüşler ayrıntılı olarak verildiği için tekrardan kaçınıyoruz. Ancak bu konuda yazılan tezlere değinmekle yetiniyoruz.

İzmirlioğlu tarafından yazılan tezde; vakıf üniversitesi akademik personelinin Anayasa'nın 130. Maddesinden hareket edilerek akademik özerklik, atama ve yükselme dışında kalan tüm uyuşmazlıkların İş Kanunu hükümlerine tabi olacağı düşüncesi ileri sürülmüştür.⁷⁰

Aküzüm tezinde, vakıf üniversitelerinin kamu hizmeti yapmaları nedeniyle yaptıkları sözleşmenin idari sözleşme kapsamında olduğu, devamında idare hukuku rejimine bağlı olduğunu savunmuştur.⁷¹ Görüleceği üzere, iki ayrı doktora tezinde farklı sonuçlara ulaşılmıştır.

Görüş ayrıklıkları bu konudaki makalelerde de görülmektedir. Örneğin bir incelemede, vakıf üniversitelerinde çalışan akademisyenlerin görevlerine son verilmelerinde akademik özgürlükleri korunması, kamu yararı ve hizmetlerin gereklerini öne çıkararak anlayışın önemine vurgu yapılmıştır.⁷²

⁶⁹ Bkz. 9.HD, T.11.12.2014, E.2014/34679, K.2014/37998; KILIÇOĞLU, İş Hukuku Esasları, s.16.

⁷⁰ İZMİRLİOĞLU, Fatma Ayça, Vakıf Üniversitelerinde Çalışan Akademik Personelin Hukuku Statüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2017, s.353, 354. Söz konusu eserde, vakıf üniversitelerinde çalışan akademik personele uygulanacak hukuk, yasal dayanakları da gösterilerek tablolaştırılmıştır. Aynı eser, s.354, 356.

⁷¹ AKÜZÜM, Hüseyin Ural, Kamu Hukuku Açısından Vakıf Yükseköğretim Kurumları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2016, s.240.

⁷² SEVER, Çiğdem, Bir Kamu Kurumu Olarak Vakıf Üniversiteleri ve Üniversitelerde Çalışan Akademisyenlerin Hukuki Statüsü, LHD - C.14, S.158, Y.2016, s.1212, 1213.

Öğretide bir görüşe göre, bugün mevcut olan davasının adli yargı veya idari yargıda dava açma şeklinde bir seçimlik hakkı olduğu, 2547 s. Kanun'un kamu hukuku nitelikli normları nedeniyle böyle bir seçenek olanak tanınmaz.⁷³

Adli yargının görevli olduğuna ilişkin görüşlerde, Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 23. maddesini referans olan görüşler olduğu gibi⁷⁴ 2547 s. Kanun'un ek 11. Maddesinin 10 fıkrasına atıfta bulunulduğu görülmektedir.⁷⁵

Bir başka görüşe göre, idari yargının görevli olması durumunda idarenin takdir yetkisinin tehlikesine işaret edilmiştir.⁷⁶ İdari yargı kararlarında söz konusu takdir yetkisi karar gerekçelerinde oldukça sık kullanılmaktadır.

Takdir yetkisi hukuk kuralları içerisinde idarenin en basit ve geniş haliyle *serbestçe davranma ve karar alma özgürlüğüdür*.⁷⁷ Takdir yetkisi, amaç ögesi yönüyle denetlenmeli, idare bu hakkı kullanırken *yeterli/gerekli incelemede bulunmalı* ve son olarak da *eşit durumlarda aynı şekilde işlem yapmak zorundadır*.⁷⁸ O halde idarenin takdir yetkisi objektif esaslara oturtulmalıdır.⁷⁹

C. Yüksek Yargı Organlarının Konuya İlişkin Görüşleri

1. Danıştay'ın Görüşü

Danıştay Dava Daireleri Kurulunun bir kararında Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinin 23. maddesinin son cümlesindeki "özlük hakları" ibaresinin iptaline karar verilmiştir.⁸⁰

Anılan kararda, davalı üniversitenin AY m.130 uyarınca kamu hizmetini yürüten bir kamu tüzelkişisi olması ve davacının (yardımcı doçent) kamu hizmetinin yerine getirilmesinde görev alması nedeniyle *idare hukuku* alanında bulunduğu vurgulanmış, devamla anılan öğretim elemanının atanmasının yapılması, görevine son verilmesinin işlemlerinin *idare hukuku* kurallarına göre tesis edilmesi, buna bağlı

⁷³ KABAKÇI, Mahmut, "Vakıf Yükseköğretim Kurumu Öğretim Elemanının Taraf Olduğu Davalarda Yargı Yolu", Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan, İstanbul 2019 (389-428), s.427.

⁷⁴ Bkz. EYRENCİ, Öner, "İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi" Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2012, s.10.

⁷⁵ GÖKTAŞ, Seracettin, "Vakıf Üniversiteleri ile Öğretim Elemanları Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği", İş Hukukunun Güncel Konuları Sempozyumu, II, Ed. Prof. Dr. Emine Tuncay KAPLAN, Ankara 2022, s.88.

⁷⁶ BAŞTERZİ, Fatma, "Vakıf Üniversitesi Öğretim Elemanı ile Yapılan Sözleşmenin hukuki Niteliği ve Bazı Yargısal Sorunlar Üzerine Bir Değerlendirme, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.2, İstanbul 2011, s.1315.

⁷⁷ GİRİTLİ, İsmet/BİLGEN, Pertev, İdare Hukuku, İstanbul 1967, s.31; yazarlar ayrıca idarenin serbestçe hareket edemeyeceği *bağlı yetki* ya da *kısmen bağlı yetki* kavramlarına yer vermiştir.

⁷⁸ GİRİTLİ/BİLGEN, s.37.

⁷⁹ GİRİTLİ/BİLGEN, s.37.

⁸⁰ İDDK, T.27.3.2014, E.2011/1492, K.2014/1350 (Özel Kartotex).

olarak da üniversite ve akademik personel arasında Anayasa ve 2547 sayılı Yasa ile belirlenen ve *korunan* hukuki ilişkinin niteliğinin “iş sözleşmesi” olarak düzenlenen sözleşme türü nedeniyle değişmeyeceği, *idari hizmet sözleşmesiyle* istihdam edilmesi gereğine vurgu yapılmıştır. Kararda özetle, iş sözleşmesi güvencesiz kabul edilmiştir.

Danıştay’ın yukarıda sözü edilen karar sonrası verilen kararlarda vurguladıkları düşünceler tekrarlanarak devam etmiştir. Bir anlamda kararlılık kazanmıştır. Bu bağlamda bir kararında, AY m.130 bağlamında vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumlarının mali ve idari konuları dışındaki akademik çalışmalarını, öğretim çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasada belirtilen hükümlere tabi olacağı, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’na 2880 sayılı Kanunla eklenen EK.5; EK.8 maddeleri irdelenerek “mali ve idari konular” dışındaki akademik çalışmalar ve öğretim elemanlarının sağlanması yönlerinden Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumlarını bağlayan Anayasa hükümlerinin vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumlarını da bağlayacağı belirtilmiştir. Kararda ikili bir yönetime gidilmiş, akademik personelin atanması, görevleri, unvanları, emeklilikleri, terfileri ve görevlerine son verilmesi idari sözleşmeyle belirlenmesi, ücret, prim, çalışma saatleri, tatil günleri ve sosyal güvenlik gibi özlük haklarının İş Kanunu hükümlerine göre belirlenmesi vurgulanmıştır.⁸¹

2. Yargıtay’ın Görüşü

Yargıtay’ın öğretim elemanları ile vakıf üniversiteleri arasındaki hukuki ilişkinin niteliği ve yargı yolu açısından farklı kararları var ise de⁸² sonuç olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun son kararında, konu tüm yönleri ile alınmış, öğretiyeye oldukça geniş yer verilerek - lehe, aleyhe düşünceler - *adli yargı* görevli kabul edilmiştir.⁸³

Anılan kararda referans hükümlerine - AY m.128/f.1, m.130/f.1 ve VYKY m.23’e - değinildikten sonra özel hukuk sözleşmeleri ile kamu hukuku alanında

⁸¹ Danıştay 8.D. T.2.6.2016, E.2016/2550, K.2016/6102 (Özel Kartotex).

⁸² Bkz. GÖKTAŞ, s.79, 80.

⁸³ “Sonuç itibariyle, vakıf üniversiteleri için belirtilen “öğretim elemanlarının sağlanması” ibaresi, öğretim elemanlarının atama, unvan ve yükselmeleri ile ilişkilendirilebilir. Bununla birlikte, özlük hakları, mali konulara ilişkin olduğundan, bu kapsamda değerlendirilemez. Nitekim 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu ve 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu’nda devlet yükseköğretim kurumlarında görev yapan öğretim elemanlarına ödenen tüm mali haklar vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanlarına ödenmemektedir. Kanunda kamu tüzel kişileri tarafından istihdam edilenlerin idari hizmet sözleşmesine tabi olduklarına ilişkin açık bir hüküm bulunmaması hâlinde sözleşmenin niteliği, yürütülen işin kamu hizmetine ilişkin olması ve sözleşmede idareye özel hukuku aşan yetkilerin verilip verilmemesine göre belirlenir. Sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması tek başına idari sözleşmenin varlığını ortaya koymaz. Vakıf üniversiteleri ile öğretim elemanları arasındaki ilişkinin sırf daha iyi güvence sağladığı düşüncesiyle idari hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi doğru olmaz.” YHGK. T.30.5.2021, E.2017/0-3094, K.2021/1118 (Özel Kartotex).

yapılan idari sözleşmelere açıklık getirilmiştir. Özellikle, idareye özel hukuku aşan yetki verilip verilmediği noktasından hareketle öğretim elemanı ile vakıf üniversitesi arasındaki ilişkinin niteliğinin farklılığına işaret etmiştir.

3. Uyuşmazlık Mahkemesinin Görüşü

Uyuşmazlık Mahkemesi, Danıştay kararlarına paralel bir uygulamayı sürdürmüştür. Yakın tarihli bir kararına göre, Türkiye'nin idari yapısında, kamu tüzel kişiliği idari yargının görev alanının belirlenmesinde kullanılan ölçütlerden biri olduğu vurgulanmıştır.⁸⁴

Anılan kararda, kamu tüzel kişilerinin kuruluş amacının *kamu yararı*, faaliyet konuları ise *kamu hizmetidir*. Buna bağlı olarak, kamu tüzel kişileri, özel hukuk tüzel kişilerine nazaran üstün ve ayrıcalıklı kamu gücüne sahiptirler ve tek taraflı işlemlerle yeni hukuki durum yaratabileceği, bu nedenle de personelin kamu hukukuna tabi olduğu ileri sürülmüştür. Kanunla kurulmaları Devlet üniversiteleri ile aynı Anayasal güvence altında oldukları, "Bilimsel Özerkliğe sahip olmaları" bir diğer ayrıcalıklı konumunu belirlediği belirtilmiş, bu nedenle bilimsel faaliyetin asli unsurları olan yükseköğretim elemanlarının görevleri, unvanları, atama, yükselme ve emeklilikleri" gibi özlük haklarının kanunla düzenleneceği konusu Anayasal teminat altına alındığı göz önünde tutulduğunda yargı yerinin idari yargı olacağı belirtilmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi tüm kararlarında benzer tümceleri kullanmıştır.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kamu gücü, kamu hizmeti, idari işlem, idari eylem gibi ölçütlerinin yargı yolunu belirlediği, ancak kullanılan bu ölçütlerin benzer olaylarda dahi farklı kullanıldığı öğretilde *eleştiri konusu* yapılmıştır.⁸⁵

D. Kişisel Düşüncemiz ve Sonuç

Vakıf üniversiteleri, Devlet üniversitelerinin öğretim dünyasındaki işlevini görmektedir. Kamu tüzel kişiliğine sahiptir, ancak vakıf üniversitelerinin anılan hukuki konumu, her iki üniversite yapısını tam olarak özdeş kılmaz. Devlet üniversitelerinin kuruluşu, bütünüyle Devlet tarafından sağlanmaktadır. Vakıf üniversiteleri kanunla kurulur. Kamu tüzel kişiliği bulunmaktadır ve özel bütçelidir. Devlet yardımı alıp almamada özgürdür.

Devlet ya da vakıf üniversitelerinde çalışan öğretim üyelerinin, giriş, yükselme ve diğer unsurlar hakkında asgari standartlar normatiftir. Asgari ölçütlerin üstünde belirlemeler yapmak mümkündür. Üniversite özerkliği kavramı içerisinde bağımsız olarak düzenleme olanağı bulunmaktadır.

⁸⁴ Uyuşmazlık Mahkemesi, T.23.12.2019, E.2019/603, K.2019/818 (Özel Kartotex).

⁸⁵ AKTAŞ, Gülsüm, "Uyuşmazlık Mahkemesi Kararında İdari Yargının Görev Alanı Ölçütleri (Belirlebilir mi?)", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 70. Yıl Armağanı, s.5.

Vakıf üniversiteleri bu konuda Devlet üniversitelerine nazaran daha da serbesttir. Başka bir anlatımla normlar ve belirlenen asgari standartlar yükseltilebilir. Vakıf üniversiteleri ile öğretim elemanları arasında yapılan sözleşme taraflarca serbestçe kararlaştırabilir. Doğal olarak yapılan sözleşmeler normlara aykırı olmaz. Mütevelli heyeti işverendir. Öğretim elemanı da onun çalışanıdır. Üniversiteyi *ekonomik açıdan ayakta tutma ve onu yarışmacı bir konuma getirme görevi ve riski mütevelli heyetininindir*. Sözleşme yapma yetkisi mütevelli heyetininindir. İşe son verme yetisi de ona aittir. Feshin İş Kanunu'na göre yapılması hizmetin niteliğini değiştirmez. Başka bir anlatımla kamu hizmetinin öğretim elemanınca yeterince yerine getirilip getirilmediği anılan Kanunca ve vakıf üniversitesi mütevelli heyetince değerlendirilir. Fesih yapılırken öğretim elemanının verimini ve davranışlarını belirleme ölçütü İş Kanunu'nda belirtilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu içinde iş güvencesini barındıran Avrupa yönergelerinde güç alan yapısal bir konuma sahiptir. Konuya güvence açısından yaklaşıldığında anılan Kanunun bizzat kendisi güvence teşkil eder. Dolayısıyla yargı yolu açısından da adli yargı yolu yeterli güvenceyi sağlamaktadır. Kaldı ki Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi çalışma temel hakkını en üst düzeyde korumaktadır. Danıştay'ın ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararlarında vakıf üniversitelerinin *hukuki statüsünden* hareket edilerek açıklanmaktadır. Vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişiliği çalışanları doğrudan idari hizmet sözleşmesi kapsamına aldığı sonucuna götürdüğü savunulmaktadır. Ayrıca, "güvence" ve "bilimsel özerklik" kavramları da bu bağlamda gerekçe olarak sunulmaktadır. Halbuki başta bir kamu tüzel kişisi olan Devlette kamu hizmetlerini, ihale yoluyla özel hukuk tüzel kişilere ya da gerçek kişilere yaptırabilmektedir. Anılan işlerde, 4857 sayılı Kanun kapsamında işçi çalıştırılmaktadır. Bu tek başına bir ölçüt olamaz.

İdari yargının bu tür davalarda verdiği kararlar idari işlemin iptali (iptal davası) şeklinde olmaktadır. İdari yargılama yöntemi, *normatif açıdan sınırlıdır*. Adli yargı yönteminde kesin deliller yanında *takdiri deliller söz konusudur*. İdari yargıda tanık dinlenmesi istisnaidir. Tanık deliline başvurulmayışı HMK anlamında olmayışı AİHS m.6'da yer alan "adil yargılanma hakkına" aykırılığa yol açabilir.

Öğretim elemanının verimi adli yargıda uluslararası sözleşmeler ve Avrupa Yönergeleri ışığında denetlenir. İdari yargı daha çok akçalı haklar açısından avantaj sağlasa da vakıf üniversitelerinin mali durumunun gözden uzak tutulmaması gerekir. Çünkü vakıf üniversitelerinin bütçesi devlet bütçesi değildir.

Vakıf üniversitelerinin hukuki statüsünün *kamu tüzel kişiliği* olduğu AYM'nin 305.1990-2/10 sayılı Kararıyla kesinleşmiştir. Gerekçe olarak AY m.130'da verilen yetkiye dayanılarak yasayla kurulma olgusudur. Vakıf üniversitelerinin

“kamu tüzelkişiliği” statüsü beraberinde yargı yolunu da biçimlendirdiği savı gerek öğretideki idare hukukçuları, gerek Danıştay kararları gerekse Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında tutamak noktası olarak belirlenmiştir. Bu genel anlayış içerisinde, vakıf elemanlarına *güvence* sağlamak, *bilimsel özerkliği* sağlamak gibi temel argümanlar ileri sürülmüştür. Ancak, adli yargı yolunun ya da idari yargı yolunun yukarıda belirtilen endişeler açısından tek başına tartışmaya açmak ya da belirleyici kılmak haksızlık olacağı düşüncesindeyiz. Hangi yargı yolu olursa olsun temel haklar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasamızca güvence altına alınmıştır.

Çalışmamızın başlangıcında yer verilen *bilimsel referanslarda*, vakıf üniversiteleri ile öğretim elemanları arasında yapılan *sözleşmenin* idari sözleşme sayılabilmesi için olmazsa olmaz koşullarından biri, idareye özel hukuku aşan *ayrıcılıklar tanınmasıdır*. Yapılan sözleşmelerde bu ayrıcalıklar yoktur. O halde bu yapılan sözleşmeler, idari sözleşme olarak nitelendirilemez. Kaldı ki iş sözleşmesiyle çalışanlar, gerek sözleşme hükümlerinin *değiştirilmesinde*, gerekse *feshe* karşı geniş hukuki koruma kalkanı ile - iş güvencesi, feshin son çare olması ilkesi, değişiklik feshi (İşK m.22) - korunurken, idari sözleşmeyle çalıştığını ileri sürmek onu korumasız bırakır.

Öncelikle bir konuya değinmek gerekir. Bir sözleşme içeriği itibariyle iş sözleşmesinin unsurlarını taşıyorsa, yargının buna müdahale edebilmesi için yasaya aykırı bir durum olması, ya da çalışma ilişkisinin niteliğinin sözleşme hükümleri ile çelişmesi gerekir. Örneğin, işveren iş sözleşmesini belirli süreli olarak düzenler, ancak niteliği belirsiz süreli olmasını gerektiriyorsa bu durumda yargı buna müdahale edebilir. Ancak bu hal hukuk rejimi söz konusu olduğunda işveren değil, yasa koyucunun iradesi dahi sorgulanır. AYM'nin 9.12.1994-43/42-2 sayılı Kararı bu yöndedir.⁸⁶

Vakıf üniversiteleri ile öğretim elemanı arasında yapılacak sözleşmenin hukuki niteliğini belirleyen herhangi bir yasa bulunmamaktadır. Dolayısıyla Yüksek Mahkemeler arasında görüş farklılıkları ortaya çıkmaktadır. Anayasal hükümler farklı yorumlanmaktadır. Özellikle tartışma AY m.130/f.1'deki -kamu tüzel kişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip üniversiteler Devlet tarafından kanunla kurulur” tümcesi ile ikinci fıkrada yer alan “Kanunda gösterilen usul ve esaslara göre, kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından, Devletin gözetim ve denetimine tabi yükseköğretim kurumları kurulabilir” söz dizimindedir. Daha önce söz edildiği gibi AYM, vakıf üniversitelerinin kamu tüzelkişiliğini vurgulamıştır. Karşı oyda vakıfların 2547 s.K. m.5'den söz edilerek, özel hukuk ilişkileri

⁸⁶ GÖZLER, C.II, B.2, s.15.

içerisinde oluşan ve özel hukuk kurallarına göre öğretim elamanı ve personel ile sözleşme yapacağı ve vakıf tarafından verilerek özel mülkiyetine geçen mal varlığı ve bütçeyi kullanma yetkileri olan bir özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olacağı düşüncesi ileri sürülmüştür.

Sonuç olarak; kanaatimizce vakıf üniversitelerinde çalışan öğretim elemanının sözleşmesinin feshi halinde yargı yolu adli yargıdır. Özellikle *yargılama yöntemi* bu görüşümüzü kuvvetlendirmektedir. Ancak bu konudaki tartışmalar bir noktada sona ermelidir. Bu nedenle, yargı organları arasında farklı düşünceler 2547 sayılı Kanun'da gerek *sözleşme niteliği* gerek *görevli yargı yerinin belirlenmesi* konusunda yasal bir düzenlemenin varlığını zorunlu kılmaktadır. Yasa çıkarmak devletin pozitif yükümlülüğüdür. Aksi halde öğretim elemanı ile vakıf üniversiteleri arasındaki bir uyuşmazlıkta öğretim elemanının idari yargıda dava açması halinde davanın orada sonuçlanması; adli yargı yerinde dava açılması halinde adli yargıda sonuçlanması *hukuk düzeni açısından kabul edilemez*. Bir uyuşmazlığa *iki farklı hukuk disiplini aynı konuda ve aynı talebe ilişkin hüküm veremez*. Daha önce de belirtildiği gibi yargı yolu kamu düzenindedir. Uygulamada çelişkiler devam etmektedir. Artık bu aşamada yasa koyucunun iradesine gerek bulunmaktadır.

Kaynakça

- AKÜZÜM, Hüseyin Ural, Kamu Hukuku Açısından Vakıf Yükseköğretim Kurumları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2016.
- AKTAŞ, Gülsüm, “Uyuşmazlık Mahkemesi Kararında İdari Yargının Görev Alanı Ölçütleri (Belirlenebilir mi?), Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 70. Yıl Armağanı (s. 1-35).
- AKTAY, Ahmet Nizamettin/ARICI, Kadir/SENYEN-KAPLAN, Emine Tuncay, İş Hukuku, B.4, Ankara 2011.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNLER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, B.2, Ankara 2019.
- ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, B.5, Ankara 2018.
- BAŞTERZİ, Fatma, “Vakıf Üniversitesi Öğretim Elemanı ile Yapılan Sözleşmenin hukuki Niteliği ve Bazı Yargısal Sorunlar Üzerine Bir Değerlendirme, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C.2, İstanbul 2011 (1301,1315).
- BİLGİN, Hüseyin, İdari Davalar ve Çözüm Yolları, B.2, Ankara 2020.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, B.5, Ankara 2017.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, B.8, Ankara 2017.
- ÇELİK, Ahmet Çelik, İdari Yargıda Tazminat Davaları, B.2, Ankara 2022.
- ÇELİK, Nuri, “Vakıf Üniversitesi Öğretim Üyeleri ile Yapılan Sözleşmelerin Hukuki Niteliği Konusundaki Uyuşmazlık Mahkemesi ve Diğer Yargı kararlarının Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan (3-16).
- ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat, İş hukuku Dersleri, B.33, İstanbul 2020.
- DEVELİOĞLU, Ferit, Osmanlıca -Türkçe Ansiklopedik Lügat, B.26, Ankara 2016.
- EKMEKÇİ, Ömer/GEMALMAZ, H. Burak/ASLAN, Volkan/YILMAZ H. Hilal, Anayasa Mahkemesine Başvurunun Temel Esasları ve İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Kararlar, İstanbul, 2022.
- EYRENCİ, Öner, “İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi” Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2012, (1-41).
- EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim/BASKAN, Esra., İş Hukuku, B.10, İstanbul 2020.
- GİRİTLİ, İsmet/BİLGİN, Pertev, İdare Hukuku, İstanbul 1967.
- GÖKTAŞ, Seracettin, “Vakıf Üniversiteleri ile Öğretim Elemanları Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği”, İş Hukukunun Güncel Konuları Sempozyumu, II, Ed. Prof. Dr. Emine Tuncay Kaplan, Ankara 2022 (57-88).
- GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, B.5, Ankara 2007.

- GÖZ GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Bursa 2000ler, Kemal, İdare Hukuku, C.1, B.2, Bursa 2009.
- İNALCIK, Halil, Osmanlı imparatorluğu, Sultan ve Siyaset, C.2, B.7, İstanbul 2022.
- İZMİRLİOĞLU, Fatma Ayça, Vakıf Üniversitelerinde Çalışan Akademik Personelin Hukuku Statüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2017.
- KABAKÇI, Mahmut, "Vakıf Yükseköğretim Kurumu Öğretim Elamanının Taraf Olduğu Davalarda Yargı Yolu", Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan, İstanbul 2019.
- KAPLAN, Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, B.5, Bursa 2019.
- KILIÇOĞLU, Mustafa, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1999.
- KILIÇOĞLU, Mustafa, İş Hukukunda Esneklik, Ankara 2021.
- KILIÇOĞLU, Mustafa/ŞENOCAK, Kemal, İş Güvencesi Hukuku, Ankara 2007.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı, C.1: Bireysel İş Hukuku B.4, Ankara 2020.
- ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.III, B.3, İstanbul 1966.
- ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.I, B.3, İstanbul 1966.
- ÖZAY, İlhan, Günışığında Yönetim, İstanbul 1986.
- SENYEN KAPLAN, E. Tuncay, Bireysel İş Hukuku, B.12, Ankara 2022.
- SEROZAN, Rona, Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, İstanbul 2014.
- SEVER, Çiğdem, Bir Kamu Kurumu Olarak Vakıf Üniversiteleri ve Üniversitelerde Çalışan Akademisyenlerin Hukuki Statüsü, LHD - C.14, S.158, Y.2016 (1175-1215).
- SÜZEK Sarper, İş Hukuku, B.21, İstanbul 2021.
- ULUÇ, Yusuf, Vakıflar Hukuku ve Mevzuatı, Ankara 2008.

Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Hukuki Sorumluluğuna Karşı Güvence

Legal Liability of Notary Publics and Assurance Against Legal Liability

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Cemil ÜNAL ^()*

Öz:

Görevleri, çeşitli belgelere resmiyet kazandırmak ve kanunların öngördüğü diğer işleri yapmak olan noterin, bu işlemler dolayısıyla oluşacak zararlardan sorumlu tutulması da doğaldır. Sorumluluk alanı özellikle noterler bakımından geniş tutulmuş ve noterliğin bir güven kurumu olduğu kabullenilerek, noterin hatası anlayışla karşılanmamıştır. Ortaya çıkan olayların tümünden, en küçük kusurdan, en basit ihmal ve tedbirsizlikten, kendisi bizzat yapmış olsun olmasının sorumlu tutulmuştur. Noterler açısından güvencenin önemi, ödemek zorunda kalacağı tazminat miktarını ekonomik olarak çok zor durumda kalarak karşılayabilmesi veya bu tazminat miktarını şahsi malvarlığı ile karşılayamaması durumlarında ortaya çıkmaktadır. Noterler kusur şartının aranmadığı, ağırlaştırılmış bir hukuki sorumlulukla karşı karşıyadır. Bu sorumluluğun belirli bir tutar olarak ulaşabileceği bir üst sınırında belirlenmesi mümkün değildir. Çünkü sorumluluk, yapılan işlemlerden kaynaklandığına göre, bu işlem nedeniyle meydana gelen zarar ne kadar büyükse noteri sorumluluğu da aynı oranda büyük olacaktır. Bu durum karşısında hem noterlere hem de zarar görenlere güvence sağlanması gereklidir.

Anahtar Kelimeler:

Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, Zarar, İliyet Bağı, Riziko, Sigorta.

Abstract:

It is natural that the notary, whose duties include making various documents official and performing other duties prescribed by law, is held responsible for any damages that may occur as a result of these transactions. The area of responsibility has been kept wide, especially for notaries, and it has been accepted that the notary public is an institution of trust, and the notary's mistake has not been met with understanding. He was held responsible for all the events that occurred, even the smallest fault, the simplest negligence and imprudence, whether or not he/she personally committed them. The importance of assurance for notaries emerges when they are unable to cover the amount of compensation they will have to pay in a very difficult economic situation or when they cannot cover this amount of compensation with their personal assets. Notaries face an aggravated legal liability for which no fault is required. It is not possible to set an upper limit that this liability can reach as a certain amount. Because liability arises from the transactions made, the greater the damage caused by this transaction, the greater the notary's liability will be. In the face of this situation, it is necessary to provide assurance to both the notaries and the injured.

Keywords:

Legal Liability of Notary Publics, Damage, Causality, Risk, Insurance.

^(*) Başkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, Ankara - Türkiye,
E-posta: acunal@baskent.edu.tr; Orcid No: <https://orcid.org/0000-0003-1206-1946>.
Makale Geliş Tarihi: 06.11.2023 - Makale Kabul Tarihi: 12.12.2023.

Giriş

Günümüzdeki anlam ve işleviyle olmasa da, modern hukuk sistemlerindeki temelini oluşturan, kişiler arasındaki özel hukuk işlemlerine resmîyet verilmesine ilk olarak Roma Hukuku'nda ve bölge olarak da Kuzey İtalya'da rastlanmıştır.¹ Bir serbest meslek olmakla birlikte, kamu hizmeti işlevi olan noterlik, Latince “yazılı belge” demek olan “nota” kökünden gelmekte olan “notarius” sıfatının isimleştirilmesidir ve kavram olarak yazıcılık yapıp, not tutanlar için kullanılmıştır.²

Noterlik mesleğinin tarihsel gelişimi, insanlık tarihi ile paralel olarak ilerlemiştir. Zira noter ve noterlik mesleği kamuya mal olmuş, insanlar arasında güven unsurunu sağlayan şekilde, hukuk düzenlerinin yapısına bağlı olarak değişik ad ve statüde önemini daima korumuştur.

Türk hukuk sisteminde noter ve noterlik kurumu 1512 sayılı Noterlik Kanunu ile düzenlenmiştir. Noterlik Kanunu'nda noterliğin bir tanımı yapılmamış, buna karşılık NK m.1'de noterlik mesleği hakkında kısa bir açıklama yapılmıştır. NK m.1'e göre; noterlik bir kamu hizmetidir. Noterler hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek için işlemleri belgelendirir ve kanunla verilen başka görevleri yaparlar.

Noterlik adli bir kamu hizmeti olması nedeniyle yargı erkinin içindedir ve vazgeçilmez bir servis hizmeti konumundadır.³ Noterler, NK m.1'de belirtilen görevleri yerine getirerek, idarenin güvenli çalışmasına, başka bir deyişle toplumsal barışa katkıda bulunurlar.⁴ Ayrıca hukuki anlaşmazlıkların doğumunu önceden önlemeye yönelik işlevleri ve işlem bazında kendilerine müracaat edenlerin hukuki danışmanı konumunda olmaları nedeniyle, hukuk mühendisi kimliğini taşırlar ve işlevlerinin bu boyutu nedeniyle diğer yargı görevlilerinden farklılaşırlar.⁵ Burada sözü edilen hukuki

¹ **ULUKAPI, Ömer/ATALI, Murat:** Noterlik Hukuku, B.2, Konya 2001, s.12.

² **ARIKAN, A. Saadet:** Elektronik Ticaret, Hukuk ve Noterler, Noterlik Hukuku Sempozyumu 7, Ankara 2001, s.42; **ŞİŞMAN, Güneş:** Noter ve Noterlik Nedir, TNBHD, Ankara 2001, S.110, s.67; **YILMAZ, Ejder:** Hukuk Sözlüğü, B.9, Ankara 2005, s.923.

³ **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** Noterlerin Hukuk Düzenindeki Yeri ve Sorumlulukları, Noterlik Hukuku Sempozyumu 1-2, NOTEV, Ankara 1997, s.99; **ÖZEN,** Muharrem: 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu Bağlamında Noterlerin Cezai Sorumluluğu, Ankara Noter Odası, 17-19 Mart 2006 Abant Sempozyumu, s.13.

⁴ **DELİDUMAN, Seyithan:** Noterlik ve Hukukumuzdaki Önemi, TNBHD, Ankara 2003, S.118, s.35; **ULUKAPI, Ömer:** Noterlik Mesleğine Hakim Olan İlkeler, Kuru'ya Armağan, TBB, Ankara 2004, s.671.

⁵ **ARSLAN, Ramazan/TANRIVER, Süha:** Yargı Örgütü Hukuku, B.2, Ankara 2001, s.211; **TANRIVER, Süha:** Avrupa Birliği Ülkelerinde Noterlik ve Noterlik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağının Getirdikleri, Kuru'ya Armağan, TBB, Ankara 2004, s.577; **TANRIVER, Süha:** Avrupa Birliği Ülkelerinde Noterlik ve Noterlik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağının Getirdikleri, Noterlik Hukuku Sempozyumu 8-9-10, NOTEV, Ankara 2005, s.197; **TANRIVER, Süha:** Noterlik Hukukuna İlişkin İncelemeler (1993-2011), Ankara, 2011, s.68; **TANRIVER, Süha/ERGÜNE, Mehmet Serkan:** Noterlerin Taşınmaz Satış Sözleşmesi Düzenlemesine İlişkin Hukuki

danışmanlıktan amaç, ilgililerin menfaatlerini optimal seviyede korumak ve gelecekte ortaya çıkabilecek olan muhtemel risklerin şimdiden gerçekleşmesini önlemek amacıyla özel hukuk ilişkilerinin doğasına uygun bir format çerçevesinde biçimlendirilmesi veya inşası sürecine yani yapılandırılmasına katkı sağlanmasıdır⁶

Görevleri, çeşitli belgelere resmîyet kazandırmak ve kanunların öngördüğü diğer işleri yapmak olan noterin, bu işlemler dolayısıyla oluşacak zararlardan sorumlu tutulması da doğaldır. Noterlerin görevleri ile ilgili işlemler nedeniyle oluşacak zararlardan dolayı sorumluluğu ise, NK m.162'de "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu" başlığı altında düzenlenmiştir.

Sorumluluk alanı özellikle noterler bakımından geniş tutulmuş ve noterliğin bir güven kurumu olduğu kabullenilerek, noterin hatası anlayışla karşılanmamıştır. Ortaya çıkan olayların tümünden, en küçük kusurdan, en basit ihmal ve tedbirsizlikten, kendisi bizzat yapmış olsun olmasın sorumlu tutulmuştur. 19. yy.'ın sonlarına doğru riziko sayısındaki artış nedeniyle, kişi ne kadar tedbirli olursa olsun artan rizikoyu karşılamakta zorlanır ve bu nedenle sigorta kurumuna ihtiyaç duyar. Sigorta kurumunun varlığı ile meslek sahibinin sorumluluğu hukuki açıdan değişmemekle birlikte, zararın tazmini söz konusu olduğu andan itibaren sigorta şirketi sorumlunun yerini alacaktır.⁷

1. Noterlerin Hukuki Sorumluluğunun Niteliği

Kanun koyucu Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri ile yetinmeyerek, noterlerin hukuki sorumluluğuna Noterlik Kanunu ile ayrı bir düzenleme getirmiştir. Bu durum noterlerin hukuki sorumluluğunun belirlenmesi zorunluluğunu doğurmuştur. Ancak bu durumun belirlenmesi için ikili bir ayırım yapılması gerekmektedir.⁸ Çünkü NK m.162/1'de iki çeşit sorumluluğa yer verilmiştir. NK m.162/1'e göre; stajyer, katip ve katip adayları tarafından yapılmış olsa bile noterler, bir işin yapılmasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumludur. Bu sorumluluk durumlarından birincisi, noterin bizzat yaptığı işlemlerden doğan zararlardan sorumlu tutulması, ikincisi ise stajyer, katip ve katip adaylarının yaptıkları işlemlerden doğan zararlardan noterin sorumlu olmasıdır. Bu iki sorumluluk halinin hukuki niteliğinin tespiti; zamanaşımı, yetkili mahkeme, zarar ve tazminat miktarının hesaplanması gibi konular bakımından önem arz etmektedir.

Esaslar, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 2023, C.72, S.1, s.147; **AKİL, Cenk:** Noterin İlgilileri Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara Barosu Dergisi, Ankara 2012, S.3, s.221.

⁶ **TANRIVER:** s.68-69. (İncelemeler); **TANRIVER/ERGÜNE:** s.147.

⁷ **ATABEK, Reşat:** Noter Mali Sorumluluk Sigortası, TNBHD, Ankara 1974, S.4, s.45-46.

⁸ **ULUKAPI, Ömer:** Noterin Hukuki Sorumluluğu, Noterlik Hukuku Sempozyumu 1-2, NOTEV, Ankara 1997, s.68; **ÜNAL, Mehmet:** Noterlik Yasasının 162. Maddesi (Noterin Hukuki Sorumluluğu), TNBHD, Ankara 1999, S.10, s.52.

Bu ayrımın teorik olduğu söylenebilir çünkü uygulamada genelde bütün işlemler katipler tarafından hazırlanmakta, noter de imza ve mührü ile işlemi tamamlamaktadır. Dolayısıyla burada işlemin kimin tarafından yapıldığını belirleyebilmek, daha doğrusu bunu sadece noterin ya da sadece katibin işlemi olarak değerlendirmek oldukça zordur. Ancak, böyle bir işlem noterin imzası ve mührü ile tamamlandığına göre bunu noterin işlemi olarak kabul etmek, alt ilişkide ise noterin katibe rücu imkanıyla sorunun çözüme kavuşturulmasını benimsemek uygun olacaktır. Nitekim, noter imza yetkisi verdiği katip veya stajyer işlemi kendi imzasıyla (noter bizzat katılmaksızın) yapabilmektedir. Böyle bir durumda noterin, katip veya stajyerinin yaptığı işlemde dolayı sorumluluğu ortaya çıkmaktadır, imza yetkisi bulunmayan katip, katip adayı ve stajyerlerin yaptığı noterin imza ve mührü ile gerçekleşen işlemleri, bunlardan sorumluluk bakımından noterin bizzat yaptığı işlem olarak kabul etmek yerinde olur.⁹

7413 sayılı Kanunun 11 ve 12. maddeleriyle Noterlik Kanununa getirilen ekleme ve değişiklik sayesinde taşınmaz satış sözleşmesinin noterler tarafından da yapılabilmesi imkânının bir sonucu olarak noterlerin sorumluluğu, bu işlemlerden doğabilecek zararı kapsayacak şekilde genişletilmiştir. 7413 sayılı Kanunun 13. maddesiyle Noterlik Kanununun 162. maddesine eklenen ikinci fıkraya göre; Taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesinden dolayı oluşan zarardan noterler de sorumludur. Bu zararın Devlet tarafından ödenmesi halinde Devlet, sözleşmeyi düzenleyen notere rücu eder.

Taşınmaz satış sözleşmesi yapabilmek noterler için önemli bir yetkilendirme (ayrıca yeni bir gelir kaynağı) olmakla beraber aynı zamanda, (taşınmazların taşıdığı ekonomik değer gözetildiğinde) ağır sonuçlara yol açabilecek bir sorumluluk riski de doğurmaktadır. Noterin, taşınmaz satış sözleşmesi dolayısıyla yeni getirilen Noterlik Kanunu m.162/2 çerçevesinde, tapu sicilinin hukuka aykırı bir biçimde tutulması sebebiyle birinci derecede sorumlu olan Devlet yanında (TMK m.1007/1), ağırlaştırılmış özen yükümlülüğünün ihlalden kaynaklanan ve başlı başına bir risk oluşturan kusursuz sorumluluğu sıkça gündeme gelecektir.¹⁰

Noterin hukuki sorumluluğunun niteliğinin ortaya konulmasındaki zorluk, noterlerin hukuki statülerinin özel durumundan kaynaklanmaktadır. Noter ile iş sahibi arasındaki ilişkinin niteliğini belirleyebilmek için, öncelikle bu sorumluluğun bir haksız fiile mi, yoksa sözleşme ilişkisine mi dayandığının, sözleşme ilişkisine dayanıyorsa bu sözleşmenin türünün tespiti gerekir.¹¹

⁹ **ULUKAPI:** (Yargıtay) s.213-214.

¹⁰ **TANRIVER/ERGÜNE:** s.149.

¹¹ **ULUKAPI, Ömer:** Yargıtay Kararları Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Konya 2013, C.21, S.1, s.214.

Öğretide sözleşmeye dayanan sorumluluk görüşünü benimseyen yazarlar, noterin iş sahibinden aldığı ücret karşılığında talep edilen işi yaptığını ve aralarında bir özel hukuk sözleşmesi kurulduğunu belirtmektedirler. Bu şekilde, noter ile iş sahibi arasındaki ilişkinin bir özel hukuk sözleşmesi temeline oturtulması, bu sözleşmenin türünün belirlenmesini zorunlu kılar. Öğretide bu sözleşmenin türü bakımından farklı görüşler ortaya çıkmaktadır. Bu görüşlerden birine göre,¹² noterlerin görevli kabul edildikleri iş ve işlemler arasında zorunlu bir ayırım yapılması gerekir. NK m.60'da noterlere verilen görevlerle ilgili olarak, noterle iş sahibi arasında sözleşmesel bir ilişkiden söz edilemeyeceğini çünkü noterlerin bunları yapmakla yükümlü olduğu, diğer alanlarda genel anlamda bir vekalet ilişkisinin söz konusu olduğunu, NK m.62 gereğince saklamak veya üçüncü bir kişiye verilmek üzere yaptıkları emanet işlerinde ortada bir vedia sözleşmesi olduğunun kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Başka bir görüşe göre,¹³ bir ayırım yapılmadan noterle iş sahibi arasındaki ilişkinin niteliği, TBK m.502'deki genel düzenlemeye dayanılarak vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmelidir. Diğer bir görüşe göre¹⁴ ise, noterle iş sahibi arasındaki ilişki kanunlarda belirtilen herhangi bir sözleşme türüne benzemediğinden bunun kendine özgü (sui generis) bir sözleşme türü olduğunun kabul edilmesi gerektiği ve uyuşmazlık halinde Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinden faydalanılmasının uygun olacağı belirtilmiştir.

Öğretide haksız fiile dayanan sorumluluk görüşünü destekleyen yazarlar,¹⁵ noterliğin aynı zamanda bir kamu hizmeti olduğunu, özellikle noterin sorumluluğunun resmi senede dayanması halinde, söz konusu uyuşmazlığın sözleşme ilişkisinden kaynaklandığını söylemenin mümkün olamayacağını, bundan dolayı noterlerin yaptıkları işlemlerden dolayı sorumluluklarını haksız fiil sorumluluğu olduğunu ileri sürmektedirler. İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüşü benimseyerek, sorumluluğun resmi bir senetten kaynaklanması durumunda uyuşmazlığın bir sözleşme ilişkisinden doğduğunun söylenemeyeceğini ve haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini ifade etmiştir.¹⁶

¹² **TOPÇUOĞLU, Metin:** Noter ile İş Sahibi (İlgili) Arasındaki İlişkinin Niteliği, BATİDER, C.20, S.4, Ankara 2000, s.199-201.

¹³ **KARTAL, Bilal:** Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Kusursuz Sorumluluk, Yargıtay Dergisi, Ankara 1998, C.24, S.3, s.349; **KICALIOĞLU, Mustafa:** Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, Ankara Noter Odası, 17-19 Mart 2006 Abant Sempozyumu, s.83.

¹⁴ **ATABAK, Reşat:** Noter Mali Sorumluluk Sigortası, TNBHD, Ankara 1974, S.3, s.18.

¹⁵ **PULAŞLI, Hasan:** Türk ve Alman Hukuklarında Noterin Hukuki Sorumluluğu, TNBHD, Ankara 1983, S.39, s.12; **MERİÇ, Nihat:** 1512 Sayılı Noterlik Yasasınının 162. Maddesi ile İlgili Düşünceler, TNBHD, Ankara 1994, S.83, s.40; **ANTALYA, Osman Gökhan,** Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.V/1, 2, 2. Baskı, Ankara 2019, s.442; **ASLAN DÜZGÜN, Ügen:** Noterlerin Mesleki Sorumluluk Sigortası, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 2013, C.17, S.1-2, s.494.

¹⁶ **ATABEK:** s.17 (NMSS 1); **DOĞU, Engin:** Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Güvence, Yargıtay Dergisi, Ankara 1979, S.3, s.584; **DOĞU, Engin:** Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Güvence, TNBHD, Ankara 1979, S.4, s.21; **ULUKAPI,** s.68 (Sempozyum).

Öğretideki diğer bir görüşe göre,¹⁷ noterin sorumluluğu tapu sicilinin tutulmasından dolayı devletin sorumluluğuna (TMK m.1007) benzetilmektedir. Bu durum, sahte vekaletle dayanan tapu işlemleri nedeniyle, noter yanında tapu sicillerinin tutulmasından dolayı devletin kusursuz sorumluluğu nedeniyle gündeme gelmektedir. Bu sorumluluğun şartları bağlamında kusur unsuru dışında nitelik olarak haksız fiile ilişkin unsurların varlığı burada kabul edilmelidir.¹⁸ Başka bir deyişle, haksız fiil sorumluluğunun önemli bir unsuru olan kusurun her iki sorumlulukta da kanun tarafından kaldırılmış olduğunu söylemek noter ile noterlik işleminden zarar gören üçüncü kişi arasında hiçbir ilişki bulunmadığından, söz konusu kişiye karşı noterin sorumluluğunun niteliği itibarıyla (kusur unsuru dışında) haksız fiil sorumluluğuna ilişkin unsurları taşıdığını söylemek mümkündür.¹⁹

Noterlik Kanunu m.162/2 hükmü, taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesi nedeniyle meydana gelen zararı düzenlediği için noterin buradaki sorumluluğu, yapma şeklindeki olumlu bir davranıştan doğmaktadır. Noterler, taşınmaz satış sözleşmesiyle ilgili işlemleri bizzat yapmak zorunda oldukları halde (NK m.61/A/5), taşınmaz satış sözleşmesi, stajyer, katip veya katip adayları tarafından yapılmışsa, bu sözleşmeden doğan zararlardan da sorumludurlar. Noterin bizzat yapmak zorunda olduğu işlemi başkalarına yaptırmaması, sorumluluğu bakımından hukuka aykırılık unsurunu evleviyetle oluşturur.²⁰

Noterin taşınmaz satış sözleşmesini yapmaktan hukuka aykırı şekilde kaçınması nedeniyle bir zarar ortaya çıkarsa (örnek olarak yapılması amaçlanan bedelle taşınmazı satma veya alma imkânının kaçırılması yüzünden satıcı yahut alıcı kayba uğramışsa), noterin olumsuz fiilinden (bir işin yapılmamasından) doğan sorumluluğu, Noterlik Kanunu m.162/1’de yer alan genel sorumluluk hükmüne tabi olur.²¹

Noterin hukuki sorumluluğunda kusur şartının aranıp aranmayacağı konusu da öğretilerde tartışmalıdır. Bir görüşe göre,²² noterlerin hukuki sorumluluğunu düzenleyen NK m.162’de sorumluluğun bir şartı olarak kusura yer verilmediğini sadece rücu ilişkisi bakımından “sebeplik olma” kavramını getirdiğini, bu nedenle noterlerin hem bizzat yaptığı hem de stajyer, katip veya katip adayının yaptığı işlemlerde, noterin sorumluluğunda kusurun kurucu bir unsur olmadığı belir-

¹⁷ **ULUKAPI:** s.69 (Sempozyum); **ULUKAPI/ATALI:** s.237-238; **İNAN, Atilla:** Kusursuz Sorumluluk Örneği Olarak Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, *Sayıştay Dergisi*, S.36, s.31.

¹⁸ **KILIÇOĞLU:** s.9; **ULUKAPI:** (Yargıtay) s.215.

¹⁹ **ULUKAPI:** (Yargıtay) s.215-216.

²⁰ **TANRIVER/ERGÜNE:** s.166.

²¹ **TANRIVER/ERGÜNE:** s.166.

²² **ULUKAPI,** s.69 (Sempozyum); **DOĞU,** s.586 (Yargıtay); **TANRIVER/ERGÜNE:** s.164.

tilmiştir. Diğer görüşe göre²³ ise noterlerin sorumlulukları incelenirken, noterin bizzat yaptığı işlemler ile noterin çalıştırdığı kişilerin yaptıkları işlemlerin birbirinden ayrılması gerektiğini vurgulanmıştır. Noterin bizzat yaptığı işlemlerde sorumluluğunun kusur sorumluluğu olduğunu, noterin kendisi yapması gereken bir işlemi yapmamasından veya yaptığı işi hatalı ya da eksik yapmasından sorumlu tutulabileceğini, NK m.162’de yer alan “hata ve eksik yapım” kelimelerinin kusuru karşılayan kavramlar olduğunu belirtilmiştir.

Noterler, stajyer, katip ve katip adaylarının noterlik işlemleri nedeniyle başkalarına verdikleri zararlardan dolayı sorumlu tutulmuşlardır. Noterler, bir başkasının başka bir deyişle çalıştırdığı kişilerin hukuka aykırı davranışlarıyla vermiş oldukları zararlardan dolayı sorumluluğu ise, niteliği itibariyle bir olağan sebep sorumluluğudur.²⁴ Burada TBK m.66 hükmüne dayanan adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğunun noterler için özel bir düzenlemesi söz konusudur. Ancak TBK m.66’daki kurtuluş kanıtı getirebilme imkanı NK m.162’de öngörülmediği için, özel hüküm niteliğindeki NK m.162’nin TBK m.66’da belirtilen sorumluluğun ağırlaştırılmış şekli olduğu kabul edilmektedir.²⁵ Bunun nedeni olarak da, noterin ifa ettiği kamu hizmetinin bir adalet hizmeti olarak, Borçlar Kanunu hükümlerine tabi herhangi bir işverenin gördüğü hizmetle önem ve kapsam bakımından mukayese edilmezliği ve adalet hizmeti ifa eden notere, istihdam ettiği kimselerin işlemlerinden doğan zararlardan kurtuluş kanıtı getirebilme imkânının tanınmasının hukuki güvenliği zedeleyeceği ileri sürülmektedir²⁶

Yargıtay ise bazı kararlarında, noterin sorumluluğu bakımından kusur şartının aranmayacağı görüşünü ortaya koyarken,²⁷ bazı kararlarında ise noterlerin NK m.162 gereğince sorumluluğunun kusur sorumluluğu olduğunu kabul etmektedir.²⁸

2. Noterin Hukuki Sorumluluğunun Şartları

Noterin hukuki sorumluluğu için aranan temel şartlar ise, noterin veya noter personelinin bir işi eksik yapmak, hatalı yapmak ya da yapmamak şeklinde huku-

²³ **KILIÇOĞLU: s.5; ÜNAL: s.52; NART, Serdar:** Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, Özel Sayı, s.429-430.

²⁴ **ULUKAPI:** (Yargıtay), s.216.

²⁵ **ULUKAPI: s.69** (Sempozyum); **PULAŞLI: s.11.**

²⁶ **PULAŞLI: s.11-12; ULUKAPI:** (Yargıtay): s.221.

²⁷ 4.HD. 16.11.1982, E.8932, K.10570; **YKD**, Ankara 1983, S.3, s.349-350; **TNBHD**, Ankara 1983, S.38, s.55-56; 11.HD. 29.12.1998, E.5399, K.9821; (www.kazanci.com); YHGK. 06.03.2013, E.2012/4-800, K.2013/322; 4.HD. 25.06.2007, E.6459, K.8597; 3.HD. 03.12.2012, E.20157, K.24792; **ULUKAPI:** (Yargıtay): s.217-220.

²⁸ 13.HD. 1.3.1993, E.363, K.1676; Noterlik Kanununun 162. Maddesi Hakkında İstanbul Noterler Odası Hukuk Komisyonu Raporu, **TNBHD**, Ankara 1993, S.80, s.35, dn.3.

ka aykırı bir fiilin bulunması, üçüncü kişi ya da daireye işlem yaptırmaya gelen kişinin (maddi ya da manevi) zarara uğraması, hukuka aykırı eylem ile doğan zarar arasında illiyet (nedensellik) bağının bulunması şeklinde sayabiliriz.²⁹

A. Fiil

Noterin sorumluluğu için kendisinin veya stajyer, katip ve katip adayının görevle ilgili bir fiili bulunmalıdır. Burada zarara neden olan fiil, olumsuz (işin yapılmaması veya eksik yapılması) veya olumlu (işin hatalı yapılması) olabilir. Sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, yapma veya yapmama şeklindeki bir fiilin bulunması sorumluluğun birinci şartıdır.³⁰

Noterlik işlemleri dikkate alındığında, sorumluluk doğuran fiil şartını meydana getiren davranışlardan bazıları şunlardır; işlemin geçerliliği için kanunen gerekli olan şekle uygun olarak yapılmaması, örneğin; vasiyetnamenin düzenleme yoluyla senet şeklinde (NK m.89) yapılmamış olması, gerekli şeklin seçilmesine rağmen bu şeklin gerektirdiği bütün unsurların bulunmaması, örneğin; vasiyetnamenin düzenleme şeklinde yapılmasına rağmen iki tanığın katılmasının sağlanmaması, NK m.53 (emredici hükümlere uyma zorunluluğu) ihlal edilerek işlem yapılması, işlemin yapılmasında ilgilinin kimliği ve gerçek iradesinin tespitinde gerekli dikkatin gösterilmemesi, yetkinin geçerlilik şartı olduğu durumlarda bunun gözetilmeyerek işlem yapılması, örneğin; TMK m.764 gereğince, ancak devralanın yerleşim yerindeki noter tarafından tasdik ve sicile tescille geçerli olabilecek olan mülkiyetin saklı tutulması kaydıyla menkul mal satım sözleşmesinin başka bir noter tarafından tasdik ve tescil edilmesi, vasiyetname tanzim ve tasdiki ile gecikmesinde zarar umulan haller dışında, tatil gün ve saatlerinde işlem yapılmasını yasaklayan NK m.52 hükmüne aykırı hareket etmek, kendisi veya işleme katılanlardan birisi açısından bir yasaklılık sebebi bulunduğu halde bunu gözetmeyerek işlemi yapması, üçüncü kişilerin kanuna aykırı olarak, zararına yol açacak işlemlerde bulunması, mücbir sebepler dışında, kendisine emanet edilen eşya, belge veya parayı gerektiği şekilde saklamamasıdır.³¹

Burada belirtilen durumlar sınırlayıcı değil, örnek niteliğindedir. Bunların yanında işin yapılmaması, hatalı veya eksik yapılması olarak değerlendirilebilecek bütün durumlar noterin sorumluluğunu gerektirecek fiil şartının yerine gelmiş sayılması açısından yeterlidir. Ayrıca işlemin, noterin bizzat kendisi ya da katip, katip adayı ve stajyer tarafından yapılmış olmasının, noterin sorumlu tutulması bakımından bir önemi yoktur.

²⁹ **TEKBEN, Tuğçe:** Noterin Hukuki Statüsü ve Noterlik Kanunu'nun 162. Maddesi Uyarınca Sorumluluğu Üzerine Bir İnceleme, İzmir Barosu Dergisi, İzmir 2021, C.66, S.3, s.27.

³⁰ **ULUKAPI/ATALI:** s.241; **ULUKAPI:** s.72-73 (Sempozyum); **DOĞU:** s.23 (TNBHD.); **DOĞU:** s.587 (Yargıtay).

³¹ **ATABEK:** s.19-20. (NMSS 1); **ULUKAPI/ATALI:** s.241-242.

B. Hukuka Aykırılık

Sorumluluğa neden olan fiilin aynı zamanda hukuka aykırı olması da, sorumluluğun doğması bakımından diğer bir şarttır. Hukuka aykırılık, noterin, katibin veya stajyerin görevine aykırı hareket etmesi gibi subjektif değil, kişilerin çıkarlarını koruyan hukuk kurallarına aykırılık şeklinde ve tamamen objektif anlamdadır. Başka bir deyişle, ihlal edilen kuralın genel veya katibe verilmiş özel bir talimat olmasının önemi yoktur.³² Örneğin; katip, ergin olmayan bir kimsenin talebi ile bir işlem yapmış olsa burada objektif anlamda bir hukuka aykırılık söz konusu olur. Zira katibin, ilgilinin ehliyetini araştırıp araştırmaması sonucu değiştirmez çünkü noterin çalıştırdığı kişiler bakımından sorumluluğu kusursuz sorumluluktur. Buna karşılık, noterin usulüne uygun bir ihtarname veya ödememe protestosu düzenlemesi halinde, muhatap zarara uğradığı iddiasıyla noterin sorumlu tutulmasını isteyemez çünkü burada hukuka aykırılık söz konusu değildir.³³

C. Zarar

Noterin sorumluluğu açısından üçüncü şart, hukuka aykırı bir fiille zararın meydana gelmesidir. Zarar meydana gelmediği takdirde sorumlulukta söz konusu değildir. Zarara uğrama tehlikesinin bulunması da sorumluluğu doğurmaz çünkü NK m.162/1'de açıkça zarar görmüş olmaktan bahsedilmiştir. Ayrıca zarar doğmuş olmakla birlikte bu durumun başka bir yolla ortadan kaldırılması imkanı varsa noterin sorumluluğu yoluna gidilmemelidir. Örneğin, zarara yol açan işlemin dava yoluyla iptali sonucu zarar ortadan kalkıyorsa, bu durumda noter ancak dava masraflarından sorumlu tutulmalıdır.³⁴

D. İlliyet Bağı

Noterin sorumluluğunun son şartı, meydana gelen zararla hukuka aykırı fiil arasında uygun illiyet bağı, başka bir deyişle neden-sonuç ilişkisi bulunmalıdır. Diğer bir ifade ile zararın, noterin veya fiillerinden sorumlu olduğu kişilerin görevleriyle ilgili davranışlarından ileri gelmesi gerekir.³⁵

Mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru ve üçüncü kişinin ağır kusuru gibi illiyet bağı kesen bir sebebin bulunması durumunda noterin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Örneğin; belirsiz kişiler tarafından kimliği çalınan taşınmaz maliki, bu kişilerin kim olduğunu ve kimliğini kullanarak sahte vekaletname çıkarmak için ertesi gün tanıdıkları notere gideceklerini öğrendiği halde, notere bu

³² DOĞU: s.24. (TNBHD.); DOĞU: s.588 (Yargıtay); ULUKAPI/ATALI: s.241-242; KARTAL: s.348; İNAN: s.32.

³³ DOĞU: s.24 (TNBHD.); DOĞU: s.588 (Yargıtay).

³⁴ ULUKAPI/ATALI: s.243; ULUKAPI: s.74-75 (Sempozyum).

³⁵ DOĞU: s.24 (TNBHD.).

durumu ihbar etmemişse, zarar görenin ağır kusurlu davranışı ile zarar meydana gelmiş olacak, illiyet bağı kesildiği için noter sorumlu tutulmayacaktır.³⁶ Üçüncü kişinin ağır kusuru ise genel olarak sahte vekaletname veya sahte motorlu araç ruhsatnamesi düzenlenmesinde ortaya çıkmaktadır. Örneğin, noterin bütün dikkat ve özeni göstermesine rağmen sahte olarak çıkartıldığı saptanamayan nüfus cüzdanına dayalı olarak vekaletname düzenlemişse, doğan zarar sahte nüfus cüzdanını çıkartarak sahte vekaletname düzenlenmesini sağlayan kişilerin (üçüncü kişilerin) ağır kusuru söz konusudur, bu nedenle illiyet bağı kesildiği için noter sorumlu olmayacaktır.³⁷

3. Noterin Hukuki Sorumluluğunun Hüküm ve Sonuçları

Noterin sorumluluğunun hukuki niteliği haksız fiile dayandırılmaktadır. Buna göre bu sorumluluğun hüküm ve sonuçlarının da NK m.162'de belirtilen durumlar dışında haksız fiil sorumluluğuna ilişkin TBK m.49 vd. hükümlerinin uygulanması gerekir.

A. Zarar ve Tazminatın Hesaplanması

Hukuki sorumluluğun öncelikli amacı, bir kimsenin iradesi dışında uğradığı zararın giderilmesidir. Bunun sağlanabilmesi içinde zararın miktarının tespit edilmesi gerekir. Burada belirtilen ölçü, zarar verici işlemden önceki durumla, zarar verici işlemin yapılmasından sonraki durumun karşılaştırılmasıdır. İşlemin yaptırılmasındaki noter harç ve ücretleri ile vergi ve resimlerin yanında varsa yargılama harç ve giderleri de zarar kapsamına dahildir.³⁸

Tazminatın hesaplanmasında zarar miktarı esas alınacaktır. Bununla beraber tazminat miktarı hesaplanırken, zarar görenin ortak kusuru veya zarara razı olması, zarar verici işlem sonucu elde edilen menfaatler ve hakkaniyet ölçüleri dikkate alınarak zarardan bir miktar indirilerek tazminat miktarının belirlenmesi gerekir (TBK m.51-52).

B. Zamaşımı

Noterin hukuki sorumluluğunun niteliği haksız fiil sorumluluğu olduğuna göre, bu sorumlulukla ilgili zamaşımı süresi haksız fiillerde zamaşımına ilişkin TBK m.72 hükmüne dayanmaktadır. TBK m.72 haksız fiillerde zamaşımı ile ilgili üç süre öngörmüştür. Bunlardan birincisi, zarar gören kişinin zararı ve faili öğrendiği tarihten itibaren bir yıl, ikincisi, zarar gören zararı ve faili daha

³⁶ KILIÇOĞLU: s.7.

³⁷ KILIÇOĞLU: s.6.

³⁸ ULUKAPI/ATALI: s.245.

geç öğrenmiş olsa bile haksız fiile neden olan olaydan itibaren on yıl, üçüncüsü ise, noterin haksız fiili aynı zamanda suç oluşturuyorsa ve bu suç için bir veya on yıldan daha uzun bir ceza zamanaşımı süresi söz konusu ise bu süre uygulanır. Ancak noter personelinin yaptıkları işlem suç teşkil etmekte ve bu suç için daha uzun olan bir ceza zamanaşımı öngörülmüşse, bu süre noter personeli için geçerli olacak ama noter için bu süre uygulanmayacaktır. Çünkü TBK m.72'de daha uzun ceza zamanaşımı suç oluşturan ve bu suçtan dolayı cezaen sorumlu olan kişiler için öngörülmüştür. Noter, personelinin işlediği suçtan cezaen sorumlu olmayacağına ve bu sorumluluk sadece noter personeli için uygulanacağına göre, noter hakkında daha uzun ceza zamanaşımı gündeme gelmeyecektir.³⁹ Bu konu hakkında Yargıtay'ın da bir kararı bulunmaktadır.⁴⁰

C. Davanın Tarafları

Noterin hukuki sorumluluğuna ilişkin tazminat davasında zarar gören (ilgili veya üçüncü kişi), davalı ise, NK m.162 gereğince sorumlu olan noterdir. Noterlerin yaptıkları işlemlerden dolayı iş sahibi ile sorumsuzluk anlaşması yapması söz konusu değildir. TBK m.115/1'de borçlunun ağır kusurundan dolayı doğacak zarardan sorumlu olmayacağına ilişkin her anlaşmanın kesin olarak hükümsüz olduğu belirtilmiştir. Noterlik, hükümet tarafından verilen imtiyaz ile icra edilen bir meslek olduğu için noterlerin hafif kusurlarından dolayı da sorumsuzluk anlaşması yapmaları mümkün değildir.⁴¹ Dava, Adalet Bakanlığı veya Türkiye Noterler Birliği aleyhine açılmayacağı gibi, işlemin yapıldığı noterlik dairesine daha sonra atanan başka bir noter aleyhine de açılmaz.⁴²

D. Yetkili ve Görevli Mahkeme

Noterin hukuki sorumluluğuna ilişkin tazminat davasında görevli mahkeme, HMK m.2'ye göre asliye hukuk mahkemesidir. Yetkili mahkeme ise HMK'nın yetkiye ilişkin genel hükümlerine göre belirlenir. Bu durumda noterin hukuki sorumluluğuna ilişkin tazminat davasında yetkili mahkeme, HMK m.6 hükmüne göre, davalı noterin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir. Öte yandan, HMK m.16 hükmü de haksız fiilden doğan davalarda özel yetkili mahkemeleri düzenlemiştir. HMK m.16 hükmüne göre; haksız fiilden doğan davalarda, haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir. Bu mahkemelerin yetkisi kesin yetki değildir. Bu sebeple, HMK m.6 hükmündeki genel

³⁹ KILIÇOĞLU: s.10.

⁴⁰ 4.HD. 30.4.2001 E.3236, K.4369; YKD, Ankara 2003, C.29, S.3, s.360 vd.

⁴¹ KILIÇOĞLU: s.8.

⁴² ULUKAPI/ATALI: s.246.

yetkili mahkemenin yetkisini ortadan kaldırmaz. Sonuç olarak noterlerin hukuki sorumluluğuna ilişkin tazminat davalarında, davalı noterin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesinin (HMK m.6) yanı sıra, haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir⁴³

E. Noterin Rücu Hakkı

Notere, NK m.162/1 hükmü gereğince ödediği tazminat miktarı için, NK m.162/2'de işin yapılmaması, hatalı veya eksik yapılmasına sebep olan stajyer veya notaerlik personeline rücu hakkı tanınmıştır.

NK m.162/2 hükmünde yer alan "hatalı veya eksik yapılmasına sebep olan" şeklindeki ifadenin, noterin hukuki sorumluluğunun TBK m.66'daki adam çalıştırmanın sorumluluğu olması nedeniyle ve bu madde hükmünde adam çalıştırmanın yardımcı kişiye rücu etmesi halinde, yardımcı kişinin kusurlu olması arandığı için "kusurlu davranışıyla sebep olan" şeklinde anlaşılması gerekir.⁴⁴ Zaten Borçlar Kanunu'nda, haksız fiil sorumluluğu ile ilgili olarak kanun koyucu bazen kusur yerine hata kelimesini kullanmıştır. Noterin, kusurlu davranışı ile tazminat ödemesine sebep olan stajyer veya katibine, yanlış talimat verme şeklinde bir kusuru söz konusu ise, başka bir deyişle ortak kusuru varsa, rücu hakkı bu kusurun ağırlığı oranında tamamen veya kısmen ortadan kalkabilir.

Rücu hakkının kullanılmasında zamanaşımı ve kusurun ispatı konularında bir ayırım yapmak gerekmektedir. NK m.162/2'de de bu ayırımı, stajyer ve notaerlik personeli ifadeleri kullanılarak işaret edilmiştir. Noter ile notaerlik personeli arasında hizmet sözleşmesi yapılması gerektiği Noterlik Kanunu Yönetmeliği'nin 12. maddesinde belirtilmiştir. Aradaki sözleşme ilişkisi nedeniyle rücu davasında zamanaşımı süresi TBK m.146 gereğince tazminatın ödendiği tarihten itibaren on yıldır. Buna karşılık noterin haksız fiil hükümlerine dayanması da mümkündür. Ancak, bu durumda kusurun ispatı notere düşmekte ve zamanaşımı süresi TBK m.73 gereğince iki yıl ve herhalde on yıl olduğu için, noterin sözleşme ilişkisine dayanması kendi lehine olacaktır.⁴⁵ Noter ile stajyer arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından noter, stajyere ancak haksız fiil hükümlerine göre rücu edebilir.

⁴³ **ULUKAPI, Ömer:** Yargıtay Kararları Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Konya 2013, C.21, S.1, s.231.

⁴⁴ **ULUKAPI, Ömer:** Noterlik Mesleği, Noterin Hak ve Yükümlülükleri, Konya 2003, s.125; **DOĞU:** s.590 (Yargıtay).

⁴⁵ **DOĞU:** s.591 (Yargıtay); **ULUKAPI:** s.126.

4. Noterlerin Hukuki Sorumluluğuna Karşı Güvence

Noterler kusur şartının aranmadığı, ağırlaştırılmış bir hukuki sorumlulukla karşı karşıyadır. Bu sorumluluğun belirli bir tutar olarak ulaşabileceği bir üst sınırında belirlenmesi mümkün değildir. Çünkü sorumluluk, yapılan işlemlerden kaynaklandığına göre, bu işlem nedeniyle meydana gelen zarar ne kadar büyükse noteri sorumluluğu da aynı oranda büyük olacaktır. Bu durum karşısında hem noterlere hem de zarar görenlere güvence sağlanması gereklidir.

Noterler açısından güvencenin önemi, ödemek zorunda kalacağı tazminat miktarını ekonomik olarak çok zor durumda kalarak karşılayabilmesi veya bu tazminat miktarını şahsi malvarlığı ile karşılayamaması durumlarında ortaya çıkmaktadır. Buna karşılık, zarar görenler açısından güvencenin önemi ise, noterin şahsi malvarlığının uğradığı zararı karşılamaya yetmemesi halinde geriye kalan kısım için bir imkanın bulunması ile dava ve icra gibi uzun süren yollara başvurmak zorunda bırakılmasının önlenmesidir. Bu nedenlerle noterin hukuki sorumluluğu sonucu ödemek zorunda kalacağı tazminatın, noterin dışında başka kişi, kurum veya kuruluştan talep edilmesi imkanının olması büyük önem taşır.⁴⁶

Belirtilen bu sorunların neden olduğu zararların en aza indirilmesi için çeşitli güvenceler oluşturulmuştur. Bunlar; noter teminat hesabı, hukuki sorumluluk fonu ve mesleki sorumluluk sigortası gibi güvencelerdir.

A. Noter Teminat Hesabı

NK m.38'e göre, noterlik mesleğine başlayanlar, göreve başladıkları tarihten itibaren iki ay içinde, noterliğin bir yıllık gayrisafi gelirinin %5'i oranında ve takip eden yıllarda önceki yıla ait fiili gayrisafi gelirlerinin %1'ini o yılın şubat ayı sonuna kadar teminat olarak verirler. Bu teminat sadece para olarak verilebilir ve teminat parası, sermayesinin yarısından fazlası devlete ait olan milli bir bankaya kendi adına açtırılacak hesaba yatırılır. Ayrıca Adalet Bakanlığı veya Cumhuriyet Savcılığından talimat verilmedikçe bu hesaptan para çekilemeyeceğine ilişkin şartında bankaya bildirilmesi gerekir (NKY m.76/2). Teminat, noterlerin görevleri dolayısıyla sebep olabilecekleri zararlara ve bu yüzden haklarında verilebilecek para cezalarına karşılık oluşturur. NK m.162'e göre, noterlerin hukuki sorumluluğu gereğince ödemek zorunda kalacakları tazminatlarda bu kapsama dahildir.

Zararın meydana gelmesi halinde, zararın bu teminattan karşılanması için, zarar görenin izlemesi gereken yöntem hakkında Noterlik Kanunu'nda bir açıklama yoktur. Ancak NKY m.76/3'e dayanarak, noter aleyhine NK m.162 gereğince

⁴⁶ ULUKAPI: s.127 (Yargıtay).

açtığı tazminat davasını kazanan kimsenin, elindeki ilamla birlikte Adalet Bakanlığı veya Cumhuriyet savcılığına başvurması ve bu mercilerinde teminatın yatırıldığı bankaya talimat vermesi ile ilgili bankanın ödemeyi yapması gerekir. Eğer icra yoluna gidilmişse, bu müracaatın, alacaklı yerine, onun talebi üzerine icra müdürü tarafından yapılması ve bankanın parayı icra dairesine yatırması gerekir.

Bu güvence çeşidi, noterden çok zarar göreni korumaya yöneliktir. Ancak teminat miktarının düşük tutulmuş olması (NK m.38/1-3) nedeniyle çoğu zaman tazminat alacaklıları için yeterli bir güvence oluşturmamaktadır.

B. Hukuki Sorumluluk Fonu

Türkiye Noterler Birliği, tazminat ödemek zorunda kalan noterleri korumayı amaçlayan ve hukuki sorumluluklarını karşılamak üzere “Türkiye Noterler Birliği Hukuki Sorumluluk Fonu” adı altında bir fon kurmuştur.

Türkiye Noterler Birliği Yönetim Kurulu’nun 30.11.2015 tarihli toplantısında alınan karar uyarınca 05.06.2015 tarihinden itibaren Türkiye Noterler Birliği Hukuki Sorumluluk Fonu Yönetmeliği yürürlükten kaldırılmıştır. Bu yönetmelikteki esaslara 05.06.2015 tarihinden itibaren yürürlüğe girmesi kararlaştırılan İhtiyatlar Hesabının Kullanım Esasları (Talimatname) içinde yer verilmiştir.

Hukuki Sorumluluk Yardımları Talimatnamesine göre; noterlerin, NK m.162’de yer alan hukuki sorumluluklarını karşılamak üzere; geçici yetkili noter yardımcılarını hariç, Türkiye Noterler Birliği’nin üyesi bulunan tüm 1, 2 ve 3. sınıf noterler ile emekli, ölen veya herhangi bir suretle noterlikten ayrılan noterlerin ve herhangi bir nedenle noterlik görevini yüklenen kişilerin, noterlik görevini ifasından ötürü kendilerinin gayri kasti ve ihmali fiillerinden, yanlarında bordroya bağlı olarak çalıştırdıkları stajyer, kâtip, başkâtip ve diğer personelin kasti veya ihmali veya gayri kasti fiillerinden dolayı zarar görecektiklerine karşı Noterlik Kanunu, Borçlar Kanunu ve diğer kanunlar ile yönetmelikler ve mevzuat gereğince doğacak ve bunların tabi olduğu zamanaşımı süresi içinde talep olunacak tüm hukuki sorumluluklarının beher noter için beher işlemde azami 1.243.361.23 TL, bir yıl içinde azami 2.486.722.45 TL’si kadar olan kısmı teminat kapsamındadır. Türkiye Noterler Birliği Yönetim Kurulu, ölüme bağlı tasarruflarla ilgili işlemlerde bu miktarların 3 (üç) katına kadar artırılarak uygulanmasına karar verebilir. İşbu sınırlar her yılbaşında Türkiye Noterler Birliği Yönetim Kurulunca yeniden değerlendirilir.

Yardım, sigorta tarafından herhangi bir nedenle ödeme yapılmaması halinde veya sigorta tarafından ödeme yapılması durumunda ödenen miktarın dışında kalan kısım için yukarıda belirlenen sınırlar doğrultusunda yapılır. Sigorta tarafından gerekli ödeme yapılınca kadar, temlik alınmak kaydıyla bu hesaplardan ilgiliye yeteri kadar avans verilebilir. Hakkında tazminat davası açılan bir noter, en kısa

süre içerisinde dava dilekçesini, cevap layihasını, davaya konu işlem örneği ile gerekli göreceği sair belge ve bilgileri Birliğe gönderir. Birlik Hukuk Servisinin konuya ilişkin önerileri olursa, notere bildirilir. Noterin işbu davayı sonuna kadar bizzat veya avukat marifetiyle takip etmesi ve tüm kanun yollarına başvurması zorunludur. Kararın kesinleşmesinden sonra noter, kesinleşme şerhini taşıyan kararlar birlikte dilekçe ile Türkiye Noterler Birliğine başvurur. Konunun Birliğe intikalini takiben ilk Yönetim Kurulu gündemine alınarak görüşülmesi zorunludur. Yönetim Kurulu noksan gördüğü belgeleri de isteyerek, talebi en kısa süre içinde karara bağlar. Davanın kazanılması halinde avansın, karara ittila tarihinden itibaren 30 gün içinde Birlik hesaplarına gönderilmesi zorunludur. Bundan sonra geçecek süreler için, ödenmesi gereken tarihten itibaren her yıl için o tarihteki bankaların yıllık en yüksek vadeli mevduata vermiş olduğu faiz oranında hesaplanan miktarda cezai şart tahakkuk ettirilir ve ilgiliden tahsil edilir, alınan temlik senedi iade olunur.

Hakkında tazminat davası açılan noter, öncelikle hukuki mesleki sorumluluk sigortası kapsamında davaya konu işlem tarihi itibarıyla sözleşme yapılan sigorta şirketine başvuracaktır. İlgili şirket tarafından noterin talebinin karşılanamaması durumunda söz konusu Hukuki Sorumluluk Yardımları Talimatnamesi devreye girecektir. Bu talimatname 1 Şubat 1991 tarihinden sonra yapılan noterlik işlemleri ile ilgili olarak açılacak davalar hakkında uygulanır. Yardım tutarı her durumda bilançoda cari dönemde mevcut ihtiyatlar hesabının %52'sinden fazla olamaz. Birlik Yönetim Kurulu bu oranlarda gerektiğinde artış yapma yetkisine sahiptir.

Noterlerin mesleki sorumluluklarını güvence altına alabilmeleri bakımından Hukuki Sorumluluk Fonu'nun yetersiz kaldığı görülmektedir.

C. Mesleki Sorumluluk Sigortası

Mesleki sorumluluk sigortası, belirli bir mesleğin yapılması sırasında, meslek sahibi veya onunla birlikte çalışan kişilerin kusurları sonucu, üçüncü kişilerin maruz kaldıkları zararları sigorta poliçesinde belirtilen şartlar ve sınırlar içinde tazmin etmeyi öngören anlaşmadır.⁴⁷ Başka bir deyişle, mesleki sorumluluk sigortası ile sigortacılar serbest meslek sahibinin mesleki sorumluluklarını temin eder.⁴⁸ NK m.162 ile noterlere yüklenen ağır hukuki sorumluluk, mesleki sorumluluk sigortası ile noterler açısından hafifletilmiştir. Bu sigorta, zarar görenlerin teminat alacaklarını büyük ölçüde güvenceye kavuşturmuş ve her iki taraf içinde en sağlıklı güvenceyi sağlamıştır.

Noterlerin yaptığı işlerin öneminden dolayı sorumluluğun ağırlığının doğaldır ancak noterler için öngörülen ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluk dolayısıyla doğmuş veya doğabilecek zararların bir kişiye yöneltmesi bu zararın karşılanma-

⁴⁷ ATABEK: s.45. (NMSS 2).

⁴⁸ ŞENOCAK, Kemal: Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara 2000, s.73.

sını bazen imkânsız hale getirmektedir. Noterlerin mesleki sorumluluk sigortası ile bu zorluk aşılmaya çalışılmaktadır. Mesleki sorumluluk sigortası, sorumluluğun genişliği ve sınırı belirlenemeyen tazminat yükümlülüğü dolayısıyla güvence ihtiyacı ile ortaya çıkmıştır. Noterlerin, ağırlaştırılmış sorumluluk halinden korunmaları gerekmektedir. Diğer gereklilik ise zarara uğrayanın güvence altına alınmasıdır. Noterin işlemlerinin güvenilirliği ile işlem yaptıran kişinin, işlemin yanlış veya eksik yapılması sonucunda doğacak zararını, noterin şahsen karşılama olanağından yoksun bulunması halinde, bu durumun önüne geçebilme gerekliliği mesleki sorumluluk sigortası önleminin alınmasına neden olmuştur.⁴⁹

Noterlik Kanunu'nun 162. maddesi sebebiyle noterin ve zarar görebilecek diğer kişilerin korunması ve güvence altına alınması için noter mesleki sorumluluk sigortası öngörülmüştür. Noterin sorumluluğunu gerektiren olayın meydana gelmesi ile o olaya bağlı sonuçların meydana gelmesi ve zararın doğması aynı zamanda gerçekleşmeyebilir. Bu duruma karşı sigorta sisteminin çözüm üretip üretmediği incelendiğinde, sigorta işlemler üzerinde etki doğurur. Yani eğer sigorta o işlemin yapıldığı tarihte mevcut ise işlemde doğan zarar yıllar sonra dahi ortaya çıksa, zarar sigorta ile karşılanabilmektedir. Bununla birlikte, yine noterin vefatı veya mirasçısının olmaması durumunda, kişinin zararının tamamı karşılanmayabilir. Sigorta kapsamında karşılanacak zararın üstüne çıkan zararlarda, bu durumda yine zarar gören kişinin zararı tamamen karşılanmayabilir. Zarar gören kişinin hukuki sorumluluk fonuna başvurusu, bu fonun noterin şahsi sorumluluğunu kaldırmadığından, mümkün değildir. Bu aşamada sigorta sistemi, zarar gören kişinin zararını tazminden yoksun kalabilmektedir.⁵⁰

Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları 26 Mayıs 2013 tarihli ve 28658 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Mesleki sorumluluk sigortası ile ilgili genel şartların bütün meslek dallarına uygun bir şekilde tek bir düzenleme içerisinde toplanması en ideal çözümdür. MSSGS. C.10'da "Klozlar ve Özel Şartlar" başlığı altında, bazı meslek dalları için ortaya çıkabilecek özel ihtiyaçların karşılanması zorunluluğunun doğabileceği düşünülerek, genel şartların eki niteliğindeki klozların genel şartlara göre farklı hükümler içerebileceği belirtilmiştir. Eğer belli bir meslek dalı için ayrıca kloz hazırlanmış ve yayınlanmışsa, bu kloz genel şartlardan farklı hükümler içeriyorsa, ilgili meslek çalışanları için yapılan sigortalarda, genel şartlarda yer alan hükümler değil, kloz da yer alan hükümler uygulanacaktır.⁵¹ Noterlik mesleği için hazırlanmış bir kloz henüz oluşturulmamıştır.

⁴⁹ ERDOĞDU BİLGİLİ, Bahar: Noterin Hukuki Statüsü ve Hukuki Sorumluluğu Sorunu, YBHD 2023, C.8, S.1, s.100-101.

⁵⁰ ERDOĞDU BİLGİLİ: s.101-102.

⁵¹ CAN, Mertol: Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarına Genel Bir Bakış, BTHAE, Ankara 2006, s.13.

a. Sigortanın Kapsamı

MSSGŞ. A.1'e göre; bu sigorta sözleşmesi ile sigortalının poliçede belirtilen ve ilgili taraflarca konusu tarif edilerek sınırları çizilen mesleki faaliyeti ifa ederken; a) sözleşme süresi içinde meydana gelen olay sonucu doğan ve sorumluluk hükümleri uyarınca tazmini sözleşme süresi içinde ya da sonrasında talep edilen zararlara karşı veya b) sözleşme yapılmadan önce veya sözleşme yürürlükteyken meydana gelen olay nedeniyle, sadece sözleşme süresi içinde sigortalıya karşı ileri sürülebilecek taleplere karşı, sözleşmede belirtilen miktara kadar isteme ilişkin makul giderleri de içerecek şekilde teminat verilir. Taraflar, (a) ve (b) bentlerinden birini içerecek şekilde sözleşme yapabilecekleri gibi, her ikisini içerecek şekilde de sözleşme yapabilir. Sigortalının işletmesi ile ilgili sorumluluğu için yaptırılmışsa, sözleşmede aksine hüküm yoksa bu sigorta, sigortalının temsilcisi ile işletmenin veya işletmenin bir kısmının yönetiminde, denetiminde ve işletmede çalıştırılan kişilerin sorumluluğunu da karşılar. MSSGŞ. A.2'de ise, bu sigortanın, sigortalının Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde ifa ettiği mesleki faaliyetler için geçerli olduğu ancak, taraflar sigortalının yurtdışında yürüteceği mesleki faaliyetlerin de sigorta kapsamına alınmasını kararlaştırabileceği ifade edilmiştir.

b. Teminat Kapsamı Dışında Kalan Durumlar

MSSGŞ. A.3'de teminat kapsamı dışında kalan durumlar üç bent halinde düzenlenmiştir. Bunlardan birincisi, sigortalının, poliçede belirlenmiş ve sınırları hukuk kuralları veya etik kurallar ile tespit edilen mesleki faaliyeti dışındaki faaliyetlerinden kaynaklanan tazminat talepleridir (A.3.a). İkincisi, mesleki faaliyetin ifası sırasında sigortalı tarafından kasten sebep olunan her tür olay ile davranışlardır (A.3.b). Üçüncüsü ise, sigortalı veya çalıştırdığı kişilerin, poliçede belirtilen mesleki faaliyeti ifa ederken alkol, uyuşturucu ya da narkotik maddelerin tesiri altında bulunması sonucunda meydana gelen olaylardır. (A.3.c).

TTK m.1429/2'de sigorta ettirenin fiillerinden hukuken sorumlu olduğu kimseler de hükmün kapsamına alınmıştır. Başka bir deyişle, yeni kanun hükmüyle, sigorta ettiren, sigortalı ve bunların hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişiler, rizikonun gerçekleşmesine *kasten* sebep oldukları takdirde, sigortacı tazminat borcundan kurtulur ve aldığı primleri geri vermez. Bu anlamda noterin memur ve stajyerlerinin kasti davranışları ile sebep oldukları zararlar sigortacı tarafından tazmin edilmez. MSSGŞ. A.4'de ise, aksine sözleşme yoksa teminat dışında kalan haller, tazminat talepleri ve ödemeler düzenlenmiştir.

c. Rizikonun Gerçekleşmesi

MSSGŞ. B.1'e göre; sözleşmenin, A.1.'in (a) bendinde belirtilen şekilde yapılması hâlinde, sigortalının, sözleşme süresi içinde yürüttüğü mesleki faali-

yeti dolayısıyla, gerek sözleşme dönemi gerekse sözleşmenin bitiminden itibaren iki yıl içinde başkalarının zarara uğraması sonucunda, A.1.'in (b) bendinde belirtilen şekilde yapılması hâlinde bir yıldan az olmamak kaydıyla sözleşme yapılmasından önce veya sözleşme yürürlükteyken meydana gelen olaya bağlı olarak;

- a) Sigortacının bilgisi ve yazılı muvafakatı dahilinde olmak koşuluyla sigortalı tarafından ödeme yapılması veya,
- b) Sigortacının, sigortalıya ayrıca hukuki yardımda bulunmayı da üstlendiği mesleki sorumluluk sigortalarında, tebligat ile davanın veya hukuki takibin öğrenilmesiyle,
- c) Zararın gerçekleştiğinin ve bu zararın sigortalının sorumluluğundan kaynaklandığının mahkeme tarafından karar altına alınması hallerinde riziko gerçekleşmiş olur.

i. Rizikoya İlişkin Olarak Sigorta Ettirenin ve Sigortalının Yükümlülükleri

MSSGŞ. B.2'de sigortalı ve sigorta ettirenin yükümlülükleri altı bent halinde düzenlenmiştir. Sigortalı ve sigorta ettiren, aşağıdaki konuları yerine getirmekle yükümlüdür:

- a) Sigortalı sorumluluğunu gerektirecek olayları, on gün içinde, sigortacıya bildirmek,
- b) Haberdar olduğu andan itibaren rizikonun gerçekleştiğini, derhal sigortacıya ihbar etmek,
- c) Sigorta sözleşmesi yokmuş gibi, imkanları ölçüsünde zararın önlenmesi, azaltılması ve artmasının önlenmesi için gerekli her türlü önlemi almak ve bu amaçla sigortacı tarafından verilecek mesleki faaliyet dışındaki sigortacılıkla ilgili makul talimatlara uymak,
- ç) Sigortacının talebi üzerine, olayın ve zararın nedeni ile hangi hâl ve şartlar altında gerçekleştiğinin ve sonuçlarının tespitine; tazminat yükümlülüğü ve miktarı ile rücu hakkının kullanılmasına yarayacak, elde edilmesi mümkün bilgi ve belgeleri makul sürede vermek,
- d) Zarardan dolayı, dava yolu ile veya başka yollarla bir tazminat talebi karşısında kaldığı veya aleyhine cezai kovuşturmayla geçildiği hâllerde, durumdan sigortacıyı derhal haberdar etmek ve tazminat talebine ve cezai kovuşturmayla ilişkin olarak almış olduğu ihbarname, davetiye ve benzeri tüm belgeleri gecikmeksizin sigortacıya vermek,
- e) Sigorta konusu ile ilgili başka sigorta sözleşmesi varsa bunları sigortacıya bildirmek.

ii. Rizikoya İlişkin Olarak Sigortacının Yükümlülükleri

Sigortacı, zararı önleme, azaltma, artmasına engel olma ve rücu haklarının korunmasına yönelik sigortalının yaptığı makul giderleri, bunlar faydasız kalmış olsalar bile, sigorta tazminatından ayrı olarak tazmin eder. Sigortacı, sigorta ettirenin istemi üzerine giderlerin karşılanması amacıyla gerekli tutarı avans olarak ödemek zorundadır (B.3.1). Sigortacı, sigortalının talebi üzerine, tazminat talebine ilişkin giderler için avans vermek zorundadır (B.3.2).

Rizikonun gerçekleşmesi hâlinde, özel durumlar hariç olmak üzere, hangi belgelerin istenileceği polİçe ekinde açık ve anlaşılır şekilde yer almak zorundadır. Sigorta tazminatı, rizikonun gerçekleşmesini müteakip ve rizikoyla ilgili belgelerin sigortacıya verilmesinden sonra sigortacının edimine ilişkin araştırmaları bitince ve her hâlde rizikonun gerçekleştiğine ilişkin bildirim yapılmasından kırk beş gün sonra muaccel olur. Sigortacıya yüklenemeyen bir kusurdan dolayı inceleme gecikmişse süre işlemez. Araştırmalar, rizikonun gerçekleştiğine ilişkin bildirim yapılmasından ya da zarar görenin doğrudan sigortacıya başvurmasından başlayarak üç ay içinde tamamlanamamışsa; sigortacı, tazminattan mahsup edilmek üzere, tarafların mutabakatı veya anlaşmazlık hâlinde mahkemece yaptırılacak ön ekspertiz sonucuna göre süratle tespit edilecek hasar miktarının en az yüzde ellisini avans olarak öder.

Borç muaccel olunca, sigortacı ihtara gerek kalmaksızın temerrüde düşer. Sigortacının temerrüt faizi ödeme borcundan kurtulmasını öngören sözleşme hükümleri geçersizdir. Zarar, sosyal güvenlik kurumları tarafından karşılandığı ölçüde sigortacının sorumluluğu sona erer (B.3.3).

Sonuç

Toplum hayatının gerektirdiği sosyal dayanışma, toplum içerisinde yer alan kişilerin önemli bir bölümünün az ya da çok belli görev ve sorumlulukları üstlenmesini zorunlu kılmıştır. Toplum içerisindeki kişilerden belli bir bilgi birikimi ve tecrübeyi gerektiren görev veya meslekleri icra ederken, sosyal dayanışma içerisindeki rollerinin, toplumun diğer bireylerine nazaran daha önemli olduğunu kabul etmek gerekir. Noterlerde kanunlar tarafından kendisine verilen görevleri yerine getirerek idarenin güvenli çalışmasını sağlamaktadır. Ayrıca hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek için işlemleri belgelendirmektedirler.

Uzmanlık gerektiren bazı görev ve meslekleri icra eden kişiler, icra ettikleri faaliyetler nedeniyle belirli bir ölçüde dokunulmaz sayılmalarının, onlara daha özgür çalışma alanları yaratacağı açıktır. Örneğin, noterlik gibi gerçekten küçük bir yanlış ve eksikliğin istenmeyen zararlı sonuçlara yol açtığı bir meslekte, görev

ve mesleği icra eden kişileri, icra ettikleri görev veya mesleği terk etmek zorunda bile bırakmaktadır. Bu türden meslek ve görevi icra eden kişilerin bir kısmı, o görev ve mesleği icra ederken, neden oldukları zararlardan doğabilecek olan sorumlulukları dolayısıyla, ödemek zorunda kalacakları tazminatların, o güne kadar oluşturdukları kişisel birikimlerinin önemli bir kısmının hatta tamamının ellerinden çıkmasına neden olacağını düşünerek, bunu göze alması kolay olmayan bir risk olarak görmektedirler. Ancak, uzmanlık gerektiren görev ve meslekleri icra eden kişilerin, mesleklerinin gereğini yerine getirmemekten veya eksik ve hatalı uygulamalarından dolayı zarar görenlerinde korunması gerektiği, uğradıkları zararların tazminin zorunlu olduğu da gayet açıktır.

Sigorta kurumu sayesinde görev ve mesleğin icrası sırasında neden olunan zararlardan doğabilecek olan sorumluluklar dolayısıyla tazminat ödenmesi riskinin, meslek sahibinden alınarak sigortacıya yüklenmesi, meslek sahibinin görevini daha rahat ve iyi koşullarda yerine getirmesini sağlayacaktır.

Mesleki sorumluluk sigortası, Avrupa da yüzyılı aşkın süredir uygulanmaktadır. Türkiye’de mesleki sorumluluk sigortası konusunda çalışmalar MSSGŞ. çıkarılarak somut hale getirilmiştir. Ülkemizde, meslek odaları üyelerine sorumluluk sigortası yapılması yönünde ne bir tavsiye ne de bir zorunluluk getirmişlerdir. Ancak her mesleğin gereksinimine cevap verecek klozlar oluşturulmamıştır. Bu klozlarında oluşturulması ile mesleki sorumluluk sigortaları yaygınlaşacak ve belki de Avrupa da olduğu gibi mecburi hale gelecektir.

Kaynakça

- AKİL, Cenk:** Noterin İlgilileri Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara Barosu Dergisi, Ankara 2012, S.3.
- ANTALYA, Osman Gökhan,** Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.V/1, 2, 2. Baskı, Ankara 2019.
- ARIKAN, A. Saadet:** Elektronik Ticaret, Hukuk ve Noterler, Noterlik Hukuku Sempozyumu 7, Ankara 2001.
- ASLAN DÜZGÜN, Ülgen:** Noterlerin Mesleki Sorumluluk Sigortası, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 2013, C.17, S.1-2.
- ARSLAN, Ramazan/TANRIVER, Süha:** Yargı Örgütü Hukuku, B.2, Ankara 2001.
- ATABEK, Reşat:** Noter Mali Sorumluluk Sigortası, TNBHD, S.3, Ankara 1974. (NMSS 1).
- ATABEK, Reşat:** Noter Mali Sorumluluk Sigortası, TNBHD, S.4, Ankara 1974. (NMSS 2).
- CAN, Mertol:** Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarına Genel Bir Bakış, BTHAE, Ankara 2006.
- DELİDUMAN, Seyithan:** Noterlik ve Hukukumuzdaki Önemi, TNBHD, Ankara 2003.
- DOĞU, Engin:** Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Güvence, Yargıtay Dergisi, S.3, Ankara 1979. (Yargıtay).
- DOĞU, Engin:** Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Güvence, TNBHD, S.24, Ankara 1979. (TNBHD).
- ERDOĞDU BİLGİLİ, Bahar:** Noterin Hukuki Statüsü ve Hukuki Sorumluluğu Sorunu, YBHD 2023, C.8, S.1.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki:** Noterlerin Hukuk Düzenindeki Yeri ve Sorumlulukları, Noterlik Hukuku Sempozyumu 1-2, NOTEV, Ankara 1997.
- İNAN, Atilla:** Kusursuz Sorumluluk Örneği Olarak Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, Sayıştay Dergisi, S.36.
- KARTAL, Bilal:** Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Kusursuz Sorumluluk, Yargıtay Dergisi, C.24, S.3, Ankara 1998.
- KICALIOĞLU, Mustafa:** Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, Ankara Noter Odası, 17-19 Mart 2006 Abant Sempozyumu.
- KILIÇOĞLU, Ahmet:** Noterlerin Hukuksal Sorumluluğu, Ankara Noter Odası, 17-19 Mart 2006 Abant Sempozyumu.
- MERİÇ, Nihat:** 1512 Sayılı Noterlik Yasasının 162. maddesi ile İlgili Düşünceler, TNBHD, S.83, Ankara 1994.
- NART, Serdar:** Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, Özel Sayı.
- ÖZEN, Muharrem:** 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu Bağlamında Noterlerin Cezai Sorumluluğu, Ankara Noter Odası, 17-19 Mart 2006 Abant Sempozyumu.

- PULAŞLI, Hasan:** Türk ve Alman Hukuklarında Noterin Hukuki Sorumluluğu, TNBHD, S.39, Ankara 1983.
- ŞENOCAK, Kemal:** Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara 2000.
- ŞİŞMAN, Güneş:** Noter ve Noterlik Nedir, TNBHD, S.110, Ankara 2001.
- TANRIVER, Süha:** Avrupa Birliği Ülkelerinde Noterlik ve Noterlik Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağının Getirdikleri, Kuru'ya Armağan, TBB, Ankara 2004. (Armağan).
- TANRIVER, Süha:** Avrupa Birliği Ülkelerinde Noterlik ve Noterlik Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağının Getirdikleri, Noterlik Hukuku Sempozyumu 8-9-10, NOTEV, Ankara 2005. (Sempozyum).
- TANRIVER, Süha/ERGÜNE, Mehmet Serkan:** Noterlerin Taşınmaz Satış Sözleşmesi Düzenlemesine İlişkin Hukuki Esaslar, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 2023, C.72, S.1.
- TEKBEN, Tuğçe:** Noterin Hukuki Statüsü ve Noterlik Kanunu'nun 162. Maddesi Uyarınca Sorumluluğu Üzerine Bir İnceleme, İzmir Barosu Dergisi, İzmir 2021, C.66, S.3, s.27.
- TOPÇUOĞLU, Metin:** Noter ile İş Sahibi (İlgili) Arasındaki İlişkinin Niteliği, BATİDER, C.20, S.4, Ankara 2000.
- ULUKAPI, Ömer:** Noterin Hukuki Sorumluluğu, Noterlik Hukuku Sempozyumu 1-2, NOTEV, Ankara 1997. (Sempozyum).
- ULUKAPI, Ömer:** Noterlik Mesleği, Noterin Hak ve Yükümlülükleri, Konya 2003.
- ULUKAPI, Ömer:** Noterlik Mesleğine Hakim Olan İlkeler, Kuru'ya Armağan, TBB, Ankara 2004. (Armağan).
- ULUKAPI, Ömer:** Yargıtay Kararları Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Konya 2013, C.21, S.1.
- ULUKAPI, Ömer/ATALI, Murat:** Noterlik Hukuku, B.2, Konya 2001.
- ÜNAL, Mehmet:** Noterlik Yasasının 162. maddesi (Noterin Hukuki Sorumluluğu), TNBHD, S.10, Ankara 1999.
- YILMAZ, Ejder:** Hukuk Sözlüğü, B.9, Ankara 2005.

Hukukî Görünüşe İtimat Teorisinin Def'i Sistemine Etkisi

The Impact of the Principle of Reliance on the Legal Appearance on the Defense System

Arş. Gör. Ayşe Barçın AKYILMAZ (*)

Öz:

Kıymetli evrak teorileri, senede mündemih hakkın doğumunun izahını konu alır. Bu hususta tartışmalar kreasyon teorisi, sözleşme teorisi ve hukukî görünüşe itimat teorisi üzerinde yoğunlaşmıştır. Kreasyon teorisi uyarınca senedin düzenlenmesi hakkın doğumu için yeteriyken; sözleşme teorisi uyarınca düzenleyenin, senedin tanziminin yanı sıra, bir tedavül sözleşmesi akdetmesi gerekir. Hukukî görünüşe itimat teorisi, bu iki teorinin eksiklerini kapamak amacıyla ortaya atılmış ve günümüzde yaygın olarak kabul gören görüş hâline gelmiştir. Bu kapsamda, senede bağlı hakkın doğumu konusunda birtakım eksiklikler bulunsa da düzenleyen, senedi tanzim ederek yarattığı hukukî görünüm nedeniyle, iyiniyetli hâmile karşı sorumlu tutulabilecektir. Kıymetli evrak teorileri, def'i sisteminin anlaşılmasında büyük bir önem arz etmektedir. Bu noktada hakkın mevcut olduğuna yönelik görünüşe güvenin korunmasını sağlayan hukukî görünüşe itimat teorisinin tercih edilmesinin, senedin tedavül yeteneğini artırdığı kabul edilmektedir. O hâlde Kanunun öngördüğü def'i sistemindeki boşlukların hukukî görünüşe itimat teorisiyle doldurulması, üçüncü kişilerin senede dayalı hak iktisabında âdil bir gözüm sunacaktır.

Anahtar Kelimeler:

Kreasyon Teorisi, Sözleşme Teorisi, Hukukî Görünüşe İtimat Teorisi, Hâmiline ve Emre Yazılı Senetlerde Def'iler.

Abstract:

Negotiable instrument theories focus on elucidating the birth of the right inherent in the bill. Discussions in this regard have centered around the creation principle, contract principle and the principle of reliance on the legal appearance. According to the creation principle, the issuance of the bill is sufficient for the birth of the right, while the contract principle requires the issuer to not only to draft the bill but also conclude a negotiation contract. The principle of reliance on the legal appearance was introduced to address the shortcomings of these two principles and has become widely accepted. In this context, although there are certain deficiencies regarding the birth of the right associated with the negotiable instrument, the issuer may be held responsible to bono fide holder due to the principle of reliance on the legal appearance. Negotiable instrument theories play a significant role in understanding the defense system. Choosing the principle of reliance on the legal appearance, which ensures preservation of trust in the appearance of the right's existence, will enhance the negotiability of the instrument. Therefore, filling the gaps in the statutory defense system with the principle of reliance on the legal appearance will provide a fair solution for third parties acquiring rights based on the instrument.

Keywords:

Creation Principle, Contract Principle, Principle of Reliance on the Legal Appearance, Defenses in Bearer and Order Instruments.

(*) Başkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi, Ankara - Türkiye,
E-posta: abarcinakyilmaz@baskent.edu.tr; Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-5863-5901>.
Makale Geliş Tarihi: 06.11.2023 - Makale Kabul Tarihi: 13.12.2023.

I. Giriş

Kıymetli evrak, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun¹ (TTK) Üçüncü Kitabında m.645 vd. hükümlerinde düzenlenmektedir. Diğer taraftan kanun koyucu, taşıdığı önem nedeniyle, kambiyo senetlerine uygulanacak kuralları Üçüncü Kitabın Dördüncü Kısımında ayrıca hüküm altına almıştır. Öncelikle kambiyo senetleri, sebepten mücerret senetlerdir. Bu bağlamda senetten doğan alacak, temelde yatan illî alacağın varlığına veya geçerliliğine bağlı olmayacak ve bundan ayrı devredilebilecektir. Aynı zamanda kanunen emre yazılı olarak belirlenen kambiyo senetleri, kamu güvenine mazhar (iyiniyetin korunduğu) senetlerdir. Şöyle ki, kambiyo senetlerinde senedin içeriği, senette yazılı hak bakımından bir görünüm yaratmaktadır. Bu görünüm dolayısıyla iyiniyetli üçüncü kişiler, senede mündemiç hakka güvenir. Kanun koyucu da kimi hâllerde iyiniyetle senedi iktisap edenlerin, senedin düzenlenmesiyle yaratılan hukukî görünümünden yararlanmasına olanak tanımıştır. Başka bir anlatımla senette yazan hakkın doğruluğuna itibar edilmesi, hukuk tarafından korunmaktadır.² Ticari hayatta hız ile güvenlik sağlanması ve buna bağlı olarak tedavülün kolaylaşması bir dengenin kurulmasını zarurî hâle getirmektedir. Burada menfaat dengesi, hile veya ağır kusuru olmaksızın ya da bilerek borçlu zararına hareket etmeksizin ödeme yapmak zorunda kalacak olan borçlu ile iyiniyetle senedi iktisap eden alacaklı arasında kurulur. Kambiyo senetlerinin kamu güvenliğine sahip olması da bu noktada kendini gösterir.³

Bu anlatılanlar ışığında, kanunun kimi durumlarda yaratılan hukukî görünüşe sonuç bağladığı söylenebilecektir. İyiniyetli üçüncü kişilerin korunarak borçlunun yaratılan hukukî görünüşten sorumlu tutulması hukukî görünüşe itimat teorisinin özünü oluşturmaktadır. Hukukî görünüşe itimat teorisi, hakkın doğduğu anı açıklamaya çalışan kıymetli evrak teorilerinden biridir. Bu teori kreasyon ve sözleşme teorisinin eksiklerini tamamlamak amacıyla ortaya atılmış ve günümüzde en çok kabul gören teori hâline gelmiştir. Hukukî görünüşe itimat teorisi ile iyiniyetli üçüncü kimselerin güveninin korunup korunmayacağı ve bu kapsamda senede mündemiç hakkı iktisap edip etmediği belirlenebilecektir.

Kıymetli evrak hukukunda def'i kavramı, alacaklının talebine karşı borçlunun, borcun hiç doğmadığına veya doğup sona erdiğine ya da doğsa bile borçlunun ödemediği kaçınmada haklı bir nedeni olduğuna yönelik itiraz ve def'ilerini kapsar.⁴ Kıymetli evrakta def'ilere ilişkin esaslar Kanunda belirlenmiş olsa da hem kanunî düzenlemelerin temelinde yatan düşüncenin anlaşılması hem de

¹ Türk Ticaret Kanunu, T.C. Resmî Gazete, sayı: 27846, 14.02.2011.

² PULAŞLI Hasan: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, B.10, Ankara 2023, s.120.

³ KINACIOĞLU Naci: Kıymetli Evrak Hukuku, B.5, Ankara 1999, s.85 vd.

⁴ POROY Reha/TEKİNALP Ünal: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, B.24, İstanbul 2021, s.79.

boşlukların doldurulması açısından kıymetli evrak teorileri büyük bir önem arz eder. Bu kapsamda hukukî görünüşe itimat teorisinin kanun koyucunun öngördüğü def'i sistemini ile yakından ilişkili olduğu söylenebilecektir.⁵ Bunun yanında, def'iler doktrinde çeşitli tasniflere tâbi tutularak, bu tasnif sonucunda da ilgili def'inin kime karşı ileri sürülmesinin mümkün olduğu belirlenmektedir. Biz de çalışmamızda kanun koyucunun benimsediği sistemi esas alarak def'ileri tasnif edecek; ardından hukukî görünüşe itimat teorisi uyarınca bu def'ilerin kime karşı ileri sürülebileceğini inceleyeceğiz.

II. Kıymetli Evrak Teorileri

Kıymetli evrak, senedin hakkın doğumuna etkisine göre açıklayıcı kıymetli evrak ve kurucu kıymetli evrak olmak üzere ikili bir ayrıma tâbi tutulmaktadır. Açıklayıcı kıymetli evrak, kıymetli evrakın mevcut bir hakkı bildirdiği kıymetli evraktır.⁶ Örneğin, esas sözleşmenin tescili ile anonim şirketlerde paylar oluşmakta ve bu pay kendiliğinden payı taahhüt edenin malvarlığına geçmektedir. Ardından bu paylar için pay senedi çıkarılması mümkündür. Bu durumda mevcut pay hakkını temsil eden pay senedi, açıklayıcı kıymetli evrak niteliğini haiz olur.⁷ Diğer taraftan, kurucu kıymetli evrak söz konusu olduğunda, senette yer alan hak, kıymetli evrakın düzenlenmesiyle doğar. Kambiyo senetleri de kurucu kıymetli evraktır.⁸

Gerek açıklayıcı gerekse de kurucu kıymetli evrak söz konusu olsun, senetten doğan hakkın hangi anda doğacağı, başka bir ifade ile senetten doğan hakkın senedin düzenlendiği anda mı; yoksa, senedin düzenlenmesinin yanı sıra, senedin tedavülüne ilişkin bir sözleşmenin yapılmasıyla mı doğacağı ise kıymetli evrakın niteliğinden ziyade kıymetli evrak teorilerine ilişkin bir sorundur. Şöyle ki, açıklayıcı kıymetli evrakın hangi andan itibaren mevcut hakkı temsil ettiği; kurucu kıymetli evrakın ise hangi andan itibaren yeni bir hakkı doğurduğu kıymetli evrak teorilerinin konusudur.⁹

Kıymetli evrak teorileri öğretide, kıymetli evrak borçlusunun sorumluluğunun hangi işlem sonucunda doğduğu sorununun tartışılmasıyla ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda tartışmalar üç temel görüş çevresinde yoğunlaşmıştır: kreasyon te-

⁵ GÖKTÜRK Kürşat: Kambiyo Senetlerinde Şahsi Defiler, B.1, Ankara 2022, s.52.

⁶ KENDİGELEN Abuzer/KIRCA İsmail: Kıymetli Evrak Hukuku, B.7, İstanbul 2023, s.25; ÖZDAMAR Mehmet/GÖKTÜRK Kürşat/CAN Mehmet Çelebi/KAŞAK Esra: Kıymetli Evrak Hukuku, B.4, Ankara 2023, s.45; ÜLGEN Hüseyin/HELVACI Mehmet/KAYA Arslan/NOMER ERTAN Füsun: Kıymetli Evrak Hukuku, B.14, İstanbul 2021, s.27; PULAŞLI, s.49; POROY/TEKİNALP, s.49.

⁷ KENDİGELEN/KIRCA, s.25; ÖZDAMAR/GÖKTÜRK/CAN/KAŞAK, s.45; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.27; PULAŞLI, s.49; POROY/TEKİNALP, s.49.

⁸ . KENDİGELEN/KIRCA, s.25; ÖZDAMAR/GÖKTÜRK/CAN/KAŞAK, s.45; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.27; PULAŞLI, s.49; POROY/TEKİNALP, s.49.

⁹ KENDİGELEN/KIRCA, s.79.

orisi (Kreationstheorie), sözleşme teorisi (Vertragstheorie) ve hukukî görünüşe itimat teorisi (Rechtsscheintheorie). Kreasyon teorisine göre kıymetli evrak teslim edildiğinde borç zaten doğmuştur. Sözleşme teorisinde ise borcun doğumu için kıymetli evrakın tesliminin yanı sıra, kıymetli evrakı teslim eden ve teslim alan kişiler arasında bir sözleşmenin (tedavül sözleşmesi) bulunması gerekir. Hukukî görüşüne itimat teorisinde de borcun doğumu için tedavül sözleşmesinin varlığı gerekir. Ancak borçlu, senedi tanzim ederek kendisine isnat edilebilen bir hukukî görünüşe neden olduğundan, bu durumun borcun varlığı yönünde iyiniyetli alacaklı lehine bir karine teşkil ettiği kabul edilmektedir.¹⁰

A. Kreasyon (Yaratma) Teorisi (Kreationstheorie)

Kreasyon teorisi 1800lü yıllarda Alman hukukunda ortaya çıkmış olmakla birlikte günümüzde pek savunucusu kalmamıştır.¹¹ Kreasyon teorisine göre kambyo senedinden doğan borç, senedi düzenleyen tek taraflı hukukî işlemi ile meydana gelmektedir. Burada senede mündemiç hak, başka bir sözleşmeye gerek kalmaksızın senedin şekil şartlarının tamamlanmasıyla kendiliğinden doğar.¹² Bu bağlamda düzenleyen senetten sorumlu olması için senedin kabulü veya devri şartı da aranmaz.¹³

Kreasyon teorisinde ortak kabul, borcun senedin düzenlenmesiyle doğması olsa da hakkın doğduğu an konusunda fikir birliği bulunmamaktadır. *Kuntze*'ye göre, düzenleyen senedi tanzim etmesi, tek taraflı bir hukukî işlemidir ve borç, düzenleyen tek taraflı iradesi ile meydana gelmektedir. O hâlde senedin şekil şartları tamamlandıktan sonra, borç doğmuş olur. Fakat senedin hukukî sonuçlarını doğurabilmesi için senedin üçüncü bir kişiye teslimi gerekmektedir. Kısaca düzenleyen tek taraflı irade beyanı, senedin tedavüle çıkarılmasıyla hukukî neticelerini doğurur.¹⁴ Benzer şekilde *Ulmer* de senedin şekil şartlarının tamamlanmasıyla borcun, başta donuk hâlde olduğunu; borcun canlanabilmesi için bir kambyo sözleşmesi yapılması gerektiğini savunmaktadır. Başka bir anlatımla alacak, kambyo sözleşmesiyle ileri sürülebilir duruma gelecektir.¹⁵

Kreasyon teorisi uyarınca senet tek taraflı irade beyanı ile meydana geldiğinden, tek taraflı hukukî işlemlere uygulanan esasların burada da uygulanması gere-

¹⁰ WEBER Klaus: Rechtswörterbuch, B.24, Münih 2022, s.1798.

¹¹ SÄCKER Franz Jürgen/RIXECKER Roland/OETKER Hartmut/LIMPERG Bettina: Münchener Kommentar zum BGB, B.9, Münih 2021, N.26-28.

¹² MARBURGER Peter: Staudingers Kommentar zum BGB - Vorbemerkungen zu §793-808, B.15, Berlin 2015, N.15.

¹³ WILHEMI Rüdiger: Erman BGB Kommentar: Vorbemerkung vor §793, B.17, Köln 2023, N.10.

¹⁴ KUNTZE Johannes Emil: Die Lehre von den Inhaberpapieren, Leipzig 1857, s.375.

¹⁵ ULMER Eugen: Das Recht der Wertpapiere, Stuttgart 1938, s.41.

kir. Bu kapsamda, öncelikle, senedin düzenleyenin rızası hilafına tedavüle çıkması borcun doğuma engel teşkil etmez.¹⁶ O hâlde senedi düzenleyen; fakat henüz tedavüle çıkarmayan kimseden senet çalınır, kaybolursa veya başka bir yolla üçüncü kişinin eline geçerse; düzenleyen, imzasıyla bağlı olacak ve borçtan sorumlu tutulacaktır. Zira borç senedin düzenlenmesiyle çoktan doğmuştur.¹⁷ Dolayısıyla düzenleyen kendisini borç altına sokmayı düşünmediği hâllerde dahi, borç mevcut olacaktır. Bu sebeple kreasyon teorisi öğretide eleştiri konusu olmuştur.

Bu noktada TTK'nın m.659/3 hükmünün incelenmesi gerekir. Anılan madde uyarınca, "*senedin, borçlunun rızası olmaksızın tedavüle çıkarıldığı yolunda bir def'i ileri sürülemez*".¹⁸ Söz konusu hüküm incelenecek olursa başta kanun koyucunun kreasyon teorisini benimsediği yönünde bir izlenim uyanıyor olsa da burada kanun koyucunun iradesinin kreasyon teorisini kabul etmek değil; iyiniyetli kimseyi korumak olarak yorumlanması gerekir.¹⁹ Bununla beraber, kanun koyucu emre yazılı senetler için böyle bir belirleme yapmamıştır. Emre yazılı senetlerde def'ilerin düzenlendiği TTK m.825 uyarınca senedin geçersizliğine ilişkin def'ilerin ileri sürülmesini mümkündür. Senedin düzenleyenin elinden rızası dışında tedavüle sokulması da bir geçersizlik def'i olduğundan,²⁰ senet rızası hilafına tedavüle konulan kimse bu def'iyi ileri sürebilecektir. Fakat önemle belirtmek gerekir ki, bu def'i sadece senet rızası hilafına elinden çıkan kişi tarafından ileri sürülebilir. Senette imzası bulunan diğer borçluların senedin geçersiz olduğuna yönelik bir def'i ileri sürmesi mümkün değildir. Zira imzaların bağımsızlığı ilkesi nedeniyle (TTK m.677) bu kimseler borçlu olmaya devam edecektir. O halde emre yazılı senetlerde kreasyon teorisinin uygulama alanı bulmadığının kabul edilmesi gerekir.

Kreasyon teorisi, senedin meydana getirilmesine ilişkin sakatlıkların, senedi batıl veya iptal edilebilir hâle getirmesi yönünden de problem yaratır. Örneğin ehliyetsiz kişinin veya yetkisiz temsilcinin düzenlediği senetten doğan borç, hiç meydana gelmemiş sayılacaktır.²¹ Aynı şekilde senedi düzenlerken söz konusu olan irade sakatlıkları, senedi iptal ettirilebilir hâle getirecektir. Çünkü senedin düzenlenmesi tek taraflı bir hukukî işlemdir ve burada iradeyi fesada uğratan bir hâl varsa, senedin her zaman iptal edilebilmesi mümkündür.²² Oysaki, yukarıda

¹⁶ ÖZDAMAR/GÖKTÜRK/CAN/KAŞAK, s.43.

¹⁷ POROY/TEKİNALP, s.61.

¹⁸ KENDİGELEN/KIRCA, s.80.

¹⁹ Alman Medeni Kanunu (BGB) m.794/1 benzer bir hüküm ihtiva etmekte "*Hâmiline yazılı senet çalınsa, kaybolursa veya irade dışında tedavüle sokulsa da düzenleyen bu senetten sorumlu olmaya devam eder*" yönünde bir düzenleme getirmektedir. SÄCKER/RIXECKER/OETKER/LIMPERG, N.29-31.

²⁰ Detaylı açıklamalar için bkz.: Bölüm 4.B.2.

²¹ ÖZTAN Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, B.24, Ankara 2022, s.24.

²² KINACIOĞLU, s.30.

değindiği üzere, TTK'da benimsenen imzaların bağımsızlığı ilkesi uyarınca, her ne kadar bu def'ilerin sadece ilgili kişi tarafından ileri sürebilmesi mümkün olsa da hem emre yazılı hem de hâmiline yazılı senetlerde, senette imzası bulunan diğer kimseler kambiyo borcundan sorumlu olmaya devam edecektir. Başka bir anlatımla, kreasyon teorisi uyarınca senedin iptal edilmesine neden olan sebepler, TTK'da benimsenen sistemle bağdaşmamaktadır.

B. Sözleşme (Akit) Teorisi (Vertragstheorie)

Sözleşme teorisine göre borcun düzenleyenin tek taraflı irade beyanıyla, yani senedin düzenlenmesiyle doğması mümkün değildir. Bu bir hazırlık hareketidir ve maddi fiil niteliğindedir.²³ Başka bir ifadeyle düzenleyenin senedi tanzim ederek gerçekleştirdiği tek taraflı işlemin henüz kendisini bağlaması mümkün değildir. Senedin, düzenleyen tarafından tedavüle çıkarılmadan bu irade beyanının tamamlandığını veya hukuken sonuç doğuracağını söylemek hatalı olacaktır.²⁴ Borcun meydana gelmesi için senedin tanziminin yanında bir tedavül sözleşmesinin (Begebungsvertrag) yapılması gerekir. Anılan sözleşme, senedin tedavüle çıkarılmasını konu alır ve zilyetliğin alacaklıya geçirilmesiyle tamamlanır.²⁵ Tedavül sözleşmesi, kanunda düzenlenmediğinden isimsiz sözleşmelerdendir.²⁶ Söz konusu sözleşme, senede bağlı borcun doğumu için şart olsa da senede mündemiç hak, tedavül sözleşmesinden bağımsızdır. Yani, senede dayanarak hak talep etmek isteyen kişi tedavül sözleşmesine değil; kambiyo sözleşmesine dayanacaktır. Tedavül sözleşmesinin işlevi, kambiyo borcunun içeriğini belirlemek değil; sadece bu borcu hayata geçirmektir.²⁷

Sözleşme teorisi, düzenleyenin senetten sorumlu olma yönündeki iradesinin tedavül sözleşmesi aracılığıyla nihâî olarak ortaya konulduğunu kabul eder. Burada senedin tedavüle çıkarılmasıyla senedin hukuk dünyasında sonuç doğurması amaçlanmaktadır.²⁸ Başka bir anlatımla düzenleyen, tanzim ettiği senedi borç altına girmek amacıyla lehtar verir; lehtar da bir hak iktisap etmek için söz konusu senedi devralır. Senedin devredilmesiyle düzenleyen yönünden bir borç, lehtar yönünden de bir alacak doğmuş olur.²⁹ Tedavül sözleşmesinin ifası için senedin alacaklıya teslimi gerekir. Başka bir ifadeyle senedin teslimi, tedavül sözleşme-

²³ KENDİGELEN/KIRCA, s.81.

²⁴ GURSKY Karl Heinz: Wertpapierrecht, B.3, Heidelberg 2007, s.18.

²⁵ KENDİGELEN/KIRCA, s.81; KINACIOĞLU, s.30; ÖZTAN, s.24; ÖZDAMAR/GÖKTÜRK/CAN/KARŞAK, s.39; POROY/TEKİNALP, s.61.

²⁶ ÖZTAN, s.25.

²⁷ HOPT Klaus/SEIBT Christoph: Schuldverschreibungsrecht, B.2, Köln 2022, s.56.

²⁸ MARBURGER, §793, N.14.

²⁹ KINACIOĞLU, s.30.

sinin kurulması için aranan bir şart değil; ifa içindir.³⁰ Ancak unutmamak gerekir ki, senede mündemiç hakkın devredilmesi ve ileri sürülmesi için zilyetliğin devri gerektiğinden (TTK m.645), her ne kadar tedavül sözleşmesinin geçerliliği için olmasa da senede dayanarak hak talep edebilmek için zilyetliğin devri şarttır.³¹

Bu anlatılanlar ışığında tedavül sözleşmesinin iki yönü olduğu söylenebilir. Öncelikle tedavül sözleşmesi, senedin alacaklısı ile borçlusu arasındaki anlaşmayı göstererek senede bağlı hakkın doğumuna neden olur. Bu açıdan tedavül sözleşmesi borçlar hukuku bakımından borçlandırıcı sözleşmedir.³² Öte yandan tedavül sözleşmesiyle senetten doğan hak, alacaklıya devredilmiş olur ve alacaklı tasarruf yetkisini haiz olur.³³

Bu noktada tedavül sözleşmesinin hukukî mahiyetinin tespit edilmesinde, başka bir ifade ile borçlandırıcı sözleşme mi yoksa tasarruf sözleşmesi mi olduğunun belirlenmesinde fayda vardır. Bilindiği üzere borçlandırıcı sözleşmeler, taraflar arasında bir borç ilişkisi kuran; dolayısıyla bir borç ve alacak meydana getiren sözleşmelerdir. Tasarruf sözleşmeleri ise taraflardan birinin, diğer taraf yararına bir hakkı veya hukukî ilişkiyi devrettiği, değiştirdiği, kısıtladığı veya ortadan kaldırdığı sözleşmelerdir.³⁴ Tedavül sözleşmesi bir borç meydana getirdiği için borçlandırıcı sözleşmedir. Fakat tedavül sözleşmesinin kimi hâllerde borçlandırıcı işlemin yanı sıra tasarruf işlemini de ihtiva etmesi mümkündür. Zira senedin lehtara teslim edilmesiyle hem senetten doğan hak tesis edilir hem de lehtar alacaklı sıfatını iktisap ederek senet üzerinde tasarrufta bulunma yetkisini haiz olur.³⁵ Ayrıca TTK m.647 uyarınca mülkiyet veya sınırlı bir aynı hak kurulması amacıyla kıymetli evrakın devri için her hâlde senet üzerindeki zilyetliğin devri şarttır. O hâlde lehtarın alacaklı sıfatını iktisap edebilmesi için kendisine senedin zilyetliğinin geçirilmesi zorunludur.³⁶ Ancak tedavül sözleşmesinin her koşulda tasarruf işlemini içerdiğini söylemek hatalı olacaktır. Örneğin senedin muhatap tarafından kabulü hâlinde, senede bağlı olarak doğan bir borç olsa da burada bir tasarruf işlemi yoktur. Bu kapsamda hâmil tarafından kabule arz edilen poliçe, mülkiyetin devri yoluyla muhataba verilmeyecektir. Buna ek olarak poliçenin kabulüyle senetten doğan hakkın devri de söz konusu olmamaktadır. Kabul şerhinin düşülerek senedin hâmile geri verilmesi durumunda, hâmil lehine

³⁰ ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.97.

³¹ MARBURGER, §793, N.15.

³² Borçlandırıcı sözleşmeler hakkında detaylı açıklamalar için bkz.: EREN Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.26, Ankara 2021, 218 vd.

³³ HOPT/SEIBT, s.56.

³⁴ EREN, 218.

³⁵ KINACIOĞLU, s.31.

³⁶ ÖZTAN, s.26.

bir hak tesis edilmiş sayılmaz.³⁷ Buna ilaveten aval verildiği, araya girme suretiyle poliçenin kabul edildiği ve garanti cirosu yapıldığı hâllerde de tedavül sözleşmesinin sadece borçlandırıcı sözleşme niteliğini haiz olduğunu söylemek gerekir.³⁸

Sözleşme teorisini savunanlar, tedavül sözleşmesinde icap ve kabulün nasıl olduğu ve kimin lehine sözleşme yapıldığı meseleleri üzerinde durmuştur. Doktrindeki ağırlıklı görüş, senedi düzenleyen icapta bulunduğunu savunur.³⁹ Bu kapsamda düzenleyen senedi düzenlemesi bir icap niteliğindedir. Bilahare kıymetli evrakın zilyetliğinin geçirilmesiyle sözleşme kurulmuş olur.⁴⁰ *Poroy/Tekinalp*'e göre senet metni, gelecekteki tüm hâmillere karşı yapılan bir icap niteliğindedir ve senedin kabulü ile hâmil ile devreden arasında tedavül sözleşmesi akdedilmiş olacaktır.⁴¹ Bu sözleşme, üçüncü kişi yararına sözleşme mahiyetindedir.⁴² Sözleşme, vade geldiğinde hak sahibi olacak olan hâmil lehine akdedilmiş sayılır. Adi senette borçlu, alacaklıya bir taahhütte bulunurken senedin devredileceğini düşünerek hareket etmez. Ancak emre ve hâmile yazılı senetlerde borçlu, sadece kendi alacaklısına karşı değil, gelecekte senetten hak iktisap edecek olanlara karşı da taahhütte bulunduğunun bilinci ile hareket eder. Bu durumda senetten doğan alacak hakkı, senedi iktisap eden kişiye ait olacaktır.⁴³ Diğer taraftan, öğretide bir görüş, sözleşmenin senede ilk imzayı koyan ile belirli olmayan muhatap grubu arasında yapıldığını savunur. Bu bağlamda burada 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun⁴⁴ 9'uncu maddesinde düzenlenen, ilan yoluyla vaatte bulunmada olduğu gibi belirli olmayan muhatap grubuna ödeme yapma yükümlülüğünün söz konusu olduğu ileri sürülmektedir.⁴⁵

Sözleşme teorisi, özel hukukta geçerli olan ve Alman hukukunda açıkça düzenlenen *geçerli sözleşme ilkesine* uygundur.⁴⁶ Şöyle ki, Alman Medeni Kanunu (BGB) m.311 uyarınca "*kanun aksini öngörmedikçe, bir hukukî işlemle borç ilişkisinin kurulması veya borç ilişkisinin içeriğinin değiştirilmesi için, ilgili kişiler arasında bir sözleşmenin varlığı aranır*". Türk hukukunda da bu ilkenin kısmen uygulandığı söylenebilir. Zira Türk borçlar hukukunda da tek taraflı hukukî iş-

³⁷ KINACIOĞLU, 31.

³⁸ KIRCA/KENDİGELEN, s.82 vd.

³⁹ KENDİGELEN/KIRCA, s.81. Benzer şekilde: POROY/TEKİNALP, s.66.

⁴⁰ KENDİGELEN/KIRCA, s.81.

⁴¹ POROY/TEKİNALP, 66.

⁴² Üçüncü kişi yararına sözleşme, TBK m.129'da düzenlenir. Anılan hüküm uyarınca kendi adına sözleşme yapan kişinin, edimin üçüncü kişiye ifa edilmesini istemesi mümkündür. Üçüncü kişi yararına sözleşmeler hakkında detaylı açıklamalar için bkz.: EREN, s.1292 vd.

⁴³ POROY/TEKİNALP, s 62.

⁴⁴ Türk Borçlar Kanunu, T.C. Resmî Gazete, sayı: 27836, 04.02.2011.

⁴⁵ HIRSCH Ernst: Ticaret Hukuku Dersleri, B.3, İstanbul 1948, s.484.

⁴⁶ MARBURGER, N.19.

lemle borç altına girmek istisnadır; borcun kaynağı esas olarak sözleşme, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmedir. O hâlde, kambiyo borcunun da düzenleyen ve lehtar arasındaki bir sözleşmeden doğmasının, bu ilke ile bağdaştığı görülecektir.

Tedavül sözleşmesinin varlığına ilişkin bazı pozitif hükümler de bulunmaktadır. Örneğin poliçenin kabulünde kabul işlemi, kabulün poliçeye yazılmasıyla değil; senedin kabule ibraz edene teslimiyle hüküm ifade eder. Zira TTK m.699 uyarınca muhatap, poliçe üzerindeki kabul şerhini poliçeyi geri vermeden çizerse, kabulden vazgeçilmiş sayılır ve kabul işlemi yapılmamış sayılır. Bu madde uyarınca kabulün muhatabın imzasıyla değil, poliçenin teslimiyle gerçekleştiği kabul edilmelidir. Buna ek olarak avalde de aval şerhi senedin imzalanmasıyla değil, senedin lehine aval veren kişiye teslim edilmesiyle hüküm doğurur.⁴⁷

Sözleşme teorisinin sadece senedin tedavüle çıkarılması aşamasında değil, ileriki aşamalarda da uygulanacağını savunan bir görüş bulunmaktadır.⁴⁸ Bu görüş uyarınca senet üzerinde yapılan her bir işlem için ayrıca tedavül sözleşmesinin yapılması gerekir.⁴⁹ Başka bir anlatımla, kambiyo senedine dahil olan her bir tarafın (düzenleyen, muhatap, ciranta vs.), senetten doğan borcu iktisap edebilmesi için bir tedavül sözleşmesine ihtiyaç vardır.⁵⁰ Doktrindeki diğer bir görüş ise senet düzenlenip tedavüle çıkarıldıktan sonra artık tedavül sözleşmesine gerek olmadığını savunur; zira senedin tedavüle çıkarılmasıyla alacak zaten doğmuştur.⁵¹ Ülgen'e göre borç tanınması niteliğindeki kambiyo taahhütleri söz konusu olduğunda, tedavül sözleşmesinin yapılması şarttır. Bu bağlamda bononun düzenlenmesi, poliçenin kabulü veya aval gibi işlemlerde tedavül sözleşmesinin yapılması borcun doğumu için zorunludur. Ancak bunun dışındaki işlemlerde tedavül sözleşmesi gerekli değildir. Örneğin ciroda alacağın doğumundan ziyade alacağın devri söz konusu olduğundan, burada tedavül sözleşmesine gerek olmaz.⁵²

Sözleşme teorisinde sorun teşkil eden bir husus, tedavül sözleşmesinin yapılmamış olduğu veya geçersiz olduğu hâllerde borcun hiç doğmamış sayılmasıdır. Örneğin, senedin düzenleyenin rızası hilafına elinden çıktığı hallerde borç hiç doğmayacaktır. Bu durumda senedi sonradan iktisap edenlerin de korunması ve senede dayalı olarak hak talep etmesi mümkün değildir.⁵³ O hâlde, kreasyon teorisinin aksine, sözleşme teorisinde senedin düzenleyenin rızası hilafına elden

⁴⁷ POROY/TEKİNALP, s.67.

⁴⁸ KENDİGELEN/KIRCA, s.81.

⁴⁹ JOOTZ Detlev/STROHN Lutz: Handelsgesetzbuch §793, B.4, Münih 2020, N.9.

⁵⁰ JOOTZ/STROHN, N.9.

⁵¹ POROY/TEKİNALP, 66.

⁵² ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.96.

⁵³ MARBURGER Peter: Staudingers Kommentar zum BGB - Vorbemerkungen zu §793, B.15, Berlin 2015, N.16.

çıkacağı hâllerde borcun doğması mümkün olmaz; çünkü bu durumda tedavül sözleşmesi bulunmamaktadır.⁵⁴ Diğer taraftan sözleşme teorisi uyarınca kaybolmuş veya elden rıza dışında çıkmış senedi iyiniyetle iktisap eden üçüncü kişilerin iyiniyetinin korunması da mümkün değildir. Çünkü burada geçerli bir tedavül sözleşmesi yoktur. Bu durum iyiniyetli hâmler açısından büyük bir sorun teşkil edeceği gibi, senedin tedavül yeteneğini de kısıtlamaktadır.⁵⁵

Sözleşme teorisi, kreasyon teorisinde öne sürülen, senedin alacaklıya teslim edilmedikçe hüküm doğurmayacağı veya senetten doğan hakların donuk kalacağı yönündeki sapmaları hukukî temele oturtur niteliktedir.⁵⁶ Fakat sözleşme teorisi de çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır. Zira düzenleyen ve lehtar arasındaki sözleşmenin herhangi bir nedenden batıl olması durumunda, iyiniyetli üçüncü kişilerin senede dayanarak hak iktisap etmesi mümkün olmaz. Örneğin düzenleyen ehliyetsiz olması durumunda, tedavül sözleşmesi olmadığından, kambyo borcu hiç doğmamış sayılacaktır. Bu sebeple söz konusu ilkenin katı bir şekilde uygulanması durumunda, işlem güvenliği ilkesi zedelenebilmektedir. Şöyle ki, tedavül sözleşmesinin geçersiz olmasından bahisle senedin iptal edilebilecek olması, kamuda bir güvensizlik yaratır. Bunun sonucunda senedin tedavül yeteneği zedelenir.⁵⁷ Bu sebeple öğretilerde yazarlar, sözleşme teorisini hukukî görünüşe itimat teorisi ile tamamlama ihtiyacı duymuştur.⁵⁸

C. Hukukî Görünüşe İtimat Teorisi (Rechtsscheintheorie)

Gerek kreasyon teorisinin gerekse de sözleşme teorisinin birtakım sakatlıklara rağmen tedavüle çıkan kambyo senedinin üçüncü kişiler tarafından iktisap edilmesi durumunda, bu kimselerin senetten doğan hakkı iktisap edip edemeyeceği hususunu açıklamakta yetersiz kaldığı görülecektir. Bu sebeple bu iki teorinin eksiklerini tamamlamak adına hukukî görünüşe itimat teorisi ortaya atılmıştır ve Türk hukukunda da ağırlıklı olarak bu teori benimsenmektedir.⁵⁹ Anılan teori bir yandan rızası bozulan düzenleyeni; diğer bir taraftan ise iyiniyetli müktesipleri korur ve bu ikisi arasında adil bir denge kurar. Ayrıca bu teori ile senedin dolaşımı da güvence altına alınmış olur.⁶⁰ Hukukî görünüşe itimat teorisinde iyiniyetli kimsenin gerçekleştirdiği hukukî işlemin güvenliğinin sağlanması

⁵⁴ ÖZDAMAR/GÖKTÜRK/CAN/KAŞAK, s.44.

⁵⁵ YILMAZ Lerzan: Kambyo Senetlerinde Defiler, B.1, İstanbul 2007, s.49.

⁵⁶ POROY/TEKİNALP, s.61.

⁵⁷ ÖZTAN, s.26.

⁵⁸ KINACIOĞLU, s.31; ÖZDAMAR/GÖKTÜRK/CAN/KAŞAK, s.44. Benzer şekilde: KENDİGELEN/KIRCA, s.84; ÖZTAN, s.26.

⁵⁹ ÖZDAMAR/GÖKTÜRK/CAN/KAŞAK, s.44. Benzer şekilde: KENDİGELEN/KIRCA, s.84; ÖZTAN, s.26, KINACIOĞLU, s.32.

⁶⁰ POROY/TEKİNALP, s.63.

amaçlanmaktadır. Söz konusu teori, senedi düzenleyenin, senedin iradesi dışında tedavüle sokulması riskini bilinçli olarak üstlendiği fikrinden hareket eder.⁶¹

Hukukî görünüş sorumluluğu, hukukî işlemlerde hukukî görünüme neden olan kimsenin, belirli koşullar altında, sözleşmenin karşı tarafını korumak amacıyla yarattığı hukukî görünüm doğruymuş gibi muamele görmesidir.⁶² Hukukî görünüme itimat teorisinde senedin düzenlenmesi, sadece tedavül sözleşmesinin akdedilmesine yönelik bir icap değildir. Bunun ötesinde senedin düzenlenmesi, senedi devralanın güvenebileceği bir yasal yükümlülüğün yasal görünümünü yaratmaktadır.⁶³ Bu teori ile senedin düzenlenmesiyle veya tedavüle çıkarılmasıyla yaratılan hukukî görünüm, senede karşı def'i dermeyeran edilmesi imkânını sınırlamaktadır.⁶⁴

Hukukî görünüşe itimat teorisinin çıkış noktası düzenleyenin senede imzasını koymasıyla, gerçekte öyle olmasa dahi, kambiyo senedine bağlı hakkın hukuka uygun bir şekilde doğduğu yönünde bir görünüş yaratmasıdır. Düzenleyenin senedi imzalaması, hakkın hukuka uygun bir şekilde meydana geldiğine yönelik görünüşün yaratılması için yeterlidir. Bu noktada üçüncü kişilerin bu görünüşe olan güvenlerinin, kıymetli evrakın tedavül yeteneğini arttırmak ve alışveriş güvenliğini sağlamak adına korunması gerekir.⁶⁵ Nitekim, emre ve hâmile yazılı kıymetli evrakın meydana getirilmesinin amacı senedi devralanın, senedin ödeneceğine yönelik güveninin korunmasıdır. Bu güvenin sağlanabilmesi adına ciro zincirindeki diğer kişilerin sakatlıklarından doğan def'ilerin, hâmile dermeyeran edememesi gerekir.⁶⁶ Bu sebeptendir ki kanun koyucu şahsi def'ilerin ancak istisnai hâllerde, alacaklının bilerek borçlunun zararına hareket ettiği hâllerde, hâmile karşı ileri sürülebilmesine imkân tanımıştır (TTK m.659/2, m.825/2).

Hukukî görünüşe itimat teorisi esas olarak sözleşme teorisi ile birleştirilmiş bir teoridir. Bu kapsamda senedin düzenlenmesi ve bir tedavül sözleşmesi yapılması zaruridir. Buna karşılık bu teori ile düzenleyenin, senedi tanzim ederek yarattığı hukukî görünümünden, geçerli tedavül sözleşmesi olmasa da sorumlu olmasını mümkün hale getirmektedir Şöyle ki iyiniyetli sonraki hâmillere, artık borcun doğumuna yönelik aksaklıklara rağmen, senede dayanarak hak elde edebilecektir.⁶⁷

⁶¹ CANARIS Claus Wilhelm: Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, Münih 1971, s.236.

⁶² KNEISEL Katharina: Rechtsscheinhaltung im BGB und HGB, Juristische Arbeitsblätter, S: 337, s.339-341, s.339.

⁶³ SÄCKER Franz Jürgen/RIXECKER Roland/OETKER Hartmut/LIMPERG Bettina: Münchener Kommentar zum BGB, B.9, Münih 2021, N.29-31.

⁶⁴ GUHL Theo: Das schweizerische Obligationenrecht, B.9, Zürich 2000, s.908.

⁶⁵ KENDİGELEN/KIRCA, s.84.

⁶⁶ POROY/TEKİNALP, 63.

⁶⁷ ULMER Eugen: Einwendungsausschluß im Einheitlichen Wechselgesetz, Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, N.236.

Senet, düzenleyenin rızası hilafına elden çıkmışsa, senedi ilk olarak devralan kimsenin hak iktisap etmesi mümkün değildir. Zira burada korunmaya değer bir güven yoktur. Bu durumda düzenleyen, def'ini ilk hâmile karşı doğrudan ileri sürebilecektir.⁶⁸ Fakat senedi ilk devralan sonrasında senedi başkasına ciro ederse; düzenleyen, hukukî görünüşe itimat teorisi uyarınca senetten sorumlu olacaktır. Çünkü düzenleyen, söz konusu senedi düzenlemek suretiyle bir görünüm yaratmıştır ve düzenleyenin senedin rızası hilafına tedavüle çıkarılabileceği ihtimalini gözetmesi gerekir. Eğer düzenleyen bu tehlikeye rağmen, sonuçlarının farkında olarak, kambiyo senedini düzenlemişse bunun neden olacağı tehlikelere de katlanmak zorundadır.⁶⁹ Ancak dikkat edilmelidir ki burada düzenleyenin sorumlu olmasına neden olan, senedi tanzim etme fiili değil; senedin tanzim edilmesiy-le birlikte sebebiyet verdiği hukukî görünümdür. Ayrıca burada sonuç bağlanan hukukî görünüş, senedi devreden kişinin senedin maliki olduğuna ilişkin değil, düzenleyenin hukuk dünyasında geçerli bir borç yarattığına ilişkin görünüştür.⁷⁰

İyiniyetli üçüncü kişilerin senedi elinde bulunduran kişilerin gerçekten hak sahibi olup olmadığını bilme ve bunu tahkik etme imkânı bulunmamaktadır. Bu kimsenin her zaman def'ie maruz kalabilecek olması kamuda tereddüt uyarıcıdır gibi, senedin tedavül yeteneğini de kısıtlamaktadır. Bu sebeple görünüşe itimat teorisi, düzenleyenin yarattığı görünüme itimat ederek senedi iktisap eden iyiniyetli üçüncü kişilerin iktisaplarının korunması sağlar.⁷¹ Fakat bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, üçüncü kişinin korunmaya değer menfaatinden bahsedebilmek için bu kimsenin senedi muntazam bir ciro zinciriyle iktisap etmiş olması gerekir.⁷² Başka bir anlatımla ciro zincirinde kopukluk varsa, senedi devralan kişinin korunması mümkün olmayacaktır. “*Senetten doğan borç*” başlıklı TTK m.646 hükmünde borçlunun “*senedin niteliğine göre alacaklı olduğu anlaşılan kişiye ödemedede bulunmakla*” borcundan kurtulacağı düzenlenmektedir. O hâlde kanun koyucu senedi devralan borçluya, senetteki ciro silsilesinin muntazam olup olmadığını kontrol etme külfeti yüklemiştir ve ciro zincirinde kopukluk bulunmasına rağmen ödemedede bulunan borçlunun senet bedelini tekrar ödemek zorunda kalabileceğini düzenlemiştir. Bu sebeple, kanaatimizce, senedi kopuk ciro zincirine rağmen devralan kimsenin hukuken korunacak menfaatinin bulunmamasından bahisle, senede dayanarak hak iktisap edememesi gerekir.

⁶⁸ DRESCHER Ingo/FLEISCHER Holger/SCHMIDT Karsten: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, B.4, Münih 2019, N.236.

⁶⁹ ÖZTAN, s.27.

⁷⁰ FIKENTSCHEER Wolfgang/HEINEMANN Andreas: Schuldrecht: Der Besondere Teil des Schuldrechts, B.12, Berlin 2022, N.1385.

⁷¹ KINACIOĞLU, s.32.

⁷² YILMAZ, s.51.

Buna ek olarak, görünüşe güvenerek hak iktisap eden kişilerin söz konusu olduğu her durumda, yaratılan yanlış hukukî görünüşten düzenleyen sorumlu olmayabilir. Bir kimsenin yaratılan hukukî görünüşten sorumlu olması için, yaratılan hukukî görünüşün o kimseye isnat edilebilir olması gerekir. O hâlde, alacaklıya def'i dermeyan edememesi için, düzenleyenin kendisine isnat edilebilir şekilde yarattığı ve boşa çıkardığı haklı bir güvenin varlığı lazımdır.⁷³ Bu kapsamda düzenleyenin ehliyetsiz olması, senedin yetkisiz temsilci tarafından imzalanması veya imzanın mutlak cebirle (vis absoluta) atırılması halinde düzenleyene isnat edilebilir bir davranış olmadığından; düzenleyen senetten sorumlu tutulmaz ve bu def'iyi sonraki hâmillere dahi ileri sürebilir. Ancak bu durumda, sözleşme teorisinde olduğu gibi, borcun hiç doğmamış olmasından bahisle senedin geçersizliğini ileri sürmek mümkün olmayacaktır.⁷⁴ Başka bir ifadeyle böylesine bir durum söz konusu olduğunda bu def'i sadece ilgili kişi tarafından ileri sürülebilecektir.

Hukukî görünüşe itimat teorisi, İsviçre Federal Mahkemesi (BGE) kararlarında uygulanan bir teoridir. İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB) 2'nci maddesinde herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüst ve iyiniyetli olmakla yükümlü olduğu düzenlenmektedir. Bu bağlamda hukukî görünüşten sorumlu olmaya neden olan hukukî illiyet bağı da ZGB m.2'den kaynaklanmaktadır; çünkü anılan madde uyarınca hakkını kullanan kimselerin koruma ve bilgilendirme yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir.⁷⁵ Bu özel illiyet bağının ortaya çıkması için borçlunun, iradi ve normatif olarak kendisine atfedilebilir bir davranışının bulunması gerekir. Ayrıca korunmaya değer menfaatten bahsedebilmek için de borçlunun, zarar görende somut ve kesin beklentiler uyandırmaya elverişli davranışı bulunmalıdır. Bu durumda borçlu, güvenin boşa çıkmasından doğan zararlardan sorumlu tutulabilecektir. Başka bir ifadeyle düzenleyen, yarattığı hukukî görünümünden sorumlu tutulabilecektir ve bu husus Medeni Kanun'un 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralından kaynaklanmaktadır.⁷⁶

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi bir kararında "*Bilindiği gibi, ticari senedin oluşmasının aşamaları; temel borç ilişkisi- temel alacak- kambiyo sözleşmesi ve aynı sözleşmedir. Yanların kambiyo ilişkisi kurma konusunda iradelerinin birleşmesi niteliğinde kambiyo sözleşmesi olmamasını izleyen ve zilyetliğin devrini de içeren aynı sözleşme bulunmaksızın kambiyo ilişkisinin varlığından söz edilemez*" ifadesini kullanmıştır.⁷⁷ Bu karar ışığında Yüksek Mahkeme'nin "*kambiyo sözleşmesi*" ile

⁷³ KENDİGELEN/KIRCA, s.84.

⁷⁴ CANARIS, 243.

⁷⁵ BGE 120 II 331.

⁷⁶ BGE 128 III, 327 2.2.

⁷⁷ Yargıtay 11.H.D. E.628/1981 K.1456/1981 T.02.04.1981. Aktaran: POROY/TEKİNALP, s.68 vd.

“aynî sözleşme”yi ayrı sözleşmeler olarak nitelendirerek; aynî sözleşmeyi “yanların kambiyo ilişkisi kurma konusunda iradelerinin birleşmesi niteliğinde” tanımladığı görülmektedir.⁷⁸ O hâlde Yargıtay’ın da hakkın doğumu için bir tedavül sözleşmesinin (aynî sözleşmenin) varlığını aradığı sonucuna ulaşılabilecektir. Bunun ötesinde Yargıtay, hukukî görünüme itimat teorisine değinerek yaratılan hukukî görünüme güvenerek senedi iktisap eden kimsenin iyiniyetinin korunacağı yönünde kararlar vermektedir.⁷⁹ Yargıtay bir kararında “Kambiyo senetlerinin içerdiği hakkın doğumu konusundaki baskın görüş sözleşme teorisi ile açıklanmakta bu da güven ilkesi ile desteklenmektedir. Bu teoriye göre kambiyo senedinin düzenlenmesi ile içerdiği hak derhal vücut bulmaz, borcun doğumu için ayrıca senedin borç altına girmek kastıyla lehbara da verilmesi yani teslimine dair bir de aynî sözleşmenin mevcudiyeti gerekir” ifadelerini kullanarak sözleşme teorisi ile birleştirilen hukukî görüşe itimat teorisinin uygulanması gerektiğine hükmetmiştir.⁸⁰

III. Hukukî Görüşüne İtimat Teorisinin Def’i Sistemine Etkisi

Hâmiline ve emre yazılı senetlerde düzenleyen, senedi gelecekte iktisap eden her hâmile karşı senetten dolayı sorumlu olmayı taahhüt etmektedir. Senedi iktisap eden her hâmil de senetteki bedelin kendisine ödeneceğine güvenir. Bu bağlamda hâmile karşı dermeyan edilebilecek def’ilerin sınırlandırılması, senedin tedavül yeteneğinin arttırılması için oldukça önemlidir.⁸¹ Kanun koyucu da bu bilinçle emre ve hâmiline yazılı senetlerde borçlunun ileri sürebileceği def’ileri sınırlamıştır (TTK m.659, m.825).

Kıymetli evrak borçlusunun, kendisine karşı talepte bulunan alacaklıya karşı yöneltebileceği birtakım savunma araçları bulunmaktadır. Hukuk öğretisinde bu savunma araçları “itiraz” (Einwendung) ve “def’i” (Einrede) olarak ikiye ayrılır. İtiraz, talebin esas veya şekle ilişkin sebeplerle, tamamen veya kısmen reddidir. Başka bir anlatımla itiraz ile talep edilen hakkın varlığı reddedilmektedir.⁸² Def’i ise alacaklının yönelttiği talep sonucunda borçlunun, talebin varlığını kabul etmekle beraber, bunu yerine getirmekten kaçınma hakkı olduğu yönündeki savunmasıdır.⁸³ Kıymetli evrakta def’ilere ilişkin ilgili maddelerde (TTK m.659,

⁷⁸ POROY/TEKİNALP, s.69.

⁷⁹ Yargıtay 11.H.D. E.2020/2538, K.2020/4635, T.02.11.2020. Benzer şekilde: Yargıtay HGK E.2017/1627, K.2018/1187, T.: 13.06.2018.

⁸⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E.2017/19-1627, K.2018/1187, T.13.06.2018.

⁸¹ WILHEMI, §796, N.1.

⁸² DOMANIÇ Hayri: Kıymetli Evrak Hukuku, B.2, İstanbul 1975, s.111; İMREGÜN Oğuz: Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 1998, s.20; KINACIOĞLU, s.160; POROY/TEKİNALP, s.72; ÖZDAMAR/GÖKTÜRK/CAN/KAŞAK, s.53; KENDİGELEN/KIRCA, s.88.

⁸³ İMREGÜN, s.20; KINACIOĞLU, s.160; POROY/TEKİNALP, s.72; ÖZDAMAR/GÖKTÜRK/CAN/KAŞAK, s.53; KENDİGELEN/KIRCA, s.88.

687, 825) def'i kavramının geniş anlamda, itirazları da kapsayacak şekilde, kullanıldığı görülmektedir.⁸⁴

Kanun koyucu, emre ve hâmiline yazılı senetlerde ileri sürülebilecek def'ileri saymakla beraber, bu def'ilerin neler olduğunu ve kimlere karşı ileri sürülebileceğini düzenlememiştir. Kıymetli evrakta def'iler, öğretilde çeşitli tasniflere tâbi tutulmaktadır. Bu bağlamda bazı müellifler def'ileri etkilerine göre sınıflandırarak mutlak def'i ve nisbî def'i olmak üzere iki başlık altında incelemektedir. Mutlak def'iler, borçlunun senetten doğan bir taleple ilgili olarak kendisine başvuran herkese karşı ileri sürebileceği; nisbî def'iler ise sadece belirli kişilere karşı ileri sürebileceği def'ilerdir.⁸⁵ Diğer taraftan def'ileri senetlerin devir şekline göre nama, emre ve hâmiline yazılı senetlerde def'iler olmak üzere ayrı başlıklar altında inceleyen yazarlar da bulunmaktadır.⁸⁶ Nama yazılı senetlerde senedin devri, devir beyanı ve zilyetliğin devri ile gerçekleştiğinden (TTK m.647/2) alacağın temlikine ilişkin hükümlerin burada da uygulanması gerekir. TBK m.188 uyarınca borçlu, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilir. O hâlde nama yazılı senetlerde def'iler bir özellik arz etmeyecek; borçlu ilgili def'iyi herkese karşı ileri sürebilecektir.⁸⁷ Diğer taraftan kanun koyucu hâmiline ve emre yazılı senetlerde def'ileri TTK'da ayrıca düzenlemektedir. Bu bağlamda hâmiline yazılı senetlerde def'iler TTK m.659'da, emre yazılı senetlerde def'iler ise TTK m.825'te hükme bağlanmaktadır. Kanun koyucu iki senet türünde de def'ileri "*senedin geçersizliğine ilişkin veya senet metninden anlaşılan def'ilerle alacaklı kim ise ona karşı, şahsen haiz bulunduğu def'iler*" olarak belirlemiştir. Nihayet, bu iki hüküm çerçevesinde, doktrinde def'ileri senet metninden anlaşılan def'iler, senetteki taahhüdün geçersizliğine ilişkin def'iler ve şahsi def'iler şeklinde tasnif eden yazarlar bulunmaktadır.⁸⁸ Biz de açıklamalarımızı bu tasnife göre yapacağız.

Def'ilerin nasıl bir tasnife tâbi tutulduğu esas olarak bu def'ilerin etkisinin belirlenmesinde önemli bir rol oynar. Zira müellifler, def'ilerden hangilerinin nisbî etkili hangilerinin mutlak etkili olduğunu yaptıkları sınıflandırma ile bağlantılı olarak açıklamaktadır. Kanaatimizce, def'ilerin kime karşı ileri sürülebileceğinin tespitinde hukukî görünüşe itimat teorisi belirleyicidir. Ancak, bu nok-

⁸⁴ YILMAZ, s.81. Benzer şekilde: KENDİGELEN/KIRCA, s.88; ÖZDAMAR/GÖKTÜRK/CAN/KAŞAK, s.61; DOMANIÇ, s.112; KINACIOĞLU, s.197; POROY/TEKİNALP, s.72.

⁸⁵ ÇAMOĞLU Ersin: Kıymetli Evrak Hukukunun Temel İlkeleri, B.1, İstanbul 2020, s.25 (ÇAMOĞLU, Kıymetli Evrak Hukuku).

⁸⁶ KENDİGELEN/KIRCA, s.91. Benzer şekilde: ÖZDAMAR/GÖKTÜRK/CAN/KAŞAK, s.62; YILMAZ, s.91; SÖNMEZ Numan Sabit: Kambiyo Senetlerinde Şahsi Def'iler, B.1, İstanbul 2019, s.43.

⁸⁷ ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.66.

⁸⁸ PULAŞLI, s.72; Benzer şekilde: DOMANIÇ, s.114.

tada vurgulamak gerekir ki, bu teori, her ne kadar def'i sistemini anlama hususunda önemli bir rol oynasa da somut olayda üçüncü kişiye def'i dermeyan edip edemeyeceği nihai olarak Kanunun getirdiği kurallar uyarınca belirlenecektir.⁸⁹ Kimi hallerde, kanun koyucu açıkça ilgili def'inin kimlere karşı ileri sürülebileceğini düzenlemiştir. Böylesine bir durum söz konusu olduğunda hukukî görünüşe itimat teorisi uygulama alanı bulmadan, doğrudan kanun hükmü uygulanacaktır. Örneğin, ehliyetsizlik, yetkisiz temsil ve senet metninde değişiklik def'ileri, Kanun'da ayrıca düzenlenen def'ilerdir. Bu def'ilerin kime ileri sürüleceği hususunda ilgili Kanun hükmünün dikkate alınması gerekir. Buna karşılık Kanunda düzenlenmeyen def'iler söz konusu olduğunda, bu def'ilerin kime karşı ileri sürüleceği hususunda bir boşluk söz konusudur. Bu durumda hukukî görünüşe itimat teorisine başvurulabilecektir.

A. Senetten Anlaşılan Def'iler

Senetten anlaşılan def'i ile kastedilen, senedin ön ve arka yüzü ile alonjdan anlaşılan def'ilerdir. Bu bağlamda senette bulunması gereken bir kaydın bulunmaması ya da bulunmaması gereken bir kaydın bulunması durumunda senetten anlaşılan def'i söz konusu olacaktır.⁹⁰ Senedi iktisap eden herkesin ilgili kayıtları görmesi mümkün olduğundan, bu def'iler herkese karşı ileri sürülebilir. Aynı şekilde senetten anlaşılan def'ilerin kural olarak herkes tarafından ileri sürülmesi de mümkündür. Ancak, kimi hâllerde bu def'iyi sadece senet metnine kayıt koyan ilgili kişi ileri sürebilecektir. Örneğin TTK m.685 uyarınca koyulan sorumsuzluk kaydı, sadece bu kaydı koyan cirantalar tarafından herkese karşı ileri sürülür.⁹¹

Senet metninden anlaşılacak def'ilerden ilki şekil şartlarına aykırılık def'idir. Örneğin, bilindiği üzere, kambiyo senetleri sıkı şekil şartlarına tâbi senetlerdir ve Kanunda belirlenen zorunlu unsurların eksikliği, senedin kambiyo senedi vasfını yitirmesine neden olmaktadır. Kambiyo senetlerinin Kanunun öngördüğü zorunlu unsurları taşımaması, yasak kayıtları içermesi veya Kanunun izin verdiği vade türleri dışında bir vade belirlenmesi bu def'iyे örnek olarak gösterilebilecektir.⁹² Buna ek olarak senedin meşru hâmil olmayan biri tarafından ibraz edilmesi de senet metninden anlaşılan def'ilerdendir. Şöyle ki, hâmilin meşru hâmil olup olmadığı ciro zincirine bakılarak tespit edilecektir. Bu bağlamda ciro silsilesinde kopukluk söz konusuysa bu durum senet metninden anlaşılabilir.

⁸⁹ GUHL, s.908.

⁹⁰ ÖZDAMAR/GÖKTÜRK/CAN/KAŞAK, s.64; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.72; PULAŞLI, s.73; KENDİGELEN/KIRÇA, s.94; ÖZTAN, s.113.

⁹¹ ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.72.

⁹² YILMAZ, s.110.

labilecektir. Ayrıca senede yazılan kayıtların da borçluya def'i hakkı sağlaması mümkündür. Mesela, cirantanın kabul etmemeden veya ödememeden sorumlu olmayacağına ilişkin kayıt, senet metninden anlaşılan def'ilerdendir.⁹³ Son olarak Kanunda belirlenen sürelerle uyulmaması ve bu sebeple müracaat hakkının kaybedilmesi veya zamanlaşımı da senet metninden anlaşılan def'ilerdendir.⁹⁴

Senet metninden anlaşılan def'iler, senedi elinde bulunduran herkes tarafından görüldüğünden burada hâminin korunması gerekmez.⁹⁵ Söz konusu def'ileri hukukî görünüşe itimat teorisi çerçevesinde inceleyecek olursak, burada ilgili teorinin uygulanmasına gerek olmadığı görülecektir. Zira hukukî görünüşe itimat teorisinde iyiniyetli üçüncü kişilerin, yaratılan hukukî görünüşe duydukları güven korunmaktadır. Ancak, senedin geçerliliği veya içerdiği hak yönünden senet metninden anlaşılan bir def'i söz konusu olduğunda, zaten bu husus senedi iktisap eden herkes tarafından açıkça görülebilir hâldedir. Artık senedi devralan kimsenin, bu def'iyi görmediğini iddia ederek ilgili def'iyi borçluya dermeyan ettirmesi mümkün değildir; zira burada senedi devralanın kusuru söz konusudur. O hâlde burada iyiniyet bulunmadığı gibi, korunmaya değer menfaat de yoktur.

B. Senetteki Taahhüdün Geçersizliğine İlişkin Def'iler

Senetteki taahhüdün geçersizliğine ilişkin bir def'inin söz konusu olabilmesi için, şeklen geçerli bir senedin bulunması gerekir. Ancak bu senet, senette imzası bulunan kimse tarafından hüküm ifade etmiyorsa, senetteki taahhüdün geçersizliğine ilişkin def'i söz konusu olacaktır.⁹⁶ Kanun koyucu her ne kadar "*senedin geçersizliğine ilişkin*" def'i ifadesini kullanmış olsa da burada senedin geçerliliğine ilişkin bir itiraz yoktur. Geçersizlik ile kastedilen, kıymetli evrakın geçerli olmasıyla beraber, borçlunun kendisiyle ilgili bir durum nedeniyle senetten sorumlu tutulamamasıdır. Başka bir anlatımla, bu durum kimin kişiliğinde meydana gelmişse sadece bu kimse için geçersizlik söz konusu olacak; senede imza koyan diğer kimseler senetten sorumlu olmaya devam edecektir.⁹⁷ Bilindiği üzere imzaların bağımsızlığı ilkesi uyarınca, senet, herhangi bir sebeple senedi imzalayan kişileri bağlamayan imzaları içerse de diğer imzaların geçerliliği bundan etkilenmeyecektir (TTK m.677). Dolayısıyla senede imza koyan kişilerden birinin taahhüdünün geçersizliği, diğer imzalara sirayet etmeyecek; diğer borçlular bu imzanın geçersizliğini ileri sürerek borçtan kurtulamayacaktır.⁹⁸ Kısaca, TTK'da

⁹³ PULAŞLI, s.74-54.

⁹⁴ KENDİGELEN/KIRCA, s.95.

⁹⁵ ÖZDAMAR/GÖKTÜRK/CAN/KAŞAK, s.73.

⁹⁶ İMREGÜN, s.22.

⁹⁷ ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.73.

⁹⁸ PULAŞLI, s.73.

mehaz İsviçre Borçlar Kanunu (OG) m.979/1'deki gibi “*senedin geçersizliğine ilişkin*” (die Gültigkeit der Urkunde) def'i kavramı kullanılsa da burada şeklen unsurları tam olan geçerli bir senet söz konusudur ve def'i, senedin geçersizliğine ilişkin değil; ilgili kişinin taahhüdünün geçersizliğine ilişkindir. Bu sebeple, kanaatimizce, senetteki taahhüdün geçersizliğine ilişkin def'i kavramının kullanılması daha isabetli olacaktır.⁹⁹

Senetteki taahhüdün geçersizliğine ilişkin def'iler söz konusu olduğunda, def'inin senet metninden anlaşılması mümkün değildir. Başka bir anlatımla, senedi iktisap eden kimseden, senetten doğan hakkın geçersizliğine yol açan durumu bilmesi beklenemez. Bu sebeple bu def'ilerin herkes tarafından ileri sürülmesi de mümkün değildir.¹⁰⁰ Diğer taraftan bu def'ilerin kime karşı ileri sürülebileceği de doktrinde tartışmalı bir husustur.¹⁰¹ Bizim de katıldığımız görüşe göre, senetteki taahhüdün geçersizliğine ilişkin def'ilerin, isnat def'ileri ve geçersizlik def'ileri olmak üzere iki farklı başlık altında incelenerek def'ilerin etkisinin bu çerçevede belirlenmesi gerekir.¹⁰²

1. Isnat Def'ileri

Isnat def'i ile kastedilen, senetteki imzanın, imza sahibine isnat edilememesidir. Bu sebeple, bu kimse kendisine isnat edilemeyen imzadan sorumlu tutulamamakta ve ilgili def'iyi kural olarak herkese karşı ileri sürebilmektedir.¹⁰³ Isnat def'ilerin iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülebiliyor olması, hukukî görünüşe itimat teorisine aykırılık teşkil etmez. Zira hukukî görünüşe itimat teorisi uyarınca iyiniyetli üçüncü kişilere def'i dermeyan edememesi, ancak imza sahibine isnat edilebilen bir hukukî görünüm olduğunda söz konusudur. Fakat burada def'i, senet borçlusuna izafe edilebilecek bir irade beyanı bulunmamasından kaynaklanmaktadır.

Isnat def'ilerinde hukukî görünüşe itimat teorisinin esas olarak etkili olduğu nokta, imza kendisine isnat edilemeyen kimse dışında senede imza koyan diğer kişilerin, senetten dolayı borçlu olmaya devam etmesidir. Şöyle ki, kıymetli evrak teorileri senetten doğan hakkın doğum anını açıklamaya çalışmaktadır ve eğer senedin doğumuna sebebiyet veren fiil (senedin düzenlenmesi veya tedavül sözleşmesi) hükümsüzse senet de hükümsüz olmaktadır. Bu bağlamda düzenleyene isnat

⁹⁹ Benzer görüş için bkz.: KENDİGELEN/KIRCA, s.96.

¹⁰⁰ ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.73.

¹⁰¹ İMREGÜN, s.21; DOMANIÇ s.120; POROY/TEKİNALP, s.80; ÇAMOĞLU, Kıymetli Evrak Hukuku, s.25 vd.; KIRCA/KENDİGELEN, s.95; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.73; PULAŞLI, s.73; ÖZDAMAR/GÖKTÜRK/CAN/KAŞAK, s.66.

¹⁰² Bu yönde bkz.: POROY/TEKİNALP s.80 vd.; KENDİGELEN/KIRCA, s.95 vd.

¹⁰³ POROY/TEKİNALP s.80; KENDİGELEN/KIRCA, s.98.

edilebilen bir imza olmaması hâlinde, borcun hiç doğmamış veya iptal edilebilir olması gerekir. Diğer taraftan, bu hükümsüzlüğe rağmen senedin geçerli olması ve diğer imza sahiplerini bağliyor olması hukukî görünüşe itimat teorisinin bir sonucudur. TTK m.677 uyarınca “*Bir poliçe, poliçe ile borçlanmaya ehil olmayan kişilerin imzasını, sahte imzaları, hayali kişilerin imzalarını veya imzalayan ya da adlarına imzalanmış olan kişileri herhangi bir sebeple bağlamayan imzaları içerirse, diğer imzaların geçerliliği bundan etkilenmez*”. O hâlde senedin, senede imza koyan kimseye isnat edilemeyen bir imzayı içeriyor olması, diğer imzaların geçerliliğini etkilemeyecek; bu kimseler senetten sorumlu olmaya devam edecektir. Bu kapsamda m.677'nin isnat def'ileri söz konusu olduğunda hukukî görünüşe itimat teorisinin uygulanabilmesine kanunî dayanak sağladığı söylenebilir.

a. Ehliyetsizlik Def'i

TTK m.670 uyarınca sözleşme ile borçlanmaya ehil olan kişi, kambiyo senetleri ile borçlanmaya da ehildir. Bu kapsamda tam fiil ehliyetine sahip olanlar, kambiyo taahhüdünde bulanabilir. Öte yandan ehliyetsiz kimsenin kambiyo borcu altına girmesi mümkün olmaz. Eğer ehliyetsiz bir kimse kambiyo senedi düzenlemiş ve bunu tedavül sözleşmesi ile alacaklıya devretmişse, bu bir mutlak def'idir ve senedin düzenlendiği anda ehliyetsiz olan imza sahibi, bunu her hâmile karşı ileri sürebilir.¹⁰⁴ Aynı şekilde sınırlı ehliyetsizlerin kambiyo taahhüdünde bulunmaları hâlinde, yasal temsilcileri bu işleme sonradan icazet vermezse; bu her hâmile karşı ileri sürülebilecektir (TBK m.16).¹⁰⁵

Burada senedi düzenleyenin ehliyetsiz olması, senedi hükümsüz hâle getirmeyecektir. Sadece ehliyetsiz kimsenin hâmile karşı def'i ileri sürmesi mümkün olacak, diğer borçlular senetten dolayı borçlu olmaya devam edecektir. Kreasyon veya sözleşme teorisi uyarınca ehliyetsiz kimsenin senet düzenlemesi ya da tedavül sözleşmesi yapması mümkün olmadığından, senede bağlı borç doğmamış sayılacak ve dolayısıyla senede dayanarak hak talep etmek mümkün olmayacaktır. Diğer taraftan Kanunun da benimsediği sistem uyarınca, her ne kadar ehliyetsiz kimse senetten dolayı borçlu olmasa da senet geçerliliğini koruyacaktır. Dolayısıyla Kanunun öngördüğü sistemin hukukî görünüşe itimat teorisine paralel olduğu söylenebilecektir.

Yargıtay, “*kanun koyucu kambiyo senetlerinin düzenlenmesi için özel bir ehliyet aramamıştır. Şu halde, medeni hakları kullanmak ehliyetinden kısmen veya tamamen mahrum bulunan kişiler, kambiyo senedi düzenleyemezler. Bu sebeple*

¹⁰⁴ İMREGÜN, s.20; ÇAMOĞLU, Kıymetli Evrak Hukuku, s.26; POROY/TEKİNALP, s.80; PULAŞLI, s.73; KENDİGELEN/KIRCA, s.99; ÖZDAMAR/GÖKTÜRK/CAN/KAŞAK, s.67; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.74; YILMAZ, s.200.

¹⁰⁵ YILMAZ, s.200.

borçlunun “senedi düzenlediği tarihte” hukuki ehliyetle sahip olması gerekir. Aksi takdirde, senet geçerli olmaz. Alacaklı, senedi düzenleyen kişinin ehliyetsiz olması halinde iyiniyetli olduğunu dahi ileri süremez. Çünkü ehliyet konusu kamu düzenini ilgilendirir” ifadeleriyle ehliyetin kamu düzenine ilişkin olmasından bahisle, ehliyetsizlik def’inin mutlak defi olduğunu ve her zaman ileri sürülebileceğini kabul etmektedir.¹⁰⁶ Diğer taraftan, kural ehliyetsiz kişinin iyiniyetli kişiye karşı bile korunması olsa da Türk Medeni Kanunu’nun¹⁰⁷ 2’nci maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralı bu kurala birtakım istisnalar getirmeye olanak tanımaktadır.¹⁰⁸ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu’nun da belirttiği gibi, kanun koyucunun tam ehliyetsizlerin yaptığı hukukî işlemlerin batıl olmasını düzenlemesindeki amaç bu kimseleri korumak ve menfaatlerine aykırı işlem yaparak üçüncü kişilerce sömürülmesinin önüne geçmektir. Fakat bu kimseler temyiz kudretini haiz olsalar dahi aynı şekilde hareket edecekse, yani somut olayda normal zekalı bir insanın da aynı şekilde hareket etmesi beklenebiliyorsa, artık bu hukukî işlemin hükümsüzlüğünün ileri sürülmesi mümkün değildir¹⁰⁹ Bu durumda, hakkaniyet elverdiği takdirde, diğer tarafın batıl hukukî işlemin hüküm ifade ettiğine yönelik güveni sebebiyle oluşan zarardan, tam ehliyetsiz kişi sorumlu tutulmalıdır.¹¹⁰ Bu anlatılanlar ışığında, ehliyetsiz kimsenin kambiyo taahhüdünde bulunduğu bazı hâllerde, ehliyetsizlik def’inin hukukî görünüşe itimat ilkesi dolayısıyla iyiniyetli üçüncü kişilere ileri sürülmesi mümkün olmayacaktır. Bu noktada TMK m.2’de düzenlenen dürüstlük kuralı çerçevesinde bir inceleme yapılması gerekir ve eğer ehliyetsiz kimse ayırt etme gücünden yoksun olmasa da bu işlemi gerçekleştirecekse, ehliyetsizlik def’ini ileri süremez. Başka bir ifadeyle eğer ehliyetsizlik def’inin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğindeyse, artık bu def’inin ileri sürülmesi mümkün olmaz.

¹⁰⁶ Yargıtay 12.H.D. E.2010/29383, K.2011/10405, T.24.05.2011. Benzer şekilde: Yargıtay 12.H.D. E.2012/15524, K.2012/33236, T.15.11.2012; Yargıtay 12.H.D. E.2009/15779, K.2009/24445, T.08.12.2009; Yargıtay 12.H.D. E.2009/10918, K.2009/19699, T.20.10.2009.

¹⁰⁷ Türk Medeni Kanunu, T.C. Resmî Gazete, S.24607, T.08.12.2001.

¹⁰⁸ SEROZAN Rona: Medeni Hukuk Genel Bölüm ve Kişiler Hukuku, B.9, İstanbul 2023, s.440.

¹⁰⁹ “*Filhakika mümeyyiz olmiyan kimse temyiz kudretine sahip olsa idi aynı suretle hareket edecek yani normal zekalı bir insan dahi aynı tarzda muamelede bulunacak idi ise, temyiz kudretinden mahrum olduğunu ileri sürerek muamelenin hükümsüzlüğünü dermeyan edememelidir. Aksi takdirde temyiz kudretinden mahrumiyet, hukuki muameleatta gerekli emniyeti ihlale müncer olacak bir teşevvüş ve istikrarsızlık amili mahiyetini alır ki, bunu tecvize imkan yoktur. Zira her türlü sübjektif hakkın kullanılmasını objektif hüsünüyet prensiplerinin, yani cemiyette hakim olan dürüstlük kaidelerinin murakabesi altına vazeden Medeni Kanunun ikinci maddesi buna manidir*” Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, E.1995/22, K.1955/2, T.09.03.1955.

¹¹⁰ Yargıtay 11.H.D. E.2011/5003, K.2013/7414, T.16.04.2013; Yargıtay 11.H.D. E.2016/1253, K.2016/9709, T.20.12.2016; Yargıtay 19.H.D. E.2019/16532, K.2018/900, T.22.02.2018; Yargıtay 13.H.D. E.2016/31099, K.2019/6470, T.23.05.2019; Yargıtay 13.H.D. E.2015/21861, K.2017/8788, T.02.10.2017; Yargıtay 13.H.D. E.2013/31194, K.2014/32615, T.22.10.2014; Yargıtay 13.H.D. E.2013/18747, K.2014/4964, T.25.02.2014; Yargıtay 19.H.D. E.2006/6489, K.2006/12076, T.14.12.2006.

b. Yetkisiz Temsil Def'i

Yetkisiz temsil meselesi TTK m.678'de düzenlenmektedir. Anılan madde uyarınca *"Temsile yetkili olmadığı hâlde bir kişinin temsilcisi sıfatıyla bir poliçeye imzasını koyan kişi, o poliçeden dolayı bizzat sorumludur; bu poliçeyi ödediği takdirde, temsil olunduğu kabul edilen kişinin haiz olabileceği haklara sahip olur. Yetkisini aşan temsilci için de hüküm böyledir"*. O hâlde, yetkisiz temsil durumunda senetten sorumlu olacak olan, imzayı atan yetkisiz temsilcidir. Bu husus mutlak def'i teşkil eder; ilgili kişi bu def'iyi herkese karşı ileri sürebilir.¹¹¹ Yetkisiz temsil söz konusu olduğunda hukukî görünüşü yaratan yetkisiz temsilcidir. Bu sebeple yetkisiz temsilcinin hukukî görünümünden sorumlu tutularak iyiniyetli üçüncü kişilere karşı bizzat sorumlu olması yine hukukî görünüşe itimat teorisine uygun bir durumdur.

TTK m.678, yetkisiz temsil durumunda kambiyo senedinden doğan borçtan yetkisiz temsilcinin sorumlu olacağını düzenlenmiş olsa da kanaatimizce yetkisiz temsilin söz konusu olduğu bazı hâllerde, temsil olunanın sorumluluğuna gidilmesi de mümkündür. Bu bağlamda, örneğin, işletme sahibinin ticari işletmeyi yönetmek ve işletmeye ilişkin işlemlerde kendisini temsil etmek üzere ticari temsilci ataması mümkündür (TTK m.547). Öte yandan, işletme sahibi, ticari temsilciye verdiği temsil yetkisini her zaman geri alabilir. TBK uyarınca işletme sahibi, ticari temsilci atadığını ticaret siciline tescil ettirmek zorunda olduğu gibi (TBK m.547/1); temsil yetkisinin sona erdiği de tescil ettirmelidir (TBK m.550/1). Bununla birlikte, temsil yetkisinin sona erdiği ticaret siciline tescil ve ilan edilmediği sürece, bu yetki iyiniyetli üçüncü kişiler için geçerliliğini korur (TBK m.550/2).¹¹² Temsil yetkisi sona erdirilmiş; fakat bu husus henüz tescil ve ilan edilmemiş yetkisiz ticari temsilcinin kambiyo taahhüdünde bulunması durumunda, temsil olunanın sorumluluğunun söz konusu olması gerektiği kanaatindeyiz. Zira, tacirin basiretli bir iş insanı gibi hareket etmesi gerektiğinden (TTK m.18/2) en kısa sürede tescili gerçekleştirilmesi gerekir. Buna aykırı hareket eden tacir, kusurlu sayılacağından; söz konusu hukukî görünüşün kendisine isnat edilmesi ve iyiniyetli üçüncü kişilere karşı yetkisiz temsilcinin düzenlediği senetten sorumlu tutulması mümkün olmalıdır. Bu hususta Kanunun *"bu yetki iyiniyetli üçüncü kişiler için geçerliliğini korur"* ifadesi, görüşümüzü desteklemektedir.

c. Senet Metninde Değişiklik (Tahrifat) Def'i

Senet metnindeki değişiklikler TTK'nın 748. maddesinde düzenlenmektedir. Anılan madde uyarınca *"Bir poliçe metni değiştirildiği takdirde, değiştirme-*

¹¹¹ ÖZDAMAR/GÖKTÜRK/CAN/KAŞAK, s.67; PULAŞLI, s.73; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ER-TAN, s.74; POROY/TEKİNALP, s.80; İMREGÜN, s.20; ÇAMOĞLU, Kıymetli Evrak Hukuku, s.26.

¹¹² AYHAN Rıza/ÇAĞLAR Hayrettin/ÖZDAMAR Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, B.15, Ankara 2022, s.505.

den sonra poliçe üzerine imza koymuş olan kişiler, değişmiş metne ve ondan önce imzasını koyanlar ise eski metne göre sorumlu olurlar”. TTK m.748 hükmü poliçelere ilişkin olup TTK m.778/1-g ve m.818/1-ö hükmü gereği bono ve çeklere de uygulanır. Kanun koyucunun m.748’de “*poliçe metni değiştirildiği takdirde*” ifadesini kullanması, ilgili maddenin sadece iradi değişiklikleri kapsadığı izlenimini uyandırır da irade dışı değişikliklerin de m.748 kapsamında incelenmesi gerekir. Buna ek olarak kimi zaman senette meydana gelen değişikliklerin senedi kullanılamaz hâle getirmesi, yani ziyaa neden olması mümkündür. Bu durumda artık TTK m.748 hükmü değil, iptale ilişkin m.651 vd. ve 757 vd. hükümleri uygulanır.¹¹³

Senet metninde değişiklik söz konusuysa, senede imza koyan kimseler, ancak kendi beyanı ölçüsünde senetten sorumlu tutulabilecektir.¹¹⁴ Senet metninde sonradan yapılan değişiklikler, senede değişiklikten önce imza koyanların hâkimiyet alanından kaynaklanmadığı için, bu kimseler ortaya çıkan yeni durumdan sorumlu tutulamayacaktır.¹¹⁵ Burada hukukî görünüşe itimat teorisi uygulama alanı bulmayacaktır. Zira daha önce de açıkladığımız gibi isnat def’lerinde hukukî görünüşe itimat teorisi sadece düzenleyene isnat edilebilen bir imza olmasa da kambiyo borcunun geçerliliğini sürdürmesinde kendisini gösterir.

d. Sahte İmza Def’i

Sahte imza ile kastedilen, kambiyo senedi üzerindeki imzanın görünenden başka bir kişi tarafından atılmasıdır. Ortaya çıkan hukukî görünüş, imzası taklit olunana isnat edilemez; çünkü burada imzası taklit edilenin senet düzenleme konusunda bir beyanı yoktur. Bu sebeple, bu isnat def’i herkese karşı ileri sürülebilir.¹¹⁶ Yargıtay da sahte imzanın atfedildiği kişinin sorumluluğundan söz edilemeyeceğini ve bunun mutlak def’i olarak herkese karşı dermeyan edilebileceğini kabul etmektedir.¹¹⁷

Doktrinde de imzası taklit edilen kimsenin, sahte imza sebebiyle sorumlu tutulamayacağı kabul edilse de¹¹⁸ sahte imzayı atan kimsenin sorumluluğunun kaynağı tartışmalıdır. *Kırca*’ya göre burada yetkisiz temsile ilişkin m.678 hükmü-

¹¹³ ÇAMOĞLU, Kıymetli Evrak Hukuku, s.30.

¹¹⁴ YILMAZ, s.206.

¹¹⁵ KENDİGELEN/KIRCA, s.100.

¹¹⁶ YILMAZ, s.203.

¹¹⁷ Yargıtay 19.H.D. E.2016/11365, K.2017/4778, T.12.06.2017; Yargıtay 19.H.D. E.2014/11581, K.2014/13061, T.08.09.2013; Yargıtay 19.H.D. E.2015/13820, K.2016/2655, T.22.02.2016; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E.2011/19-413, K.2011/476, T.06.07.2011.

¹¹⁸ KINACIOĞLU, s.165; İMREGÜN, s.22; ÇAMOĞLU, Kıymetli Evrak Hukuku, s.26; KENDİGELEN/KIRCA, s.99; ÖZDAMAR/GÖKTÜRK/CAN/KAŞAK, s.66; YILMAZ, s.203; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.74; PULAŞLI, s.73.

nün kıyasen uygulanması isabetli olur. Zira yetkisiz temsilcinin temsil yetkisini haiz olmadan temsil olunan adına imza atması ile sahtecilik yapanın imzası taklit olunan adına sahte imza atması arasında pek de fark yoktur.¹¹⁹ Biz de bu görüşe katılmaktayız. Bu bağlamda, belgede sahteciliğe ilişkin Türk Ceza Kanunu¹²⁰ m.204 vd. hükümleri saklı kalmak şartıyla, yetkisiz temsil hükümlerinin imzada sahteciliğe de uygulanması makuldür.¹²¹

e. İmzanın Zorla Attırılması Def'i

İrade beyanının varlığından bahsedebilmek için bu irade beyanının bilinçli bir irade beyanı olması gerekir. İmzanın zorla attırılması durumunda da gerçekte bir irade beyanı yoktur. Burada senede imza koyan kimseye isnat edilebilecek bir irade beyanı olmadığından, isnat def'i söz konusu olur ve bu def'i herkese karşı ileri sürülebilir. İmzanın zorla attırılması, maddi cebir (vis absoluta) ya da manevi cebir (tehdit) sonucunda gerçekleşir. Burada isnat def'ini meydana getiren mutlak cebirdir.¹²² İmzanın tehdit ile attırılması, geçersizlik def'i başlığı altında ayrıca incelenecektir.

Fakat burada dikkat edilmelidir ki, imzanın zorla attırılması def'i kural olarak mutlak def'i olsa da bu definin iyiniyetli üçüncü kişilere dermeyan edilmesi olanağının ortadan kalkması söz konusu olabilecektir. Burada imza sahibine isnat edilebilecek bir imza olmadığı doğrudur. Fakat, her ne kadar senetteki hakkın hukuka uygun olarak meydana geldiğine ilişkin görünüş, imza sahibine isnat edilemese de imza sahibinin hareketsiz kalarak senetteki hakkın hukuka uygun bir şekilde meydana geldiğine yönelik bir hukukî görünüşe sebebiyet vermesi mümkündür. Şöyle ki, zorla imza attırılmak suretiyle senede imzası konan imza sahibinin derhâl İcra İflas Kanunu hükümlerine göre senedin bedelsizliğine ilişkin menfi tespit davası açması gerekir. Zira kambiyo senetleri tedavül senetleridir ve zorla da olsa senede imza koyan kişinin bu senedin tedavüle çıkabileceği ihtimalini gözetmesi gerekir. Zorlama hâli ortadan kalkmasına rağmen, senedin bedelsizliğine ilişkin dava açılmazsa, artık imza sahibinin hareketsiz kalma yoluyla, kendisine isnat edilebilen bir sebepten ötürü, senetteki hakkın hukuka uygun bir şekilde doğduğu görünümüne sebebiyet vermesi söz konusu olacaktır. Kanaatimizce, bu durumda imza sahibinin ilgili def'iyi iyiniyetli hâmile karşı ileri sürmesi imkânı ortadan kalkacaktır.

¹¹⁹ KENDİGELEN/KIRCA, s.99.

¹²⁰ Türk Ceza Kanunu, T.C. Resmî Gazete, s: 25611, 12.10.2004.

¹²¹ TCK m.210 uyarınca özel belgede sahtecilik suçunun konusu emre veya hamile yazılı kambiyo senedi olduğunda, resmî belgede sahtecilik suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır.

¹²² STEIMLE Volker/DORNEIDEN Guido: Röhrich/Graf von Westphalen/Haas/Mock/Wöstmann Handelsgesetzbuch, B.6, Köln 2023, N.9. Benzer şekilde: KENDİGELEN/KIRCA, s.101.

2. Geçersizlik Def'ileri

Geçersizlik def'ileri tedavül sözleşmesinin yokluğunu veya geçersizliğini konu alan def'ilerdir.¹²³ Bu bağlamda eğer tedavül sözleşmesi hiç yapılmamışsa, örneğin senet düzenleyenin rızası hilafına elden çıkmışsa; bu bir geçersizlik def'i teşkil eder. Hâmile yazılı senetlerde senedin borçlunun rızası olmaksızın tedavüle çıkarıldığı yolunda bir def'inin ileri sürülmesi yasanın açık hükmü gereği mümkün değildir (TTK m.659/3). Emre yazılı senetler için böyle bir belirleme yapılmadığından kural olarak düzenleyen, kötünietli hâmile bu def'iyi yöneltebilecektir. Fakat burada dikkat edilmesi gerekir ki, senet elinden rızası hilafına çıkan düzenleyen menfi tespit davası açarak senedin bedelsizliğini ileri sürmemişse; artık senedin düzenlenmesiyle yaratılan hukukî görünüşten sorumlu olan düzenleyen, senedin rızası hilafına tedavüle çıkarıldığı def'ini iyiniyetli üçüncü kişilere ileri sürmesi mümkün değildir. Benzer şekilde senet üzerindeki hak sahibi kişiden senet çalınır, kaybolursa veya başka bir yolla üçüncü kişinin eline geçerse, cirantanın iptal davası açması gerekir. Eğer hâmilin senedin rızası dışında elinden çıkmasını müteakip iptal davası açmazsa yaratılan hukukî görünüşten sorumlu tutulur.

Tedavül sözleşmesinin bulunduğu; ancak bu sözleşmenin hukuken sonuç doğurmadığı hallerde de geçersizlik def'i söz konusu olur. Örneğin irade sakatlıkları mevcutsa tedavül sözleşmesinin geçersiz olmasından bahisle bu geçersizlik def'inin ileri sürülmesi mümkündür.¹²⁴ Burada önemli nokta şudur: Senedin tedavüle çıkarılması sırasında mevcut olan bir irade sakatlığı varsa düzenleyen, söz konusu durum ortadan kalkar kalmaz senet ile bağlı olmadığını veya senedin geri verilmesini talep etmelidir. Eğer borçlu duruma sessiz kalarak gerekli tedbirleri almamışsa, kendisine isnat edilen kusurlu bir davranış nedeniyle, yarattığı hukukî görünüşten iyiniyetli üçüncü kişilere karşı sorumlu olacaktır.

Geçersizlik def'ileri, tedavül sözleşmenin hükümsüz olduğunu bilerek senedi devralan ilk hâmile karşı ileri sürülebilir. Diğer taraftan, senet sonrasında devredilirse ve senedi devralan iyiniyetliyse artık bu def'inin ileri sürülmesi mümkün değildir.¹²⁵ Çünkü hukukî görünüşe itimat teorisi, tedavül sözleşmesindeki sakatlıklarla ilgilenmez. Hukukî görünüşe itimat teorisinde sonuç bağlanan hukukî görünüş tedavül sözleşmesi değil, senedin düzenlenmesiyle yaratılmak-

¹²³ KINACIOĞLU, s.33. Doktrinde bir görüş, senetteki taahhüdün geçersizliğine ilişkin def'ilerin dermeyanı konusunda Kanunda bir sınırlama yapılmadığı için, geçersizlik def'ilerinin şahsi def'i başlığı altında incelenmesini önermektedir GÖKTÜRK, s.68.

¹²⁴ HERBERGER Maximilian/MARTINEK Michael/RUßMANN Halmut/WETH Stephan: juris Praxis Kommentar BGB §796, B.10, 2023, N.4.

¹²⁵ MARBURGER, §796, N.5. *Çamoğlu*'na göre geçersizlik def'ileri de mutlak def'i teşkil etmektedir; bu sebeple herkese karşı ileri sürülmeleri mümkündür. ÇAMOĞLU, Kıymetli Evrak Hukuku, s.27.

tadır. O hâlde tedavül sözleşmesinin batıl veya iptal ettirilebilir olması, hukukî görüntüsten doğan sorumluluğa etki etmez.¹²⁶

a. İrade Sakatlıkları

Yukarıda değinildiği üzere kreasyon teorisinde senedin düzenlenmesi bir hukukî işlem iken, sözleşme teorisinde bu bir maddi fiil olarak ele alınmaktadır. Hukukî işlemlere ilişkin ilkelerin maddi fiillere uygulanması mümkün olmadığından hukukî işlemlerde irade sakatlıklarına uygulanan hükümlerin senedin düzenlenmesi aşamasında uygulanması mümkün değildir. Diğer taraftan, söz konusu irade bozukluğunun tedavül sözleşmesine de sirayet etmesi mümkündür; çünkü çoğu zaman senedin tanzimi ile tedavülü aynı anda gerçekleşmektedir. Bu sebeple, tedavül sözleşmesi yapılırken iradesi fesada uğrayan borçlunun bu def'iyi ileri sürüp süremeyeceğinin hukukî görünüşe itimat teorisi uyarınca incelenmesi gerekir.¹²⁷ Fakat bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, geçersizlik def'ine neden olan irade bozukluğu, tedavül sözleşmesinin akdedilmesi sırasında mevcut olan irade bozukluğudur. Diğer taraftan, irade sakatlığı kambiyo borcunun doğumu sırasında değil de temel ilişkinin kurulması sırasında gündeme gelmişse; bu artık geçersizlik def'i değil, şahsi def'i teşkil edecektir.¹²⁸

Senedi düzenleyen kimsenin iradesi fesada uğramışsa, yani hata, hile veya tehdit gibi bir irade bozukluğu söz konusuysa, bunun mutlak def'i olmasından bahisle borçlunun bunu herkese karşı ileri sürebileceği görüşüne doktrinde yer verilmektedir.¹²⁹ Öte yandan, irade sakatlıklarının taraflar arasındaki kişisel ilişki- den kaynaklanması nedeniyle bunun şahsi def'i niteliğinde olduğunu savunan bir görüş de mevcuttur.¹³⁰ Öğretide bazı yazarlar, iradenin fesada uğraması nedeniyle ileri sürülecek def'inin etkisini belirlerken, irade sakatlığının türünü dikkate almaktadır.¹³¹ Öncelikle bir görüş, tehdit söz konusu olduğunda bunun mutlak def'i teşkil edeceğini ve herkese karşı ileri sürülebileceğini; fakat hata ve hilenin nisbî def'i olduğunu savunmaktadır.¹³² Diğer taraftan bir başka görüş, tehdidin yanı sıra hilenin de mutlak def'i teşkil ettiğini ileri sürmektedir.¹³³ Bu görüş uyarınca senedin düzenlenmesi sırasında hile söz konusuysa ve senedin düzenlenmesi ile hile arasında illiyet bağı mevcutsa; imza sahibinin kambiyo borcu altına

¹²⁶ KINACIOĞLU, s.33.

¹²⁷ KENDİGELEN/KIRCA, s.104.

¹²⁸ SÖNMEZ, s.62.

¹²⁹ ÇAMOĞLU, Kıymetli Evrak Hukuku, s.27. Benzer şekilde: PULAŞLI, s.73.

¹³⁰ HIRSCH, 505.

¹³¹ POROY/TEKİNALP, s.82; YILMAZ, s.208; SÖNMEZ, s.57 vd.

¹³² POROY/TEKİNALP, s.82.

¹³³ SÖNMEZ, s.61; YILMAZ, s.208.

girme yönünde bir iradesinden bahsedilemez.¹³⁴ Yargıtay'ın hile söz konusu olduğunda bunu şahsi def'i olarak nitelendirerek kötünüyeti kanıtlanmadıkça hâmilin kazanımının korunacağına;¹³⁵ diğer taraftan tehdidin ise mutlak etkili def'i teşkil ettiğine¹³⁶ yönelik kararları mevcuttur.

Kanaatimizce senedini düzenleyen veya devreden kimsenin iradesi hata, hile veya tehdit yüzünden fesada uğramışsa, burada geçersizlik def'i söz konusu olur ve bu def'inin iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez.¹³⁷ Şöyle ki, TBK m.39 uyarınca hata veya hile sebebiyle ya da tehdit sonucunda hukukî işlemde bulunan taraf, hata veya hileyi öğrendiği ya da tehdidin etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde hukukî işlem ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, işlemi onanmış sayılır. O hâlde iradesi fesada uğrayan kimse, bir yıllık süre içinde itirazda bulunmazsa hukukî işlemi onanmış sayılacaktır. Fakat burada dikkat edilmelidir ki, kambiyo senetleri tedavül senetleridir. Bu sebeple, kambiyo senetlerinde menfi tespit veya istirdat davası açılması için bir yıl beklenmesi doğru olmaz. Borçlu duruma sessiz kalarak senetten sorumlu olduğu yönünde bir hukukî görünüş yaratmışsa, bir yıllık süre geçmemiş olsa da gerekli tedbir alınmadığından yaratılan hukukî görünüşten sorumlu tutulmalıdır. Bu durumda iyiniyetli üçüncü kişiye karşı irade sakatlığı def'inin dermeyeran edilmesi mümkün olmaz.

b. Muvazaa Def'i

Muvazaa, tarafların iradesi ile beyanları arasında istenerek meydana getirilen bir uygunsuzluktur. Başka bir anlatımla, taraflar, gerçekte istemedikleri bir sözleşmeyi, üçüncü kişileri aldatmak amacıyla yapmaktadır.¹³⁸ Muvazaalı bir muamele söz konusu ise geçersizlik def'i söz konusu olur.¹³⁹ Senet düzenlenmesinin muvazaalı bir muameleye dayanıyor olduğu durumlarda, tedavül sözleşmesi de muvazaalıdır; çünkü burada tarafların senedi tedavüle çıkarması da tarafların gerçek amacını gizlemek içindir. Bu hususta TBK m.19/2 dikkate alınmalıdır. Anılan hüküm uyarınca, *“borçlu, yazılı bir borç tanınmasına güvenerek alacağı kazanmış olan üçüncü kişiye karşı, bu işlemin muvazaalı olduğu savunmasında bulunamaz”*. Muvazaa söz konusuysa taraflar bilinçli bir şekilde senedin geçerli oldu-

¹³⁴ YILMAZ, s.208.

¹³⁵ Yargıtay 11.H.D. E.2020/8529, K.2022/3792, T.12.05. 2022; Yargıtay 19.H.D. E.2015/13068, K.2016/6134, T.08.04.2016; Yargıtay 11.H.D. E.1985/4697, K.1985/4766, T.24.09.1985.

¹³⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E.2017/19-1627, K.2018/1187, T.13.06.2018; Yargıtay 19.H.D. E.2017/2251, K.2019/101, T.14.01.2019; Yargıtay 19.H.D. E.2014/13062, K.2015/3078, T.05.03.2015.

¹³⁷ Benzer şekilde: POROY/TEKİNAP, s.82; YILMAZ, s.213 vd.; KENDİGELEN/KIRCA, s.104; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.74; SÖNMEZ, s.58.

¹³⁸ EREN, s.406.

¹³⁹ DOMANIÇ, s.120. Muvazaa def'inin şahsi def'i olduğu yönünde görüş için bkz.: ÇAMOĞLU, Def'iler, s.28-29; SÖNMEZ, s.63.

ğu yönünde bir hukuki görünüm yaratmıştır ve sonrasında bu kimselerin kendi muvazaasına dayanarak def'i ileri sürmesi mümkün değildir. Bu sebeple senede dayanarak hak iktisap edenlerin talep hakkı devam edecektir. Burada iyiniyetli üçüncü kişilerin kazanımları, hukukî görünüşe itimat teorisine göre korunur.

C. Şahsi Def'iler

Kanunda borçlunun ileri sürebileceği def'ilerden sonuncusu “*alacaklı kim ise ona karşı, şahsen haiz bulunduğu*” def'i olarak belirlenmiştir. Öğretide bu def'iler, şahsi def'i olarak isimlendirilmektedir. Şahsi def'iler, alacaklı ile borçlu arasında doğrudan doğruya var olan; fakat kambiyo ilişkisine herhangi bir etkisi bulunmayan def'ilerdir.¹⁴⁰ Bilindiği üzere kambiyo senetleri illetten mücerret senetlerdir. Bu bağlamda alacaklı ile lehtar arasında senedin düzenlenmesine neden olan bir temel ilişki söz konusudur. Ancak temel ilişkinin geçerliliği, kambiyo borcunun geçerliliğini etkilemez. İletten mücerretlik ilkesi nedeniyle, temel ilişki geçersiz olsa da kambiyo borcu geçerliliğini korur. Diğer taraftan, temel ilişkinin geçersiz olması borçluya bir savunma vasıtası, yani def'i hakkı tanıır.¹⁴¹ Şahsi def'inin senedin düzenlenmesine neden olan temel ilişkiden kaynaklanması mümkün olduğu gibi; alacaklı ve borçlu arasındaki özel bir anlaşma veya taraflar arasındaki başka bir ilişkiden de kaynaklanması mümkündür.¹⁴²

Borçlunun şahsi def'iyi ileri sürme imkânı kısıtlıdır. Zira kanun koyucu, emre ve hâmiline yazılı senetlerde, borçlu ile önceki hâmillerden biri arasında doğrudan doğruya var olan ilişkilere dayanan def'ilerin ileri sürülmesini, ancak senedi iktisap ederken hâmilin bilerek borçlunun zararına hareket etmesi hâlinde caiz kılmıştır (TTK m.659/2, m.825/2). O halde şahsi def'iler nisbî etkilidir. Bu def'ileri borçlu sadece arasında hukukî ilişki bunun alacaklıya karşı ileri sürebilir.¹⁴³ Diğer taraftan kanun koyucu, bilerek borçlu zararına hareket eden üçüncü kişilere karşı da bu def'inin dermeyeran edilebileceğini düzenlemiştir. Doktrinde “*bilerek borçlu zararına hareket*”, senedi devralanın söz konusu def'iyi bilmesi ve borçlunun bu def'iyi ileri sürmesinin önüne geçmek için senedi devralması olarak yorumlanmaktadır.¹⁴⁴ Yargıtay'ın “*bilerek borçlu zararına hareket*”i kötünü-

¹⁴⁰ KINACIOĞLU, s.168.

¹⁴¹ SÖNMEZ, s.50-51; PULAŞLI, s.75; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.75; ÇAMOĞLU, Def'i, 19 vd.

¹⁴² ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.75; PULAŞLI, s.75.

¹⁴³ PULAŞLI, s.75.

¹⁴⁴ GÖKTÜRK, s.107. Benzer şekilde: ÖZTAN, s.77; POROY/TEKİNALP, s.86; KENDİGELEN/KIRCA, s.120. *Kinacioğlu* ise bunun yeterli olmayacağını, senedi devralanın ayrıca borçluya zarar verme amacı taşıması gerektiğini savunmaktadır. KINACIOĞLU, s.169. Bunun yanında *Çamoğlu* ise hâmilin senedi devralmada meşru bir menfaatinin bulunmaması gerektiğini de şart koşmaktadır. ÇAMOĞLU Ersin: Kambiyo Senetlerinde Def'iler, BATİDER, C.35, S.2, s.21 (ÇAMOĞLU, Def'i).

yet olarak tanımlandığı kararları bulunmakla birlikte,¹⁴⁵ borçlunun senedin bedelsiz olduğunu bilecek durumda olması şeklinde tanımlandığı kararları da mevcuttur.¹⁴⁶ Bununla beraber Yüksek Mahkeme, kimi hâllerde senedi devreden ile devralan arasındaki ilişkinin mahiyetinin bir karine teşkil ettiğine; bu sebeple bilerek borçlu zararına hareketin ayrıca ispatlanmasına gerek olmadığına karar vermektedir. Bu bağlamda şirketler arasında organik bağ olması,¹⁴⁷ tarafların iş ilişkisi içerisinde bulunması¹⁴⁸ veya yakın akraba olması¹⁴⁹ söz konusuysa bilerek borçlu zararına hareket edildiği kabul edilmektedir.

1. Hukuka, Ahlaka veya Kamu Düzenine Aykırılık ve İmkânsızlık Def'i

Kıymetli evrakın tanzimine yol açan temel ilişkinin hukuka, ahlaka veya kamu düzenine aykırı olması ya da sözleşmenin ifasının imkânsız olması hâlini de geçersizlik def'i başlığı altında inceleyen yazarlar bulunmaktadır.¹⁵⁰ Bu kapsamda, örneğin, kumar, bahis veya evlenme tellallığı gibi hukuken geçerli olmayan bir borca karşılık düzenlenen bir senet söz konusu olduğunda¹⁵¹ veya senedin suç işleme, rüşvet veya başlık parası gibi bir borcun karşılığı olarak verilmesinde bunun geçersizlik def'i olduğu savunulmaktadır.¹⁵² Biz bu görüşe katılmamaktayız.

Hukuka, ahlaka veya kamu düzenine aykırılık ve imkânsızlık söz konusu olduğunda bu temel ilişkiden kaynaklanmaktadır ve temel ilişkideki hükümsüzlük illetten mücerretlik ilkesi gereği, kambiyo sözleşmesine sirayet etmez. Bu sebeple borçlunun tedavül sözleşmesinin batıl olması sebebiyle senetteki taahhüdün geçersizliğine değil, hâmile arasında doğrudan doğruya var olan bir ilişkiye dayanması gerekir.¹⁵³ Temel ilişki, ihtiva ettiği hak ve borçlar bakımından kanunun

¹⁴⁵ Yargıtay 11.HD, E.2020/5474, K.2022/2603, T.30.03.2022; Yargıtay 11.HD, E.2020/7150, K.2022/187, T.12.01.2022; Yargıtay 11.HD, E.2017/5195, K.2019/2008, T.11.03.2019; Yargıtay 19.HD, E.2015/4588, K.2015/6511, T.04.05.2015; Yargıtay 19.HD, E.2013/4791, K.2013/11862, T.25.06.2013; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E.2013/19-2238, K.2015/1062, T.23.05.2015.

¹⁴⁶ Yargıtay 11.HD, E.2020/4825, K.2020/4971, T.11.11.2020; Yargıtay 19.HD, E.2018/2279, K.2019/5422, T.04.12.2019; Yargıtay 19.HD, E.2017/681, K.2018/5788, T.14.11.2018; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E.2021/19-659, K.2022/82, T.08.02.2022; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E.2017/13-612, K.2020/258, T.05.03.2020.

¹⁴⁷ Yargıtay 11.H.D. E.2020/6253, K.2021/4783, T.07.06.2021.

¹⁴⁸ Yargıtay 11.H.D. E.2020/2669, K.2020/5137, T.17.11.2020.

¹⁴⁹ Yargıtay 19.H.D. E.2016/17168, K.2018/3589, T.26.06.2018; Yargıtay 11.H.D. E.2008/11925, K.2010/3675, T.03.04.2010.

¹⁵⁰ POROY/TEKİNALP, s.81; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.77. Senedin hukuka veya aykırı bir taahhüde karşılık verilmesini isnat def'i olarak değerlendiren görüş için bkz.: DOMANIÇ, 113.

¹⁵¹ Bu hususta TBK m.605 hükümünün de dikkate alınması gerekir. Anılan hüküm uyarınca "Kumar oynayan veya bahse giren kişi tarafından imzalanmış adı borç veya kambiyo senedi üçüncü bir kişiye devredilmiş olsa bile, hiçbir kimse bunlara dayanarak dava açamaz ve takip yapamaz. Kıymetli evrakın iyiniyetli üçüncü kişilere sağladığı haklar saklıdır".

¹⁵² KENDİGELEN/KIRCA, s.108.

¹⁵³ Benzer görüş için bkz.: YILMAZ, s.151 vd.; SÖNMEZ, s.63 vd.

emredici hükümlerine aykırılık teşkil ediyorsa, temel ilişki ahlaka aykırıysa ya da temel ilişkide taahhüt edilen edim baştan itibaren objektif olarak imkânsızsa bu bir şahsi def'idir ve bu def'i sadece temel ilişkinin tarafına karşı ileri sürülebilir. Diğer taraftan, senet devredilmişse bilerek borçlu zararına hareket etmemişse üçüncü kişiye bu def'inin dermeyan edilmesi mümkün değildir.¹⁵⁴ Bir kimse hukuka, ahlaka veya kamu düzenine aykırı bir işleme dayanarak senet düzenleyerek bir görünüş yaratmışsa, artık temel ilişkinin hukuka, ahlaka veya kamu düzenine aykırı olduğunu ileri sürerek senetten sorumlu olmayacağını iddia etmesi mümkün değil. Bu durumda hukukî görünüşe itimat prensibi uyarınca iyiniyetli üçüncü kimseler senede dayanarak hak talep edebilecektir.

2. Teminat Def'i

Düzenleyenin, bir borcun ifasının teminatı olarak lehtara verdiği kambiyo senedi "*teminat senedi*" olarak adlandırılmaktadır.¹⁵⁵ Teminat senetleri, öncelikle, borçlu ve alacaklı arasındaki sözleşmede, senedin karşı edimin teminatı amacıyla verildiğinin düzenlenmesiyle söz konusu olabilecektir. Bu hâlde senette teminat kaydı bulunmamakta ve teminat iddiası tamamen taraflar arasındaki temel ilişkiye dayanmaktadır. Dolayısıyla söz konusu durumda teminat def'i, şahsi def'i niteliğindedir ve ancak sözleşmenin tarafı olan alacaklıya karşı ileri sürülebilir; bunun istisnası hâminin senedi iktisap ederken bilerek borçlu zararına hareket etmesidir.¹⁵⁶

Bununla birlikte teminat senedinin, senede teminat kaydı düşülmesi yoluyla da meydana getirilmesi mümkündür. Eğer kambiyo senedi, kayıtsız ve şartsız olmayan bir teminat kaydı içeriyorsa; senedin kambiyo senedi vasfını haiz olmasından bahisle bu senetten anlaşılan def'i teşkil edecek ve ilgili def'i herkese karşı ileri sürülebilecektir.¹⁵⁷ Diğer taraftan senet, "*bedeli teminat içindir*", "*teminat senedir*" veya "*teminattır*" gibi kayıtsız ve şartsız bir teminat kaydı içeriyorsa, kambiyo senedi vasfını kaybetmez.¹⁵⁸ Doktrindeki ağırlıklı görüş, bizim de katıldığımız üzere, senede konulan soyut teminat kaydı söz konusu olduğunda teminat def'i, şahsi def'i niteliğini haizdir.¹⁵⁹ Yargıtay'ın da senette teminat kay-

¹⁵⁴ YILMAZ, s.51 vd.

¹⁵⁵ POROY/TEKİNALP, s.266.

¹⁵⁶ ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.165-166; YILMAZ, s.233; ÇAMOĞLU, Def'iler, s.27.

¹⁵⁷ ODMAN BOZTOSUN Ayşe: Kambiyo Senetlerinde Teminat Kaydı, Legal Hukuk Dergisi, C.5, S.3, 1487-1499, s.1492. Benzer şekilde: GÖKTÜRK, s.84; YILMAZ, s.233; KENDİGELEN/KIRCA, s.116; KINACIOĞLU, S.169; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.164; ÇAMOĞLU, Def'iler, 25.

¹⁵⁸ ODMAN BOZTOSUN, s.1492; GÖKTÜRK, s.84; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.167 KENDİGELEN/KIRCA, s.116. Senet metni üzerine kayıtsız ve şartsız teminat kaydı koyulmuşa bunun yazılmamış sayılacağına ilişkin görüş için bkz.: ÇAMOĞLU, s.26; YILMAZ, s.232.

¹⁵⁹ Benzer görüş için bkz.: GÖKTÜRK, s.85; KENDİGELEN/KIRCA, s.116; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.167 Aksi yönde: SÖNMEZ, s.68.

dının yer almasının, senedin ciro edilmesine engel teşkil etmemesinden bahisle, teminat kaydına rağmen senedi devralanın doğrudan kötüniyetli sayılamayacağı, yani bilerek borçlu zararına hareket ettiği ayrıca kanıtlanmadıkça kendisine def'i dermeyeran edilemeyeceği yönünde bir kararı mevcuttur.¹⁶⁰

Teminat senetlerindeki temel alacak teminat konusu riskin gerçekleşmesiyle doğacak olan alacaktır. Buna karşılık söz konusu risk gerçekleşmezse temel alacak doğmamış olacaktır. Bu durumda senet başından itibaren bedelsiz kalacaktır. Buna ek olarak risk gerçekleşmiş olsa bile borç ifa edilmiş veya sona ermiş olabilir. Bu hâlde de senet sonradan bedelsiz kalmış olacaktır. Böylesine bir durum söz konusu olduğunda borçlunun menfi tespit davası açarak senedin bedelsizliğini ileri sürmesi gerekir.¹⁶¹ Ancak borçlu menfi tespit davası açmazsa, sessiz kalarak senetten doğan borcun varlığını koruduğu yönünde bir hukukî görünüme sebebiyet vermiş olur. Bu durumda borçlunun, hukukî görünüme itimat teorisi kapsamında, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı def'i ileri sürme imkânı ortadan kalkar.

3. Hatır Def'i

Düzenleyenin, borçlu olmamasına rağmen, alacaklıya kredi veya finansman sağlama amacı ile senet düzenleyerek bunu lehtara vermesi durumunda hatır senedi söz konusu olur.¹⁶² Burada düzenleyenin bir borcu olmadığı gibi lehtarın da bir alacağı bulunmamaktadır. Senet, hatır ilişkisine dayanılarak verilmiştir. Dolayısıyla söz konusu senet, bedelsiz bir senettir.¹⁶³ Kambiyo senetleri, sebepten soyut senetler olduğundan, temel ilişkiden doğan borcun mevcut olmaması, kambiyo borcunun geçerliliği açısından önem taşımaz. Bu sebeple, her ne kadar senet bedelsiz olsa da kambiyo senedi geçerlidir.¹⁶⁴

Hatır def'i, şahsi def'i niteliğindedir.¹⁶⁵ Bu kapsamda düzenleyen ancak lehtar vadesinde senet bedelinin ödenmesi için kendisine başvurmuşsa veya lehtar senedi devretmişse ve hâmil senedi devralırken bilerek borçlu zararına hareket

¹⁶⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E.2017/15-2142, K.2021/1181, T.07.10.2021. Benzer şekilde: Yargıtay 19.H.D. E.2002/8771, K.2003/683, T.28.01.2003.

Yargıtay'ın senette teminat kaydı yer alıyorsa senedi devralan hâminin senedin teminat senedi olduğunu bilmediğini, yani iyiniyetli olduğunu ileri sürmesinin mümkün olmadığına yönelik kararları için bkz.: Yargıtay 15.H.D. E.2014/695, K.2014/7528, T.24.12.2014; Yargıtay 19.H.D. E.2014/10760, K.2014/14050, T.24.09.2014.

¹⁶¹ Teminat senetlerinin bedelsizliğinin ileri sürülmesinde görevli mahkemenin tayinine ilişkin bkz.: SARIKAYA Merve: Teminat Senetlerinden Kaynaklanan Menfi Tespit Davalarında Görevli Mahkemeye İlişkin Yargıtay Uygulamasının Değerlendirilmesi, BATIDER, C.35, S.1, 215-240, 221 vd.

¹⁶² ÇAMOĞLU, Def'iler, s.22.

¹⁶³ ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.160.

¹⁶⁴ KENDİGELEN/KIRCA, s.117.

¹⁶⁵ GÖKTÜRK, s.86; YILMAZ, s.231; KENDİGELEN/KIRCA, s.117; ÇAMOĞLU, Def'iler, s.23; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.161.

etmişse hatır def'ini ileri sürebilir. Diğer taraftan senet ciro edilmişse iyiniyetli üçüncü kişilere karşı hatır def'inin ileri sürülmesi mümkün değildir.¹⁶⁶

Kambiyo taahhütleri sebepten soyut taahhütlerdir. Bu kapsamda kambiyo senedinin düzenlenmesine neden olan bir temel ilişki bulunmakla beraber, kambiyo senedinin bu temel ilişki ile ilişkilendirilmesi mümkün olmaz. Kambiyo senedini devralan kimsenin temel ilişkinin geçerli olup olmadığını veya temel ilişkiden doğan alacağın mevcut olup olmadığını bilmesi mümkün değildir. Düzenleyen senedi tanzim ederek senetten dolayı borçlu olduğuna yönelik bir hukukî görünüm yaratır ve hatır ilişkisine dayanarak verdiği senedin başkalarına devredilebileceği riskini bilinçli olarak üstlenir. Dolayısıyla düzenleyen, temel ilişki nedeniyle borçlu olduğu yönünde bir hukukî görünüm yarattığından; artık bu senetten sorumludur. Hukukî görünüşe itimat teorisi gereği düzenleyen, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı senedin bedelsiz olduğu yönündeki def'ini ileri süremez. Fakat bu durumda borcundan kurtulmak isteyen düzenleyenin, menfi tespit davası açarak senedin bedelsizliğini ileri sürmesi mümkündür.

4. Açık Kambiyo Senedinin Anlaşmaya Aykırı Doldurulması Def'i

Kambiyo senetleri sıkı sıkıya şekil şartlarına bağlı senetlerdir. Bu kapsamda, kural olarak, senedin tedavüle çıkarıldığında Kanunda öngörülen tüm unsurları (TTK m.671, m.776, m.780) ihtiva etmesi gerekir. Diğer taraftan kanun koyucu TTK m.680 hükmü ile unsurları tam olmayan bir kambiyo senedinin tedavüle çıkarılmasına olanak tanımıştır.¹⁶⁷ Bu kapsamda düzenleyenin eksik unsurların tamamlanması hususunda lehtara yetki vermiş olduğu karineten kabul edilir. Lehtar, kendisine tanınan yetki kapsamında senette eksik bırakılan yerleri tamamlayacaktır.¹⁶⁸ Söz konusu senetler "açık kambiyo senedi" olarak adlandırılmaktadır. Açık kambiyo senetleri de bir tedavül sözleşmesi aracılığıyla lehtara verilir. Fakat açık kambiyo senedi söz konusu olduğunda kambiyo sözleşmesinin yanı sıra, bir de taraflar arasında doldurma sözleşmesinin var olduğu kabul edilir. Lehtar, senedi bu sözleşmeye göre dolduracaktır.¹⁶⁹

Açık kambiyo senetlerinde, senedin sözleşmeye aykırı bir şekilde doldurulması TTK m.680'de düzenlenmektedir. Bu bağlamda "tedavüle çıkarılırken tamamen doldurulmamış bulunan bir poliçe, aradaki anlaşmalara aykırı bir şekilde doldurulursa, bu anlaşmalara uyulmadığı iddiası, hamile karşı ileri sürülemez; meğerki, hamil poliçeyi kötüniyetle iktisap etmiş veya iktisap sırasında

¹⁶⁶ ÇAMOĞLU, Def'iler, s.23.

¹⁶⁷ Anılan hüküm poliçelere ilişkindir ve TTK m.778/2-(f) ile m.818/1-(c) gereği bu hüküm bono ve çeklere de uygulanır.

¹⁶⁸ KENDİGELEN/KIRCA, s.184.

¹⁶⁹ ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.163.

kendisine ağır bir kusur isnadı mümkün bulunmuş olsun". Anılan hüküm uyarınca senedin anlaşmaya aykırı doldurulduğu def'inin şahsi def'i niteliğini haiz olduğu kabul edilmelidir.¹⁷⁰

Açık kambiyo senedinin, taraflar arasındaki doldurma sözleşmesine uygun olarak doldurulması gerekir. Eğer senet bu sözleşmeye aykırı doldurulmuşsa düzenleyen, açık kambiyo senedinin anlaşmaya aykırı doldurulduğu def'ini ileri sürmesi mümkündür.¹⁷¹ Bu def'i, sadece senedin anlaşmaya aykırı doldurulması nedeniyle aleyhine sonuçlar doğurduğu imza sahibi tarafından ileri sürülebilir. Ayrıca, Kanun da açık hükmü gereği, bu def'ini doldurma anlaşmasına taraf olmayan kimseye karşı ileri sürülmesi kural olarak mümkün değildir. Bunun istisnası senedin kötüniyetle veya ağır kusurla iktisap edilmesidir.¹⁷²

Öncelikle, senedin anlaşmaya aykırı doldurulması def'i, senedi düzenleyenle aralarındaki anlaşmaya aykırı olarak dolduran hâmile karşı ileri sürülebilecektir.¹⁷³ Bununla beraber, bu def'inin senedi iktisap ederken kötüniyeti veya ağır kusuru bulunan hâmile karşı da dermeyan edilmesi mümkündür. Kötüniyet ile kastedilen, hâmilin senedi devralırken senedin anlaşmaya aykırı doldurulduğunu bilmesidir. Bununla beraber, hâmil senedi iktisap ederken gerekli özeni göstermediği için düzenleyen ve lehtar arasındaki doldurma sözleşmesinden haberdar olmamış ve haberdar olmasına rağmen bu anlaşmayı görmezden gelerek senedi devralmışsa hâmilin ağır kusur söz konusu olacaktır.¹⁷⁴ Düzenleyen açığa imza atarak bir senet düzenlemişse, bu senedin anlaşmaya aykırı doldurulması riskini de üstlenmiş olur. Başka bir anlatımla düzenleyen, senedi anlaşmaya aykırı doldurulmaya elverişli bir şekilde tanzim ederek söz konusu hukukî görünümü kendisi yaratır. Bu durumda hukukî görünüme itimat teorisi uyarınca düzenleyen, senetle yaratılan hukukî görünüme güvenerek senedi iktisap eden iyiniyetli üçüncü kişiye karşı sorumlu olur.¹⁷⁵

Sonuç

Gerek doktrindeki hâkim görüş gerekse de Yargıtay tarafından benimsenen hukukî görünüme itimat teorisi, senede mündemiç hakkın doğumu için tedavül sözleşmesinin varlığını ararken; tedavül sözleşmesinin hükümsüz olduğu durum-

¹⁷⁰ POROY/TEKİNALP, s.100; YILMAZ, s.228; KENDİGELEN/KIRCA, s.184; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.163; SÖNMEZ, s.84. Söz konusu def'inin senetdeki taahhüdün geçersizliğine ilişkin def'i niteliğinde olduğu yönünde görüş için bkz.: DOMANIÇ, s.121.

¹⁷¹ SÖNMEZ, s.83.

¹⁷² TÜZEMEN ATİK Ebru: Açık Kambiyo Senetleri, B.3, Ankara 2021, s.263.

¹⁷³ TÜZEMEN ATİK, s.280.

¹⁷⁴ YILMAZ, s.228.

¹⁷⁵ TÜZEMEN ATİK, s.292.

larda, iyiniyetli üçüncü kişilerin senede dayanarak hak iktisap etmesine olanak tanır. Söz konusu teori, kambiyo senetlerinin tedavül senedi olmasından hareket eder. Bu kapsamda senedi düzenleyen, tanzim ettiği senedin başkalarına devredileceğinin bilincinde olarak hareket ettiği kabul edilir ve def'i dermeyanı imkânı sınırlandırılır.

TTK'da hukukî görünüşe itimat prensibinden açıkça bahsedilmese de Kanunun söz konusu prensip ile paralel düzenlemeler ihtiva ettiğine tesadüf edilmektedir. Kanunda emre ve hamiline yazılı senetlerde ileri sürülebilecek def'ilerin sınırlandırılmış olması ile kanun koyucunun senedin tedavül yetkisini arttırmayı hedeflediği söylenebilir. Bu bağlamda kanun koyucu borçlunun ileri sürebileceği def'ileri senetten anlaşılan def'iler, senetteki taahhüdün geçersizliğini ilişkin def'iler ve şahsi def'iler olarak belirlemiştir. Şahsi def'ilerin kime karşı ileri sürülebileceği Kanunda açıkça düzenlense de senetten anlaşılan def'iler ile senetteki taahhüdün geçersizliğini ilişkin def'iler için böyle bir düzenleme söz konusu değildir. Bu sebeple bu boşluğun hukukî görünüşe itimat prensibiyle doldurulması âdil bir çözüm sunacaktır.

Senet metninden anlaşılan def'ilerde hukukî görünüşe itimat teorisi uygulama alanı bulmaz. Zira burada def'i senet metninden anlaşılabilir bir durumdadır. Senedi devralan kimse, bu def'iyi görerek senedi devralmaktadır. Bu bağlamda senedi devralanın korunmaya değer menfaatinin bulunmamasından bahisle, bu def'i mutlak nitelikte olup herkese karşı ileri sürülebilecektir. Diğer taraftan şahsi def'iler ise nisbî etkili def'ilerdir. Şahsi def'ilerin üçüncü kişilere ileri sürülmesi ancak üçüncü kişilerin bilerek borçlu zararına hareket ettikleri durumlarda söz konusu olabilecektir. Anılan düzenleme, kanun koyucunun def'i sistemine yaklaşımı konusunda önemli bir ipucu vermektedir. Şöyle ki, kanun koyucu, alacaklı ile borçlu arasında doğrudan doğruya var olan ilişkiye dayanan def'ilerin dermeyan edilmesi hakkını sınırlamaktır ve bunun sınırını üçüncü kişinin kötüniyeti (bilerek borçlu zararına hareket) çizmektedir. O hâlde şahsi def'iler söz konusu olduğunda Kanunda benimsenen sistemin, hukukî görünüşe itimat prensibi ile aynı saikte olduğu ve aynı sonuca yöneldiği söylenebilir.

Senetteki taahhüdün geçersizliğine ilişkin def'ilerin, isnat def'ileri ve geçersizlik def'ileri olarak iki ayrı başlık altında incelenmesi gerekir. Isnat def'ilerinde senetteki imza borçluya isnat edilememektedir. Bu gibi durumlar, kreasyon ve sözleşme teorisi kapsamında senedin de hükümsüz olmasına neden olsa da hukukî görünüşe itimat teorisi uyarınca, senet geçerliliğini koruyacaktır. TTK'da imzaların bağımsızlığı ilkesinin benimsenmesi ile (m.677) sadece imza kendisine isnat edilemeyen kişi senet sebebiyle sorumlu tutulamayacak; fakat diğer kişiler senet sebebiyle borçlu olmaya devam edecektir. Bu kapsamda m.677'nin

hukukî görünüşe itimat teorisinin kanunî dayanağını teşkil ettiğini söylemek isabetli olacaktır. Diğer taraftan, kural isnat def'ilerinin imza kendisine isnat edilemeyen kimse tarafından herkese karşı ileri sürülmesi olsa da hukukî görünüşe itimat teorisi uyarınca bu hakkın sınırlanması da söz konusu olabilir. Örneğin ehliyetsizlik def'inin ileri sürülmesi TMK m.2 uyarınca dürüstlük kuralına aykırı ise veya imzanın zorla attırılması hâlinde borçlunun hareketsiz kalarak kendisine isnat edilebilir bir hukukî görünüm yaratması söz konusu ise isnat def'inin iyiniyetli üçüncü kişiye ileri sürülmesi mümkün değildir.

Son olarak, geçersizlik def'ilerinde hukukî görünümüne itimat teorisi doğrudan uygulama alanı bulacaktır. Şöyle ki, geçersizlik def'ileri tedavül sözleşmesinin hiç bulunmadığına veya bulunsa da geçersiz olduğuna yönelik def'ilerdir. Burada borçlunun iyiniyetli üçüncü kişilere bu def'iyi ileri sürmesi mümkün olmayacaktır. Başka bir ifade ile burada iyiniyetli üçüncü kişilerin hukukî görünümüne güvenleri korunacaktır. Örneğin senedin düzenleyen rızası hilafına elden çıkması veya senet düzenlenirken iradenin fesada uğraması durumunda, borçlunun menfi tespit veya istirdat davası açarak derhâl senedin bedelsizliğini ileri sürmesi gerekir. Diğer taraftan gerekli tedbirleri almayarak hareketsiz kalan düzenleyen, artık yarattığı hukukî görünüm doğruymuş gibi muamele görmesi gerekir ve geçersizlik def'ini ileri sürmesi mümkün olmaz.

Kısaltmalar Cetveli

B. : Baskı

BGB : Bürgerliches Gesetzbuch

BGE : Bundesgerichtsentscheide

C : Cilt

E. : Esas

H.D. : Hukuk Dairesi

K. : Karar

m. : madde

N. : Paragraf

OR : Obligationenrecht

s. : Sayfa

S. : Sayı

T. : Tarih

TBK : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

TTK : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

vd. : ve devamı

vs. : ve saire

ZGB : Schweizerisches Zivilgesetzbuch

Kaynakça

- AYHAN Rıza/ÇAĞLAR Hayrettin/ÖZDAMAR Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, B.15, Ankara 2022.
- CANARIS Claus Wilhelm: Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, Münih 1971.
- ÇAMOĞLU Ersin: Kıymetli Evrak Hukukunun Temel İlkeleri, B.1, İstanbul 2020.
- ÇAMOĞLU Ersin: Kambiyo Senetlerinde Def'iler, BATİDER, C.35, S.2.
- DOMANIÇ, Hayri: Kıymetli Evrak Hukuku, B.2, İstanbul 1975.
- DRESCHER Ingo/FLEISCHER Holger/SCHMIDT Karsten: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, B.4, Münih 2019.
- EREN Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.26, Ankara 2021.
- FIKENTSCHER Wolfgang/HEINEMANN Andreas: Schuldrecht: Der Besondere Teil des Schuldrechts, B.12, Berlin 2022.
- GÖKTÜRK Kürşat: Kambiyo Senetlerinde Şahsi Defiler, B.1, Ankara 2022.
- GUHL Theo: Das schweizerische Obligationenrecht, B.9, Zürih 2000.
- GURSKY Karl Heinz: Wertpapierrecht, B.3, Heidelberg 2007.
- HERBERGER Maximilian/MARTINEK Michael/RUßMANN Halmut/WETH Stephan: juris Praxis Kommentar BGB, B.10, 2023.
- HİRŞ Ernst: Ticaret Hukuku Dersleri, B.3, İstanbul 1948.
- HOPT Klaus/SEIBT Christoph: Schuldsverschreibungsrecht, B.2, Köln 2022.
- İMREGÜN Oğuz: Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 1998.
- JOOTZ Detlev/STROHN Lutz: Handelsgesetzbuch, B.4, Münih 2020.
- KENDİGELEN Abuzer/KIRCA İsmail: Kıymetli Evrak Hukuku, B.7, İstanbul 2023.
- KINACIOĞLU Naci: Kıymetli Evrak Hukuku, B.5, Ankara 1999.
- KNEISEL Katharina: Rechtsscheinhaftung im BGB und HGB, Juristische Arbeitsblätter, S.337, s.339-341.
- KUNTZE Johannes Emil: Die Lehre von den Inhaberpapieren, Leipzig 1857.
- ODMAN BOZTOSUN Ayşe: Kambiyo Senetlerinde Teminat Kaydı, Legal Hukuk Dergisi, C.5, S.3, 1487-1499.
- ÖZDAMAR Mehmet/GÖKTÜRK Kürşat/CAN Mehmet Çelebi/KAŞAK Esra: Kıymetli Evrak Hukuku, B.4, Ankara 2023.
- ÖZTAN Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, B.24, Ankara 2022.
- POROY Reha/TEKİNALP Ünal: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, B.24, İstanbul 2021.
- PULAŞLI Hasan: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, B.10, Ankara 2023.
- SÄCKER Franz Jürgen/RIXECKER Roland/OETKER Hartmut/LIMPERG Bettina: Münchener Kommentar zum BGB, B.9, Münih 2021.

- SARIKAYA Merve: Teminat Senetlerinden Kaynaklanan Menfi Tespit Davalarında Görevli Mahkemeye İlişkin Yargıtay Uygulamasının Değerlendirilmesi, *BATİDER*, C.35, S.1, 215-240.
- SEROZAN Rona: Medeni Hukuk Genel Bölüm ve Kişiler Hukuku, B.9, İstanbul 2023.
- SÖNMEZ Numan Sabit: Kambiyo Senetlerinde Şahsi Defiler, B.1, İstanbul 2019.
- STEIMLE Volker/DORNEIDEN Guido: Steimle/Dornieden in Röhricht/Graf von Westphalen/Haas/Mock/Wöstmann Handelsgesetzbuch, B.6, Köln 2023.
- TÜZEMEN ATİK Ebru: Açık Kambiyo Senetleri, B.3, Ankara 2021.
- ULMER Eugen: Das Recht der Wertpapiere, Stuttgart 1938.
- ULMER Eugen: Einwendungsausschluß im Einheitlichen Wechselgesetz, Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974.
- ÜLGEN Hüseyin/HELVACI Mehmet/KAYA Arslan/NOMER ERTAN Füsun: Kıymetli Evrak Hukuku, B.14, İstanbul 2021.
- WEBER Klaus: Rechtswörterbuch, B.24, Münih 2022.
- WILHEMI Rüdiger: Erman BGB Kommentar: Vorbemerkung vor §793, B.17, Köln 2023.
- YILMAZ Lerzan: Kambiyo Senetlerinde Def'iler, B.1, İstanbul 2007.

Eşler Arasında Yapılan Ölüncüye Kadar Bakma Sözleşmesinin Muvazaalı Olup Olmadığının Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi

Evaluation of Whether the Lifetime Maintenance Agreements between Spouses is Collusive or not in the Light of Judicial Decisions

Arş. Gör. Bengisu ÖNDER SÜYEN ⁽¹⁾

Öz:

Günümüzde ölüncüye kadar bakma sözleşmelerinin, tarafların gerçekte yapmak istedikleri hukukî işlemi gizlemek ve üçüncü kişileri aldatmak amacıyla muvazaalı olarak düzenlendiği sıklıkla görülmektedir. Sözleşmenin muvazaalı olduğu iddiasıyla yargı kararlarına konu olan hâllerden biri, eşler arasında yapılan ölüncüye kadar bakma sözleşmeleridir. Bu durumda bakım alacaklısı eş, ölüncüye kadar bakma sözleşmesi yaparak aslında bağışlamak niyetinde olduğu malvarlığı değerlerini, bir ivaz karşılığında bakım borçlusunu eşe devrettiğine yönelik bir görünüm yaratmaktadır. Ölüncüye kadar bakma sözleşmesinin yapılması için bakım alacaklısının özel bakım ihtiyacı içinde bulunması gerekmektedir. Buna karşılık, önüne gelen uyumsuzluklarda Yargıtay, sözleşmenin eşler arasında yapılması durumunda, muvazaanın tespiti için bakım alacaklısı eşin özel bakım ihtiyacı içinde bulunup bulunmadığını öncelikli olarak göz önünde bulundurmaktadır. Eşler arasında yapılan ölüncüye kadar bakma sözleşmelerinin muvazaalı olup olmadığının tespiti için tarafların gerçek iradeleri araştırılmalı ve üçüncü kişileri aldatma kastı dışında başka bir amaçla hareket edip etmedikleri her somut olay için ayrıca incelenmelidir.

Anahtar Kelimeler:

Ölüncüye Kadar Bakma Sözleşmesi, Muvazaa, Nispi Muvazaa, Bakma ve Gözetme Yükümlülüğü, Özel Bakım İhtiyacı.

Abstract:

Nowadays, it is frequently seen that lifetime maintenance agreements are arranged with collusion in order to conceal the legal transaction that the parties actually intend to perform and to deceive third parties. One of the cases, that are subject to judicial decisions with the claim that the contract is collusion, is the lifetime maintenance agreements between the spouses. In this case, the spouse, who is the maintenance creditor, creates the appearance of transferring the assets that he/she actually intends to donate to the care debtor spouse in return for a consideration, by making a lifetime maintenance agreement. The care creditor does not need to be in need of special care in order to conclude this agreement. On the other hand, in the disputes before it, if the contract concluded between spouses,

⁽¹⁾ Başkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi, Ankara - Türkiye,

E-posta: bengisuonder@baskent.edu.tr; Orcid No: <https://orcid.org/0000-0001-5664-8947>.

Makale Geliş Tarihi: 11.09.2023 - Makale Kabul Tarihi: 04.12.2023.

the Court of Appeal primarily considers whether the spouse is in need of special care or not, for the determination of collusion. In order to determine whether the lifetime maintenance agreements between the spouses are collusive, the real will of the parties should be investigated and whether they acted for any other purpose other than the intention to deceive third parties should be examined separately for each concrete case.

Keywords:

Lifetime Maintenance Agreement, Collusion, Relative Collusion, Obligation to Care and Protect, Need for Special Care.

Giriş

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, sosyal güvencesi bulunmayan, yaşının ileri olması ya da yaşadığı sağlık sorunları nedeniyle kendi ihtiyaçlarını karşılamakta zorlanan ve hayatının geri kalanını güvence altına almak isteyen kimseler tarafından yapılan hukukî bir işlemdir. Böylelikle, bakım ve gözetim ihtiyacı duyan kişiler, hayatlarının geri kalanını hem manevî hem de maddî destek görerek geçirmekte, buna karşılık bakım borcunu üstlenen kimseler de kendilerine ekonomik bir menfaat sağlamış olmaktadır.

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin bazı durumlarda mirasbırakan tarafından mirasçılardan mal kaçırma amacıyla yapıldığı görülmekte, sözleşmenin muvazaalı olduğuna ilişkin birçok yargı kararı bulunmaktadır. Sözleşmenin muvazaalı olup olmadığı hususunda çıkan uyuşmazlıklardan birine de eşler arasında yapılan ölünceye kadar bakma sözleşmelerinde rastlanmaktadır. Her ne kadar ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacaklısının özel bakım ihtiyacı içinde bulunması gerekmemekte ise de, yargı kararlarında, eşler arasında düzenlenen sözleşmenin muvazaalı olup olmadığının tespitinde bu ölçüt göz önünde bulundurulmaktadır. Böylelikle Yargıtay, özel bakım ihtiyacı içinde bulunmayan bir kimsenin eşiyle aralarında düzenledikleri ölünceye kadar bakma sözleşmesinin, gerçekte temlik amacı taşımadığını kabul ederek bu işlemin muvazaalı olduğuna yönelik fiili bir karine getirmektedir.

Çalışmamızda, öncelikle ölünceye kadar bakma sözleşmesi genel hatlarıyla açıklanmış olup muvazaalı konusunu üzerinde durulmuştur. Daha sonra, evlilik birliğinden doğan bakım yükümlülüğü de göz önünde bulundurularak eşler arasında yapılan ölünceye kadar bakma sözleşmelerinin muvazaalı olup olmadığı, üçüncü kişileri aldatmak dışında başka hangi saiklerle yapılabileceği yargı kararları ışığında ele alınmıştır.

I. Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi

A. Tanımı ve Hukuki Niteliği

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun 611 ve 619. maddeleri arasında düzenlenmiştir. TBK m.611/I hükmü uyarınca, "*bakım borçlusunun bakım alacaklısını ölünceye kadar bakıp gözetmeyi, bakım alacaklısının*

da bir malvarlığını ya da bazı malvarlığı değerlerini ona devretme borcunu üstlendiği sözleşme” ölünceye kadar bakma sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Kanundaki tanımdan da anlaşıldığı üzere, ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile bakım borçlusu, bakım alacaklısına yaşamı boyunca bakıp gözetme borcunu üstlenmekte, buna karşılık bakım alacaklısı da ona malvarlığının tamamını ya da bir kısmını devretme borcu altına girmektedir.

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi ivazlı bir nitelik taşımaktadır.¹ Sözleşmenin tarafları, birbirlerine karşı bir edim ifa etme yükümlülüğü üstlenmektedirler. Tarafların borçlandıkları bu edimler birbirinin karşılığını oluşturmaktadır. Sözleşmenin borçlar hukuku nitelikli olanında bakım alacaklısı, yaşamı boyunca bakılıp gözetilmesinin karşılığında bakım borçlusuna malvarlığının tamamını veya bir kısmını devretme borcu altına girmektedir. Miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesine ise bakım alacaklısı, bakılıp gözetilmesinin karşılığı olarak bakım borçlusunu mirasçı olarak atamakta ya da ona bir mal vasiyet etmektedir. Sözleşmenin ivazlı olması, tarafların üstlendikleri edimlerinin birbiri ile eşit olması gerektiği anlamına gelmemektedir.² Örneğin, bakım alacaklısının karşı tarafa devrettiği malvarlığı ile bakım borçlusunun üstlendiği bakımın içeriği değer yönünden kıyaslandığında biri diğerinin altında kalıyor olabilir. Nitekim, TBK m.616/I’de yer alan “Tarafların edimleri arasında önemli ölçüde oransızlık bulunur ve fazla alan taraf kendisine başta bulunulma amacı güdüldüğünü ispat edemezse” ifadesinden bu durum açıkça anlaşılmaktadır. Edimlerin eşit olmadığı durumda, karma ölünceye kadar bakma sözleşmesi söz konusu olur ve sözleşmeye TBK m.611 vd. hükümleri uygulanır.³ Buna karşılık, taraflardan biri edimini karşılıksız olarak yerine getirmeyi üstlenirse, ölünceye kadar bakma sözleşmesinin değil bir başış sözleşmesinin varlığından bahsedilir.⁴

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen (synallagmatik) bir sözleşmedir.⁵ Zira, her iki tarafın da üstlendiği edim, diğer tarafın

¹ **Özkaya, Eraslan:** Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, Ankara 2007, s.35; **Tunçomağ, Kenan:** Ölünceye Kadar Bakma Akdi, Ankara 1959, s.25; **Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2022, N.2810; **Şahin, Turan:** Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, Ankara 2019, s.35-36; **Akipek Öcal, Şebnem:** Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, Sa.1, 2018, s.85; **Akartepe, Alpaslan:** Türk Hukukuna Göre Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, İstanbul 2005, s.24 vd.; **Uygur, Turgut:** Açıklamalı- İhtihatlî Borçlar Kanunu Özel Borç İlişkileri, Yedinci Cilt, Ankara 1991, s.403.

² **Şahin,** s.36; **Akipek Öcal,** s.85.

³ **Eren** (Borçlar Özel), N.2810; **Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak:** Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 18. Baskı, İstanbul 2022, s.882; **Akipek Öcal,** s.85.

⁴ **Tunçomağ** (Ölünceye Kadar Bakma), s.26; **Eren** (Borçlar Özel), N.2810; **Şahin,** s.35; **Akipek Öcal,** s.85; **Akgün, M. Zerrin:** Ölünceye Kadar Bakma Akdi, Adalet Dergisi, C.44, Sa.8, 1953, s.822; **Önder, Akil:** Ölünceye Kadar Bakma Akdi, Adalet Dergisi, C.40, Sa.: 7, 1949, s.996.

⁵ **Tunçomağ** (Ölünceye Kadar Bakma), s.30; **Özkaya,** s.35; **Eren** (Borçlar Özel), N.2809; **Şahin,** s.33; **Yavuz/Acar/Özen,** s.879; **Akgün,** s.822; **Önder,** s.996; **Akartepe,** s.28.

ediminin karşılığını ve sebebini oluşturmaktadır. Bu sözleşme ile tarafların bakıp gözetme edimi ile malvarlığı değerinin devri edimleri birbiriyle değiştirilmektedir.⁶ Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, borçlar hukuku ve miras hukuku nitelikli olmak üzere iki etkiye sahiptir. Miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesinde, bakım alacaklısının borcu malvarlığı değerini sağlararası bir tasarrufla devretmek değil sözleşmenin kurulması ile birlikte bakım borçlusunu mirasçı olarak atamaktır. Bundan dolayı doktrinde,⁷ miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesinin, her ne kadar ivazlı da olsa, TBK m.97 kapsamında iki tarafa borç yükleyen bir nitelik taşımadığı kabul edilmektedir. Sözleşmenin bu türünde bakım alacaklısı, bakım borçlusunu mirasçı olarak atamakla edimini ifa etmiş bulunmaktadır.⁸

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin kurulması için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı yeterli olduğu için bu sözleşme, rızai sözleşme niteliğindedir.⁹ Diğer bir anlatımla, bakım alacaklısı ve bakım borçlusunun karşılıklı edimler içeren ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapma hususunda rızalarının bulunması, sözleşmenin kurulması için yeterlidir.

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin kendine özgü niteliklerinden biri, bakma ve gözetme ediminin bakım alacaklısının hayatı boyunca devam etmesidir. Bu nedenle sözleşme, bakım borçlusunun edimi bakımından sürekli bir nitelik taşımaktadır.¹⁰ Sözleşmenin niteliği gereği, bakım alacaklısının yaşadığı süre boyunca değil sadece belirli bir süre bakılmasına ilişkin sözleşme, ölünceye kadar bakma sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Buna karşılık, bir malvarlığı değerini devretme borcu altına giren bakım alacaklısının borcu, ani edimli bir borç niteliğindedir.¹¹

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin bazı açılardan şans ve rastlantıya bağlı olduğu kabul edilmektedir.¹² Şöyle ki, bakım borçlusunun edimi, bakım alacaklı-

⁶ Şahin, s.33; Eren (Borçlar Özel), N.2809; Akartepe, s.28-29.

⁷ Şahin, s.33-34; Tunçomağ (Ölünceye Kadar Bakma), s.25.

⁸ Tunçomağ (Ölünceye Kadar Bakma), s.25; Şahin, s.34; Özkaya, s.36.

⁹ Eren (Borçlar Özel), N.2811; Şahin, s.37; Akipek Öcal, s.85; Akartepe, s.29.

¹⁰ Tunçomağ (Ölünceye Kadar Bakma), s.26-27; Eren (Borçlar Özel), N.2812; Şahin, s.39; Özkaya, s.37; Akartepe, s.32.

¹¹ Eren (Borçlar Özel), N.2812; Özkaya, s.37; Akartepe, s.32.

¹² Uygur, s.403; Akartepe, s.31; Yavuz/Acar/Özen, s.879-880. Yarg.1.HD. T.12.4.2023 E.2022/6048 K.2023/2235: "Ölünceye kadar bakıp gözetme sözleşmesi basitçe, taraflarına karşılıklı hak ve borçlar yükleyen, bazı yönleri itibarıyla talih ve tesadüfe ayrıca şekle bağlı bir sözleşme olarak tanımlanabilir." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.07.07.2023). Ölünceye kadar bakma sözleşmesi yer itibarıyla, Türk Borçlar Kanunu'nda "kumar ve bahis" başlıklı bölümün hemen sonrasında hükme bağlanmıştır. Bunun sebebi, ölünceye kadar bakma sözleşmesinin bazı yönleriyle şans ve rastlantıya bağlı nitelik taşımasıdır. Ancak esas itibarıyla ölünceye kadar bakma sözleşmesi, kumar ve bahis sözleşmelerinden oldukça farklıdır. Ölünceye kadar bakma

sının yaşamı boyunca onu gözetmektir. Yani, bakım borçlusunun bakma ediminin süresi, bakım alacaklısının ölümüne kadar devam etmektedir. Bu yönüyle, bakım borçlusu açısından sözleşmenin süresi şans ve rastlantıya bağlıdır.¹³ Sözleşmenin yapıldığı tarihte bakım alacaklısının ne kadar yaşayacağı önceden tam olarak bilinmeyeceği için sözleşme, uzun süreli olabileceği gibi kısa süreli de olabilir. Ayrıca, bakım borçlusu için sözleşmenin kapsamı da şans ve rastlantıya bağlıdır.¹⁴ Nitekim, bakım alacaklısının bakıldığı süredeki ihtiyaçlarının önceden kesin olarak saptanabilmesi mümkün değildir. Bakım borçlusu, yaşam süresine de bağlı olarak zahmetli, uzun ve masraflı bir tedaviye ihtiyaç duyabileceği gibi, böyle bir ihtiyaç içine hiç de girmeyebilir.

Sonuç olarak, yukarıda sayılan bütün özellikleri içerecek şekilde, ölüncüye kadar bakma sözleşmesinin, tam iki tarafa borç yükleyen, rızai, bakım borçlusu açısından sürekli borç doğuran, bazı yönleriyle şans ve rastlantıya bağlı bulunan bir sözleşme olarak nitelendirilmesi mümkündür.

B. Türleri

1. Genel Olarak

Ölüncüye kadar bakma sözleşmesinin, bakım borçlusunun elde ettiği karşılığa göre iki farklı türde yapılması mümkündür. Türk Borçlar Kanunu'nda ölüncüye kadar bakma sözleşmesinin çeşitlerine ilişkin açık bir düzenleme yer almakla birlikte, kanun koyucunun ifadesinden bu sözleşmenin, borçlar hukuku ve miras hukuku nitelikli iki türünün bulunduğu anlaşılmaktadır. Zira, TBK m.611/II hükmünde, ölüncüye kadar bakma sözleşmesinin miras sözleşmesi şeklinde yapılması hâli düzenlenmiştir.

Bakım alacaklısının, yapılan sözleşme uyarınca edimini ölüme bağlı tasarrufla yerine getirdiği hâllerde miras hukuku; sağlararası bir tasarrufla ifa ettiği hâllerde ise borçlar hukuku nitelikli ölüncüye kadar bakma sözleşmesi söz konusu olur.¹⁵

sözleşmesi, kumar ve bahisten farklı olarak kazanç elde etme ve eğlence amacı taşımamaktadır. Ayrıca, ölüncüye kadar bakma sözleşmesinden doğan alacak hakkının takip edilmesi ve davaya konu edilmesi mümkündür. Taraflardan birinin edimini yerine getirmemesi durumunda sözleşmenin feshinin yanı sıra edimin yerine getirilmesi dava ve icra takibi aracılığıyla talep edilebilir. Bkz. **Özkaya**, s.38; **Tekdoğan, Aydın**: Ölüncüye Kadar Bakma Sözleşmesi, Terazi Hukuk Dergisi, C.14, Sa.155, 2019, s.1425.

¹³ **Eren** (Borçlar Özel), N.2813; **Şahin**, s.38; **Yavuz/Acar/Özen**, s.879-880; **Özkaya**, s.37; **Tunçomağ** (Ölüncüye Kadar Bakma), s.27; **Akartepe**, s.31.

¹⁴ **Şahin**, s.38; **Yavuz/Acar/Özen**, s.879-880; **Özkaya**, s.37; **Tunçomağ** (Ölüncüye Kadar Bakma), s.27; **Akartepe**, s.31.

¹⁵ **Şahin**, s.30 vd. Bakım alacaklısının devir borcunu sağlığında yerine getirip getirmemesinin ölçü olarak alınmasının doğru olmadığına ilişkin görüş için bkz. **Tunçomağ, Kenan**: Türk Borçlar Hukuku C.II Özel Borç İlişkileri, Üçüncü Bası, İstanbul 1977, s.1180; **Akartepe**, s.19.

2. Borçlar Hukuku Nitelikli Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi

Bakım alacaklısının, bakma ve gözetme edimleri karşılığında bakım borçlusuna olan edimini sağlararası bir tasarrufla yerine getirmeyi üstlendiği sözleşme, borçlar hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesi olarak adlandırılır.¹⁶ Yapılan sözleşme ile bakım alacaklısı, edimini sağlığında yerine getirmeyi taahhüt etmekte, bakım borçlusunun kendisine bakması karşılığında malvarlığının bir kısmını veya tamamını ona devretmeyi üstlenmektedir. Bakım alacaklısının, edimini ölüme bağlı tasarrufla yerine getirmediği her ölünceye kadar bakma sözleşmesi, borçlar hukuku niteliklidir ve Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tâbidir.¹⁷ Bununla birlikte, TBK m.612'de ölünceye kadar bakma sözleşmesinin miras sözleşmesi şeklinde düzenlenmesi gerektiği kabul edildiğinden, ölünceye kadar bakma sözleşmesinin bu türü de şekil bakımından miras hukuku hükümlerine tabidir.¹⁸ Diğer bir anlatımla, borçlar hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesi, şekil kuralları bakımından miras sözleşmesine ilişkin hükümlere, sözleşmenin ifası, tarafların hak ve yükümlülükleri, irade bozukluğu gibi geçerlilik şekli dışında kalan konularda ise Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tâbidir.

Sözleşmenin bu türünde bakım borçlusu, bakım alacaklısının ölümünü beklemesine gerek olmaksızın sözleşmeden doğan hakkını derhâl kazandığı için daha avantajlı konumda iken; bakım alacaklısı, bakım borçlusu henüz edimini gerçekleştirmeden sözleşmenin düzenlenmesinden hemen sonra kendi borcunu yerine getirdiği için daha güçsüz bir konumdadır.¹⁹

3. Miras Hukuku Nitelikli Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi

Bakım alacaklısının edimini ölüme bağlı bir tasarrufla yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeye, miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesi denir.²⁰ TBK m.611/II hükmü uyarınca, "*Bakım borçlusu, bakım alacaklısı tarafından mirasçı atanmışsa, ölünceye kadar bakma sözleşmesine miras sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanır.*" Bakım alacaklısı, yaşamı boyunca bakım borçlusu tarafından bakılıp gözetilmesine karşılık olarak onu mirasçı olarak atamaktadır. Miras hukukunda bu sözleşmeler, olumlu (ivazlı) miras sözleşmesi olarak nite-

¹⁶ Özkaya, s.26; Eren (Borçlar Özel), N.2807; Akipek Öcal, s.86. Sözleşmenin bu türü, "*ale/alede (olağan) ölünceye kadar bakma sözleşmesi*" olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. Tunçomağ (Ölünceye Kadar Bakma), s.23; Tunçomağ (Özel Borç), s.1182; Akartepe, s.19-20; Uygur, s.395.

¹⁷ Tunçomağ (Ölünceye Kadar Bakma), s.30; Akartepe, s.19.

¹⁸ Şahin, s.31; Akipek Öcal, s.86; Akartepe, s.20.

¹⁹ Akipek Öcal, s.86; Tekdoğan, s.1425.

²⁰ Eren (Borçlar Özel), N.2807; Şahin, s.31; Yavuz/Acar/Özen, s.880; Tunçomağ (Ölünceye Kadar Bakma), s.28-29; Akartepe, s.20; Uygur, s.395.

lendirilmektedir.²¹ Bu tür sözleşmeler hem şekil hem de esas yönünden miras hukuku hükümlerine tabidir.²²

Her ne kadar kanun koyucu, TBK m.611/II'de “*mirasçı atamışsa*” ifadesini kullanmış ise de, doktrinde bu ifadenin geniş yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir.²³ Zira bakım alacaklısı, bakım borçlusunu mirasçı atamak yerine belirli bir malımı vasiyet etmek suretiyle onu vasiyet alacaklısı olarak da atayabilir.²⁴ Aynı şekilde, bakım alacaklısının bakım borçlusu lehine mirastan feragat etmesi de mümkündür.²⁵ Bu hallerde, bakım alacaklısı bakım borçlusunu mirasçı olarak atamış olmasa da ölüme bağlı bir tasarrufla onun lehine bir kazandırmada bulunmaktadır.

Bakım alacaklısı ile bakım borçlusu arasında yapılan bu sözleşmenin, miras sözleşmesi şeklinde yapılması gerekmektedir. Bunun dışında başka bir şekilde ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile bakım alacaklısının bakım borçlusunu mirasçı olarak ataması mümkün değildir. Miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesinde tarafların ehliyeti, sözleşmenin şekli ve içeriği konularında miras hukukuna ilişkin hükümler uygulanmakla birlikte, miras hukuku hükümlerine uygun düştüğü ölçüde Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması da mümkündür.²⁶

Borçlar hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesinden farklı olarak sözleşmenin bu türünde, bakım alacaklısının ne kadar yaşayacağı ve nasıl bir bakıma ihtiyaç duyacağı önceden belli olmadığından, bakım borçlusu risk üstlenmektedir.²⁷

C. Sözleşmenin Tarafları ve Şekli

1. Sözleşmenin Tarafları ve Tarafların Ehliyeti

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin tarafları, bakım alacaklısı ve bakım borçlusudur. Bakım alacaklısı, kendisine sunulan bakım ve gözetim edimleri karşılığında, malvarlığı değerlerinin tamamını ya da bazılarını bakım borçlusuna devretme borcu altına giren taraftır. Sözleşmenin konusunu bakım alacaklısının bakılıp gözetilmesi oluşturduğu için bakım alacaklısının mutlaka gerçek kişi olması

²¹ Akartepe, s.21. TMK m.527/I hükmüne göre mirasçı atama ya da belirli mal vasiyeti bırakma halleri, olumlu miras sözleşmesinin konusu oluşturmaktadır. Bkz. İnan/Ertaş/Albaş, N.823.

²² Özkaya, s.29; Şahin, s.32.

²³ Şahin, s.31; Özkaya, s.29; Tunçomağ (Ölünceye Kadar Bakma), s.29; Akartepe, s.22; Uygur, s.395.

²⁴ Şahin, s.31; Özkaya, s.29; Akartepe, s.22; Uygur, s.395.

²⁵ Şahin, s.31; Özkaya, s.29; Akartepe, s.22.

²⁶ Şahin, s.32; Özkaya, s.40; Tunçomağ (Ölünceye Kadar Bakma), s.30.

²⁷ Akipek Öcal, s.87; Tekdoğan, s.1426.

gerekmektedir.²⁸ Zira sadece gerçek kişiler bakımından bakıp gözetme edimleri söz konusu olabilir. Ayrıca, TBK m.611/II'de bakım borçlusunun mirasçı olarak atanabileceği belirtilmiştir. Sadece gerçek kişilerin mirasbırakan sıfatını taşıyabileceği göz önünde bulundurulduğunda, bakım alacaklısının gerçek kişi olması gerektiği anlaşılmaktadır. Bakım alacaklısı birden fazla kişi olabilir. Bakım alacaklılarından birinin ölmesi halinde bakım borçlusunun bakım edimi hafiflemekle birlikte sözleşme, diğer bakım alacaklısının yaşamı boyunca devam eder.²⁹ Taraflar, ölüncüye kadar bakma sözleşmesinde bakma ve gözetme edimlerine karşı malvarlığını devredecek olan kişi dışında üçüncü bir kişiyi bakım alacaklısı olarak belirleyebilirler. Böyle bir durumda üçüncü kişi yararına sözleşme söz konusu olur.³⁰

Borçlar hukuku nitelikli ölüncüye kadar bakma sözleşmesinde ehliyet bakımından bakım alacaklısı ve bakım borçlusu için aynı esaslar geçerlidir. Sınırlı ehliyetsizler, yasal temsilcilerinin rızasıyla bu sözleşmeyi yapabilirler. Vesayet altındaki kişilerin ölüncüye kadar bakma sözleşmesi yapmaları, TMK m.463/I-4 hükmüne göre, vesayet makamının izninden sonra denetim makamının iznine tâbi tutulmuştur. Miras hukuku nitelikli ölüncüye kadar bakma sözleşmesi ise miras sözleşmesine ilişkin şekil şartlarına tâbi olduğundan, bakım alacaklısının miras sözleşmesi yapabilecek ehliyetinde olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, TMK m.503 hükmü uyarınca, ayırt etme gücüne sahip, ergin ve kısıtlı olmayan kimse bu sözleşmeye bakım alacaklısı sıfatıyla taraf olabilirler.

Bakım borçlusu, bakım alacaklısına karşı ölüncüye kadar bakıp gözetme edimlerini yüklenen taraftır. Bakım borçlusu, gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir.³¹ Sözleşmenin "*Devletçe tanınmış bir bakım kurumu tarafından yetkili makamların belirlediği koşullara uyularak*" yapılmasının düzenlendiği TBK m.612/II hükümden de bu durum açıkça anlaşılmaktadır. Sözleşmede birden fazla bakım borçlusunun bulunması mümkündür.³² Borçlular birlikte bakım taahhüdünde bulunmaları durumunda, bakım alacaklısına karşı müteselsilen sorumlu olurlar.³³

²⁸ Eren (Borçlar Özel), N.2820; Şahin, s.44; Yavuz/Acar/Özen, s.880; Özkaya, s.42; Tunçomağ (Ölüncüye Kadar Bakma), s.45-46; Tunçomağ (Özel Borç), s.1187; Akipek Öcal, s.87; Tekdoğan, s.1426; Akartepe, s.34; Uygur, s.397.

²⁹ Şahin, s.47; Akartepe, s.40; Özkaya, s.46.

³⁰ Yavuz/Acar/Özen, s.880; Şahin, s.47; Akipek Öcal, s.87; Özkaya, s.47; Eren (Borçlar Özel), N.2820; Akartepe, s.40.

³¹ Eren (Borçlar Özel), N.2820; Şahin, s.49; Yavuz/Acar/Özen, s.880; Özkaya, s.50; Tunçomağ (Ölüncüye Kadar Bakma), s.52; Tunçomağ (Özel Borç), s.1194; Akipek Öcal, s.87; Tekdoğan, s.1426; Akartepe, s.41; Uygur, s.397.

³² Şahin, s.51; Özkaya, s.51; Akartepe, s.43.

³³ Şahin, s.51; Tekdoğan, s.1426; Özkaya, s.51; Akartepe, s.43.

Ayrırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların bakım borçlusu sıfatıyla sözleşmeye taraf olmalarında herhangi bir hukukî engel bulunmamakla birlikte, bu duruma uygulamada sıklıkla rastlanmamaktadır.³⁴ Sınırlı ehliyetsizler, yasal temsilcilerinin rızasını alarak bakım borçlusu sıfatıyla her iki sözleşme türüne de taraf olabilirler. Sınırlı ehliyetsiz vesayet altındaysa, 463/1, 4 hükmü gereği vesayet ve denetim makamının izni gerekir.

2. Sözleşmenin Şekli

TBK m.612/I hükmü ile ölünceye kadar bakma sözleşmesinin miras sözleşmesi şeklinde yapılması gerektiğine ilişkin özel bir şekil şartı getirilmiştir. Geçerlilik şartı niteliğindeki bu şekil şartı hem borçlar hukuku nitelikli hem de miras hukuku nitelikli sözleşmeler için geçerlidir.³⁵ Miras sözleşmesinin geçerlilik şekli ise TMK m.545/I'de resmi vasiyetname olarak belirtilmiştir. Dolayısıyla ölünceye kadar bakma sözleşmesi, resmî şekil şartına tâbi bir sözleşmedir.³⁶

TBK m.612/II hükmünde, bakım borçlusunun Devlet tarafından tanınmış bir kurum olduğu hâllerde, yetkili makam tarafından belirlenen şartlara uygun olarak yapılan ölünceye kadar bakma sözleşmesinin geçerli olması için adi yazılı şekilde yapılmasının yeterli olduğu kabul edilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, adi yazılı şeklin kabul edildiği bu istisna, sadece borçlar hukukuna tâbi ölünceye kadar bakma sözleşmesi bakımından geçerlidir.³⁷ Sözleşme miras hukuku nitelikliyse, devletçe tanınmış bir kurum ile yapılmış olsa bile resmî şekilde yapılmadıkça sözleşme geçerli olmaz.

II. Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinde Muvazaa

A. Genel Olarak Muvazaa Kavramı

Türk Borçlar Kanunu m.19 hükmü uyarınca, “*Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.*” Kanun koyucu, bu madde ile muvazaa kavramının tanımına ve unsurlarına yer vermemiş, dolaylı olarak sonuçlarını düzenleyen bir

³⁴ Akartepe, s.41; Tunçomağ (Ölünceye Kadar Bakma), s.53.

³⁵ Eren (Borçlar Özel), N.2822; Berki, Şakir: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 1973, s.247; Akipek Öcal, s.88; Önder, s.996; Özkaya, s.54-55; Akartepe, s.46.

³⁶ Yarg.7.HD. T.16.3.2023 E.2022/59 K.2023/1542: “*Kaynağını Borçlar Kanunu'nun 611 ve devamı maddelerinden alan ölünceye kadar bakım sözleşmeleri, anılan Kanun'un 612 ve Türk Medeni Kanunu'nun 545. maddeleri gereğince resmi şekilde düzenlenmelidir. Resmi şekilde düzenlenmeyen ölünceye kadar bakım sözleşmelerine değer verilerek tapu iptali ve tescil hükmü kurulması mümkün değildir.*” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.12.07.2023).

³⁷ Özkaya, s.27; Tekdoğan, s.1427; Tunçomağ (Özel Borç), s.1197.

hüküm getirmiştir. Söz konusu eksiklik, doktrin ve yargı kararları aracılığı ile doldurulmuştur. Doktrinde muvazaa, tarafların iradeleri ile beyanları arasında bile rek ve isteyerek meydana getirdikleri uyumsuzluk hâli olarak tanımlanmaktadır.³⁸ Daha kapsamlı bir tanımlamayla muvazaa, tarafların üçüncü kişileri aldatmak kastıyla, gerçek iradelerine uymayan bir işlem yaparak görünürdeki bu işlemin aralarında hukukî bir sonuç doğurmasını istememe konusunda anlaşmalarıdır.³⁹

Muvazaanın mutlak ve nispî olmak üzere iki türü bulunmaktadır. Tarafların üçüncü kişileri aldatmak kastıyla belirli bir hukukî işlemi yapmak istemelerine rağmen dışarıya karşı başka bir işlem yapmış gibi göstermelerine nispî muvazaa, herhangi bir hukukî işlem yapmak istememelerine rağmen görünürde bir işlem yapmış gibi göstermeleri hâline ise mutlak muvazaa denir.⁴⁰

Mutlak muvazaada sadece tek bir işlem bulunmakta iken, nispî muvazaada biri görünürdeki diğeri gizli olmak üzere iki hukukî işlem bulunmaktadır. Hem mutlak hem de nispî muvazaa hâlinde görünürdeki işlem, tarafların gerçek iradesini yansıtmadığı için yok hükmünde olup, nispî muvazaa hâlinde gizli işlem, bu işlem için aranan şekil kurallarına uyularak yapılması hâlinde geçerli kabul edilir.⁴¹

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde muvazaa, daha çok nispî şekilde ortaya çıkmaktadır. Taraflar üçüncü kişileri aldatmak kastıyla, gerçekte yapmak istedikleri hukukî işlemi ölünceye kadar bakma sözleşmesinin arkasına gizlemektedirler. Konumuzla olan ilgisi bakımından nispî muvazaanın ayrıca incelenmesinde yarar vardır. Tarafların, gerçekte bir hukukî işlem yapmak istemelerine rağmen başka bir hukukî işlem yapma iradesine sahiplermiş gibi beyanda bulunmalarına

³⁸ **Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Alttop, Atilla:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s.407-408; **Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Ankara 2021, N.1091; **Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 2. Bası, İstanbul 1976, s.187; **von Tuhr, Andreas:** Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Birinci Cilt, (Tercüme Eden: Cevat Edege), İstanbul 1952, s.288 vd.; **Arsebük, Esat:** Borçlar Hukuku, 3. Basım, Ankara 1950, s.385 vd.

³⁹ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop,** s.407; **Eren** (Borçlar Genel), N.1092; **Feyzioğlu,** s.187; **Arsebük,** 388; **von Tuhr,** 288 vd.; **Gürsoy, Kemal Tahir:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Birinci Cilt, Ankara, s.163 vd. YHGK. T.15.6.2022 E.2020/17-370 K.2022/951: “...tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacı ile gerçek durumu onlardan gizleyerek kendi gerçek iradelerine uymayan ve kendi aralarında geçerli olmayan bir hususta anlaşmalarına” muvazaa ve bu şekilde yapılan işlemlere de “muvazaalı işlemler” denilir. Bir başka söyleyişle muvazaa; “açıklanan beyanlarının gerçek maksatlarına uymadıklarını bildikleri hâlde, tarafların kastettikleri durumdan başka bir ilişkide kendilerini anlaşmış gibi göstermeleri hâli (7.10.1953 tarihli ve 8/7 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı), tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla kendi gerçek iradelerine uymayan haksız eylem niteliğinde anlaşmalarıdır.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.30.07.2023).

⁴⁰ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop,** s.409-410; **Eren** (Borçlar Genel), N.1092; **Feyzioğlu,** s.192 vd.; **Arsebük,** s.388-389; **Gürsoy,** s.164.

⁴¹ **Eren** (Borçlar Genel), N.1109 vd. Görünürdeki işlemin geçersiz olduğuna ilişkin görüş için bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop,** s.411 vd.; **Feyzioğlu,** s.195 vd.; **Gürsoy,** s.165; **Arsebük,** s.389.

nispî muvazaa denir.⁴² Mutlak muvazaa, görünürdeki işlem, muvazaa anlaşması ve aldatma kastı olmak üzere üç unsurdan oluşmakta iken; nispî muvazaada, bu unsurlara ek olarak gizli işlem unsuru da bulunmaktadır.⁴³

Muvazaanın söz konusu olabilmesi için ilk olarak tarafların, üçüncü kişilere karşı geçerli bir işlem yapmış izlenimi yarattıkları bir işlem yapmaları gerekmektedir. Bu işlem, görünürdeki işlem olarak adlandırılmaktadır.⁴⁴ Tarafların gerçek iradesini yansıtmayan görünürdeki işlem, aynı zamanda muvazaalı işlemdir.⁴⁵

İkinci olarak, tarafların yaptıkları bu görünürdeki işlemin kendilerini bağlamaması hususunda anlaşmaları gerekir. Tarafların görünürdeki işlemin kendileri bakımından herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmayacağına ilişkin yaptıkları bu anlaşmaya, muvazaa anlaşması denir.⁴⁶ Muvazaa anlaşması, herhangi bir şekil şartına tâbi olmadığından, açık ya da örtülü yapılabileceği gibi yazılı ya da sözlü olarak da düzenlenebilir. Bu anlaşmanın, görünürdeki işlem ile aynı anda ya da ondan önce yapılması gerekmektedir.⁴⁷ Tarafların muvazaa anlaşması yapmalarındaki amaç, gizli işlemin üçüncü kişilerden saklanması amacıyla görünürde başka bir hukukî işlem yapma konusunda anlaşmaktır.

Nispî muvazaanın bir diğer şartı, aldatma kastının bulunmasıdır.⁴⁸ Taraflar görünürdeki işlemi, aralarındaki gizli ilişkiyi saklamak ve üçüncü kişileri çeşitli sebeplerle aldatmak için yapmaktadırlar. Bu unsur, her somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmelidir.

Son olarak, nispî muvazaanın söz konusu olabilmesi için, tarafların gerçek iradelerini yansıtan ve görünürdeki işlemin arkasına sakladıkları hukukî bir işlemin bulunması gerekmektedir. Mutlak ve nispî muvazaa arasındaki farkı işte bu gizli işlem unsuru oluşturmaktadır. Örneğin, mirasbırakanın, saklı paylı mirasçılarının tenkis davası açmalarının önüne geçmek için aslında bağışlama niyeti taşıdığı mallarını ölünceye kadar bakma sözleşmesi yaparak ivaz karşılığında devretmiş izlenimi yaratması hâlinde gizli işlem, bağışlamadır.

TMK m.6 hükmü uyarınca muvazaa iddiasını ileri süren taraf, bu iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. Muvazaa iddiasının, hukukî işlemin tarafları arasında ileri sürülmesi her zaman mümkündür. HMK m.200-201 uyarınca taraflar, yazılı

⁴² **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s.407 vd.; **Eren** (Borçlar Genel), N.1102 vd.; **Feyzioğlu**, s.192; **Arsebük**, s.388.

⁴³ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s.410; **Eren** (Borçlar Genel), N.1093; **Feyzioğlu**, s.192.

⁴⁴ **Eren**, Borçlar Genel, N.1094; **Gürsoy**, s.164-165.

⁴⁵ **Eren**, Borçlar Genel, N.1094; **Gürsoy**, s.165.

⁴⁶ **Eren**, Borçlar Genel, N.1096; **Gürsoy**, s.164; **Feyzioğlu**, s.190.

⁴⁷ **Sütçü, Nezi**: Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi (ÖKBS) ve Muris Muvazaası, Bursa Barosu Dergisi, C.41, Sa.96, 2016, s.99.

⁴⁸ **Eren** (Borçlar Genel), N.1099; **Feyzioğlu**, s.189.

olarak yaptıkları sözleşmedeki muvazaa iddiasını ancak yazılı delil ileri sürerek ispat edebilirler. Hukukî işlemin taraflarından başka, hukukî işlemin korunmasında ya da geçersiz kılınmasında menfaati bulunan üçüncü kişiler de muvazaa iddiasında bulunabilirler.⁴⁹ Bakım alacaklısı ve bakım borçlusunu arasında yapılan ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile saklı payı ihlal edilen mirasçılar, üçüncü kişi konumundadır. HMK m.203/1,d hükmü uyarınca saklı paylı mirasçılar, saklı paylarının ihlal edildiğini tanık dahil her türlü delille ileri sürebilirler.⁵⁰

B. Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinin Muvazaalı Olduğu Hâller

Uygulamada, ölünceye kadar bakma sözleşmelerinin, asıl amacına hizmet etmekten çıkarılarak muvazaalı olarak yapıldığı sıklıkla görülmektedir.⁵¹ Yargıtay'a göre,⁵² ölünceye kadar bakma sözleşmesindeki devir işleminin muvazaalı olduğu her zaman ileri sürülebilir. Bu durumda öncelikle tespit edilmesi gereken husus, taraflar arasında herhangi bir gizli işlemin bulunup bulunmadığıdır. Buna göre, muvazaanın hangi türüne ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirlenmiş olur.

Uygulamada bu sözleşme daha çok nispî muvazaalı olarak yapılmakla birlikte, sözleşmenin mutlak muvazaalı olarak düzenlenmesi de mümkündür.⁵³ Örneğin, bakım alacaklısının, alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapıp malvarlığı değerlerini bakım borçlusuna devretmesi hâlinde mutlak muvazaa söz konusu olur.⁵⁴ Bu durumda mirasbırakan, aslında herhangi bir sözleşme yapmak niyetinde değildir. Diğer taraftan, mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla bakım alacaklısının, sağlığında mirasçılardan biriyle ölünceye kadar bakma sözleşmesi yaparak malvarlığının tamamını ya da bir kıs-

⁴⁹ Feyzioğlu, s.196; von Tuhr, s.291; Arsebük, s.390. Muvazaa iddiasında bulunabilecek üçüncü kişiler, saklı paylı mirasçılar, önalım hakkı sahibi ve alacaklılardır. Bkz. Eren (Borçlar Genel), N.1129. Bir görüşe göre, muvazaanın üçüncü kişi tarafından ileri sürülebilmesi için üçüncü kişinin muvazaalı işlemle ilgili olması yeterli olup ayrıca özel bir menfaatinin bulunması gerekmez. Bkz. Gürsoy, s.168.

⁵⁰ Eren, Borçlar Genel, N.1129; Feyzioğlu, s.210; Arsebük, s.392; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.419; Gürsoy, s.168.

⁵¹ Bu durumu Yargıtay şu şekilde ifade etmektedir: "Türkiye'de ölünceye kadar bakma sözleşmesinin amacına uygun olarak işlemediği acı bir vakıdır. Bu sözleşme çok kez mirasçılardan bazılarının miras haklarından yoksun bırakmak, bazen tatlı vaatlerle yaşlı bir kimse aldatılıp kandırılarak onun maddi varlığını ele geçirmek için kullanılan bir haksızlık ve gasp aracı haline gelmiştir." Bkz. Yarg.1.HD. T.31.12.1976 E.1976/9370 K.1976/13138 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.13.07.2023).

⁵² Yarg.7.HD. T.08.02.2023 E.2022/7050 K.2023/718: "Kuşkusuz, ölünceye kadar bakım sözleşmesinin muvazaalı olarak yapıldığı her zaman ileri sürülebilir." Aynı yönde bkz. Yarg.14.HD. T.08.04.2021 E.2021/410 K.2021/2644; Yarg.1.HD. T.28.06.2018 E.2015/10637 K.2018/11637 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.26.07.2023).

⁵³ Sütçü, s.99.

⁵⁴ Şahin, s.149; Özkaya, s.231.

mını bu kişiye devrettiği hâllerde ise yapılan işlem nispi muvazaalıdır.⁵⁵ Nitekim mirasbırakan, aslında bağışlama niyeti taşıdığı malvarlığı değerlerini ölünceye kadar bakma sözleşmesi yaparak gizlemektedir. Bu hâlde mirasbırakanın amacı, kendisine yaşamı boyunca bakılması değil, mirasçılardan mal kaçırarak yaptığı ölünceye kadar bakma sözleşmesiyle söz konusu mallarını mirasçılara bağışlamaktır. Diğer bir anlatımla bağışlama işlemi, ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapılarak gizlenmektedir.

Miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacaklısı, edimini ölüme bağlı bir tasarrufla yerine getirdiği için yaşadığı süre boyunca malvarlığı üzerinde serbestçe tasarruf etme yetkisine sahiptir. Buna karşılık edimin sağlararası bir tasarrufla yerine getirildiği borçlar hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesinde, bakım alacaklısının devrettiği malvarlığı değeri üzerindeki tasarruf yetkisi ortadan kalkmaktadır. Bu nedenle, ölünceye kadar bakma sözleşmesinde muvazaalı, özellikle borçlar hukuku nitelikli olan türde görülmektedir.⁵⁶

Bir kimsenin, ölünceye kadar bakma sözleşmesi yaparak aslında bağışlama niyetinde olduğu taşınır mallarının ya da tapusuz mallarının zilyetliğini bakım borçlusunu gösterilen kimseye devretmesi hâlinde, ölünceye kadar bakma sözleşmesi tarafların gerçek iradelerini yansıtmadığı için kabul ettiğimiz görüşe göre yok hükmünde sayılırken; gizli bağış sözleşmesi, herhangi bir şekil şartına tâbi olmadığından, geçerli kabul edilir. Herhangi bir bağışlama amacı taşımayan bir kimsenin, alacaklılarından mal kaçırmak kastıyla ölünceye kadar bakma sözleşmesi yaparak taşınırını ya da tapusuz taşınmazlarını bakım borçlusunu gösterilen kişiye devretmesi durumunda ise, ölünceye kadar bakma sözleşmesi yok hükmünde olur. Ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile tapulu bir taşınmazın devri söz konusu olduğunda ise, tarafların gerçek iradelerini yansıtmayan görünürdeki işlem yok hükmünde, kanunun aradığı şekil kurallarına uyulmadan yapılan gizli bağışlama işlemi ise geçersiz kabul edilir.

Mutlak muvazaada taraflar arasında herhangi bir gizli sözleşme bulunmadığı ve görünüşteki ölünceye kadar bakma sözleşmesi tarafların gerçek iradesini yansıtmadığı için devredilen malvarlığı değerleri devreden malvarlığından hiç çıkmamış olur.⁵⁷ Buna karşılık, nispi muvazaalı durumda, ölünceye kadar bakma sözleşmesinin arkasına gizlenen ve tarafların gerçek iradesini yansıtan başka bir sözleşme bulunduğu için, bu işlem kanunda aranan şekil şartlarına uygun olarak yapıldığı sürece geçerli kabul edilir ve devredilen mallar devreden malvarlığından çıkmış olur.⁵⁸

⁵⁵ Şahin, s.149; Özkaya, s.231.

⁵⁶ Şahin, s.148-149; Özkaya, s.232.

⁵⁷ Özkaya, s.232-233.

⁵⁸ Özkaya, s.233; Şahin, s.150-151.

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin muvazaalı olup olmadığının tespitinde asıl olan tarafların sözleşmedeki gerçek ve ortak amaçlarının belirlenmesidir. Sözleşmenin yapılmasında ailevi ilişkiler, toplumsal ve psikolojik etkenler rol oynamaktadır. Bu nedenle, bakım alacaklısı konumundaki kişinin gerçek iradesinin tespit edilmesi her zaman için kolay olmayabilir.⁵⁹ Ayrıca, bakım borçlusunun bakım alacaklısına karşı birtakım bakım ve gözetim edimlerini yerine getirdiği durumlarda da muvazaanın ispatı zorlaşır. Bu hususun tespiti için yargı kararlarında bazı ölçütlerden faydalanılarak sorunun çözüldüğü görülmektedir.⁶⁰ Yargıtay'ın belirlediği bu ölçütler göz önünde bulundurulduğunda, bakım alacaklısının, kendisine bakılıp gözetilmesi amacını taşımadığı, esas olarak mirasçılardan mal kaçırmak kastıyla ölünceye kadar bakma sözleşmesi yaptığı tespit edilirse, yapılan sözleşme muvazaalı kabul edilir.

III. Eşler Arasında Yapılan Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinde Muvazaa

A. Eşler Arasında Yapılan Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinde Eşlerin Yardım ve Dayanışma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Özellik

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile bakım alacaklısı eşin mirasçılardan mal kaçırmak niyetiyle diğer eş ile muvazaalı bir ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapması mümkündür. Özel bakım ihtiyacı içinde olmak, ölünceye kadar bakma sözleşmesinin unsurlarından biri değildir.⁶¹ Buna karşılık Yargıtay, sözleşmenin eşler arasında yapılması durumunda, bakım alacaklısı eşin özel bakım ihtiyacı içinde olması gerektiğini ifade etmektedir.⁶² Zira, evlilik kurumunun eşlere

⁵⁹ YHGK T.11.2.2021 E.2017/1-1229 K.2021/72: "... Ancak bu tür uyumsuzlukların sağlıklı, adil ve doğru bir çözüme ulaştırılabilmesi davalıya yapılan temlikin gerçek yönünün, diğer bir söyleyişle mirasbırakanın asıl irade ve amacının duraksamaya yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkarılmasına bağlıdır. Bir iç sorun olan ve gizlenen gerçek irade ve amacın tespiti ve aydınlığa kavuşturulması ise genellikle zor olduğundan bu yöndeki delillerin eksiksiz toplanması yanında, birlikte ve doğru şekilde değerlendirilmesi de büyük önem taşınmaktadır." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.25.07.2023).

⁶⁰ YHGK T.22.3.2023 E.2021/1-234 K.2023/259: "Miras bırakanın, ölünceye kadar bakıp gözetme karşılığı yaptığı temlikin muvazaa ile illetli olup olmadığının belirlenebilmesi içinde, sözleşme tarihinde murisin yaşı, fiziki ve genel sağlık durumu, aile koşulları ve ilişkileri, elinde bulunan mal varlığının miktarı, temlik edilen malın, tüm mamelekine oranı, bunun makul karşılanabilecek bir sınırdaki kalıp kalmadığı gibi bilgi ve olguların göz önünde tutulması gerekir." Aynı yönde bkz. Yarg.1.HD. T.6.12.2022 E.2022/5027 K.2022/7936, Yarg.7.HD. 17.10.2022 E.2021/1648 K.2022/5945, YHGK. T.11.2.2021 E.2017/1-1229 K.2021/72: "Bunun için de ülke ve yörenin gelenek ve görenekleri, toplumsal eğilimleri, olayların olağan akışı, mirasbırakanın sözleşmeyi yapmakta haklı ve makul bir nedeninin bulunup bulunmadığı, davalı yanın alış gücünün olup olmadığı, satış bedeli ile sözleşme tarihindeki gerçek değer arasındaki fark, taraflar ile mirasbırakan arasındaki beşerî ilişki gibi olgulardan yararlanılmasında zorunluluk vardır." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.25.07.2023).

⁶¹ Uygur, s.407.

⁶² Bkz. Yarg.2.HD. T.15.01.1974 E.1973/8154 K.1974/180; YHGK. T.27.01.1988 E.1987/1-371 K.1988/51; YHGK. T.8.3.2023 E.2021/1-1 K.2023/168; YHGK. T.22.3.2023 E.2021/1-234 K.2023/259.

getirdiği yükümlülüklerden biri, dayanışma ve yardım yükümlülüğüdür. Diğer bir anlatımla, bakım ihtiyacı olan eşe diğer eşin bakması ve yardım etmesi, evlilik birliğinin getirdiği yükümlülüklerin yerine getirilmesi olarak değerlendirilmektedir. Bu nedenle, eşler arasında yapılan sözleşme, dayanışma ve yardım yükümlülüğünün varlığı nedeniyle özellik arz etmektedir.

Konumuz gereği bu çalışmada bakım unsuru, yargı kararlarında eşler arasında yapılan sözleşmenin muvazaalı olduğunun bir emaresi olarak kabul edilen özel bakım ihtiyacı çerçevesinde ele alınmıştır. Bu noktada, evlilik birliğinden doğan yardım ve dayanışma yükümlülüğü ile ölünceye kadar bakma sözleşmesindeki bakıp gözetme unsurunun kapsamlarının doğru tespit edilmesi ve her somut olay için taraf iradelerinin ayrıca incelenmesi önem taşımaktadır.

B. Eşler Arasındaki Yardım ve Dayanışma Yükümlülüğü

Uygulamada sıklıkla rastlanılan ve yargı kararlarında da sözleşmenin muvazaalı olduğunun emaresi olarak kabul edilen hâllerden biri, eşler arasında yapılan ölünceye kadar bakma sözleşmeleridir.

Gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında, olağan sınırlar içerisinde kalan bakım yükümlülüğünün evlilik birliğinin bir gereği olduğu kabul edilmektedir.⁶³ Hatta, evli olmamakla birlikte fiilen evli gibi yaşayan çiftler arasında dahi bakıp destek olma yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir.⁶⁴ TMK m.185/III uyarınca, “Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar.” Yardım, maddi olabileceği gibi manevi de olabilir.⁶⁵ Evlilik birliğinin devamının sağlanması her iki eşe de yükletilmiş olmakla birlikte, eşlerden birinin yaşlılık, hastalık vb. nedenlerle söz konusu yükümlülüğünü yerine getirememesi durumunda diğer eşin, kendi imkânları doğrultusunda ona yardım etmesi, bu dayanışma ve yardım etme yükümlülüğünün kapsamındadır.⁶⁶

⁶³ YHGK. T.11.2.2021 E.2017/1-1229 K.2021/72: “... eşlerin birbirilerine bakıp destek olmaları da evlilik birliğinin bir gereğidir. Bu nedenle, ana babanın ya da eşin normal bakımın ötesinde özel bir ihtimam ve bakıma muhtaç olduğu, görev sınırının aşıldığı durumlarda yapılan bakım ve hizmetin semen olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.25.07.2023).

⁶⁴ YHGK. T.11.2.2021 E.2017/1-1229 K.2021/72: “... Bu açıklamalar bağlamında somut olay ele alındığında; mirasbırakan ... ile davalı arasında resmî nikah kıyılmamış ise de murisin ilk eşinin ölümünden sonra davalı ile tanıştığı ve onunla bir aile düzeni kurarak öldüğü tarihe kadar birlikte yaşadığı, aile ve toplum içerisinde birbirlerini eş olarak tanıtıp bu şekilde kabul edildikleri açıktır. Bu durumda fiili evlilik bağıyla bir araya gelip, bu amaç ve duygu içerisinde yaşamlarını paylaşan kişilerin, zor günlerinde karşılıklı dayanışma içerisinde olarak birbirlerine bakmaları son derece doğaldır.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.25.07.2023).

⁶⁵ **Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Alper:** Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 2020, N.833; **Zevkçiler, Aydın:** Medeni Hukuk, 6. Baskı, Ankara 1999, s.822; **Tekinay, Selahattin Sulhi:** Türk Aile Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1984, s.308.

⁶⁶ **Zevkçiler**, s.822; **Tekinay**, s.308.

Kural olarak modern hukuk sistemlerinde, her borç ilişkisinde borç ve sorumluluk bir arada bulunur.⁶⁷ Sorumluluk, borcun yaptırımını ifade etmektedir. Borçlunun borçlanmış olduğu edimi yerine getirmemesi durumunda alacaklının borçluyu zorlama hakkı, hukuken koruma altına alınmıştır.⁶⁸ Buna karşılık, aile hukukunda durum, borçlar hukukundaki borç-sorumluluk ilişkisinden farklılık göstermektedir.

Aile hukukunda eşler için öngörülen yükümlülüklerin temel amacı, aile birliğinin korunmasıdır. Aile birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda hâkim, diğer eşin talebi üzerine kanunda belirtilen tedbirlerin (TMK m.195) alınmasına hükmedebilir.⁶⁹ Ayrıca, yükümlülüklerin yerine getirilmemesi sebebiyle evlilik birliğinin devamı taraflardan biri için çekilmez hâle gelmişse, bu durum boşanmada haklı sebep olarak göz önünde bulundurulabilir.⁷⁰ Bunun dışında, hizmet ediminin ifasını sağlayacak bir dava yolu kanunda düzenlenmemiştir. Diğer bir ifadeyle, evlilik birliğinden doğan yardım ve dayanışma yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin sorumluluk hukuku anlamında bir yaptırımını bulunmamaktadır.

C. Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesindeki Bakım Unsuru

TBK m.614/I, II uyarınca, “*Bakım alacaklısı, sözleşmenin kurulmasıyla bakım borçlusunun aile topluluğuna katılmış olur. Bakım borçlusu, almış olduğu malların değerine ve bakım alacaklısının daha önce sahip olduğu sosyal durumuna göre hakkaniyetin gerektirdiği edimleri, bakım alacaklısına ifa etmekle yükümlüdür. Bakım borçlusu, bakım alacaklısına özellikle uygun gıda ve konut sağlamak, hastalığında gerekli özenle bakmak ve onu tedavi ettirmek zorundadır.*”

Kanun koyucunun ilgili hükümde kullandığı “*özellikle*” ifadesinden, bakım alacaklısının haklarının genel itibariyle belirlenmiş olduğu görülmektedir. Dolayısıyla, sözleşmenin niteliğine uygun düştüğü ölçüde tarafların sözleşmeye başka hükümler eklemesi de mümkündür.⁷¹ Bakım borçlusunun edimi sürekli nitelikte olduğundan ve bakım alacaklısının yaşamı boyunca devam ettiğinden, bakım borcunun kapsamının ve yerine getiriliş tarzının sözleşmede kararlaştırılmış olması önem arz etmektedir.⁷² Bakım borcunun içeriğine ve kapsamına ilişkin tarafların herhangi bir şey kararlaştırmamaları durumunda, TBK m.614/II hükmünde öngörülen asgari ölçüt uygulama alanı bulur.⁷³ İlgili hükme göre bakım borçlusunun, kendisine devredilen malvarlığı değerlerinin karşılığına, bakım alacaklısının

⁶⁷ Eren (Borçlar Genel), N.231; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.18; Feyzioğlu, s.19.

⁶⁸ Eren (Borçlar Genel), N.231; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.18 vd.; Feyzioğlu, s.19-20.

⁶⁹ Tekinay, s.348 vd.; Dural/Öğüz/Gümüş, N.940.

⁷⁰ Tekinay, s.187; Dural/Öğüz/Gümüş, N.639 vd.

⁷¹ Özkaya, s.115-116; Akartepe, s.89; Tunçomağ (Ölünceye Kadar Bakma), s.88.

⁷² Özkaya, s.115-116.

⁷³ Tunçomağ (Ölünceye Kadar Bakma), s.88; Akartepe, s.89 vd.; Eren (Borçlar Özel), N.2831.

önceden sahip olduğu sosyal durumuna ve hakkaniyete uygun bir şekilde bakıp gözetme edimlerini yerine getirmesi gerekir.

Bakım borçlusunun bakıp gözetme borcu, sözleşmenin en belirgin unsurudur. Bakma unsuru, bakım alacaklısının beslenme, barınma ve giyinme gibi ihtiyaçlarının karşılanması ifade ederken, gözetme unsuru daha çok bakım alacaklısının sağlığına ilişkin olup tedavi masraflarının karşılanmasını ifade etmektedir.⁷⁴ Ayrıca, bakım alacaklısına harçlık verme, bakım alacaklısının hukukî masraflarını karşılama, bu kişinin ölümü hâlinde mezar yeri ve defin masraflarının karşılanması borçları da bakım borcunun kapsamına dâhildir.⁷⁵ Bütün bu maddi edimlerin yanında bakım borçlusu, bakım alacaklısına gereken sevgi ve saygıyı göstererek manevi nitelikteki edimleri de yerine getirmekle yükümlüdür.⁷⁶ Sözleşme yapıldığı sırada bakım alacaklısının bakıma ihtiyaç duyuyor olması gerekmez.⁷⁷ Bakım ihtiyacı, sözleşmenin kurulmasından sonra da ortaya çıkabilir.

Bakım alacaklısının özellikle bakıma muhtaç olduğu durumlarda bu sözleşmeyi yaptığı görüldüğü için tedavi yükümlülüğü özel bir önem taşımaktadır. Tedavi ettirme yükümlülüğünün kapsamına doktora götürme, hastaneye yatırma, ameliyat ettirme ve gerekli ilaçların temin edilmesi girmektedir.⁷⁸ Sözleşmenin niteliği gereği tarafların tedaviye ya da masraflara ilişkin herhangi bir sınır getirmeleri mümkün değildir.⁷⁹

⁷⁴ **Eren**, Borçlar Özel, N.2815. Yarg.1.HD. T.12.4.2023 E.2022/6048 K.2023/2235: "... ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile bakım alacaklısı sözleşmeye konu olan mamelek veya bazı mallarının mülkiyetini bakım borçlusuna geçirme, bakım borçlusu da kural olarak bakım alacaklısını kendi ailesi içerisine alıp ona özenle ölünceye kadar bakıp gözetmek yükümlülüğü altına girer. Hemen belirtmek gerekir ki, bakım borçlusunun bakıp gözetmek yükümlülüğü aksi kararlaştırılmadığı sürece bakım alacaklısını ailesi içerisine alıp ikametini temin etme yanında besleme, giydirme, hastalığında hekime götürüp gerekli ihtimamı gösterme, manevi yönden her türlü yardım ve desteği sağlama gibi ödevleri de içerisine alır. Kuşkusuz bakım borçlusu yükümlülüklerini yerine getirirken, aldığı malların kıymetine, bakım alacaklısının önceden sahip olduğu içtimai mevkiine ve hakkaniyet kurallarına göre hareket etmek zorundadır." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.31.07.2023).

⁷⁵ **Şahin**, s.125 vd.; **Özkaya**, s.115 vd.; **Tekdoğan**, s.1428; **Akartepe**, s.98-99; **Uygur**, 433.

⁷⁶ **Özkaya**, s.123; **Akartepe**, s.97-98; **Tekdoğan**, s.1428. YHGK. T.5.2.2014 E.2013/1-2400 K.2014/68: "Bu sözleşmelerin özelliği gereği bakım borçlusunun, bakım alacaklısına karşı olan yükümlülüklerinin iki yönü bulunmaktadır. Buna göre maddi yönden; bakım alacaklısının ikametinin temini, beslemesi, giydirilmesi, hastalığında doktora götürülüp tedavi ettirilmesi, gerekli ihtimamın gösterilmesi, özenle bakılması gibi maddi borçları yanında, manevi olarak da bakım alacaklısının kendisini güvende hissetmesini sağlama, hayatının geri kalanında ihtiyaçlarının karşılanacağı konusunda güven verme, gerekli saygı ve şefkati gösterme, diğer bir ifadeyle bakım alacaklısının güven duygusunu zedeleyecek tutum ve davranışlardan kaçınma gibi manevi yükümlülükleri vardır." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.04.08.2023).

⁷⁷ YHGK. T.22.3.2023 E.2021/1-234 K.2023/259: "... bakıp gözetme koşulu ile yapılan temlikli işlemin geçerliliği için sözleşmenin düzenlendiği tarihte bakım alacaklısının özel bakım gereksinimi içerisinde bulunması zorunlu değildir. Bu gereksinimin sözleşmeden sonra doğması ya da alacaklının ölümüne kadar çok kısa bir süre sürmüş bulunması da sözleşmenin geçerliliğine etkili olamaz." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.07.08.2023).

⁷⁸ **Tunçomağ** (Ölünceye Kadar Bakma), s.93-94; **Tunçomağ** (Özel Borç), s.1251; **Özkaya**, s.120.

⁷⁹ **Özkaya**, s.120; **Tunçomağ** (Ölünceye Kadar Bakma), s.93; **Tunçomağ** (Özel Borç), s.1251.

Bakım borçlusunun bakma ve gözetme borcu, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, hizmet edimini de kapsamaktadır.⁸⁰ Örneğin, bakım alacaklısının beslenme ihtiyacının karşılanması için gıda maddelerinin temininden başka bunların uygun şekilde hazırlanarak bakım alacaklısına sunulması gerekmektedir. Benzer şekilde, giyinme ihtiyacının karşılanabilmesi için kıyafet temin edilmesinin yanı sıra bu kıyafetlerinin yıkanıp ütülenmesi ya da barınma ihtiyacının giderilmesi için sadece içinde yaşanacak bir ev sağlanması değil bu evin temizlenmesi de gerekmektedir.⁸¹ Görüldüğü üzere, bütün bu hâllerde bakım borçlusu, bir hizmet edimi yerine getirmektedir.

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, bakım alacaklısı ve bakım borçlusu arasındaki güven duygusuna, tarafların ekonomik ve sosyal durumlarına bağlı olduğundan, bakım alacağının bizzat bakım borçlusu tarafından ifa edilmesi önem taşımaktadır.⁸² Ayrıca, TBK m.614'te yer alan, bakım alacaklısı, kural olarak sözleşmenin kurulmasıyla birlikte bakım borçlusunun aile topluluğuna katılmış olacağı düzenlemesi de bakım borçlusunun kişiliğinin önemini ortaya koymaktadır. Bakım gözetme ediminin üçüncü bir kişi tarafından yerine getirileceğinin kararlaştırılması sözleşmenin niteliği ile bağdaşmamakla birlikte, belirli bazı edimlerin üçüncü bir kişi tarafından yerine getirileceği konusunda tarafların anlaşması mümkündür.⁸³

D. Yardım ve Dayanışma Yükümlülüğü ile Bakım Unsuru Arasındaki İlişki Doğrultusunda Eşler Arasında Yapılan Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinde Muvazaanın Değerlendirilmesi

1. Yargıtay'ın Aldatma Kastına Yönelik Yaklaşımı

Yargıtay, önceki kararlarında⁸⁴ eşler arasında yapılan ölünceye kadar bakma sözleşmesinin geçerliliğini, katı bir şekilde bakım alacaklısı konumundaki eşin özel bakım ihtiyacı içinde olmasına bağlamıştır. Bu kararların dayanağını, eşlerin evlilik birliğinden doğan yardım ve dayanışma yükümlülüğü oluşturmaktadır.

⁸⁰ **Tunçomağ** (Ölünceye Kadar Bakma), s.95; **Tunçomağ** (Özel Borç), s.1253; **Akartepe**, s.96-97.

⁸¹ **Akartepe**, s.97; **Şahin**, s.130.

⁸² **Özkaya**, s.114; **Tunçomağ** (Ölünceye Kadar Bakma), s.87; **Tunçomağ** (Özel Borç), s.1243; **Akartepe**, s.69.

⁸³ **Özkaya**, s.114-115.

⁸⁴ Yarg.2.HD. T.15.01.1974 E.1973/8154 K.1974/180: "... Karı, koca esasen birbirine bakıp gözetmekle yükümlü olduğu için bu maksatla yapılan ölünceye kadar bakma sözleşmeleri geçerli olmamakla beraber, bakma görevinin sınırını zorlayacak şekilde özel bakıma muhtaç eşin, diğerine bakıp gözetme kaydıyla temlikte bulunması caiz ve mümkündür." YHGK. T.27.01.1988 E.1987/1-371 K.1988/51: "... Hemen belirtmek gerekir ki; bakma sözleşmesinin geçerliliği için bakım alacaklısının özel bakıma muhtaç bulunması koşulunun aranması eşler arasında yapılan bakıp gözetme sözleşmeleri içindir. Bu da devam eden evlilik birliği içerisinde eşlerin yek değerlerini bakıp gözetmelerinin asli ve yasal yükümlülükleri bulunması gerçeğinden kaynaklanmaktadır." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.31.07.2023).

Yargıtay, sonraki tarihli kararlarında her ne kadar eşler arasında ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapılmasının önünde kanunî bir engel bulunmadığını belirterek geçmişteki katı tavrını yumuşatmış gibi görünse de, özel bakım ihtiyacının olup olmadığı hususunu öncelikli olarak göz önünde bulundurduğu görülmektedir. Nitekim, konuya ilişkin olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.3.2023 tarihli, 2021/1-234 esas ve 2023/259 karar sayılı kararına göre, *“Diğer taraftan, bakım borçlusunun temlik edenin eşi olmasının, kendisine bakım koşuluyla temlik yapmasına mâni olmadığı gibi, aksine bir yasal düzenleme de bulunmamaktadır. Yine, her ne kadar eşin elverdiğince diğer eşe bakıp yardım etmesi ahlâki bir görev ise de, görev sınırının aşıldığı, normal bakım ötesinde ihtimama muhtaç olunduğu durumlarda eşin hizmetin karşılığında bir şey istemesi hukuka uygun düşeceğinden, böyle bir durumda temlikin ivazlı olduğu kabul edilmelidir.”*

Aynı kararda Yargıtay, *“Miras bırakanın, ölünceye kadar bakıp gözetme karşılığı yaptığı temlikin muvazaaa ile illetli olup olmadığı belirlenebilmesi içinde, sözleşme tarihinde murisin yaşı, fiziki ve genel sağlık durumu, aile koşulları ve ilişkileri, elinde bulunan mal varlığının miktarı, temlik edilen malın, tüm mamelekine oranı, bunun makul karşılanabilecek bir sınırdaki kalıp kalmadığı gibi bilgi ve olguların göz önünde tutulması”* gerektiğini belirterek muvazaanın tespitinde yararlanılabilecek bazı ölçütler getirmiştir. Yargıtay'ın belirlediği bu genel ölçütlerin yanında özel bakım ihtiyacının bulunması gerektiği üzerinde ayrıca durması, bu ölçüte verdiği önemi göstermektedir.

Söz konusu karar ile Yargıtay, eşlerden birinin diğerine bakmasının evlilik birliğinin gereklerinden biri olduğunu, ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım borcunun bir ivaz olarak kabul edilebilmesi için bakım alacaklısı konumundaki eşin özel bakım ihtiyacı içinde olması gerektiğini kabul etmektedir. Esasında, somut olayın koşullarının bir bütün olarak değerlendirilmesi bakımından Yargıtay'ın belirlediği genel ölçütler yerindedir. Zira, aldatma kastının bulunup bulunmadığının tespitinde bakım alacaklısı eşin kişisel özellikleri, ilişkileri ve malvarlığı durumu önem arz etmektedir. Buna karşılık, özel bakım ihtiyacı içinde bulunma ölçütünden başka diğer fiili durumlar da eşler arasında yapılan ölünceye kadar bakma sözleşmesinde muvazaanın bulunmadığının bir emaresi olarak kabul edilebilir.

2. Yargıtay'ın Yaklaşımının Değerlendirilmesi ve Aldatma Kastının Bulunmadığı Diğer İhtimaller

Kanımızca, eşler arasında yapılan ve özel bakım ihtiyacının bulunmadığı her ölünceye kadar bakma sözleşmesi, külliyen muvazaalı olarak nitelendirilmemelidir. Muvazaanın kurucu unsurlarından olan aldatma kastının her somut olay için ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Eşleri ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapmaya iten sebepler ve tarafların gerçek iradeleri öncelikli olarak göz önünde bulundurulmalı, muvazaanın varlığı bu çerçevede saptanmalıdır.

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım borçlusunun bakıp gözetme borcunun kapsamına, bakım alacaklısının beslenme, barınma ve giyinme ihtiyaçlarının ve tedavi masraflarının karşılanması, ona harçlık verilmesi, ölümü hâlinde mezar yeri ve defin masraflarının üstlenilmesinin yanı sıra sevgi ve saygı gösterme edimlerinin dâhil olduğundan bahsetmiştik. Bütün bu edimler esasında eşlerin evlilik birliğinden doğan yardım ve dayanışma yükümlülüğüne kapsamına dâhil ise de, söz konusu edimlerin sınırsız ölçüde yerine getirilmesi gerektiğinin kabulü hakkaniyete uygun değildir.

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapılmasının amacı, ahlâkî ödevler ya da nafaka kadar maddi destek elde etmek değil, bakım alacaklısının sosyal durumuna uygun bir bakım ediminin sağlanmasıdır.⁸⁵ Nitekim, TBK m.614/II'de "*bakım alacaklısının önceden sahip olduğu sosyal durumuna*" uygun şekilde bakım ve gözetim edimlerinin yerine getirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin, eşler arasında kanundan doğan yardım ve dayanışma yükümlülüğünün üzerinde bir bakım edimi içermesi mümkündür. Zira evlilik birliğinin getirdiği bu yükümlülük, bakma edimini gerçekleştirecek eşten beklenebilecek ölçü ile sınırlıyken; ölünceye kadar bakma sözleşmesindeki bakım unsurunun, bakım alacaklısının devrettiği malvarlığı değeri ve önceki sosyal durumuyla orantılı olması beklenmektedir. Bu nedenle, mirasçı sıfatını taşıyan eşle yapılan sözleşmede özel bakım ihtiyacı unsurunun öncelikli olarak göz önünde bulundurulması kanunun amacına hizmet etmekten uzak görünmektedir. Kanımızca, öncelikle eşler arasında evlilik birliğinden doğan yardım ve dayanışma yükümlülüğü ile ölünceye kadar bakma sözleşmesindeki bakma ve gözetme edimlerinin kapsamlarının birbirinden farklı olabileceğinin kabulü gerekmektedir.

Kanunen eşler birbirlerine bakmak ve birbirlerini gözetmekle yükümlü iseler de, eşlerin aralarında ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapmalarını haklı kılan başka bazı sebepler de olabilir. Yargıtay kararlarında bu haklı sebeplerden biri olarak özel bakım ihtiyacı göz önünde bulundurulmakta ise de, kanımızca bu konu daha geniş bir şekilde ele alınmalı ve sözleşmenin muvazaalı olmadığına ilişkin fiili bir karine getirebilecek diğer bazı ölçütler de yargı kararlarında değerlendirilmelidir.

743 sayılı Medeni Kanun'un aksine 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda kadın erkek eşitliği benimsenerek taraflar için eşit hak ve yükümlülükler öngörülmüşse de, kanunî düzenlemeler her zaman için toplum yapısı ile örtüşmemektedir. Türk toplumunda, özellikle kırsal kesimlerde, kadınların manevî anlamda aile birliğine olan katkısı, erkeklere oranla daha büyük bir yer tutmaktadır. Gerek çocuğun gerekse kocanın bakımı büyük oranda kadının üzerindedir. Böyle durumlarda kadın, yaşlılığı ya da sağlık sorunları nedeniyle artık kendisine ba-

⁸⁵ Uygur, s.407.

kamayacak duruma geldiğinde eşiyile ölünceye kadar bakma sözleşmesi yaparak kendisini güvence altına almak isteyebilir. Ayrıca uygulamada, özellikle ilerleyen yaşlarında ikinci evliliğini yapan erkekler, karşısındaki evlenmeye ikna etmek ve kendi bakımını garanti altına almak için ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapabilmektedir.⁸⁶ Bu durumda kadın, bakım alacaklısı konumundaki erkekten ekonomik bir güvence elde ederken erkek de kadın tarafından bakılıp gözetileceğini garanti altına almaktadır. Her iki durumda da eşlerin, karşılıklı bakımı güvence altına almak niyetiyle bu sözleşmeyi düzenlemeleri mümkündür.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, evlilik birliginden doğan yardım ve dayanışma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda edimin ifası için dava açılmaz. Bakım unsuru kapsamındaki hizmet ediminin ifasının ne şekilde sağlanacağına ilişkin kanunî bir düzenleme bulunmamaktadır. Eşler, ölünceye kadar bakma sözleşmesi yaparak kanunen yükümlü oldukları bakıp gözetme borcunun ihlali durumu için kendilerini bir anlamda koruma altına almak istiyor olabilirler. Başka bir ifadeyle, ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım borcunun yerine getirilmemesi hâli için öngörülen yaptırımlar, aile hukukundaki yaptırım eksikliğinin giderilmesine yardımcı olabilir. Böylelikle, bakıp gözetme unsurunun yerine getirilmesine ilişkin borçlar hukuku temelli bir sebep oluşturulmuş olur. Nitekim, TBK m.617'de ölünceye kadar bakma sözleşmesinden doğan borçlara aykırı davranılması durumuna özgü taraflara sözleşmenin feshini isteme imkânı getirilmiştir. İlgili maddenin birinci fıkrası uyarınca, *“Sözleşmeden doğan borçlara aykırı davranılması sebebiyle sözleşmenin devamı çekilmez hâle gelir veya başkaca önemli sebepler sözleşmenin devamını imkânsız hâle getirir ya da aşırı ölçüde güçleştirirse, taraflardan her biri sözleşmeyi önel vermeksizin feshedebilir. Sözleşme bu sebeplerden birine dayanılarak feshedildiği takdirde kusurlu taraf, aldığı şeyi geri verir ve kusursuz tarafa, bu yüzden uğradığı zarara karşılık uygun bir tazminat ödemekle yükümlü olur.”* Görüldüğü üzere, TBK m.617/I hükmü ile edimlerin yerine getirilmemesi durumu için taraflara sözleşmeyi fesih ve kusura dayalı olarak tazminat isteme hakkı tanınmıştır. Evlilik birliginden doğan

⁸⁶ Yargı kararlarında da yapılan ikinci evlilikte eşi garanti altına almak için yapılan devir işlemlerinin muvazaalı olmadığı kabul edilmektedir. Bkz. Yarg.1.HD. T.20.12.2022 E.2022/5801 K.2022/8337: *“Uyuşmazlık, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptali ile tescili istemine ilişkindir... Dosya içeriğinden, mirasbırakan ...'un davacıların anneleri olan eşinden 13.09.2005 tarihinde boşandığı, 02.10.2005 tarihinde davalı ile evlendiği, 1091 ada 1 parsel sayılı taşınmazdaki 140 numaralı bağımsız bölümünün çıplak mülkiyetini 23.01.2008 tarihinde davalı eşine 27.000,00 TL bedelle temlik ettiği, murisin 07.10.2017 tarihinde ölümü ile geriye mirasçı olarak davacı çocukları ile davalı eşinin kaldığı görülmüştür. Somut olayda, murisin dava konusu taşınmazın çıplak mülkiyetini ölümünden sonra konutsuz kalmaması için davalı eşine temlik ettiği tüm dosya kapsamı ile sabit olduğundan murisin mal kaçırma amacından söz edilemeyecektir. Nitekim, davacılar da dava dilekçelerinde murisin temlikteki amacının davalıyı maddi olarak garantiye almak olduğunu belirtmişlerdir. Hal böyle olunca, davanın reddine karar verilmesi gerekir.”* (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.31.07.2023).

yükümlülüklerin ifa edilmemesi durumunda edimin ifası için kanunî bir talep hakkına sahip olmayan eşlerin ölünceye kadar bakma sözleşmesi yaparak talep haklarını borçlar hukuku nitelikli bir temel ile sağlamlaştırılmaları, menfaat dengesi gözetildiğinde haklı sayılabilecek niteliktedir.

Ayrıca, bakım alacaklısı konumundaki kimsenin tek mirasçısının eşi olması durumu da eşler arasında yapılan ölünceye kadar bakma sözleşmesinde aldatma kastı bulunmadığının bir göstergesi olarak kabul edilebilir. Zira bu hâlde, bakım borçlusunu eşten başka mal kaçırılarak saklı payı ihlâl edilecek bir mirasçı bulunmadığı için, bakım alacaklısı konumundaki kimsenin eşi ile ölünceye kadar bakma sözleşmesi yaparak malvarlığı değerlerini ona devretmesinde herhangi bir aldatma kastının varlığından söz edilemez.

Sonuç olarak, eşler arasında yapılan sözleşme, öncelikle taraflar göz önünde bulundurularak muvazaalı kabul edilirse, taraf iradeleri göz ardı edildiği için doğru bir sonuca ulaşılamaz. Bu nedenle, tarafların aldatma kastı bulunup bulunmadığı somut olayın koşulları göz önünde bulundurularak belirlenmelidir. Yargıtay kararlarında özel bakım ihtiyacı ölçütünden başka fiili durumların da sözleşmenin muvazaalı olmadığına ilişkin bir emare olarak kabul edilmesinin tarafların menfaatlerine uygun düşeceği ve bu şekilde uygulamada ortaya çıkan haksız sonuçların önüne geçilebileceği kanaatindeyiz.

Sonuç

Bakım borçlusunun bakım alacaklısına ölünceye kadar bakıp onu gözetme, bakım alacaklısının da bunun karşılığında malvarlığı değerlerinden bazılarını bakım borçlusuna devretme borcu altına girdiği sözleşme, ölünceye kadar bakma sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır. Bu sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen, ivazlı, rızai, sürekli borç doğuran, süresi ve içeriği itibarıyla şans ve rastlantıya bağlı bulunan bir nitelik taşımaktadır. Sözleşmenin iki türü bulunmaktadır. Bakım alacaklısının edimini sağlararası bir tasarrufla yerine getirmesi durumunda borçlar hukuku nitelikli sözleşme söz konusu olurken, edimin ölüme bağlı bir tasarrufla yerine getirildiği hâllerde sözleşmenin miras hukuku nitelikli olduğu kabul edilmektedir.

Sözleşmenin taraflarını, bakım alacaklısı ve bakım borçlusunu oluşturmaktadır. Bakım alacaklısı, kendisine bakılması karşılığında malvarlığı değerlerinin tamamını ya da bir kısmını bakım borçlusuna devretme borcu altına girerken; bakım borçlusunu da bakım alacaklısının hayatı boyunca ona bakmayı üstlenmektedir. Hem borçlar hukuku hem de miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesinin geçerliliği, miras sözleşmesi şeklinde yapılmasına bağlıdır.

Uygulamada taraflar, gerçekte düzenlemek istedikleri hukukî işlemi ölünceye kadar bakma sözleşmesi yaparak gizledikleri için, genellikle muvazaalı nişpî şekilde görülmektedir. Bakım alacaklısı, yaptığı ölünceye kadar bakma sözleşmesiyle kendisine hayatı boyunca bakılmasından ziyade mirasçılardan mal kaçırmak sözleşmede kararlaştırılan malvarlığı değerlerini mirasçılara bağışlamak amacıyla hareket etmektedir. Bu şekilde taraflar bağışlama işlemi, düzenledikleri ölünceye kadar bakma sözleşmesinin arkasına gizlemektedirler.

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde muvazaayı tespit edebilmek için tarafların gerçek amaçlarının belirlenmesi gerekmektedir. Ailevi ilişkiler, psikolojik ve toplumsal etkenler sözleşmenin düzenlenmesinde rol oynadığı için bakım alacaklısının gerçek iradesinin tespit edilmesi zor olabilir. Tespiti kolaylaştırmak için yargı kararlarında bakım alacaklısının yaşı, kişisel ilişkileri, malvarlığı durumu gibi genel nitelikte ölçütler getirilmiştir.

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin eşler arasında düzenlenmesi, yargı kararlarında sözleşmenin muvazaalı olduğunun bir emaresi olarak kabul edilmektedir. Bu durumda, gerçekte kendisine bakılması niyeti taşımayan bakım alacaklısı konumundaki eş, mirasçılardan mal kaçırmak ve saklı pay kurallarını etkisiz hâle getirmek niyetiyle eşi ile ölünceye kadar bakma sözleşmesi düzenlemektedir. Diğer bir anlatımla, tarafların gerçek iradelerini yansıtan bağışlama işlemi, ölünceye kadar bakma sözleşmesinin arkasına gizlenmektedir.

Yargıtay, evlilik birliğinden doğan yardım ve dayanışma yükümlülüğünü göz önünde bulundurarak, sözleşmenin eşler arasında yapılması durumunda bakım alacaklısı eşin özel bakım ihtiyacı içinde bulunması gerektiğini kabul etmektedir. Olağan sınırlar içindeki bakım yükümlülüğünün evlilik birliğinin bir gereği olduğu, bu kapsamın dışında kalan bakım ediminin sözleşmede bir ivaz olarak kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir. Bu nedenle bakım unsuru, eşler arasında yapılan sözleşmelerde önem taşımaktadır.

Ahlaki bir ödev ve kanunî bir yükümlülük niteliğinde olan yardım ve dayanışma yükümlülüğünün kapsamı ile ölünceye kadar bakma sözleşmesindeki bakıp gözetme unsurlarının sınırlarının doğru bir şekilde tespit edilmesi ve gerektiğinde birbirinden ayrılması önem arz etmektedir. Kanımızca, Yargıtay'ın muvazaanın tespiti için getirdiği genel ölçütler yerinde olmakla birlikte, eşler arasında yapılan ölünceye kadar bakma sözleşmelerinde özel bakım ihtiyacı bulunmasından başka fiili durumlar da sözleşmede muvazaalı bulunmadığının bir emaresi olarak değerlendirilebilir. Yargıtay'ın daha kapsamlı bir inceleme yaparak bu fiili durumlara kararlarında yer vermesinin, uygulamada çıkan sorunlara yol göstereceği şüphesizdir.

Kaynakça

- AKARTEPE, Alpaslan:** Türk Hukukuna Göre Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, İstanbul 2005.
- AKGÜN, M. Zerrin:** Ölünceye Kadar Bakma Akdi, Adalet Dergisi, C.44, Sa.8, 1953, s.821-843.
- AKİPEK ÖCAL, Şebnem:** Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, Sa.1, 2018, s.83-91.
- ARSEBÜK, Esat:** Borçlar Hukuku, 3. Basım, Ankara 1950.
- BERKİ, Şakir:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 1973.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Alper:** Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 2020.
- EREN, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Ankara 2021.
- EREN, Fikret:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2022.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 2. Bası, İstanbul 1976.
- GÜRSOY, Kemal Tahir:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Birinci Cilt, Ankara.
- İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan:** Miras Hukuku, 10. Bası, Ankara 2019.
- ÖNDER, Âkil:** Ölünceye Kadar Bakma Akdi, Adalet Dergisi, C.40, Sa.7, 1949, s.995-1022.
- ÖZKAYA, Eraslan:** Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, Ankara 2007.
- SÜTÇÜ, Nezi:** Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi (ÖKBS) ve Muris Muvazaası, Bursa Barosu Dergisi, C.41, Sa.96, 2016, s.97-111.
- ŞAHİN, Turan:** Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, Ankara 2019.
- TEKDOĞAN, Aydın:** Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, Terazi Hukuk Dergisi, C.14, Sa.155, 2019, s.1424-1435.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi:** Türk Aile Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1984.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.
- TUNÇOMAĞ, Kenan:** Ölünceye Kadar Bakma Akdi, Ankara 1959.
- TUNÇOMAĞ, Kenan:** Türk Borçlar Hukuku Cilt II Özel Borç İlişkileri, Üçüncü Bası, İstanbul 1977.
- UYGUR, Turgut:** Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Özel Borç İlişkileri, Yedinci Cilt, Ankara 1991.
- VON TUHR, Andreas:** Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, Birinci Cilt, (Tercüme eden: Cevat Edege), İstanbul 1952.
- YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak:** Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 18. Baskı, İstanbul 2022.
- ZEVKLİLER, Aydın:** Medeni Hukuk, 6. Baskı, Ankara 1999.

Yargıtay Kararları Kapsamında Ceza Koşulu ve Aşırı Ceza Koşulunun İndirilmesi

The Penalty Clause and Reduction of Excessive Penalty Clause Under the Decisions of the Court of Cassation

Arş. Gör. Sarp GÜMÜŞ^(*)

Öz:

Ceza koşulu, borçlunun sağlararası bir hukuki işlemde borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi riskine karşı ekonomik değeri haiz bir edim üstlenmesidir. Ceza koşulu, bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için veya borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılabilir. Taraflar arasında serbestçe kararlaştırılan bu ceza koşulunun ifası, kararlaştırılan ceza koşulunun türüne göre edimin ifasıyla beraber istenebileceği gibi edimin yerine de istenebilir.

Taraflarca serbestçe kararlaştırılan ceza koşulunun, zaman içerisinde değişen hukuki durum veya ekonomik sebeplerle borçlu açısından tutar itibarıyla aşırı hale gelmesi ise her zaman söz konusu olabilir. Bu sebeple çeşitli kanuni düzenlemelerle, aşırı hale gelen bu ceza koşulunun hâkim kararıyla indirilebilmesine olanak tanınmıştır. Türk hukukunda aşırı ceza koşulunun indirilmesi, ancak hâkim kararıyla mümkün olup bu karar, talep üzerine veya re'sen verilebilir. Hâkim, bir ceza koşulunun aşırılığını değerlendirirken bazı ölçütlerden yararlanır. Bu ölçütler, alacaklının menfaati, ceza koşulunu doğuran hukuki ilişkideki asıl borca aykırılığın derecesi, borçlunun borca aykırılıktaki kusurunun derecesi gibi hususlardır. Borçlu, ceza koşulunu ifa etmişse veya henüz muaccel olmamış bir ceza koşulu söz konusuysa, aşırı ceza koşulunun indirilmesini talep edemez. Ayrıca tacir borçlu, ticari işletmesiyle alakalı bir hukuki işlemde taahhüt ettiği aşırı ceza koşulunun indirilmesini de 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m.22 hükmü gereğince isteyemez. Ancak öğreti ve Yargıtay, tacirler bakımından taahhüt edilen ceza koşulunun, borçlunun ekonomik mahvına yol açtığından bahisle ahlaka aykırı sayılabildiği hallerde indirilebileceğini belirtmiştir. Hâkimin aşırı ceza koşulunun indirilmesine yönelik verdiği karar inşai bir karar olup somut adaletin ve ekonomik hayatın sürekliliğinin sağlanması bakımından ayrı bir önemi haizdir.

Anahtar Kelimeler:

Ceza Koşulu, Aşırı Ceza Koşulu, Tacir, Yargıtay, Borçlu.

Abstract:

Penalty clause is that the debtor undertakes an act of economic value against the risk of not performing his debt at all or duly in a legal transaction. Penalty clause can be determined for the non-performance of a contract at all or for the non-performance of the debt at the specified time or place. The performance of this penal clause freely agreed

(*) Başkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi, Ankara - Türkiye,

E-posta: sgumus@baskent.edu.tr; Orcid No: <https://orcid.org/0000-0003-1105-8833>.

Makale Geliş Tarihi: 13.08.2023 - Makale Kabul Tarihi: 08.11.2023.

between the parties may be requested together with the performance of the act, or in place of the act, depending on the type of the agreed penalty clause.

It is always possible for the penal clause decided by the parties to become excessive for the debtor due to the changing legal situation or economic reasons over time. For this reason, with various legal regulations, it has been possible to reduce this sentence, which has become excessive, by a judge's decision. The reduction of the excessive penalty clause is possible with the decision of the judge in Turkish law. It is possible for the judge to make this decision upon request or ex officio. The judge makes use of certain criteria when assessing the excessiveness of a penalty clause. These criteria are matters such as the creditor's interest, the degree of breach of the original debt in the legal relationship that creates the penalty, and the degree of the debtor's fault in breach of the debt. If the debtor has fulfilled the penalty clause or if there is a penalty clause not yet due, he can not demand the reduction of the excessive penalty clause. In addition, the merchant debtor can not demand the reduction of the excessive penalty condition that he has committed in a legal transaction related to his commercial enterprise, according to Turkish Commercial Code No.6102, art.22. However, the doctrine and the Court of Cassation have stated that the penalty stipulated for the merchants can be reduced in cases where it can be deemed immoral by mentioning that it causes the economic ruin of the debtor. The decision of the judge to reduce the excessive penalty clause is a constructive decision and is important in terms of ensuring the continuity of concrete justice and economic life.

Keywords:

Penalty Clause, Excessive Penalty Clause, Merchant, Court of Cassation, Debtor.

I. Giriş

Sözleşmeden doğan bir borç ilişkisinde borçlunun üstlendiği edimi hiç veya gereği gibi ifa etmemesi, borca aykırılık oluşturur. Borca aykırılık halinde alacaklı, başta 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) hükümleri olmak üzere kanun koyucunun kendisine tanıdığı hakları kullanarak alacağını elde etmeye çalışır. Alacaklı, borç ilişkisinde birçok hakka sahip olsa da, alacağını elde etmesi her zaman kolay olmayıp bu durum, meşakkatli ve uzun bir hukuki süreci de beraberinde getirebilir. Bu hukuki süreç ile alacağına ulaşamama veya geç ulaşma riski altında olan alacaklının alacak hakkını güvence altına almayı amaçlayan kanun koyucu, bu amacın sağlanmasına yönelik rehin, kefalet veya ipotek gibi bazı hukuki kurumlar öngörmüştür. Bunun yanında, alacaklının alacağını kuvvetlendirmek için de bazı hukuki kurumlar öngörülmüştür. Alacaklının hakkını kuvvetlendiren bu hukuki kurumlardan biri de, TBK m.179-182 hükümleri arasında düzenlenen ceza koşuludur. Ceza koşuluyla beraber hem borçlu borca uygun davranmaya sevk edilir hem de alacaklı borcun ifa edilmemesi halinde doğacak zararı ispat etme yükünden kurtulur.

Taraflar arasındaki sözleşmede yer alan hükmün bir ceza koşulu olup olmadığının tespiti ve bu hüküm eğer ceza koşulu niteliğindeyse geçerli olup olmadığı ve hangi tür bir ceza koşulu olduğu, tarafların yükümlülüklerinin belirlenmesi bakımından önem arz eder. Zira ceza koşulunun TBK m.179 uyarınca bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için veya borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılması mümkün olup kararlaştırılan ceza koşulunun türüne göre tarafların yükümlülükleri de farklı olur.

Yine TBK m.179/III'te belirlenen ve öğretide dönme cezası olarak adlandırılan hukuki kurumun da hukuki niteliği itibariyle bir ceza koşulu olup olmadığının incelenmesi gerekir.

Taraflar ceza koşulunu serbestçe belirleme yetkisini haiz olmakla birlikte bazı durumlarda ceza koşulunun aşırılığı gündeme gelebilir. Ceza koşulunun aşırı olması halinde kanun koyucu TBK m.182/III hükmü ile hâkime bu aşırı ceza koşulunu re'sen indirme yetkisi vermiştir. Ancak ceza koşulunun aşırılığında anlaşılması gereken hususun ne olduğu ve bu aşırılığın tespitinde yararlanılacak ölçütlerin ne olduğu tartışmalıdır. Öte yandan, aşırı olduğu tespit edilen ceza koşuluna uygulanacak müeyyidenin ve bu indirimin hukuki niteliğinin ne olduğu da incelenmeye muhtaçtır. Ayrıca tarafların tacir olması halinde ceza koşulundaki aşırılık iddialarının dikkate alınıp alınmayacağı ve tacirler arasındaki aşırı ceza koşulunun akibetinin ne olacağı da ayrı bir önemi haizdir.

II. Genel Olarak Ceza Koşulu

A. Ceza Koşulu Kavramı ve Tanımı

Ceza koşulu, 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde de hukukumuzda sıkça uygulama alanı bulmakta ve “*cezai şart*” olarak adlandırılmaktaydı. Ancak TBK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte “*cezai şart*” ifadesi yerine bu kanunda yer aldığı şekliyle “*ceza koşulu*” ifadesini kullanmayı güncel literatüre daha uygun buluyoruz.

Ceza koşulu, yalnızca TBK'da yer almayıp 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda da çeşitli maddelerde hüküm altına alınmıştır. Ancak kanun koyucu ceza koşulunu ifade ederken, TMK'da “*cezai şart*”, TTK'da ise “*sözleşme cezası*” ifadelerini tercih etmiştir. Her bir ifade aynı kurumu işaret ediyor olsa da, mevzuatta yer alan farklı ibarelerin TBK'da yer alan “*ceza koşulu*” ifadesi ile değiştirilerek yeknesaklığın sağlanması isabetli olur.

Kanun koyucu, TBK m.179 vd. hükümlerinde ceza koşulunu düzenlemekle birlikte, ceza koşulunu tanımlamaktan kaçınmış; ceza koşulunun hangi hallerde öngörülebileceğini belirtmekle yetinmiştir. Bu sebeple ceza koşulu, öğretide farklı şekillerde tanımlanmıştır.

Bilge'ye göre ceza koşulu, sağlararası yapılan öyle bir hukuki muameledir ki, ceza koşulu ile borçlu, borcunun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde alacaklıya bir edada bulunmayı taahhüt eder.¹

¹ BİLGE, Necip: “Cezai Şart”, (Ahmet Esat ARSEBÜK'ün Anısına Armağan, Ankara, 1958. s.37-128), s.39.

Feyzioğlu'na göre, borcun zamanında ve gereği gibi ifasını temin etme ve icabında alacaklıya zararını ispat yükü olmadan belli bir tazminat alabilme imkânı sağlayan kayda ceza koşulu denir.²

Tunçomağ'a göre ceza koşulu, mevcut borcun ifa edilmemesi veya eksik ifası halinde ödenmesi gereken ve mali değeri haiz ayrı bir edimdir.³

von Tuhr'a göre borçlu, alacaklıya karşı esas borcun hiç veya zamanında ifa edilmemesi halinde bir edada bulunmayı taahhüt ediyorsa, ortada bir ceza koşulu bulunmaktadır.⁴

Eren'e göre ise ceza koşulu, borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ödemeyi üstlendiği, hukuki işlem ile belirlenmiş ve ekonomik değeri olan bir edimdir.⁵

Öğretide yapılan farklı tanımlardan hareketle ceza koşulu, sağlararası bir hukuki işlemde borçlunun, borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi riskine karşı ekonomik değeri haiz bir edim üstlenmesidir.⁶

Ceza koşulu, taraflar arasındaki ayrı bir sözleşme ile kararlaştırılabileceği gibi asıl borcun kararlaştırıldığı sözleşmeye bir hüküm konulması suretiyle de kararlaştırılabilir.⁷

² FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, C.2, İstanbul 1969, s.327.

³ TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963, s.6. (*Cezai Şart*).

⁴ von TUHR, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C.1-2, (*Çeviren: Cevat Edege*), Ankara 1983, s.763.

⁵ EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2019, s.1323.

⁶ Öğretide yer alan benzer tanımlar için bkz. KOCAAĞA, Köksal: Türk Özel Hukukunda Cezai Şart (BK m.158-161), Ankara 2003, s.33.; EKİNCİ, Hüseyin, Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015. (*Ceza Koşulu*); UÇAR, Salter: Hukukta Cezai Şart ve Uygulaması, İstanbul 1993, s.11.; GÖKÇEOĞLU, Kâmil Haluk: Cezai Şart ve Güncel İçtihatlar, İstanbul 2007, s.20; GÜNAY, Cevdet İlhan: Cezai Şart (BK m.158-161), Ankara 2002, s.4; CANSEL, Erol/ÖZEL, Çağlar: "Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu", (Yaşar Üniversitesi Dergisi, C.8, Özel Sayı, s.713-733, İzmir 2013), s.713-714; DEMİRTAŞ, Sebla: "Cezai Şart", (İstanbul Barosu Dergisi, S.2010/2, s.849-873. İstanbul 2010), s.850; Ayrıca ceza koşulunun hukuki mahiyeti hakkında bkz. TUNÇOMAĞ, Kenan: "Cezai Şartın Hukuki Mahiyeti", (Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.1, S.4, s.558-568, Ankara 1962) (*Hukuki Mahiyet*); OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, İstanbul 2018, s.534.; KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018, s.986. Ayrıca, ekonomik değeri haiz bir edimin mutlaka bir miktar para olmasının gerekmediği, sözleşmeden doğan bir hakkın veya yetkinin kaybedilmesine ilişkin bir anlaşmanın da ceza koşulu niteliğinde olduğuna yönelik görüş için bkz. SCHWENZER, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2012, s.497.

⁷ HONSELL, Heinrich/VOGT, N. Peter/WIEGAND, Wolfgang: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I (Art.1 - 529 OR.), 2. Auflage, Helbing & Lichtenhahn, Zürich 2002, s.802; KELLER, Max/SCHÖBI, Christian: Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Auflage, Basel/Frankfurt 1988, s.111; SCHWENZER, s.497.

B. Ceza Koşulunun Hukuki Niteliği, Amacı ve Uygulama Alanı

1. Ceza Koşulunun Hukuki Niteliği

Ceza koşulunun hukuki niteliği hakkında öğretilerde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Olup ceza koşulunun götürü bir tazminat olduğunu savunan yazarlar olduğu gibi ceza koşulunun bir özel hukuk cezası olduğu olduğunu ileri süren yazarlar da mevcuttur. Ayrıca ceza koşulunun ceza-tazminat arası karma bir niteliği haiz olduğu da savunulmuştur.

Ceza koşulunun götürü bir tazminat niteliğinde olduğunu savunan yazarlara göre, ceza koşulunun sözleşmenin taraflarına kolaylık sağlayıp özellikle alacaklıyı zararın belirlenmesi külfetinden kurtarmasına yönelik fonksiyonu, ceza koşulunun hukuki niteliğinin tespitinde yol göstericidir. Zira bu görüşü savunan yazarlar, taraflar arasındaki ceza koşulu sözleşme akdedilirken ve henüz zarar miktarı belirli veya belirlenebilir değilken götürü olarak kararlaştırıldığından ceza koşulunun da götürü bir tazminat niteliğinde olduğunu savunmaktadırlar.⁸ Bu görüş, özellikle ceza koşulunun götürü bir tazminat olarak kabul edilmesi halinde, taraflarca başlangıçta kararlaştırılan bu bedelin azaltılması ya da artırılmasının mümkün olmaması sonucunu doğurduğundan eleştirilmiştir.⁹ Oysaki TBK m.180/II hükmü ile ceza koşulunda belirlenen bedelin arttırılmaması; TBK m.182/III hükmü ile de bedelin azaltılabileceği düzenlenmiştir. Bu sebeple, ceza koşulunun hukuki niteliği itibariyle götürü bir tazminat olmadığı savunulmuştur. Yargıtay tarafından verilen bazı kararlarda¹⁰ ceza koşulunun götürü tazminat olduğu ifade

⁸ Bkz. TUTAR, Elce: Cezaî Şartın Hukuki Niteliğini Açıklayan Görüşlerin Dönme Cezası Bakımından Değerlendirilmesi ve Dönme Cezasının Benzer Kurumlardan Farkı, *Terazi Hukuk Dergisi*, Ocak 2017, C.12, S.125, s.6; TUTAR, Elce: Dönme Cezası, *Turhan Kitapevi*, Ankara 2016, s.33 vd. TUNÇOMAĞ, *Cezaî Şart*, s.23; TUNÇOMAĞ, *Hukuki Mahiyet*, s.567. Götürü tazminat hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. PARLAK BÖRÜ, Şafak, "Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Mart-Nisan 2017, S.129, s.197; KAPANCI, Kadir Berk, *Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi*, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s.655; YILDIRIM, Uğur, *Cezaî Şart* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2010), s.56; ERDEM, Mehmet, "Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi", *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, 2009, s.98; SARI, Suat, "Götürü Tazminat Kavramı Üzerine", *Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu*, 26-27 Haziran 2008, İstanbul 2011, s.300; BİRİNCİ UZUN, Tuba: "Götürü Tazminat" s.98, Ankara 2015; AKKOYUN, Melike: "Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulunun İndirilmesi", (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2021.

⁹ GÜMÜŞ, Mustafa Alper: "Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri", s.1009. Ankara 2021; OĞUZMAN/ÖZ, s.535 vd.; KOCAAĞA, s.49 vd.; KAPANCI, s.675-680; ERDEM, s.122; PARLAK BÖRÜ, s.219; KARAGÖZ, s.61. Ceza koşulunun götürü tazminat olduğunun kabulü ile birlikte TBK m.182/III başta olmak üzere ceza koşuluna ilişkin hükümlerin götürü tazminatlar bakımından da uygulanması; bu sebeple götürü tazminatın indirilmesinin de önü açılmış olur, bu durumun yaratacağı sorunlar ve ihtimaller için ayrıca bkz. ÖCAL APAYDIN, Bahar/İNCE AKMAN, Nurten, "Götürü Tazminatın Hâkim Tarafından İndirilmesi Meselesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Haziran 2019, C.25, S.1, s.220-261.

¹⁰ YHGK. T.17.02.1971, K.1505-85; Y.14.HD. T.18.06.2008, E.2008/2637, K.2008/8031 (*Naklen*: AKKOYUN, s.62-63) Ayrıca Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 1986 tarihinde vermiş olduğu bir

edilirken daha yeni tarihli verilen bazı kararlarda ise,¹¹ ceza koşulu ile götürü tazminatın birbirinden farklı kavramlar olduğu ve bu bağlamda ceza koşulunun götürü tazminat olmadığı vurgulanmıştır.

Öğretide ceza koşulunun bir götürü tazminat olmadığına, bilakis bir özel hukuk cezası olduğuna ilişkin görüşler de mevcuttur.¹² Bu görüşü savunan yazarlara göre borçlu, alacaklı ile yaptıkları sözleşme uyarınca kararlaştırılan ceza koşulunu bilmekte; bu durum da üzerinde bir ifa baskısı yaratmaktadır. Yani borcun gereği gibi ifa edilmemesi veya eksik ifa edilmesi durumunda borçlu, belirli bir miktar ceza koşulunu ödemeye mahkûm olacağından ceza koşulu borçluyu borca uygun davranma konusunda baskı altında bırakır ve ceza koşulu, aynı ceza hukukundaki cezaların caydırıcılığı gibi bir misyon kazanır.¹³ Ayrıca TBK m.180 hükmü uyarınca alacaklının ceza koşulunu talep edebilmesi için herhangi bir zarara uğraması da aranmadığından ceza koşulunun tazminat olarak değerlendirilebilmesi de mümkün değildir.¹⁴

Öğretide, ceza koşulunun ceza-tazminat arası karma bir niteliği haiz olduğu da ileri sürülmüştür.¹⁵ Yargıtay'ın bazı kararlarında da bu görüş savunulmuştur.¹⁶ Bu görüşü savunan yazarlara göre ceza koşulunun en önemli amacı, borçluyu borca uygun şekilde davranmaya teşvik etmek ve borca aykırı ifa durumunda alacaklının zararının tazminini kolaylaştırmaktır. Bu görüşe eleştiri olarak ceza

kararında: "... sözleşme maddesinde "tazminat" sözcüğü kullanılmış ise de tazminatın götürü olarak tayin ve tespit edilmiş bulunması, davalının yüklendiği bu edimin "cezaî şart" olduğunu açıkça göstermektedir. Hal böyle olunca, davacının ayrıca zararını ve bunun miktarını ispat etmesi gerekmez. Kaldı ki alacaklı, zararı olmasa da cezaî şart olarak kararlaştırılan meblağı isteyebilir..." ifadeleriyle, ceza koşulunun götürü tazminat olduğuna hükmetmiştir. (YHGK. T.16.04.1986, E.1984/13-730, K.1986/416 sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.01.04.2023).

¹¹ Yargıtay, bazı kararlarında da ceza koşulu ile götürü tazminatın birbirinden farklı kavramlar olduğunu kabul etmiş ve götürü tazminatı açıklamak için "kira tazminatı" terimini kullanmıştır. YHGK. T.09/03/2016, E.2014/23-740, K.2016/283; Y.15.HD. T.28.11.2018, E.2018/2123, K.2018/4735: "... Ancak kira tazminatı hesaplanmasında ve teslim tarihinin saptanması hususunda hataya düşülmüştür. Taraflar arasındaki sözleşmede inşaatın on ay içerisinde bitirileceği ve sözleşme bedeli götürü olarak kararlaştırılmıştır..." (Naklen: AKKOYUN, s.62-63).

¹² GÜMÜŞ, s.1009-1010; YAĞCIOĞLU, s.25; EKİNCİ, *Ceza Koşulu*, s.46-47. Ceza koşulunun götürü tazminattan farklı olmakla birlikte borçlunun götürü tazminata yönelik de aynı ceza koşulunun da indirilmesinde olduğu gibi indirim talep edebileceği yönünde bkz. SCHWENZER, s.500; HONSELL/VOGT/WIEGAND, s.804.

¹³ YAĞCIOĞLU, s.25; EKİNCİ, *Ceza Koşulu*, s.46-47.

¹⁴ SAYMEN, Ferit/ELBİR, Halid: "Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler", s.829. İstanbul 1958.

¹⁵ Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. GÜNAY, s.35; EKİNCİ, s.51; AKKOYUN, s.15.

¹⁶ Bkz. Y.13.HD. T.14.11.1977, E.1977/4495, K.1977/5010: "...Ceza koşulu, bir edimden ya da belli yer ve zamanda edimden kaçınmada, genellikle para olan bir tutarın ceza olarak verilmesinin sözleşmesidir. Bu sözleşmenin amacı, borçluyu edime zorlama, alacaklıyı zararı saptama yükümünden kurtarma ve olumsuz edimlerde, yaptırım gücünden yararlanmadır. O nedenle, iki fonksiyonu vardır. Bunlardan ilki, ceza, ikincisi de tazminat fonksiyonudur..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.05.04.2023).

koşulunun ceza-tazminat arası karma bir niteliği haiz olduğunun ileri sürülmesinin her iki hukuki kurumun da mahiyetine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.¹⁷ Zira tazminatın amacı, borca aykırılık durumunda oluşan zararın giderimini sağlamak iken cezanın amacı, borçlunun borca aykırı davranışı sonucunda borçlunun hiçbir kusuru olmasa dahi borçluya bir sorumluluk yüklemektir.¹⁸

Kanaatimizce ceza koşulunun tazminat, götürü tazminat ve sigorta¹⁹ kurumlarıyla benzer özellikler taşıdığına kabulüyle birlikte, ikinci görüşe üstünlük tanınarak ceza koşulunun hukuki mahiyeti itibariyle bir özel hukuk cezası olduğunun kabulü gerekir. Zira ceza koşulunun talep edilebilmesi için alacaklının zarara uğraması gerekmediğinden ceza koşulu kavramı, borçlar hukukundaki tazminat talep edilebilmesi için zararın gerekli olduğuna yönelik genel prensipten önemli bir noktada ayrılmaktadır. Hal böyleyken, herhangi bir sebeple ceza koşuluna tazminat niteliği atfedilmesine yönelik görüşlere katılmıyoruz. Yine ceza koşulunun borçlu üzerinde yarattığı ifa baskısı ve borçluyu borca uygun davranmaya sevk etmesine yönelik fonksiyonu göz önüne alındığında, ceza hukukundaki anlamıyla olmamakla birlikte, özel hukuk alanında ceza benzeri kendine özgü bir müeyyide haline geldiği görüşündeyiz. Tüm bu sebeplerle, ceza koşulunun bir özel hukuk cezası olarak nitelendirilmesi gerektiğine yönelik görüşlere katılıyoruz.

2. Ceza Koşulunun Amacı ve Uygulama Alanı

Tarafların sözleşme ile elde etmek istedikleri menfaatler farklılık gösterdiğinden ceza koşulu, alacaklı ve borçlu bakımından farklı amaçlara hizmet eder.

İlk olarak ceza koşulu, borçluyu üstlendiği edime uygun davranmaya sevk eder. Bu bakımdan, ceza koşulunun kararlaştırılmasının ilk ve en önemli amacı, borçlunun sözleşmeyle üstlendiği edime uygun davranmasını sağlamaktır. Buna, ceza koşulunun teşvik veya teminat fonksiyonu adı verilir.²⁰ Bu sayede borçlu, kararlaştırılmış ceza koşulunu ödeme zorunluluğundan kaçınmak amacıyla, üstlenmiş olduğu edimi tam ve gereği gibi ifa etmeye dikkat eder. Böylelikle ceza koşulu, borçlu üzerinde psikolojik bir baskı yaratarak borçlunun asıl borcu yerine getirmemesi halinde, borçluya daha ağır bir yükümlülükle karşılaşacağını

¹⁷ GÜNAY, s.35.

¹⁸ AKKOYUN, s.15; GÜNAY, s.35.

¹⁹ Ceza koşulunun sigorta niteliğinde olduğu görüşü hakkında bkz. BİLGE, s.25. Burada belirtmek gerekir ki, ceza koşulunun sigorta sözleşmesinden en önemli farkı, sigorta sözleşmesinde teminatın en üst sınırının zararın en üst sınırına eşit olmasıdır. Ceza koşulunda oluşacak zarardan daha yüksek miktarda bir meblağ kararlaştırmak ise mümkündür. Bkz. TIRYAKI, Murat: "Özel Hukuk Alanında Cezai Şart", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2005, s.56, (E.T.02.05.2022) (Ulusal Tez Merkezi); AKKOYUN, s.14; GÖKÇEOĞLU, s.29.

²⁰ KOCAAĞA, s.42; BİLGE, s.83; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.21.

düşündürerek borçlunun asıl borcu ifa etmesini sağlar.²¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 2013 tarihinde vermiş olduğu bir kararda²² “... *cezai şartın borcun yerine getirilmesi için davalı üzerinde bir baskı yaptığı da gözetilip bu baskının ortadan kaldırılması sonucunu doğuracak şekilde indirimden kaçınılmalıdır...*” ifadeleriyle ceza koşulunun borçluyu ifaya teşvik ettiği hususunu belirtmiştir.

Alacaklı bakımından ise ceza koşulu, asıl alacağı kuvvetlendirme amacı güder.²³ Nitekim ceza koşulu sayesinde alacaklı, borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ceza koşulunu talep edebilme yetkisini haiz olur. Alacaklı bu sayede, borçlunun borca aykırı davranışı sebebiyle uğramış olduğu zararı tespit etme yükümünden de kurtulur. Böylelikle, aynı zamanda borçlunun borca aykırılıktan dolayı ödeyeceği bir kalem önceden tespit edilmiş olur.²⁴ Tazminat hukukunun genel prensiplerinden farklı olarak alacaklıya hiçbir zararı bulunmasa dahi ceza koşulunu talep etme hakkı veren TBK m.180/I sayesinde de alacaklı, ceza koşulu ile birlikte zararını ispat yükümlülüğünden kurtulmuş olur.²⁵

Ceza koşulu, hukukumuzda birçok farklı düzenlemeye konu olmuştur. Uygulama alanı son derece geniş olan ceza koşulu, başta borçlar hukukunda olmak üzere iş hukuku, ticaret hukuku ve medeni hukuk gibi alanlarda da sıklıkla kararlaştırılmaktadır.

Borçlar hukuku alanında ceza koşulu, özellikle eser (istisna) sözleşmesi,²⁶ hizmet sözleşmesi,²⁷ satış sözleşmesi gibi sözleşmelerde kararlaştırılır. Ceza koşulu, iş hukukunda da gerek bireysel iş hukukunda²⁸ gerekse toplu iş hukukunda uygulama alanı bulur.²⁹ Ticaret hukukunda ise ceza koşulu kaydı, tacir-

²¹ GÖKTÜRK, Hüseyin Avni: “Cezai Şart Müessesesi” (İzmir Barosu Dergisi, S.2-26, s.397-406, İzmir 1942), s.399; BERKİ, Osman Fazıl: “Pey Akçesi, Rücu Tazminatı ve Cezai Şart (Mukavele Cezası) Etrafında Tetkikler”, (İstanbul Barosu Dergisi, S.1, s.276-303 İstanbul 1943), s.281 vd. (*Tetkikler*); SCHWENZER, s.497; KILIÇOĞLU, s.986.

²² YHGK. T.27.03.2013, E.2012/13-821, K.2013/409 sayılı kararı. (*Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*, E.T.01.04.2023).

²³ SCHWENZER, s.497; EREN, s.1324; KILIÇOĞLU, s.986.

²⁴ BİLGE, s.81; TUNÇOMAĞ, s.258 vd.; KOCAAĞA, s.42; BERKİ, Tetkikler, s.281.

²⁵ EREN, s.1329; BİLGE, s.41; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.49; FEYZİOĞLU, s.328.

²⁶ Eser (istisna) sözleşmelerinde ceza koşulu hakkında detaylı bir çalışma için bkz. OZANOĞLU, Hasan Seçkin: “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”, (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.2, Ankara 1999).

²⁷ Hizmet sözleşmelerinde ceza koşulu hakkında detaylı bir çalışma için bkz. ARICI, Kadir: “Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması”, (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.1, S.1, s.31-44. Ankara 1997).

²⁸ Bkz. DEMİRTAŞ s.856 vd.

²⁹ Ceza koşulunun iş hukukundaki düzenleniş biçimi ile hüküm ve sonuçları hakkında bkz. YAYVAK NAMLİ, İrem: İş Hukuku’nda Cezai Şart, İstanbul 2019.

ler arasındaki sözleşmelerde sıklıkla yer alır. Örneğin bayilik sözleşmelerinde belli miktarda malın satılması, ihraç edilmek üzere satılan malın iç piyasaya verilmemesi, ham maddenin üretim dışında satışının önlenmesi vb. amaçlarla ceza koşulu kararlaştırılabilir.³⁰ Medeni hukukta da ceza koşuluna ilişkin düzenlemeler bulunur. Örneğin dernekler hukukunda ceza koşulu geniş bir uygulama alanına sahiptir. Takdiri dernek yönetim kurullarına bırakılan ve “dernek cezaları” adı da verilen para cezaları, ceza koşulu niteliğindedir.³¹ Yine kat mülkiyeti hukukunda da kat maliklerinin aldıkları kararlarda ceza koşulu gündeme gelebilir.

C. Ceza Koşulunun Geçerlilik Şartları

1. Geçerli Bir Asıl Borcun Bulunması

Ceza koşulunun varlığından söz edebilmek için, geçerli bir temel borç ilişkisi ve bu ilişkiden doğan bir asıl borcun bulunması gerekir.³² Nitekim ceza koşulu, asıl alacağı kuvvetlendirme amacı güttüğünden ceza koşulunun varlığı için asıl ve en önemli şart, geçerli bir asıl borcun bulunmasıdır. Geçerli bir asıl borç yoksa, ceza koşulundan da söz edilemez.³³ Bu niteliği itibarıyla ceza koşulu, asıl borca bağlı bir yan borçtur.³⁴

Asıl borcun kaynağı genellikle sözleşme olduğundan ceza koşuluna “sözleşme cezası” da denir.³⁵ Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, ceza koşulunun yan borç olarak bulunduğu asıl borcun kaynağının mutlaka sözleşme olması gerekmez; geçerli olduğu sürece kural olarak her türlü borcun ifasının ceza koşuluyla teminat altına alınması mümkündür.³⁶

Asıl borç geçerli olarak doğmamışsa veya sonradan ifa, ibra, takas veya yenileme yoluyla ortadan kalkmışsa, yan nitelikteki ceza koşulu da doğmaz veya ortadan kalkar.³⁷ Örneğin taraflar arasında ceza koşulu içeren bir hizmet sözleşmesi kesin hükümsüzlük sebebiyle geçersiz ise, ceza koşulu da sözleşmenin akıbetini paylaşır ve geçersiz olur. Bu durum, ceza koşulunun asıl borca bağlı yan borç olmasının doğal sonucudur.

³⁰ GÜNAY, s.50.

³¹ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.55 vd.; GÜNAY, s.41.

³² SCHWENZER, s.497; KOCAAĞA, s.83; CANSEL/ÖZEL, 721; DEMİRTAŞ, s.851; OĞUZMAN/ÖZ, s.535; KELLER/SCHÖBL, s.110.

³³ EREN, s.1324; SCHWENZER, s.498.

³⁴ HONSELL/VOGT/WIEGAND, s.802; KOCAAĞA, s.84; EREN, s.1324; SCHWENZER, s.497; TUNÇOMAĞ, s.859; KELLER/SCHÖBL, s.110.

³⁵ YAĞCIOĞLU, Burcu: Türk ve İsviçre Hukukunda Ceza Koşulu (Cezai Şart), Ankara 2019, s.47.

³⁶ KOCAAĞA, s.84.

³⁷ EREN, s.1325; SCHWENZER, s.498; HONSELL/VOGT/WIEGAND, s.802.

Yargıtay da bir kararında³⁸ “... Cezai şart fer’i bir borçtur. Esas borç ifa ile sükût ederse onun fer’i olan cezai şart borcu da, saklı tutulmamışsa, esas borç ile sükût eder...” ifadeleriyle ceza koşulunun yan bir borç olduğunu vurgulamıştır.

2. Ceza Koşulunun Asıl Borçtan Bağımsız Ekonomik Değer Taşıyan Bir Edim İçermesi

Ceza koşulu, her ne kadar asıl borca bağlı yan bir borç olsa da asıl borçtan bağımsız olarak ekonomik değer taşıyan bir edim içermelidir.³⁹ Borçlunun bir hak veya yetkisini kaybetmesine yol açacak veya doğrudan asıl borçla üstlendiği edimi etkileyen yükümlülükler, ceza koşulu olarak değerlendirilemez.⁴⁰ Örneğin karşı tarafın temerrüde düşmesi halinde taraflar arasındaki sözleşmenin feshedileceğine veya faiz ödenmemesi halinde asıl borcun muaccel olacağına ilişkin düzenlemeler, asıl borçtan bağımsız olarak ekonomik bir değer taşımadığından ceza koşulu değildir.⁴¹

3. Ceza Koşulunun Sağlararası Bir Hukuki İşlemden Doğması

Ceza koşulu, ancak sağlararası bir hukuki işlemle kararlaştırılabilir.⁴² Yani geçerli bir ceza koşulunun varlığı için hüküm ve sonuçlarını tarafların sağlığında meydana getiren bir hukuki işlem bulunmalıdır.

Ölüme bağlı tasarruflarla ceza koşulu kararlaştırılması mümkün değildir. Ceza koşulunun yalnızca sağlararası işlemlerle kararlaştırılabilmesinin nedeni, ölüme bağlı tasarruflarda muhatabın tasarrufun konusunu tayin özgürlüğü içinde olmamasıdır.⁴³ Muhatabın tayin özgürlüğü içinde olmadığı bir tasarrufu ifa etmediği için ceza koşulu ödemek durumunda kalması, hakkaniyet kurallarına aykırıdır. Buna göre, mirasbırakanın şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf niteliğinde olan vasiyetname veya miras sözleşmesi ile mirasçılarında birine herhangi bir edim yüklemesi, edim yüklenen mirasçının bunu gerçekleştirmemesi durumunda da o mirasçı aleyhine bir ceza koşulu öngörmesi mümkün değildir.

³⁸ Y.19.HD. T.26.10.2001, E.2001/5430, K.2001/6861 sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.02.04.2023).

³⁹ ARSEBÜK, Ahmet Esat: “Cezai Şart Mefhumu Etrafında Tahliller”, (Adliye Ceridesi, S.16, s.987-996, Ankara 1936), s.989; BİLGE, s.49 vd.; FEYZİOĞLU, s.322; KOCAAĞA, s.102; EREN, s.1324; DEMİRTAŞ, s.851; OĞUZMAN/ÖZ, s.541.

⁴⁰ Aksi görüşte bkz. SCHWENZER, s.498. İsviçre öğretisinde, OR m.163 ile aşırı ceza koşulunun indirilmesine yönelik getirilen hüküm, ceza koşulunun yalnızca ekonomik olarak değer içeren bir edim (özellikle bir miktar para) içermesi gerektiği kabulü ile hazırlandığı, bu sebeple ceza koşulunun asıl borçtan bağımsız olarak ekonomik bir değer taşıması gerektiği savunulmaktadır. Bu görüş için bkz. HONSELL/VOGT/WIEGAND, s.804.

⁴¹ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.13; ARSEBÜK, s.989; FEYZİOĞLU, s.322.

⁴² BİLGE, s.47 vd.; KOCAAĞA, s.119; TUNÇOMAĞ, s.16; DEMİRTAŞ, s.851; CANSAL/ÖZEL, s.722.

⁴³ BİLGE, s.97; TUNÇOMAĞ, s.44-45; FEYZİOĞLU, s.325.

D. Ceza Koşulunun Türleri

1. Seçimlik Ceza Koşulu

Sözleşmenin borçlu tarafından hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi ihtimaline karşı kararlaştırılan ceza koşulu, seçimlik ceza koşuludur.⁴⁴ Seçimlik ceza koşulunu düzenleyen TBK m.179/I: “*Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir.*” şeklindedir. Bu ceza koşuluna seçimlik ceza koşulu denmesinin sebebi, bu durumla karşılaşan alacaklıya seçimlik bir yetki⁴⁵ verilmiş olmasıdır. Bu durumda alacaklı, ya borcun ya da ceza koşulunun ifasını isteyebilir.

Bu seçimlik yetki, alacaklı tarafından tek taraflı varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılır ve her yenilik doğuran hak gibi kullanıldıktan sonra bundan dönülemez.⁴⁶ Seçimlik ceza koşulunda ceza koşulunun ödenmesi talep edilmişse, artık asıl edimin ifası istenemez. Alacaklı, bundan kesin olarak vazgeçmiş sayılır.⁴⁷

Seçimlik ceza koşulunu düzenleyen TBK m.179/I hükmü, emredici nitelikte değildir. Taraflar bunun aksini kararlaştırabilirler. Örneğin taraflar ifa etmeme halinde alacaklının yalnız ceza koşulunu talep edebileceğini öngörebilirler.⁴⁸

2. İfaya Eklenen Ceza Koşulu

İfaya eklenen ceza koşulunda seçimlik ceza koşulundan farklı olarak alacaklı tarafından hem borcun hem de ceza koşulunun ifası talep edilebilir.⁴⁹ İfaya eklenen ceza koşulu TBK m.179/II’de düzenlenmiştir. İlgili hüküm: “*Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir.*” şeklindedir. Hükümün lafzından da anlaşılacağı üzere, ifaya eklenen ceza koşulu, ancak borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılabilir. Se-

⁴⁴ GÜNAY, s.78; EREN, s.1326; KOCAĞA, s.146; GÖKÇEOĞLU, s.64; UÇAR, s.17; EKİNCİ, s.107; CANSEL/ÖZEL, s.722; DEMİRTAŞ, s.852; OĞUZMAN/ÖZ, s.544; KILIÇOĞLU, s.991.

⁴⁵ SCHWENZER, s.498-499. Borçlunun asıl edimi hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde alacaklının seçimlik yetkisi doğar. Ancak *Eren*’e göre bu yetki ne tam anlamıyla seçimlik bir yetki ne de gerçek anlamda seçimlik bir borçtur (EREN, s.1327). Öğretide alacaklının bu seçimlik yetkisine kıyas yoluyla seçimlik borç hakkındaki hükümlerin uygulanması gerektiğine ilişkin görüş hakkında bkz. TUNÇOMAĞ, *Cezai Şart*, s.106-107.

⁴⁶ EREN, s.1327; GÜNAY, s.79.

⁴⁷ TUNÇOMAĞ, *Cezai Şart*, s.44 vd.; EREN, s.1327. Ancak alacaklının ifayı talep ettikten sonra bundan vazgeçip ifa yerine yalnızca ceza koşulunu talep etmesinin mümkün olduğu yönünde bkz. SCHWENZER, s.500.

⁴⁸ EREN, s.1327.

⁴⁹ DEMİRTAŞ, s.852; SCHWENZER, s.499; CANSEL/ÖZEL, s.724-725; OĞUZMAN/ÖZ, s.546-547.

çimlik ceza koşulunun aksine, kanunun lafzı gereği, borcun hiç ifa edilmemesi veya eksik ifa edilmesi ihtimallerine yönelik olarak ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırılması mümkün değildir.

Alacaklının ifaya eklenen ceza koşulunu talep edebilmesi için hakkından açıkça feragat etmemiş veya ifayı bu konuya ilişkin çekince (ihtirazi kayıt) koyarak kabul etmiş olması gerekir.⁵⁰ Alacaklının ifayı çekincesiz olarak kabul etmesi halinde, ifaya eklenen ceza koşulunu talep etmesi artık mümkün değildir.⁵¹ Alacaklının çekince koyma yetkisi, ceza koşulunun ödenmesini isteme hakkını saklı tutması anlamına gelir ve bu durumda ceza koşulunun ödenmesini talep etme hakkı da devam eder.⁵²

3. İfayı Engelleyen Ceza Koşulu (Dönme Cezası)

Hukukumuzda kişiler sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca, kural olarak serbestçe sözleşme yapabilirler. Ancak kişilerin taraf oldukları sözleşmeleri tek taraflı olarak ve hiçbir şarta bağlı olmadan sona erdirmeleri mümkün değildir. Bununla birlikte taraflar, borçlunun sözleşmede kararlaştırılan bir cezayı ödeyerek sözleşmeyi dönme veya fesih yoluyla sona erdirmeye hakkı olduğunu kararlaştırabilirler. Bu durumda, ifayı engelleyen ceza koşulu (dönme cezası) söz konusu olur.⁵³

İfayı engelleyen ceza koşulunu düzenleyen TBK m.179/III: “*Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır.*” şeklindedir. İlgili hüküm incelendiğinde, borçlunun alacaklı ile yaptığı anlaşmada dilerse sözleşmeden dönmeyi ve alacaklıya sadece belirlenen cezayı ödemeyi kararlaştırabileceği anlaşılır.⁵⁴ Buna ifayı engelleyen ceza koşulu veya dönme cezası denir. Bu tür ceza koşulunda borçlu, kararlaştırılan ceza koşulunu ödeyerek sözleşmeyi feshedebilir veya bu sözleşmeden dönebilir. Alacaklı ise bu durumda borçludan asıl edimin ifasını isteyemez.

⁵⁰ SCHWENZER, s.499. İfaya eklenen ceza koşulunda ceza koşulu talep etme hakkının düşmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. KOCAMAN, Arif Burhanettin: “BK m.158/II c.2 Hükümü Gereğince İfaya Ekli Cezai Şart Talep Etme Hakkının Düşmesi (Sona Ermesi) ve BK m.158/II c.2’de Hakkın Korunması İçin Öngörülen İhtirazi Kayıt İleri Sürme Şartının Sözleşme ile Bertaraf Edilip Edilemeyeceği Hususu”, (Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, s.567-582. İstanbul 2011). Ayrıca ifaya eklenen ceza koşulu taraflarca yapılan özel bir anlaşmaya dayanıyorsa, bunu alacaklının ispat etmesi gerektiği yönünde bkz. KELLER/SCHÖBİ, s.113.

⁵¹ KOCAMAN, s.570-571; KILIÇOĞLU, s.995.

⁵² EREN, s.1328.

⁵³ CANSAL/ÖZEL, s.725; EKİNCİ, *Ceza Koşulu*, s.188 vd.; GÜNAY, s.150; KOCAĞA, s.154; GÖKÇEÖĞLU, s.33; UÇAR, s.18; DEMİRTAŞ, s.852; OĞUZMAN/ÖZ, s.548; KILIÇOĞLU, s.993. Borçlunun sözleşmeden dönmeye halinde kısmi ödemelerin alacaklıda kalacağına ilişkin anlaşmanın da sözleşmeye dayalı bir ceza koşulu olarak kabul edildiği yönünde bkz. SCHWENZER, s.497.

⁵⁴ EREN, s.1328.

Öğretide, ifayı engelleyen ceza koşulunun gerçek anlamda bir ceza koşulu olmadığı, cayma parasının hukuki niteliğine daha yakın olduğu ileri sürülmektedir.⁵⁵ Zira burada asıl alacak ve borcun kuvvetlendirilmesi, teminat altına alınmak suretiyle ifasının sağlanması ve böylece alacaklının hukuki durumunun sağlamlaştırılmasından ziyade dilerse cezayı ödemek ve sözleşmeden dönmek veya onu feshetmek suretiyle borçlunun durumunun kolaylaştırılması söz konusudur.⁵⁶

Kanaatimizce de ceza koşulu, yan bir borç olarak asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmeme riskini garanti altına almakla beraber borçluyu asıl borcu ifaya teşvik etme unsuruyla öne çıkar. İfayı engelleyen ceza koşulu ise bu unsuru sağlamak bir yana, borçluya her zaman asıl borcu ifa etmeyip ceza koşulunu ödeyerek borçtan kurtulma imkânı verdiği için ceza koşulunun esas amacıyla çelişmektedir. Bu bağlamda bizce de ifayı engelleyen ceza koşulu, cayma parasının hukuki niteliğine daha yakındır.

E. Ceza Koşulunun İfasının Talep Edilmesi

Taraflarca geçerli bir şekilde kararlaştırılmış ceza koşulunun ifası, bu borcun muaccel hale gelmesiyle birlikte alacaklı tarafından talep edilebilir. Ceza koşulu ile zarar arasındaki ilişkiyi düzenleyen TBK m.180/I: “Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir.” şeklindedir. Kanun koyucu bu hükümlerle, aslında tazminat hukukunun genel prensiplerinden ayrılarak alacaklının zarara uğraması gerekliliğini ceza koşulunun ifası için şart olarak düzenlememiştir. Ancak her ne kadar ceza koşulunun talep edilebilmesi için alacaklının zarara uğraması gerekli değilse de borçlunun kusurlu olması gerekir.⁵⁷

Alacaklının zarara uğraması, ceza koşulunun talep edilebilmesi için gerekli olmamakla birlikte alacaklı sözleşme ilişkisinde zarara uğramış da olabilir. Alacaklının uğramış olduğu zarar, kararlaştırılan ceza koşulu tutarından fazla ise TBK m.180/II: “Alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşıyorsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez.” şeklindedir. Bu durumda alacaklının uğradığı zararın miktarı ceza koşulunu aşıyorsa, alacaklı bunu borçludan talep edebilir.⁵⁸ Kanun koyucu bu hükümlerle, TBK m.112’deki genel kuralın aksine, kusurun ispatı bakımından ispat yükünü alacaklı aleyhine ters çevirmiştir. Kanaatimizce, kanun koyucunun bu düzenlemesi yerindedir. Nitekim taraflar, ilgili durumlarda alacaklıya ödenecek tutarı, ceza koşuluyla önceden karar-

⁵⁵ CANSEL/ÖZEL, s.725; KELLER/SCHÖBİ, s.113.

⁵⁶ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, 31.

⁵⁷ SCHWENZER, s.498; GÖKTÜRK, s.400; OĞUZMAN/ÖZ, s.550 vd. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. AKSOY, Hüseyin Can: “Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru ile İlişkisi Nedir?”, (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.24, S.2, s.999-1018, İstanbul 2018); Ekinci, Hüseyin: “Cezai Şart İlişkisinde Kusur Sorunu”, (Terazi Hukuk Dergisi, S.8, s.21-28. Ankara 2007) (*Kusur*).

⁵⁸ SCHWENZER, s.499.

laştırmışlardır. Bununla, borçlu üzerinde psikolojik bir baskı unsuru oluşturulmuştur.⁵⁹ Buna ek olarak, alacaklının bu tutarı aşan bir zararının olması halinde borçluya bir de kendi kusursuzluğunu ispat külfeti getirilmesi, ceza koşulu hükümleriyle hedeflenen menfaat dengesini borçlu aleyhine fazlasıyla bozar.

Kanun koyucu, ceza koşuluna ilişkin bazı kanuni sınırlamalar da getirmiştir.⁶⁰ Bu sınırlamalar, ekonomik olarak daha zayıf durumda olan borçluyu koruma amacı güder. Bu durumlara TBK tarafından kiracı ve işçi lehine, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun tarafından da tüketici lehine getirilen hükümler örnek gösterilebilir. Gerçekten de “*Kiracı Aleyhine Düzenleme Yasağı*” başlığı taşıyan TBK m.346: “*Kiracıya, kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlülüğü getirilemez. Özellikle, kira bedelinin zamanında ödenmemesi hâlinde ceza koşulu ödeneceğine veya sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir.*” şeklindedir. Yine “*Ceza Koşulu ve İbra*” başlığını taşıyan TBK m.420/I: “*Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir.*” şeklinde olup tüketici sözleşmelerinde tüketici aleyhine getirilen ceza koşulları da TKHK m.5 kapsamında haksız şart olarak değerlendirilerek geçersiz sayılmalıdır.⁶¹ Yine TKHK m.18 uyarınca taksitle satış sözleşmelerinde tüketici, herhangi bir ceza koşulu ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir.

Kanunun emredici hükümlerine aykırı olarak kararlaştırılan ceza koşulları, hukuka aykırılıktan dolayı kesin hükümsüz sayılmalıdır.⁶² Dolayısıyla kesin hükümsüz olan bu koşulların hâkim tarafından re'sen dikkate alınması ve aşırı ceza koşulunun indirilmesi talebinden ziyade tamamen ortadan kaldırılmasına konu olması gerekir.

III. Aşırı Ceza Koşulunun İndirilmesi

A. Aşırı Ceza Koşulu Kavramı ve Aşırı Ceza Koşulunun Tespitinde Yararlanılan Ölçütler

1. Aşırı Ceza Koşulu Kavramı

Sözleşme özgürlüğü, taraflara sözleşmenin içeriğini serbestçe belirleme yetkisi verir. Taraflar serbestçe belirlemiş oldukları bu sözleşmenin içeriğinde yer alan hü-

⁵⁹ Yargıtay da 2021 tarihinde vermiş olduğu bir kararında, ceza şartının borçlu üzerinde psikolojik bir baskı unsuru oluşturduğunu belirterek “... Ceza-i şart, borcunun yerine getirilmesi için davalı üzerinde bir baskı yaptığı da gözetilip böyle bir baskının ortadan kaldırılması sonucunu doğuracak şekilde aşırı indirimden kaçınmalıdır...” ifadelerini kullanmıştır. (Y.3.HD. T.30.11.2021, E.2021/386, K.2021/12268) (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.04.06.2023).

⁶⁰ Bu haller hakkında detaylı bir inceleme için bkz. SOMER, Zeynep: “Cezai Şart Kararlaştırılmayacak Haller”, (Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.11, s.119-137, İstanbul 2020).

⁶¹ Tüketici hukukunda haksız şart kavramı için bkz. AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan: Tüketici Hukuku, Ankara 2021, s.313 vd.; Ayrıca bkz. SOMER, s.127-128.

⁶² Nitekim kanunun emredici hükümlerine aykırılığın yaptırımı, TBK m.27’de kesin hükümsüzlük olarak düzenlemiştir (EREN, 358 vd.).

kümlere uygun davranarak edimlerini ifa etmelidirler. Ancak kanun koyucu, sözleşme özgürlüğüne bazı sınırlamalar getirmiştir. Bu sınırlamalar, TBK m.27'nin emredici hükmü gereğince sözleşmenin veya bazı hükümlerinin geçersiz sayılmasında olduğu kadar, hâkimin mevcut bir sözleşmeye müdahale etmesi şeklinde de kendini gösterir.

Sözleşme özgürlüğüne ilişkin sınırlayıcı bir düzenleme de, ceza koşulu hakkında öngörülmüştür.⁶³ Nitekim TBK m.182/I'de tarafların ceza koşulu miktarını serbestçe belirleyebileceği belirtilmiş olsa da, TBK m.182/III'te hâkimin aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirebileceği hüküm altına alınmıştır. Aynı maddenin iki fıkrası birbirisiyle çelişir gözükse de kanun koyucu, ilk fıkrada taraflara ceza koşulu hususunda bir özgürlük tanımıştır. Ancak üçüncü fıkrada ise, bu özgürlüğün kötüye kullanılmasının ve ekonomik dengenin borçlu aleyhine aşırı derecede bozulmasının önüne geçilmek istenmiş ve hâkime bu duruma müdahale yetkisi verilmiştir.

Hâkime aşırı ceza koşulunu indirme yetkisi verilmişse de, hükümde yer alan "aşırı ceza koşulu" kavramı kanunda tanımlanmamıştır. Ayrıca hâkimin bu değerlendirmeyi yaparken kullanması gereken ölçütlere de yer verilmemiştir. Kanaatimizce, bilinçli nitelikte olan bu kural içi boşluk isabetlidir. Zira bir ceza koşulunun aşırı olup olmadığının tespiti, objektif ve mutlak bir ölçüte dayanmadığından hâkimin takdir yetkisini kullanarak bu durumu her bir somut olaya göre değerlendirmesi daha doğru sonuçlar doğurur.⁶⁴ Kanundaki bu kural içi boşluk sebebiyle, aşırı ceza koşulu kavramının tanımı ve bu aşırılığın değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulacak ölçütlerin tespiti öğreti ve uygulamaya bırakılmıştır.

Eren'e göre aşırı ceza koşulu, borçlunun ekonomik kişilik hakkını, ticari faaliyetini ihlal edecek, olumsuz yönde etkileyecek derecedeki ceza koşuludur.⁶⁵

Günay'a göre ise, alacaklının göz önünde tutulması gerekli çıkarlarıyla borçlunun çıkarları kıyaslandığında açık bir nispetsizlik içinde bulunan ceza koşulu, aşırı ceza koşuludur.⁶⁶

Gökçeoğlu da aşırı ceza koşulunu, "makul olmayacak derecede yüksek tutulan, adalet ve hakkaniyet gerekleriyle açık bir çelişki içinde görülen ve hâkimin müdahalesini gerektiren ceza koşulu" olarak tanımlar.⁶⁷

Schwenzer'e göre de aşırı ceza koşulu, taraflar arasındaki menfaat dengesinde büyük bir uyumsuzluk yaratan ve bu dengeyi borçlu aleyhine fazlasıyla bozan ceza koşuludur.⁶⁸

⁶³ HONSELL/VOGT/WIEGAND, s.809.

⁶⁴ Aynı görüşte bkz. TUNÇOMAĞ, *Cezai Şart*, s.144; EKİNCİ, *Ceza Koşulu*, s.324; GÜNAY, s.181.

⁶⁵ EREN, s.1331.

⁶⁶ GÜNAY, s.181.

⁶⁷ GÖKÇEOĞLU, s.68.

⁶⁸ SCHWENZER, s.499.

Kanaatimizce aşırı ceza koşulu, hâkim tarafından her bir somut olayın özelliklerine göre tespit edilecek olup, kanun koyucu tarafından öngörülen menfaat dengesini borçlu aleyhine fazlasıyla bozan ve ifasının istenmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilecek derecedeki ceza koşuludur.

Hemen belirtmek gerekir ki, bir ceza koşulunun aşırı olması, o ceza koşulunun sırf bu sebeple geçersiz olması anlamına gelmez.⁶⁹ Burada TBK m.182/III ile amaçlanan, ceza koşulunun tamamen ortadan kaldırılması değil, yalnızca indirilmesidir. Dolayısıyla hâkim, kural olarak ceza koşulunun tamamını ortadan kaldıramaz.⁷⁰ Bu sebeple aşırı ceza koşulunun indirilmesiyle birlikte, kararlaştırılan ceza koşulunun yerine hâkim tarafından tayin edilmiş yeni ceza koşulunun geçtiğini belirtmek daha isabetli olur.

Aşırı ceza koşulunun talep edilmesinin ahlaka aykırı olması veya kişinin kişilik haklarının bir parçası olan ekonomik bütünlüğüne doğrudan bir saldırı olarak değerlendirilmesi hallerinde ise, aşırı ceza koşulunun indirilmesi söz konusu olmaz. Bu durumda, ceza koşulunun indirilmesinden ziyade bu koşulun geçersizliği söz konusudur. Ancak bu durum, ahlaka aykırı ceza koşulunun tamamen geçersiz hale gelmesi, ahlaka aykırı olmayan ama aşırı olan ceza koşulunun ise sadece indirilmesi sonucunu doğurabildiğinden, hakkaniyete uygun değildir.

Tartışmalı olmakla beraber, ceza koşulunun ahlaka aykırı olması halinde de TBK m.27/II'nin uygulanması isabetli olur.⁷¹ Zira TBK m.27/II'ye göre, sözleş-

⁶⁹ HONSELL/VOGT/WIEGAND, s.811; GÜNCAN, Mehmet: Borçlar ve Ticaret Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1998, s.31 (E.T.11.06.2023) (<http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/31592.pdf>).

⁷⁰ EREN, s.1333; *Arsebük'ün Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 20.12.1950 tarihli bir kararını tahlilinde belirttiği "... cezai şartın fahiş görülmesi ve bu yüzden indirilmesi pekâlâ mümkündür. Hâkimin cezai şartı mesela bir liraya indirmesi kabildir. Bu takdirde, kanunun gerek tefsire gerek cezai şarta dair olan sarih hükümleri ihlal edilmemiş olurdu..."* şeklindeki ifadeler, ceza koşulunun tamamen indirilmesinin mümkün olup olmadığının değerlendirilmesinde önemlidir. Nitekim kanunun lafzı incelendiğinde, hâkimin yalnızca indirime karar verebileceği anlamı çıkarılırsa yazarın isabetle belirttiği gibi, ceza koşulunun örneğin bir liraya indirilmesi mümkün kabul edilebilirken tamamen kaldırılması isabetli olarak değerlendirilemez. (İlgili kararın tahlili için bkz. ARSEBÜK, Ahmet Esat: Borçlar Hukuku, C.2, Ankara 1950, s.759 (*Borçlar*)); Oğuzman/Öz ise aksi görüştedir. Yazarlara göre, hâkimin ceza tutarını indirme yetkisi, hiçbir zaman ceza koşulunu tamamen kaldırma şeklinde kullanamaz. (OĞUZMAN/ÖZ, s.553).

⁷¹ Gülseven'e göre ceza koşulunun ahlaka aykırı olması halinde de ceza koşulunun TBK m.182/III hükmü gereği indirilmesi mümkün olduğu sürece hükümsüzlükten söz edilemez. (GÜLSEVEN, Hilal: Türk Özel Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi, Ankara 2016, s.96). Yazarın görüşü, ulaşılmak istenen sonuç itibarıyla kanaatimize uygun düşse de, yazarın hukuki çözüm önerisine katılmıyoruz. Nitekim kullanılan "TBK m.182/III hükmü gereği indirilmesi mümkün olduğu sürece" ifadesi açık değildir. Eğer hâkim, somut olayda yer alan ceza koşulunu TBK m.182/III anlamında aşırı ceza koşulu olarak değerlendirirse, zaten re'sen bunun indirilmesi yoluna gider. Ancak sorun, hâkimin takdiri bu ceza koşulunun ahlaka aykırı olarak değerlendirilmesi yönünde ise uygulanması gereken hükmün ne olacağıdır. Zira burada ahlaka aykırı olarak değerlendirilecek bir ceza koşulunun tamamen geçersiz sayılması yerine TBK m.182/III'tekine benzer bir şekilde indirilmesi amaçlanmaktadır. Ancak TBK m.27/I, ahlaka aykırılığın yaptırımını kesin hükümsüzlük olarak be-

menin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması halinde sadece o kısım hükümsüz sayılabilir. Bu ifadeden, hem sözleşmenin bir kısmı hem de borçlanılan edimin miktar olarak bir kısmı anlaşılmalıdır. Dolayısıyla bölünebilir sözleşmelerde olduğu gibi miktar bakımından bölünebilir edinlerde de değiştirilmiş kısmi butlan yaptırımının uygulanması mümkündür. Bu sayede, TBK m.27/II hükmü uygulanarak ahlaka aykırı ceza koşulunun tamamen kesin hükümsüz sayılması yerine hâkimin takdiri doğrultusunda yalnızca ahlaka aykırılık oluşturan miktarı batıl sayılarak ceza koşuluna ilişkin anlaşmanın muhafaza edilmesi mümkündür.

Yargıtay da, 2013 yılında verdiği bir kararda, ahlaka aykırı ceza koşulunun kısmen geçersizliğine karar verilmesinin mümkün olduğuna hükmetmiştir. Kararda: “... *cezai şart tacir borçlunun ekonomik olarak mahvına sebep olacak derecede ağır ve yüksek ise, bu husus genel adap ve ahlaka aykırı sayılacağından cezai şartın kısmen veya tamamen iptaline karar verilmesinin mümkün olduğu... bahisle hükmün bozulmasına karar verilmiştir.*” ifadeleri kullanılmıştır.

2. Aşırı Ceza Koşulunun Tespitinde Yararlanılan Ölçütler

Hâkim, TBK m.182/III hükmü uyarınca aşırı bulduğu ceza koşulunu re’sen indirmekle yükümlüdür. Ancak hâkimin bir ceza koşulunun aşırılığını tespit ederken göz önünde bulundurması gereken ölçütlerin ne olacağı kanunda belirtilmemiştir. Bu durum, ceza koşulunun aşırılığının tespitinde yararlanılacak ölçütlerin öğreti ve uygulama tarafından tespiti zorunluluğunu doğurmuştur.

Öğreti ve uygulamada aşırılığın tespitinde hâkimin yararlanacağı ölçütlere, alacaklının menfaatleri, borçlunun kusurunun ağırlığı, borçlunun borca aykırılığının derecesi, tarafların ekonomik durumu gibi hususlar örnek olarak verilebilir. Bu ölçütler sınırlı olmayıp her bir somut olayda hâkim, kendi takdir hakkını kullanarak aşırılığa karar verir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2013 yılında vermiş olduğu bir kararda⁷² aşırı ceza koşulunun tespitine ilişkin ölçütler konusunda: “... *Hâkim, cezai şartın fahiş olup olmadığını değerlendirirken, tarafların ekonomik durumları, borçlunun ödeme gücü, alacaklının, kendisine asıl borcun ifasındaki yararıyla cezai şart ödenmesi halindeki yararı arasında makul ve adil ölçü, sözleşmeye aykırı davranılmasından dolayı alacaklının uğradığı zarar, borçlunun borcunu yerine*

lirlemiştir. Dolayısıyla hâkimin, yaptırımı kanunca belirlenmiş bir duruma takdir yetkisini kullanarak TBK m.182/III hükmünü uygulaması caiz değildir. Bu sebeple hâkim TBK m.27/II'ye başvurarak ahlaka aykırı ceza koşuluna ilişkin uyuşmazlığı çözmelidir; Tartışmalar için ayrıca bkz. KOCAA-ĞA, s.262 vd.

⁷² YHGK. T.27.03.2013, E.2012/13-821, K.2013/409 sayılı kararı. (*Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*, E.T.04.04.2023).

getirmemiş olması sebebiyle sağladığı menfaat, borçlunun kusuru derecesi ölçü alınıp cezai şart miktarı hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun olarak saptanmalıdır. Hâkimin bu kuralları uygularken kullanacağı takdir hakkının Yargıtay denetimine elverişli olması gerekir. Aşırılığın belirlenmesinde cezai şartın, borcun yerine getirilmesi için davalı üzerinde bir baskı yaptığı da gözetilip böyle bir baskının ortadan kaldırılması sonucunu doğuracak şekilde indirimden kaçınılmalıdır...” şeklinde hüküm kurmuştur.

Yargıtay’ın vermiş olduğu bu karar, hâkime aşırı ceza koşulunu tespit ederken faydalanacağı unsurlar hakkında yol gösterici bir niteliği haizdir.⁷³ Buna göre hâkim, taraflar arasındaki bir uyuşmazlıkta ceza koşulunun aşırılığını tespit ederken, başta alacaklının menfaati olmak üzere, borçlunun borca aykırılığının derecesi ve borçlunun kusurunun ağırlığı gibi hususları gözeterek bir karar vermelidir.

a. Alacaklının Menfaati

Ceza koşulu ile amaçlanan ilk ve en önemli unsur, alacaklının menfaatidir.⁷⁴ Dolayısıyla kararlaştırılan ceza koşulunun aşırılığının tespitinde hâkim tarafından incelenmesi gereken ilk husus da, olası bir indirimin alacaklının menfaatini etkileme ölçüsüdür. Ceza koşulunun indirilmesi, sözleşmenin tarafları arasındaki menfaat dengesini alacaklı aleyhine fazlasıyla bozuyorsa, indirim karar verilmelidir.⁷⁵ Nitekim borçlu, asıl borcu tam veya gerektiği gibi ifa etmeyerek alacak-

⁷³ Yargıtay’ın 2021 yılında verdiği bir kararda da HGK kararına uygun olarak ceza koşulunun aşırılığı tespit edilirken ölçütlerin neler olduğu tekraren zikredilmiştir. Kararda, “... alacaklının uğradığı zarar ile kararlaştırılan ceza arasında hakkaniyet ölçüleri ile bağdaşmayan açık bir nispetsizlik varsa cezanın indirileceği, cezai şartın aşırı olup olmadığı değerlendirilirken cezai şartın amacının alacaklının durumunu iyileştirmek olduğunun göz önünde bulundurulacağı, kararlaştırılan ceza indirilirken her halde alacaklının müspet zararını karşılamak için isteyebileceği tazminat miktarının üstünde kalınması gerektiği...” ifadeleri (Y.3.HD. T.10.11.2021, E.2021/924, K.2021/11189) kullanılmıştır. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.12.06.2023).

⁷⁴ UYGUR, Tanju: “Cezai Şartın Tenkisi”, (Ankara Barosu Dergisi, S.6, s.816-819, Ankara 1975), s.817; GÜNÇAN, s.32; ARSEBÜK, s.994; FEYZİOĞLU, s.402, von TUHR, s.771; SCHWENZER, s.500; KILIÇOĞLU, s.1003; KELLER/SCHÖBİ, s.114. Yargıtay, işçi aleyhine kararlaştırılmış bir ceza koşulunun indirilmesi hakkında verdiği bir kararında alacaklının menfaatinin gözetilmesi gerektiğini şu ifadelerle belirtmiştir: “... Dava, öğretmen olan işçinin istifa etmesinden kaynaklanan cezai şart istemine ilişkindir. Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan cezai şartlar geçerlidir. Cezai şart içeren hükümler, karşılıklılık prensibinin bulunması halinde kural olarak geçerlidir. Cezai şartın işçi ile işveren hakkında ve iki taraflı olarak düzenlenmesi gereği, işçi aleyhine kararlaştırılan cezai şart, işveren aleyhine kararlaştırıldandan daha fazla olamaz. Olayda, bozmaya uyan mahkemece %75 hakkaniyet indirimi ve mahsup sonrası tespit edilen cezai şart kabul edilmiş ise de yüzde 75 oranındaki indirim hakkın özünü etkileyecek oranda fahiş olmuştur. Davalı işçinin, davacı işverene ait okulda çalıştığı tarih aralığı, aldığı ücret miktarı ve çalıştığı süre ile işin niteliği nazara alınarak, daha uygun bir indirim yapılması gerekmekte olup açıklanan nedenlerle bu yön gözetilmeden karar verilmesi hatalı olduğundan kararın bozulması gerekir...” (Y.22.HD. T.15.06.2020, E.2020/1896, K.2020/6750) (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.15.04.2023).

⁷⁵ Aynı görüşte bkz. GÜLSEVEN, s.99; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, 146; GÜNAY, s.182; KOCAAĞA, s.231.

lının menfaatlerini zaten ihlal etmiş durumdadır. Hal böyleyken, bir de alacaklı lehine kararlaştırılmış ceza koşulunu indirmek, borcunu ifa etmeyen borçlunun adeta mahkeme kararıyla ödüllendirilmesi anlamına gelir. Bu da alacaklının adalet ve hakkaniyet duygularını zedeler. Bu sebeple, hâkimin somut olayın özelliklerini titizlikle incelemesi ve hâlihazırdaki durumu alacaklının menfaatlerini gözeterek değerlendirmesi gerekir. Böylece hâkim, borçlunun asıl borcu ihlal ederek alacaklının menfaatlerine zarar vermesi halinde, indirime bu menfaatler dengesini gözeterek karar vermelidir.⁷⁶

Yargıtay da ceza koşulunun indirilmesi hakkındaki uyuşmazlıklarda, ilk olarak alacaklının menfaatinin gözetilmesi gerektiğine hükmetmektedir. Örneğin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2000 yılında vermiş olduğu bir kararda⁷⁷ “... *cezai şartın indirilmesini gerektiren hallerde hâkim, her şeyden önce alacaklının menfaatinin göz önünde tutulmalı ve bu menfaatlerin ne dereceye kadar ihlal edildiğini de araştırmakla beraber davalının kusurunun ağırlığını ve tarafların içinde buldukları durumu da göz önünde tutmalıdır...*” ifadeleri ile, alacaklının menfaatinin ceza koşulunun indirilmesinde incelenmesi gereken ilk ölçüt olduğunu vurgulamıştır.

Yargıtay, alacaklının menfaatinin gözetilmesi gerektiğini vurgulamakla beraber bu menfaat gözetilirken değerlendirilmesi gereken unsurları ise belirtmemiştir. Kanaatimizce hâkim, alacaklının menfaatinin değerlendirirken ceza koşulunun aşırılığını tespit için kullanılan ölçütlerden yararlanabilir. Buna göre, başta borçlunun alacaklıya verdiği zarar ve borçlunun kusurunun ağırlığı, alacaklının menfaatinin gözetme hususunda faydalanılacak ölçütlerdir.⁷⁸

Alacaklının maddi menfaatleri kadar manevi menfaatlerinin de göz önünde tutulması gerekir.⁷⁹ Nitekim alacaklının manevi menfaatleri de hukuken korunmaya değerdir ve ceza koşulu, manevi değeri haiz borçların ifasını da temin ediyor olabilir. Manevi menfaate ilişkin Türk-İsviçre hukukunda herhangi bir düzenleme bulunmasa da Alman Medeni Kanunu (BGB) 343. paragrafında, alacaklının maddi ve manevi tüm menfaatlerinin göz önünde tutulması gerektiği vurgulan-

⁷⁶ GÜLSEVEN, s.99.

⁷⁷ YHGK. T.12.04.2000, E.2000/13-749, K.2000/758 sayılı kararı. Aynı yönde Y.13.HD: T.07.07.1994, E.1994/5163, K.1994/6892 (*Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*, E.T.06.04.2023).

⁷⁸ *Gülseven'e* göre bu ölçüt kapsamında göz önüne alınması gereken husus, alacaklının esas sözleşme ilişkisi içinde sahip olduğu veya olacağı menfaatler ve bu menfaatlerin birbirine oranıdır. Alacaklı taraf kararlaştırılan ceza koşulu ile esas sözleşme kapsamında elde edeceği faydanın ya da karşı tarafın elde edeceği faydanın çok üstünde bir menfaat elde etmiş olması halinde korunmak istenilen menfaatin o sözleşmesel ilişki içindeki menfaat olduğu nazara alınmalı ve bu kapsamda değerlendirme yapılmalıdır. (GÜLSEVEN, s.100) Biz de bu görüşe katılıyoruz.

⁷⁹ ÇINAR, Ömer: “Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanununa Göre Cezai Şartın İndirilmesi”, (İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 8, S.16, s.91-115, İstanbul, 2009); GÜNAY, s.182; TUNÇOMAÇ, Cezai Şart, s.146; GÜNCAN, s.33; ARSEBÜK, s.994; von TUHR, s.771.

mıştır.⁸⁰ Manevi menfaatlerin paraya çevrilmesinde objektif bir ölçüt bulunmadığından hâkim, bu tür menfaatleri somut olayın özelliklerine göre tahmini bir değer üzerinden hesaplamalı ve alacaklının menfaatinin ihlal edilip edilmediğini bu tahmini değere göre değerlendirmelidir.

b. Borçlunun Borca Aykırılığının Derecesi

Hâkimin aşırı ceza koşulunu indirme hakkını kullanırken göz önünde bulundurması gereken diğer bir ölçüt, borçlunun borca aykırılığının derecesidir.⁸¹ Borçlunun borca aykırılığının derecesi ile borçlunun bu aykırılıktaki kusuru birbirinden farklı kavramlardır. Her iki kavram da ceza koşulunun indirilmesi hususunda incelenmesi gereken ölçütlerden olmakla birlikte aynı anlama gelmez. Borçlunun borca aykırılığının derecesinden anlaşılması gereken, borçlunun sözleşmeden doğan ifa yükümlülüğüne ne ölçüde uymadığının tespitidir. Örneğin değişik zamanlarda ifa edilmesi gereken bir borcun önemli bir kısmı ifa edilmiş, ancak ifa edilen bu kısma oranla görece önemsiz bir kısmı kalmışsa, borçlunun borca aykırılığının derecesi düşüktür.⁸² Öte yandan, bir somut uyuşmazlığa konu olduğu şekliyle ceza koşulu tehdidi altında belli bir yerde rekabet etmemeyi taahhüt eden bir kimsenin, oraya en yakın yerde şube açarak rekabette bulunması halinde ise borca aykırılık ağır sayılmalıdır.⁸³ Bu bakımdan kusurun hafif olduğu bir halde dahi borca aykırılığın ağır olması veya bunun tam tersi mümkündür.

Borca aykırılığın derecesini hâkim, her bir somut olayda yer alan maddi vakı-
aları kendi iç unsurları ile değerlendirerek tespit eder.⁸⁴ Borca aykırılığın derecesinin düşük olduğu tespit edilirse hâkim, ceza koşulunu indirmeyi tercih etmelidir. Buna karşılık, alacaklının korunmak istenen menfaatine oranla, borçlunun borca aykırı davranışları hafif olarak nitelendirilemiyorsa ceza koşulunun hiç indirilmesi veya aykırılığa oranla daha az bir indirimle gidilmesi gerekir.

⁸⁰ Tunçomağ'a göre Türk hukuku açısından da aynı şekilde hareket etmek gerekir. (TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.146) "Cezanın Azaltılması" başlığını taşıyan BGB §343'te yer alan: "...Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechnete Interesse des Gläubigers..." ifadeleriyle ceza koşulunda indirim kararı değerlendirilirken alacaklının manevi menfaatleri dâhil her türlü meşru menfaatinin göz önünde tutulması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

⁸¹ HONSELL/VOGT/WIEGAND, s.812; SCHWENZER, s.500. Nitekim Yargıtay da bir kararında borca aykırılığın derecesinin, ceza koşulunun indirilmesinde göz önünde bulundurulması gereken ölçütlerden biri olduğunu belirtmiştir. Bkz. Y.13.HD. T.08.05.2014, E.2014/8117, K.2014/14752 sayılı kararı: "... Ceza koşulunun fahiş olup olmadığı, tarafların iktisadi durumu, özel olarak borçlunun ödeme kabiliyeti ile beraber, borçlunun borcunu yerine getirmemiş olması nedeniyle sağladığı menfaat, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışın ağırlığı ölçü alınarak tayin edilmeli..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.06.04.2023); UYGUR, s.817; KILIÇOĞLU, s.1003.

⁸² Yargıtay, kısmi ifayı ceza koşulunda indirim yapılmasını haklı gösteren unsurlar arasında saymıştır. Bkz. YHGK. T.08.03.1961, E.1961/4-2, K.1961/10 sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.06.04.2023); Y.4.HD. T.23.09.1944, E.1944/2524, K.1944/2627 sayılı kararı. (Naklen: GÜNAY, s.192, dp.542).

⁸³ GÜNAY, s.191.

⁸⁴ GÜLSEVEN, s.105; GÜNCAN, s.34.

c. Borçlunun Kusurunun Ağırılığı

Hâkim, ceza koşulunun indirilmesinde borçlunun kusurunun ağırlığını da göz önünde bulundurmalıdır. Zira borçlunun ihmali sonucu oluşan bir borca aykırılık ile borçlunun kastı sonucu oluşan bir borca aykırılık halinin hukuk sistemimizde eşit muameleye tutulması, hakkaniyete aykırıdır. Dolayısıyla borçlunun kusurunun ağırlığı, ceza koşulunun indirilmesinde doğrudan etkisi olması gereken bir ölçüttür. Nitekim hâkim, tazminat miktarını belirlerken TBK m.51/I uyarınca borçlunun kusurunun ağırlığını göz önünde tutar. İlgili hüküm, TBK m.114/II gereği, sözleşmeye aykırılık hallerine de kıyas yoluyla uygulanır. Bu bakımdan ilgili maddeler uyarınca ceza koşulunun aşırılığının tespit edilip indirimine karar verilmesinde, borçlunun kusurunun ağırlığı da belirleyici rol oynar.⁸⁵

Borçlunun kusursuzluğunu ispat ederek ceza koşulu ödemekten kurtulması ise mümkündür.⁸⁶ Kusurun bulunmaması, kural olarak ceza koşulunun hüküm ifade etmesine engel olduğuna göre, kusurun hafif olmasının da ceza koşulunun indirilebilmesi için bir sebep teşkil etmesi olağandır.⁸⁷ Zararın doğmasında alacaklının da kusuru varsa, yani ortak (müterafik) kusur söz konusu ise, bu durumda da ceza koşulunun indirilmesi söz konusu olabilir.⁸⁸ Sonuç olarak hâkim, aşırı ceza koşulunun indirilmesine ilişkin değerlendirmelerini yaparken borçlunun kusurunun ağırlığını da göz önünde tutmalıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, borçlunun kusursuz olması halinde dahi ceza koşulu ödeyeceğini taahhüt etmesi halinde, ceza koşulunun aşırılığının tespitinde bu ölçütün değerlendirilmesi önem arz etmez.⁸⁹

Borçlunun kusuru ölçütü, ceza koşulunun indirilmesinin değerlendirilmesinde Yargıtay'ın kararlarına da yansımış ve sıklıkla kullanılan ölçütlerden biridir. Kanaatimizce bunun sebebi, hukuk sistemimizin kusur sorumluluğu üzerine inşa edilmiş olması ve ceza koşulu ile tazminatın sıkı bir ilişki içinde görülmesidir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1991 yılında eser sözleşmesinde yer alan ceza koşuluna ilişkin bir uyuşmazlıkla alakalı olarak verdiği kararda:⁹⁰ “... Sözleşmelerde kararlaştırılan hususların yerine getirilmesi, verilen sözün tutulması ilkesi gereğidir. Çünkü doğruluk ve dürüstlüğün gereği budur. Bu nedenle olayımızda davalı eser sözleşmesi ile işin geç tesliminden dolayı ve geç teslim süresinin bütünü için tazminat ödemeyi kabul etmiş olduğuna göre bunu davacıya eksiksiz olarak ödemek zorundadır... Özen borcuna aykırı davranarak kusurlu durumunda bulunan davalı yüklenici

⁸⁵ SCHWENZER, s.500; HONSELL/VOGT/WIEGAND, s.812.

⁸⁶ GÜNAY, s.192; GÜLSEVEN, s.107.

⁸⁷ GÜLSEVEN, s.107; ARSEBÜK, s.995.

⁸⁸ UYGUR, s.817; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.149; KOCAAĞA, s.236.

⁸⁹ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.149; KOCAAĞA, s.236; EKİNCİ, s.329; GÜLSEVEN, s.107.

⁹⁰ YHGK. T.09.10.1991, E.1991/15-340, K.1991/467 sayılı karar. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.06.04.2023).

teslim gününden itibaren işleyecek cezai şartı tam olarak ödemek zorundadır. Kaldı ki, davacının geç teslim süresince en az kabul edilen cezai şart kadar zarara uğradığı bir olgudur. Bu nedenle de davacı hiçbir indirim tabi tutulmadan gerçek zararını isteyebilecek durumdadır. Bu durumda, tüm bu nedenlerle yüklenici olan davalıların, işi zamanında teslim etmemesinden doğan cezai şartı davacıya hiçbir indirim yapılmaksızın ödenmesi sözleşmeye eBK m.356/I'de yer alan özen borcuna ve doğruluk ve güven ilkelerine uygun düşer..." ifadelerini kullanmıştır. Yargıtay'ın uyuşmazlığa ilişkin vermiş olduğu kararda, ceza koşulunun indirilmesini isteyen tarafın asıl borcun ifasındaki kusuru, ceza koşulunda indirim talebine engel olacağı belirtilmiştir.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi de 2013 yılında verdiği bir kararında⁹¹ "... davalı defter ve kayıtları incelenerek ve sözleşmenin feshindeki kusur durumu dikkate alınıp tüm deliller birlikte değerlendirilerek cezai şart hususunda varılacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken..." ifadeleriyle borçlunun kusurunun incelenmesi gerektiğine isabetli olarak vurgu yapmıştır.

d. Diğer Ölçütler

Hâkim aşırı ceza koşulunun indirilmesi talebini değerlendirirken yalnızca alacaklının menfaati, borca aykırılığın derecesi ve borçlunun kusurunun ağırlığından değil, başka ölçütlerden de yararlanır. Bu ölçütlerin başında tarafların ekonomik durumları⁹² ve ceza koşulu yükümlüsünün menfaati⁹³ gelir.

Tarafların ekonomik durumlarının yardımcı bir ölçüt olarak dikkate alınması, borçlunun açık bir şekilde istismarına ve borçlunun adalet duygusunun sarsılmasına engel olur.⁹⁴

Ceza koşulunun aşırılığının tespitinde, ceza koşulu yükümlüsünün menfaati de göz önünde bulundurulabilir. Nitekim Yargıtay da "davalının sözleşmenin ihlali neticesinde sağladığı yarar", "ödeme borcunun yerine getirilmemesi nedeniyle davalının sağladığı yarar" ifadeleriyle bu ölçüte kararlarında yer vermektedir.⁹⁵

⁹¹ Y.19.HD. T.20.06.2013, E.2013/8646, K.2013/11501 sayılı kararı. (Naklen: GÜLSEVEN, s.110).

⁹² SCHWENZER, s.500; GÜNCAN, s.36; ARSEBÜK, s.995; HONSELL/VOGT/WIEGAND, s.811.

⁹³ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.150; HONSELL/VOGT/WIEGAND, s.811.

⁹⁴ GÜNAY, s.193; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.150. Yargıtay da bir kararında, ceza koşulunun aşırılığını tespit ederken diğer ölçütlerle beraber tarafların ekonomik durumlarının göz önünde bulundurulması gerektiğini şu şekilde belirtmiştir: "... Cezai şart miktarının fahiş olup olmadığı belirlenirken, tarafların ekonomik durumları borçlunun ödeme gücü, alacaklının asıl borcun ifa edilmesi halinde elde edeceği yarar ile cezai şartın ödenmesinin sağlayacağı yarar arasındaki makul ve adil ölçü, sözleşmeye aykırı davranılması yüzünden alacaklının uğradığı zarar, borçlunun borcunu yerine getirmemek suretiyle sağladığı yarar, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışının ağırlığı gibi hususlar dikkate alınmalıdır." (Y.11.HD. T.08.11.2019, E.2019/4025, K.2019/7000 sayılı kararı) (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.06.04.2023).

⁹⁵ GÜLSEVEN, s.111; YHGK. T.08.06.2011, E.2011/9-356, K.2011/388 sayılı kararı; Y.9.HD. T.17.09.2013, E.2011/23226, K.2013/22695 sayılı kararı; Y.22.HD. T.22.01.2013, E.2012/10007, K.2013/358 sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.06.04.2021); Y.13.HD. T.08.10.2018, E.2016/3115, K.2018/9089 sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.06.04.2023).

Son olarak belirtmek gerekirse hâkim, belirtilen bu ölçütlerle sınırlı olarak bir inceleme yapmak zorunda olmayıp her bir somut olaya ve maddi vakıya göre değerlendirme yaparak hakkaniyet ve nesafet kuralları gereğince takdir yetkisini kullanarak indirim kararı vermelidir.

B. Aşırı Ceza Koşulunun İndirilmesinin Hukuki Niteliği

Hâkim, TBK m.182/III uyarınca aşırı bulduğu ceza koşulunu kendiliğinden indirebilir. Dolayısıyla eski kanun döneminde yer alan aşırı ceza koşulunun indirilebilmesi için hak sahibinin bu yönde talebinin gerekip gerekmediğine yönelik tartışmalar son bulmuştur.⁹⁶ Ancak aşırı ceza koşulunun indirilmesinin hukuki niteliği, öğretide halen tartışma konusudur. Bu görüşlerin başlıcaları, kesin hükümsüzlük görüşü, iptal (fesih) görüşü, sebepsiz zenginleşme görüşü, yenilik doğuran hak görüşü ve değiştirilmiş kısmi butlan görüşüdür.

İlk görüşe göre, aşırı ceza koşulunun indirilmesi kesin hükümsüzlük (butlan) yaptırımına dayanmalıdır. Bu görüşe göre⁹⁷ aşırı ceza koşulu, ahlaka aykırı sayılmasa bile kanunun emredici hükümlerine aykırı sayılmalıdır. Bu sebeple hâkim, aşırı ceza koşulunun aşırılık teşkil eden kısmı kanunun emredici hükümlerine aykırılık teşkil ettiğinden kısmi kesin hükümsüzlüğe dayanarak ceza koşulu meblağını indirmelidir. Bu görüş, öğretide çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır.⁹⁸ Şöyle ki, kanunun bütün emredici hükümlerine aykırılığın yaptırımı kesin hükümsüzlük değildir. Aynı zamanda, her ahlaka aykırılık sonucunda da kesin hükümsüzlük yaptırımı uygulanmaz. Ayrıca kanun koyucu, aşırı ceza koşulunun indirilmesi kurumundan daha ağır nitelikte olan irade sakatlığı halleri için dahi iptal edilebilirlik yaptırımını öngörmüştür. Buna rağmen irade sakatlığı hallerine oranla daha hafif olan aşırı ceza koşulu için kesin hükümsüzlük yaptırımını uygulanması isabetli değildir.⁹⁹

Aşırı ceza koşulunun aşırı olduğu ölçüde iptalinin mümkün olduğunu savunan görüş,¹⁰⁰ ceza koşulunun indirilmesinin iptal kabiliyeti niteliğinde olduğu görüşüdür. Bu görüşe göre, aşırı ceza koşulu, başlangıçta geçerli olmasına rağmen, borçlu tarafından iptal hakkının kullanılmasıyla beraber geçmişe etkili olarak ge-

⁹⁶ Bu tartışmalar hakkında bkz. TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.135; KOCAAĞA, s.217; UÇAR, s.101.

⁹⁷ Ceza koşulunun indirilmesinin hukuki niteliği hakkındaki görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.135-150; GÜLSEVEN, 45 vd.

⁹⁸ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.135-136; GÜLSEVEN, s.45-46.

⁹⁹ GÜLSEVEN, s.60. Aşırı ceza koşulunun indirilmesinin hukuki niteliği konusunda kesin hükümsüzlük yaptırımı birçok eleştiriye maruz kalsa da Yargıtay, bazı kararlarında (örneğin Y.15.HD. T.11.05.2000, E.1999/4655, K.2000/2324 sayılı kararı) ceza koşulunu arguya yasağına aykırı bularak doğrudan TBK m.27 hükmü uyarınca kesin hükümsüz saymıştır.

¹⁰⁰ KUNTER, Nurullah: "Ödendikten Sonra Azaltılabilmeleri Bakımından Cezai Şartlar", (Adliye Ceridesi, Y.31, S.11, s.971-983, Ankara 1940), s.979.

çerliliğini kaybeder. Kanaatimizce bu görüş, aşırı ceza koşulunun indirilmesini tamamen borçlunun bir davranışına, iptal hakkının kullanılmasına bağladığından isabetli değildir.¹⁰¹ Nitekim TBK m.182/III hükmü de hâkime aşırı bulduğu ceza koşulunu re'sen indirme yetkisi vermiştir. Dolayısıyla aşırı ceza koşulunun indirilmesini yalnızca borçlunun iptal hakkının kullanılmasına bağlayan bu görüş, kabul edilemez.

Bir diğer görüşe göre¹⁰² aşırı ceza koşulunun indirilmesi talebi, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanır. Bu görüşe göre, taraflarca kararlaştırılan ceza koşulu aşırı olduğu takdirde alacaklı, borçluya karşı sahip olduğu talep hakkı sebebiyle borçlu zararına sebepsiz olarak zenginleşir. Dolayısıyla alacaklının aşırı ceza koşulunun ifasına yönelik talebi, haklı bir nedene dayanmaz. Kanaatimizce bu görüş de isabetli değildir. Zira aşırı ceza koşulunun indirilmesi, bir hukuki sebebin eksikliği veya sakatlığına dayandırılmaz.¹⁰³ Burada yalnızca bir borcun aşırılığı söz konusu olup söz konusu aşırı kısım sebepsiz zenginleşme alacağı olarak değerlendirilemez.

Aşırı ceza koşulunun indirilmesinin yenilik doğuran bir hak olduğu görüşü,¹⁰⁴ eski BK zamanında savunulan bir görüştür. Zira bu görüş taraftarlarına göre hâkim aşırı ceza koşulunu re'sen indiremez; borçlunun bu yönde mutlaka bir talebi olması gerekir.¹⁰⁵ Bu görüşe göre, hâkimin taleple bağlılığı söz konusu olduğundan, ceza koşulunun indirilmesinin hukuki niteliği, yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğindedir. Bu görüş, TBK m.182/III hükmü karşısında artık hukuki dayanaktan yoksun kalmıştır. Çünkü TBK m.182/III'e göre hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu re'sen indirmekle yükümlü olup taleple bağlı değildir.

Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük görüşüne göre, aşırı ceza koşulu ve özellikle tacir sıfatını haiz borçlu bakımından ahlaka aykırı ceza koşulu söz konusu olduğunda, hâkim doğrudan TBK m.27/III hükmünü uygulamamalıdır.¹⁰⁶ Bu

¹⁰¹ KOCAAĞA, s.219; GÜLSEVEN, s.47; UÇAR, s.101.

¹⁰² Bu görüş ilk olarak Alman hukukunda ortaya atılmış olup *Reichel* tarafından savunulmuştur. (Naklen: TUNÇOMAĞ, *Cezai Şart*, s.137).

¹⁰³ KOCAAĞA, s.220; TUNÇOMAĞ, *Cezai Şart*, s.139.

¹⁰⁴ EKİNCİ, *Ceza Koşulu*, s.322.

¹⁰⁵ EKİNCİ, *Ceza Koşulu*, s.322.

¹⁰⁶ KOCAAĞA, s.324. Sözleşmenin bir veya birkaç hükmünün geçersiz sayılması halinde bu geçersiz olan hüküm veya hükümlerin yerine yedek hükümlerin geçirilmesi hali "değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük" adını alır. Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük, kısmen hükümsüz olan sözleşmenin hüküm ve sonuçlarının hâkim tarafından kanunda yer alan veya tarafların farazi iradeleri doğrultusunda hâkimin kendisinin belirlediği bir kural ile değiştirilmesi olarak tanımlanmaktadır. Ancak bazı hallerde kanun koyucu sözleşmenin geçersiz kısmı yerine geçecek olan hükmün hâkim tarafından takdir edilmesini uygun görmüş olup hâkimin aşırı ceza koşulunu kendiliğinden indireceğine ilişkin durum da bu hale örnek teşkil etmektedir. (Naklen: GÜLSEVEN, 51-52). Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük kavramı için ayrıca bkz. KIRKBEŞOĞLU, Nagehan: "Türk Özel Hukukunda

durumda, hâkim ceza koşulunu tümüyle geçersiz saymak yerine indirerek ceza koşulunun varlığını korumalıdır. Nitekim TBK m.182/III de hâkimin aşırı ceza koşulunu indirmesinden söz ettiğine göre, bu koşulun tümüyle geçersiz sayılması, bu maddenin lafzına ve kanun koyucunun maksadına da uymaz.

Kanun koyucu, TBK m.182/III hükmü ile, hâkime sözleşmeye müdahale etme yetkisi vermiştir. Hâkim, bu yetkisini kanunun amacı ve lafzına uygun olarak kullanmak zorundadır. Aşırı ceza koşulunun indirilmesinin dayanağını oluşturan bu hükme göre hâkim, aşırı ceza koşulunu tümüyle geçersiz sayamaz; ancak aşırı bulunduğu kısmı indirerek ceza koşulunun varlığını devam ettirir. Dolayısıyla ortada aslında bir “indirim yaptırımı” söz konusudur.¹⁰⁷ Bu indirim yaptırımı, hâkimin sözleşmeye müdahalesi anlamına gelir. Bu müdahale ile aşırı olan ceza koşulunun yerini, hâkimin müdahalesi sonucu indirilmiş ceza koşulu alır. Burada aşırı olan kısım ise değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük yaptırımı uyarınca geçersiz olur.¹⁰⁸

C. Aşırı Ceza Koşulunun İndirilebilmesinin Koşulları

Aşırı ceza koşulunun indirilebilmesi için gerek öğretide gerekse Yargıtay içtihatlarında bazı koşullar öngörülmüştür. Bu koşullar, geçerli bir ceza koşulunun bulunması, bu ceza koşulunun muaccel olması, borçlunun asıl borcu ifade kusurlu olması ve son olarak ceza koşulunun ifa edilmemiş olmasıdır.

1. Geçerli Bir Ceza Koşulunun Bulunması

Aşırı ceza koşulunun indirilebilmesi için her şeyden önce geçerli bir ceza koşulunun bulunması gerekir.¹⁰⁹ Nitekim geçerli olmayan bir ceza koşulunun indirilmesi de söz konusu olmaz. Ceza koşulunun asıl borç dolayısıyla veya kendiliğinden hükümsüz olması durumunda indirme kararı verilmesi mümkün değildir. Örneğin, ceza koşulu kanunun emredici hükümlerine aykırı olarak kararlaştırıl-

Kısmi Hükümsüzlük”, Doktora Tezi, s.162, İstanbul, 2010. (<http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/47148.pdf>) (E.T.04.02.2022); KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: “Değişik Kısmi Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük Kavramları ile İlgili Düşünceler”, Selim Kaneti’ye Armağan, s.25 vd. İstanbul, 1996; BAŞPINAR, Veysel: “Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı”, s.149, Ankara 1998.

¹⁰⁷ GÜLSEVEN, s.50-51.

¹⁰⁸ Aynı görüşte bkz. GÜLSEVEN, s.53. *Karslıoğlu*, TBK m.182/III ile TBK m.27/II’de düzenlenen kısmi hükümsüzlük terimlerinin birbirinden ayrı bir şekilde değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre: “TBK m.27’nin uygulama alanı bulabilmesi için ceza koşulu hükmünün kanuna ve ahlaka aykırı olması gerekmektedir. Ancak, ceza koşulunun kanuna ve ahlaka aykırı olması, oldukça ağır şartlara tâbi olduğundan uygulama alanı da zorlaşmaktadır. Buna karşın, TBK’nin 182. maddesinin 3. fıkrası kapsamında ceza koşulu hükmünün fahiş olduğuna ilişkin değerlendirme farklı şartlara tâbi olup; somut olayda uygulanması daha olasıdır.” Bkz. KARSLIOĞLU, Hasan: “Karşılaştırmalı Hukukta Hâkimin Ceza Hukukunu İndirme Yetkisi”, (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2022, C.7, S.12, s.109-138).

¹⁰⁹ ÇINAR, s.95; EREN, s.1331; GÜNAY, s.179; OĞUZMAN/ÖZ, s.554.

mıssa bu ceza koşulunun kendiliğinden geçersiz olması halinde durum böyledir. Bu halde hâkim, ceza koşulunun indirilmesine yönelik değil, geçersizliğinin tespitine yönelik bir karar vermelidir.¹¹⁰

Öte yandan, ceza koşulunun indirilebilmesi için konusunun mutlaka para olması gerekmez. Konusu bir miktar paranın ödenmesinden ibaret bulunmayan ceza koşulları da indirim tabidirler.¹¹¹ Zira hâkim, ceza koşulunun özel olarak belirlenmiş bir maldan ibaret olduğu hallerde de bunun yerine bir başkasını koyarak ya da misli bir malın tutarını azaltarak indirim kararı verebilir.¹¹²

Son olarak, ceza koşulu, geçersiz olmasına rağmen borçlu tarafından ifa edilmişse, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması gerekir.¹¹³

2. Ceza Koşulunun Muaccel Olması

Hâkimin aşırı ceza koşulunu indirebilmesi için bu ceza koşulunun muaccel olması gerekir.¹¹⁴ Zira ceza koşulu muaccel olmadan önce bağımsız bir alacak vasfını kazanamadığından bağımsız olmayan bir borçta indirim gidilmesi mümkün değildir.¹¹⁵ Ayrıca muaccel olmayan bir ceza koşulunun aşırılığının tespit edilmesi de inkânsız olup bu aşamada dava açılması söz konusu olamaz.¹¹⁶

Asıl borcun muaccel hale gelmesiyle asıl borca bağlı bir nitelik taşıyan ceza koşuluna ilişkin borç da muaccel hale gelmez. Zira ceza koşulu, niteliği itibariyle geciktirici şarta bağlı bir edim taahhüdüdür. Seçimlik ceza koşulunda şart, muaccel asli edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halidir. Dolayısıyla ancak asli edim hiç veya gereği gibi ifa edilmez ise ceza koşulu muaccel hale gelir. İfaya eklenen ceza koşulunda ise, kararlaştırılan şartın içeriği kapsamında şartın gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesi üzere ceza koşulu muaccel olur.¹¹⁷

Ceza koşulunun muacceliyetinin tespitinde, borçlunun asıl borçtan dolayı temerrüde düşürülüp düşürülmemesi gerektiği ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre,¹¹⁸ ceza koşulunun muaccel olması yeterli olmayıp alacaklının ayrıca ihtarda

¹¹⁰ Yargıtay bir kararında, borçlunun sarf edilen paranın iki katını tümüyle ödemeyi yüklenim belgesiyle kabul etmiş olmasını ceza koşulu olarak kabul ederek hâkimin aşırı görülen cezaları indirmekle görevli olduğundan bahisle sözleşmede kabul edilen ceza koşulundan indirim yapıldıktan sonra yapılan iş hesaplanıp indirim yapılarak ödetme kararı verilmesi gerektiğine karar vermiştir. (Y.15.HD. T.25.04.1980, E.1980/976, K.1980/1081 sayılı kararı) (*Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*) (E.T.09.04.2023).

¹¹¹ GÜNAY, s.179; EREN, s.1331.

¹¹² TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.141.

¹¹³ GÜNAY, s.179.

¹¹⁴ KOCAAĞA, s.223; EREN, s.1331; GÜNAY, s.180; GÜLSEVEN, s.87; OĞUZMAN/ÖZ, s.554.

¹¹⁵ GÜNAY, s.180.

¹¹⁶ TUNÇOMAĞ, s.144.

¹¹⁷ GÜLSEVEN, s.88.

¹¹⁸ Bu görüşü savunan yazarların görüşleri için bkz. BERKİ, s.291; KOCAAĞA, s.160; UÇAR, s.53.

bulunması, yani asıl borcun ifasında temerrüde düşürülmesi gerekir. Bu görüş, asıl borcun yerine getirilmemiş olması durumunun alacaklı tarafından ispat edilmesi gerektiği düşüncesine dayanmaktadır.¹¹⁹ Öğretide hâkim olan diğer görüşe göre ise,¹²⁰ ceza koşulunun talep edilebilmesi için asıl borcun muaccel olması yeterli olup borçlunun ayrıca temerrüde düşürülmesine gerek yoktur. Kanaatimizce, ceza koşulunun talep edilebilmesi için borçlunun temerrüde düşürülmesi gerekliliğinin kabulü, ceza koşulunun alacaklının menfaatini koruma amacına ters düşer. Zira borçlu, ceza koşulunu kabul ederek zaten alacaklının ifa menfaatini korumayı önceden taahhüt etmiş bulunmaktadır. Alacaklının borçlunun bu taahhüdüne rağmen borçluyu tekrardan ihtarda bulunması zorunluluğunu kabul, sürecin uzamasına ve ceza koşulunun alacaklıyı koruma amacına hizmet etmesine engel olur. Dolayısıyla ceza koşulunun muacceliyeti için borçlunun ihtar ile temerrüde düşürülmesine ihtiyaç olmayıp asıl borcun muaccel olması ve borçlunun kusurlu olması yeterlidir.¹²¹

3. Borçlunun Kusurlu Olması

Hukuk sistemimizde tazminat talep edilebilmesi, kural olarak kusur şartına bağlanmıştır. Bu şart, her ne kadar bir tazminat niteliğinde olmasa da ceza koşulunun talep edilmesinde de kendini göstermektedir. Nitekim asıl alacağa bağlı bir yan hak niteliğinde olan ceza koşulu, borçlu borcun ifa edilmemesinde kusurlu değilse talep edilemez.¹²² Ceza koşulunun talep edilebilmesi borçlunun kusuruna dayandığından, indirilebilmesi için de borçlunun kusuru gerekir.

Borçluya ağır sorumluluk yükleyen bir durum ise, TBK m.182/II'de yer almaktadır. İlgili hüküm: *“Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez. Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez.”* şeklindedir. Hükümden anlaşılacağı üzere borç, borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hale gelirse cezanın ifası istenemez. Ancak bu durumun aksi kararlaştırılabilir. Dolayısıyla aksinin kararlaştırılması halinde borçlu, kusursuz olsa bile ceza koşulunu ifa etmek durumunda kalır. Böyle bir durumda borçlunun ceza koşulunu ifa etmek durumunda kalması halinde ise, aşırı ceza koşulunun indirimi gündeme gelebilir.

¹¹⁹ GÜLSEVEN, s.88.

¹²⁰ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.95; ARSEBÜK, s.984; BİLGE, s.88; EKİNCİ, s.243.

¹²¹ TIRYAKI, s.56; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.95.

¹²² GÜLSEVEN, s.92.

4. Ceza Koşulunun İfa Edilmemiş Olması

Muaccel olmuş bir ceza koşulunu kendi isteğiyle ifa eden bir borçlunun daha sonradan bu ceza koşulunun aşırı olduğu iddiasıyla indirimini talep edebilmesinin mümkün olup olmadığı öğretide tartışmalıdır.¹²³

Bir görüşe göre¹²⁴ borçlu, ceza koşulunu ifa ettikten sonra dahi, bunun indirilmesini mahkemedan talep edebilir. Bu durumda hâkim, özellikle borçlunun ekonomik durumunu değerlendirerek karar vermelidir. Öğretide baskın olan bir diğer görüşe göre ise, ceza koşulunu ifa eden borçlu, bunun indirilmesini talep edemez.¹²⁵ Zira borçlunun hiçbir ihtirazi kayıt ileri sürmeden kendi rızasıyla ceza koşulunu ödemiş olması, çoğunlukla, onun cezayı aşırı derecede yüksek bulmadığını, onu ödeyecek güçte olduğunu ve indirim talep hakkından vazgeçtiğini gösterir.¹²⁶

Öte yandan, ifa edilmiş ceza koşulunun daha sonradan indirilmesinin talep edilebileceği kabul edilirse alacaklı, zamanaşımı süresi dolana kadar, ifa edilen ceza koşulunun bir kısmını iade etme riski altında olur. Bu durum da, hukuki işlemlerde güvenin korunması ilkesine aykırılık teşkil eder.¹²⁷ Dolayısıyla ifa edilmiş olan ceza koşulunun daha sonradan indirilmesinin talep edilmesi mümkün değildir.

Söz konusu görüş, yüksek mahkeme içtihatlarına da yansımıştır. Yargıtay, 2005 yılında vermiş olduğu bir kararında¹²⁸ “*borçlu tarafından ifa edilmiş bir cezai şartın aşırı olduğu gerekçesiyle indiriminin istenemeyeceğine...*” karar vermiştir.

D. Tacirlerin Aşırı Ceza Koşulunun İndirilmesi Kurumu Karşısındaki Durumu

1. Tacirlerin Aşırı Ceza Koşulunun İndirilmesini Talep Edememesi

Ticari hayatın gerekleri, özellikle yüksek ekonomik değeri haiz sözleşmelerde alacakların teminat altına alınma ihtiyacını beraberinde getirir. Ticari sözleşmelerde kararlaştırılan asıl alacakların da ceza koşulu ile teminat altına alınması

¹²³ Oysaki BGB §343'te ödenmiş bir ceza koşulunun indirilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Türk-İsviçre hukukunda bu konuda somut bir düzenleme mevcut yoktur. Kanaatimizce Türk Borçlar Kanunu'nda yapılacak bir değişiklik ile ifa edilmiş ceza koşulunun indirilmesinin borçlu tarafından talep edilemeyeceğine ilişkin bir hüküm getirilmesi isabetli olur.

¹²⁴ Bu görüş hakkında detaylı bilgi için bkz. KUNTER, s.973. *Schwenzer* de ceza koşulu ifa edilmiş olsa dahi bunun indirilmesinin talep edilebileceğini savunmaktadır. Bkz. SCHWENZER, s.500.

¹²⁵ EREN, s.1331; BİLGE, s.119; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.154; KOCAAĞA, s.227; ÇINAR, s.100; GÜLSEVEN, s.93; ÇINAR, s.99; OĞUZMAN/ÖZ, s.554; KELLER/SCHÖBL, s.115.

¹²⁶ GÜNCAN, s.38.

¹²⁷ BİLGE, s.119 vd.; KOCAAĞA, s.228; GÜLSEVEN, s.94; ARSEBÜK, s.993.

¹²⁸ YHGK. T.02.02.2005, E.2004/9-759, K.2005/9 sayılı kararı. (*Kazancı İhtihat Bilgi Bankası*, E.T.09.04.2023).

mümkündür. Hatta ceza koşulu, ticaret hukukunda geniş bir uygulama alanına sahiptir. Kararlaştırılan ceza koşulu sayesinde tacirler, tarafı oldukları sözleşme-
deki alacaklarını elde edememeleri ihtimaline karşı borçludan ceza koşulunun ifasını talep edebilecekleri gibi ifaya eklenen ceza koşulu sayesinde hem asıl ala-
cağı hem de ceza koşulunu talep etme hakkını kazanırlar.

Ticari sözleşmelerin genellikle yüksek ekonomik değer içermesi sebebiyle, bu sözleşmelerde kararlaştırılan ceza koşulları da tutar itibariyle yüksek olur. Ancak ticari sözleşmelerde kararlaştırılan aşırı ceza koşulunun, hâkim tarafından TBK m.182/III hükmüne dayanarak indirilmesi mümkün değildir. Nitekim “*Ücret ve Sözleşme Cezasının İndirilmesi*” başlığını taşıyan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m.22: “*Tacir sıfatını haiz borçlu, Türk Borçlar Kanunu'nun 121'inci maddesinin ikinci fıkrasıyla 182'nci maddesinin üçüncü fıkrasında ve 525'inci maddesinde yazılı hâllerde, aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez.*” hükmünü havidir. Madde lafzında yer alan “*sözleşme cezası*” ifadesi, borçlar hukuku anlamında “*ceza koşulu*” ifadesi yerine kullanılmıştır. Kanun koyucu bu hükümle, borçlu tacirin aşırı ceza koşulunun indirilmesini talep etmesini yasaklamıştır.

Aşırı ceza koşulunun indirilmesinin yasaklandığı bu durumla ilgili olarak incelenmesi gereken ilk husus, borçlunun tacir sıfatını haiz olup olmadığıdır. Tacir, TTK m.12/I'e göre, “*bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa kendi adına işleten kişi*”dir. Buna göre, kanun tarafından şartları belirlenen (TTK m.11 ile) bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işleten borçlu, TTK m.22 hükmü uyarınca tarafı olduğu bir sözleşmede kararlaştırılan aşırı ceza koşulunun indirilmesini mahkemeden talep edemez.¹²⁹

Kanun koyucu, tacirlerin faaliyetlerini yürütürken tacir olmayanlara göre daha dikkatli ve özenli olması gerektiğini öngörmüştür. Tacirlere yüklenen bu gereklilikler, tacirlerin faaliyetlerinde daha çok risk altına girebileceğinin kabulü sonucunu doğurur. Bu durum, TTK'da basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğünde kendini gösterir. Objektif bir özen ölçüsü getiren basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, tacirin ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde, aynı

¹²⁹ Eski Ticaret Kanunu'nun yürürlükte bulunduğu dönemde Yargıtay tarafından 1940 yılında verilen bir İçtihatı Birleştirme Kararı, tacirlerin aşırı ceza koşulunun indirimini isteyemeyeceğine yönelik emsal nitelikte bazı ifadeler taşır: “... *mukavele sırasında maktu zarar ve ziyan olarak tesmiye kılınan meblağ müteahhidünlehin taahhüdün ifası halinde istihsal edeceği menfaat bedelini tecavüz etse dahi mahkemece miktarının tenzil edilemeyeceği (indirilemeyeceği) musarrah bulunduğu ve bu maddede kanun vazıı tecavüzün nispetini tayin ve tahdide lüzum görmediği cihetle bu sarahat ve itlak muvacehesinde münhasıran ticari olmayan hadiselere tatbik edilmesi icap eden Borçlar Kanunu'nun 161. Maddesinin son fıkrasının (TBK m.182/III) ticari muamelelere teşmiline imkan bulunmadığına...*” (Kararın tamamı için bkz. YİBGK. T.03.07.1940, E.1940/7, K.1940/71) (Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.10.04.2023).

ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli ve öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermesi gerektiği anlamına gelir.¹³⁰ Bu bakımdan tacirlerin aşırı ceza koşulunun indirilmesini talep etme hakkını yasaklayan TTK m.22 hükmü, basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün bir yansıması niteliğindedir.¹³¹ Zira bir tacir, basiretli bir iş adamı gibi davranarak ekonomik açıdan yüksek bulduğu ceza koşulunu en baştan kabul etmemelidir. Çünkü ticari hayat, istikrar üzerine kurulu olup alacaklı, çoğu zaman kararlaştırılan ceza koşuluna güvenerek sözleşmeyi akdetme yoluna gider. Tacir borçlunun önceden kabul ettiği ceza koşulunun aşırılığını iddia ederek indirilmesini sağlaması, alacaklının menfaatlerine ters düştüğü gibi ticari hayatta gerekli olan güven ve istikrarı da zedeler. Bu sebeptendir ki kanun koyucu TTK m.22 hükmü ile bu durumun önüne geçmeyi amaçlamıştır.

Tacir borçlu, tüzel kişi tacir olabileceği gibi gerçek kişi tacir de olabilir. Ancak gerçek kişi tacirin, ticari işletmesiyle alakalı olmayan işlemlerinde TTK m.22 hükmü uygulanmamalıdır.¹³² Madde hükmünde, ceza koşulundan doğan borcun ticari işletmeyle alakalı olup olmaması gerektiğine ilişkin bir düzenleme yoktur. Bununla beraber hükmün konuluş amacı göz önünde tutulduğunda, ceza koşulunun ticari işletmeyle ilgili bir borç için taahhüt edilmemiş olması halinde, TTK m.22 hükmü uygulanmamalıdır. Nitekim tacir sıfatını haiz borçlunun ceza koşulunun indirilmesi talebine kanunen cevaz verilmemesinin nedeni, tacirin bu sıfatına dayanarak yaptığı işlemlerin sıradan işlemlere göre özellik taşımasıdır.¹³³ Bu sebeple, TTK m.22'nin gerçek kişi tacirin ticari işletmesiyle alakalı olmayan işlemlerinde uygulanması isabetli değildir. Tüzel kişi tacirlerin ise özel alanı (adi sahası) bulunmadığından¹³⁴ bunların borçlu olduğu tüm ceza koşullarında TTK m.22 hükmü uygulama alanı bulabilir.

¹³⁰ Basiretli tacir kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku. Ankara 2017, s.140 vd.

¹³¹ GÜNCAN, s.49.

¹³² GÜNCAN, s.51-52; Ayrıca işverenin tacir olması ihtimalinde iş ilişkisinin ticari iş kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hakkında detaylı açıklamalar için bkz. KARAGÖZ, Veli: "İşverenin Tacir Olması Durumunda Cezai Şartın İndirilmesi" (Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVIII, S.3-4, s.109-132, Erzincan 2014.).

¹³³ GÜLSEVEN, s.74.

¹³⁴ ARKAN, s.66; Ayrıca Yargıtay, yakın tarihte vermiş olduğu bir kararda, kiracı limited şirket olmasına rağmen bir kira sözleşmesinde kiralanın taşınmazın ticari işletmecinin ailesi ile oturmak maksadıyla kullanacağını belirtilmesini, gerçek kişi tacirin adi sahasına ilişkin bir sözleşme gibi yorumlamış ve kiracı aleyhine TBK m.346 uyarınca ceza koşuluna hükmedilemeyeceğini belirtmiştir. İlgili kararda: "...Taraflar arasındaki öncelikli uyumsuzluk; sözleşme ile kararlaştırılan cezai şart koşulunun geçerli kabul edilip edilemeyeceği, geçerli olarak kabul edilmesi halinde öngörülen cezai koşulun fahiş olup olmadığı noktalarında toplanmaktadır... Somut uyumsuzlukta; her ne kadar limited şirket türünde olduğu anlaşılan kiracı- şirket Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre tacir ise de; kira sözleşmesinin özel şartlar bölümünün 9. maddesinde "kiracının mecburu ailesi için kiralamış olduğu ve ailesi ile birlikte kullanacağı belirtilmekle" kiralamanın, mecurun işyeri olarak kullanımı için değil, mesken olarak kullanımı için yapıldığı anlaşılmakta; yukarıda yazılı

Tacir sıfatını haiz olmasa da tacir gibi sorumlu olanların da TTK m.22 hükmü gereğince aşırı ceza koşulunun indirilmesini talep etmeleri yasaktır.¹³⁵ Sözleşmenin tacir olmayan tarafı aleyhine kararlaştırılmış ceza koşulunun ise indirilmesi mümkündür. Zira TTK m.22 hükmü, bu talebi yalnızca tacirler bakımından yasaklamıştır. Dolayısıyla hükmün zıt anlamından, ticari işlemin tacir olmayan tarafının borçlu olduğu aşırı ceza koşulunun indirilmesinin önünde herhangi bir engel yoktur.¹³⁶

Borçlunun tacir sıfatını haiz olup olmadığı araştırılırken esas alınması gereken an ise ceza koşulunun taraflar arasında kararlaştırıldığı andır.¹³⁷

2. Yargıtay'ın Yaklaşımı

Yargıtay istikrar kazanan kararlarında, TTK m.22 hükmüne rağmen tacir borçlu aleyhinde kararlaştırılan ceza koşulunun indirilebileceğini kabul etmiştir.¹³⁸ Yargıtay'ın ceza koşulunun borçlunun ekonomik özgürlüğünü yok edip etmeyeceğinin, bu koşulun borçlunun ekonomik mahvına yol açıp açmayacağına araştırılması gerektiğini belirttiği kararları mevcuttur.¹³⁹ Yüksek Mahkeme, kararlarında bu hususların değerlendirilerek ceza koşulunun borçlunun ekonomik mahvına yol açıp açmayacağına ve ahlak ve adaba aykırılığının da tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ceza koşulunun ahlaka aykırı olarak kabul edildiği durumlarda ise bu koşulun kısmen veya tamamen kesin hükümsüz sayılabileceğine hükmedilmiştir.

Bu hususta Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1974 yılında verdiği bir karar,¹⁴⁰ Yüksek Mahkeme'nin yaklaşımı bakımından önem arz eder. İlgili karar-

tacirler için öngörülen sözleşme serbestisine ilişkin istisnanın uygulanma imkânı bulunmadığı açıktır. Bu durumda mahkemece, yukarıda açıklanan hususlar göz önünde bulundurularak kiracı şirket tacir ise de, kiralanan mesken olarak kiralandığından, TBK'nın 346. kiracıyı koruyucu yasa hükmü gereğince sözleşme ile kararlaştırılan cezai şart hükmünün geçersiz olduğu gözetilerek, davacının cezai şart isteminin reddine karar verilmesi gerekirken, yanlışlığı değerlendirilmeyle yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bu husus bozmayı gerektirmiştir... (Y.3.HD. T.07.11.2018, E.2017/4264, K.2018/11140) (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.15.04.2023).

¹³⁵ GÜLSEVEN, s.70.

¹³⁶ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.177; GÜNAY, s.220; GÜLSEVEN, s.71; KOCAAĞA, s.258.

¹³⁷ KOCAAĞA, s.258; GÜLSEVEN, s.71; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.176-177.

¹³⁸ Bu konuda detaylı çalışmalar için bkz. ERÇİN, Ferhat: "Yargıtay Kararları Işığında Tacirlerin Ahlakı Aykırı Cezai Şartın İptalini veya Tenkisini İsteyebilmeleri", (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.1, s.89-105. İstanbul 2011); AKKAYA, Hilal: "Yargıtay Kararları Doğrultusunda Ceza Koşulu", Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019, s.96 (E.T.03.08.2022) (https://acikbilim.yok.gov.tr/bitstream/handle/20.500.12812/702811/yokAcikBilim_10257292.pdf?sequence=-1&isAllowed=y).

¹³⁹ Bu duruma örnek teşkil etmesi açısından yakın tarihli kararlar için bkz. Y.3.HD. T.07.10.2019, E.2019/2319, K.2019/7498; Y.3.HD. T.14.11.2019, E.2019/4267, K.2019/9155. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.11.04.2023).

¹⁴⁰ YHGK. T.20.03.1974, E.1970/1053, K.1974/222 sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.11.04.2023).

da: “... cezai şart borçlunun iktisaden mahvını mucip olacak derecede ağır ve yüksek ise adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptal edilmesi gerekir. Borçlu, tacir olsa dahi böyle bir durumda ceza iptal edilebilir. Çünkü ahlak ve adaba aykırılık dolayısıyla cezai şartın butlanı genel bir hükümdür... Bidayet mahkemesi, cezai şartın fahiş olması ile ahlak ve adaba aykırı bulunmasını ayırmak yoluna gitmemiştir. Ticaret Kanunu'nun 24. maddesi (TTK m.22) Borçlar Kanunu'nun 161. maddesinin son fıkrasına (TBK m.182/III) yaptığı yollamadan da anlaşılacağı gibi, yalnız “fahiş olsa dahi cezai şartın indirilemeyeceği” esasını kabul etmiştir. Yoksa ahlak ve adaba ve emredici hükümlerin koyduğu kurallara aykırı olan cezai şartın geçerli olmasını kabul etmemiştir, maddede bu sonucu veren bir hüküm yoktur. Fahiş cezai şartın tenkisini önleyen bir hüküm ister bulunsun isterse bulunmasın cezai şartın ahlaka ve adaba aykırılığı sebebiyle iptal edilmesine bu durumun bir etkisi olmaz... Bu meblağın kabulünün, o tarihteki durumu itibarıyla borçlu müteahhidin iktisadi hürriyetini kabul edilemez derecede tazyik edip etmediği, iktisadi mevcudiyetinin büyük bir tehlike altına girmesini veya yıkılmasını mucip olup olmadığı tayin ve takdir edilmelidir... Ahlak ve adaba aykırılığı tayin ve takdir edebilmek için taahhüt olunan işin değerini, tarafların ve özellikle borçlunun cezai şartın kabul edildiği tarihteki iktisadi durumu bilirkişiler aracılığıyla tespit edilmeli...” ifadeleri kullanılmıştır.

Yargıtay'ın vermiş olduğu karar, kanaatimizce isabetli; ancak eksiktir. Yargıtay'ın isabetli olarak belirttiği üzere TTK m.22 hükmünün getirmiş olduğu yasak, ahlaka aykırı bir edimin ifasına cevaz vermez. Bu durumda dahi TBK m.27 hükmü uygulanarak ahlaka aykırı olarak değerlendirilen ceza koşulunun kısmen de olsa kesin hükümsüz sayılması gerekir. Borçlunun ekonomik özgürlüğü ve geleceğinin değerlendirilmesi de kanaatimizce isabetlidir. Nitekim aşırı ceza koşulunun tacir borçlu lehine indirilebilmesi incelenirken en önemli unsur, borçlunun ekonomik özgürlüğü ve geleceği olmalıdır. Ancak Yargıtay kararında, ceza koşuluna yönelik verilecek kararın gerekçesi, yalnızca borçlunun ekonomik özgürlüğü ve geleceğine hasredilmiştir. Borçlunun ekonomik özgürlüğü ve geleceği önemli bir unsur olmakla beraber tek ölçüt değildir. Hâkimin ceza koşulunun indirilmesine karar verirken değerlendirmesi gereken başka hususlar da vardır. Hâkim, bir ceza koşulunun indirilmesine karar verirken borçlunun kusuru, borca aykırılığın derecesi ve alacaklının menfaatleri gibi hususları da değerlendirerek bir sonuca varmalıdır. Ayrıca Yargıtay'ın bu kararı, hâkimin indirim kararı verirken kullanacağı vasıtalar konusunda yol gösterici değildir. Kararda yalnızca taahhüt olunan işin değeri ve borçlunun ekonomik durumunun değerlendirilmesi önerisinde bulunulmuştur.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 1999 yılında verdiği bir karar¹⁴¹ bu bakımdan önemlidir. İlgili karar: "... Kuşku yok ki Ticaret Kanunu'nun 24. maddesi (TTK m.22) gereğince, borçlu tacir ise, kararlaştırılan cezai şartın indirilmesi istenemez. Bu durumda mahkemeye öncelikle Ticaret Kanunu'nun 14 ve 17. maddelerindeki tacir ve esnaf tanımlamalarına göre davalının tacir ya da esnaf olup olmadığı toplanacak deliller ve yaptırılacak bilirkişi incelemesi ile saptanmalı, davalı iktisadi faaliyetini daha çok bedeni çalışması ile sürdürüyorsa, alacaklının asıl borcu ifası halindeki çıkarı ile cezai şartın tediyesi halindeki çıkarı arasında makul ve adil ölçüde kurulacak denge gözetilerek, cezada hakkaniyet ölçüsünde indirim yapılmalıdır. Öte yandan, davalının tacir olduğu saptansa bile, Ticaret Kanunu'nun 24. madde hükmünün, her sözleşme için uygulama imkânı bulunan BK'nın 20. madde hükmü ile sınırlı olduğu düşünülerek, ticaret sicil dosyası getirtilip, toplam sermaye tutarı tespit edilerek söz konusu cezanın tahsili halinde, davalının eskiden olduğu gibi ticari hayatını sürdürüp sürdüremeyeceği, şayet mümkün olmazsa bu durumunun onun iktisaden mahvına neden olup olmayacağı, yine bilirkişiye ilettilmeli, bu durum davalının ekonomik mahvına neden olacaksa BK'nın 20. maddesine göre, bu seviyedeki cezai şart ahlaka ve adaba aykırı olacağından, yine cezai şartta indirim gerekeceğini düşünülmelidir..." şeklindedir.

Yargıtay'ın bu kararı daha isabetlidir. Nitekim kararda ticaret sicil dosyasının getirilerek sermaye tespiti yapılması ve böylece ceza koşulunun borçlunun ekonomik özgürlüğü ve geleceğine etkisinin araştırılması gerekliliğinin belirtilmesi, uygulamaya yönelik somut bir ölçüt getirmesi bakımından önemlidir.

Yüksek Mahkeme'nin verdiği bazı kararlarda ise, taraflar arasındaki ceza koşuluna doğrudan kesin hükümsüzlük yaptırımı uygulanarak borçlunun ifa taahhüdünden kurtarıldığı görülmektedir. Bu kararlarda Anayasa'da yer alan angarya yasağına, çalışma ve sözleşme hürriyetine aykırılık sebepleriyle¹⁴² ceza koşulunun kesin hükümsüz olduğu belirtilmiştir.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 2000 yılında verdiği bir kararda¹⁴³ sözleşme bedelinin iki katı olarak belirlenen ifaya eklenen ceza koşulunun angarya yasağına aykırı olduğundan kesin hükümsüz sayılması gerektiği belirtilmiştir. Karara göre: "... yüklenici ceza olarak hem aldığı veya alacağı bedeli ve hem de bu bedelin bir mislini ödeyecek, iş sahibi de durduğu yerde hem imalatı bedavaya getirecek hem

¹⁴¹ Y.15.HD. T.05.10.1999, E.1999/1865, K.1999/3481 sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.11.04.2023).

¹⁴² Yargıtay'ın Anayasa'nın çalışma ve sözleşme hürriyetine ilişkin hükümlerine aykırılık teşkil eden ceza koşulunun kesin hükümsüz sayılması hakkındaki kararı için bkz. YHGK. T.22.05.2013, E.2012/11-1601, K.2013/752 sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.11.04.2023).

¹⁴³ Y.15.HD. T.11.05.2000, E.1999/4655, K.2000/2324 sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.11.04.2023).

de iş bedeli kadar para alacaktır. Gerçi, geciken ifa sebebiyle iş sahibinin bir zararı söz konusu ise de, sözleşmedeki bu ceza hükmü, muhtemel zararın çok ötesinde, onu aşan, etik yönden toplumu rahatsız eden, adeta angaryayı meşrulaştıran bir hükümdür. Yüklenicinin iktisaden mahvına neden olmasa da taşıdığı bu sakıncalardan dolayı Anayasa'nın 18. ve BK'nın 19. (TBK m.18) maddelerine aykırı olup, BK m.20/2 (TBK m.27/2) maddesi gereğince butlan ile batıldır. Bu itibarla reddi gereken cezai şart isteminin kabulü haklı bulunmamıştır..." Yargıtay'ın somut olayda angarya yasağı ile ilgili yaptığı değerlendirmeler kanaatimizce isabetlidir.

Yargıtay'ın güncel kararlarında da, tacir sıfatını haiz borçlunun kural olarak aşırı ceza koşulunun indirilmesini talep edemeyeceği belirtilmiş ve fakat ceza tutarının borçlunun ekonomik olarak mahvına yol açacağına bilirkişi raporuyla tespit edilmesi halinde ceza koşulunun indirilebileceği belirtilmiştir.¹⁴⁴

3. Tacirlerin Aşırı Ceza Koşulunun İndirilmesini Talep Edememesinin Değerlendirilmesi

Borçlu tacir, ticari işletmesiyle ilgili olarak üstlendiği bir borçtan ötürü tahhüt ettiği ceza koşulunun aşırı olduğu iddiasıyla TTK m.22 hükmü gereğince hâkimden kural olarak indirim talep edemez. İşbu kural, tacir sıfatını haiz borçlunun, sözleşmeyle ceza koşulu borcu altına girerken basiretli bir iş adamı gibi davranması gerekliliğinden doğmaktadır.¹⁴⁵ Ancak bu hükmün mutlak anlamda uygulanması, hakkaniyete aykırı bazı sonuçlara sebebiyet verir. İlk olarak, her tacir ekonomik anlamda eşit değildir. Bir ticari sözleşmenin her iki tarafının da tacir sıfatını haiz olması, bu iki tarafı ekonomik anlamda mutlaka eşit yapmaz. Örneğin küçük çaplı bir ticari işletmesi olan borçlu gerçek kişi tacir ile ticari işletmeler zincirine sahip anonim şirket biçiminde örgütlenmiş alacaklı tüzel kişi tacir, bu bakımdan eşit konumda görülemez. Dolayısıyla kararlaştırılan ceza koşulu, borçlu tacirin ekonomik anlamda mahvına yol açacak derecede yüksek olabilir. Bu gibi durumlarda TTK m.22'nin mutlak olarak uygulanması, ticari hayatı olumsuz etkilediği gibi adalet duygularını zedeler. Anılan sebeplerle kanaatimizce, bu maddenin mutlak surette uygulanmaması; somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılması gerekir.¹⁴⁶

¹⁴⁴ YHGK. T.30.03.2016, E.2014/19-743, K.2016/437; Y.3.HD. T.05.12.2017, E.2017/15056, K.2017/17040; Y.3.HD. T.07.10.2019, E.2019/2319, K.2019/7498; Y.3.HD. T.01.07.2021, E.2020/9069, K.2021/7657; Y.11.HD. T.30.11.2017, E.2016/6257, K.2017/6784; Y.11.HD. T.27.02.2020, E.2018/4961, K.2020/2156; Y.19.HD. T.21.12.2016, E.2016/6702, K.2016/16086; Y.19.HD. T.31.10.2017, E.2016/11562, K.2017/7463; Y.19.HD. T.19.12.2017, E.2016/12322, K.2017/8065; Y.19.HD. T.11.04.2019, E.2018/2661, K.2019/2508; Y.19.HD. T.03.02.2020, E.2018/4132, K.2020/208. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.07.06.2023).

¹⁴⁵ AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Ankara, 2021, s.175; TAMER, Ahmet: "Tacirler Bakımından Cezai Şart (Ceza Koşulu)", (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.2013, S.14, s.731-770), s.742 vd.; ARKAN, s.152 vd.

¹⁴⁶ Aynı görüşte bkz. TAMER, s.754; ARKAN, s.160; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.212.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, tarafların tacir olması, sözleşme özgürlüğü ile belirlenmiş sınırlar dışında sözleşme yapabilecekleri anlamına gelmez. Sözleşme özgürlüğünü düzenleyen TBK m.26 hükmü uyarınca: “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.*” Sözleşme özgürlüğünün sınırlarından biri de sözleşme içeriğinin ahlaka aykırı olmamasıdır. Nitekim sözleşmenin içeriği ahlaka aykırı olarak değerlendirilirse, TBK m.27 hükmü uyarınca bazı hukuki yaptırımlar gündeme gelir. Ahlaka aykırılık sınırlamasının tacirler bakımından da uygulanacağı açıktır.¹⁴⁷ Zira TTK, TMK’nın ayrılmaz bir parçasıdır (TTK m.1/I). TBK ise, TMK’nın beşinci kitabı ve tamamlayıcısıdır (TBK m.646). Dolayısıyla TMK ve TBK’da yer alan genel nitelikteki tüm hükümler, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerinde uygulanır. Sözleşme özgürlüğüne ve bu özgürlüğün sınırlarının aşılması halinde öngörülen yaptırımlara ilişkin hükümler, genel nitelikte hükümler olduğundan bu hükümlerin ticari sözleşmelerde de uygulanacağı şüphesizdir. Bir sözleşmenin ahlaka aykırılığının kabulü halinde uygulanacak olan yaptırım, TBK m.27 hükmü uyarınca kesin hükümsüzlüktür. Kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanmasıyla birlikte, borçlu tacirin taahhüt ettiği aşırı ceza koşulu, ahlaka aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz sayılır. Bu ceza koşulunun kesin hükümsüz sayılması, onu baştan itibaren geçersiz hale getirir. Böylelikle borçlu, ceza koşulu taahhüdünden kurtulmuş olur.

Bu noktada, ceza koşulunun kesin hükümsüz sayılması ile indirilmesi arasındaki farka da kısaca değinmek gerekir. Ceza koşulunun kesin hükümsüz sayılması ile indirilmesi farklı hususlardır. Ceza koşulunun kesin hükümsüz sayılmasıyla borçlu, artık ceza koşulunu ifayla yükümlü olmaktan kurtulur. Ancak ceza koşulunun indirilmesi halinde borçlunun sorumlu olduğu miktar ortadan kalkmaz; yalnızca azalır. Aşırı ceza koşulunun indirilmesini düzenleyen TBK m.182/III hükmü uyarınca hâkim, aşırı ceza koşulunu yalnızca indirebilir, tamamen ortadan kaldıramaz. Bu sebeple, tacir borçlular bakımından ahlaka aykırılık iddiası ile tamamen ortadan kaldırılabilen ceza koşulunun tacir olmayan borçlular için kabul edilmemesi gibi bir sonuç ortaya çıkar. Bu sonuç ise hakkaniyete uygun değildir.

Tacir olmayan borçlular bakımından taahhüt edilen ceza koşulunun da ahlaka aykırılığı iddia edilebilir. Zira ahlaka aykırılık iddiası, yalnızca ticari borçlar bakımından değil, tüm borçlar bakımından söz konusu olabilir. Dolayısıyla tacir olmayan bir borçlunun taahhüt ettiği ceza koşulunun ahlaka aykırı olarak değerlendirilmesi halinde de bu koşulun kesin hükümsüz sayılması mümkündür. Öte yandan, ceza koşulunun alacaklının menfaatlerini de koruyan baskın bir yönü vardır. Bu bakımdan, taraflar arasındaki menfaat dengesinin korunması gerekir. Anılan sebeplerle, tacir olmayan borçlunun taahhüt ettiği ahlaka aykırı olmayan

¹⁴⁷ GÜLSEVEN, s.71; KOCAAĞA, s.261; GÜNCAN, s.53.

ancak aşırı olan ceza koşulunun, TBK m.182/III hükmüne göre, şartlar oluştuysa hâkim tarafından yalnızca indirilmesiyle yetinilmelidir. Fakat ahlaka aykırı olarak değerlendirilen bir ceza koşulu varsa, bu koşulun tamamen hükümsüz sayılması yerine TBK m.27/II hükmüne göre kısmen kesin hükümsüz sayılması gerekir. Nitekim kısmi butlan, bölünebilir sözleşmelerde olduğu gibi miktarı bakımından bölünebilir edimlerde de mümkündür.¹⁴⁸ Böylelikle ahlaka aykırılık teşkil eden kısım, kesin hükümsüz sayılırken kalan kısım, geçerliliğini korur. Bu durum, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesine daha uygundur.

Tacir olan borçluların durumunu inceleyecek olursak, bu borçlular bakımından da değiştirilmiş kısmi butlan yaptırımını uygulanması isabetli olur. Zira TTK m.22 hükmü ile getirilen yasağın mutlak anlamda uygulanması adalet ve nesafet duygularına aykırı olduğu gibi ekonomik ve ticari hayatın gerçekleriyle uyumsuz. Tacir borçlu aleyhine kararlaştırılan ceza koşulunun ifasının borçlunun ekonomik mahvına yol açması muhtemelse, bu ceza koşulu kural olarak ahlaka aykırı kabul edilmelidir.¹⁴⁹ Ancak bu ceza koşulunun ahlaka aykırı olduğundan bahisle tamamen kesin hükümsüz sayılması, hem alacaklının menfaatini zedeler hem de tacir borçlulara tacir olmayan borçlular karşısında bir avantaj sağlamış olur. Bu sebeple ahlaka aykırı derecede aşırı görülen ceza koşulunun ahlaka aykırılık teşkil eden kısmının kesin hükümsüz sayılması, kalan kısmın geçerliliğini koruması, kanaatimizce en doğru yoldur. Hâkim bu hususu değerlendirirken aynı zamanda TMK m.2 hükmü uyarınca dürüstlük kurallarını da gözetenek her bir somut olayda titiz bir inceleme yapmalıdır.

E. Ceza Koşulunun Aşırılığının Tespit Edilmesi

1. Aşırılığın Tespitinde Göz Önünde Bulundurulacak An

Ceza koşulunun aşırılığının tespitinde göz önünde bulundurulacak anın belirlenmesi büyük bir önemi haizdir. Zira ceza koşulunun kararlaştırdığı tarih ile muaccel olduğu tarih arasında veya dava açıldığı tarih ile kararın verildiği tarih arasında “aşırılık” kavramı değişkenlik gösterebilir. Tarafların ceza koşulunu kararlaştırdıkları anda aşırı olarak değerlendirilemeyecek bir ceza koşulu, muaccel hale geldiğinde değişen ekonomik şartlar sebebiyle aşırı olarak değerlendirilebilir. Yine aşırı ceza koşulunun indirilmesine yönelik bir dava açıldığı takdirde davanın açıldığı tarih ile kararın verildiği tarih arasında da ceza koşulunun “aşırılık” unsuru değişebilir.

¹⁴⁸ GÜNAY, s.223; von TUHR, s.770. *Oğuzman/Öz'e göre*, kısmi geçersizliğe ilişkin TBK m.27/II hükmü aslında ceza tutarının indirilmesine yönelik değil, sadece tüm ceza koşulunun hem de bütün işlemin geçersiz sayılması sonuçlarından birine izin verir. Bununla birlikte, böyle durumlarda ceza tutarının indirilmesi şeklindeki çözüm TTK m.1530/I kıyasen uygulanması olarak onaylanabilir. Bu çözüm, TBK m.27/II hükmünün burada dürüstlük kuralı yardımıyla kısmen uygulanmasına da dayandırılabilir. (OĞUZMAN/ÖZ, s.555).

¹⁴⁹ GÜNCAN, s.54.

Öğretide ceza koşulunun aşırılığı tespit edilirken göz önünde bulundurulacak ana ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bu görüşlerden ilki, ceza koşulunun kararlaştırıldığı anın esas alınması görüşüdür ve bu görüş genellikle reddedilmektedir.¹⁵⁰ Nitekim kararlaştırıldığı anda aşırı olan bir ceza koşulu, sonrasında aşırılığını kaybetmiş olabilir. Böyle bir durumda ceza koşulunun indirilebileceğini savunmak, alacaklının menfaatleriyle örtüşmez.¹⁵¹ Özellikle uzun vadeli sözleşmelerde bu duruma rastlanması daha muhtemeldir. Bu durumun tam tersi olarak kararlaştırıldığı anda aşırı olmayan bir ceza koşulu da, süreç içerisinde aşırı hale gelebilir. Bu da borçlunun menfaatlerini zedeleyen bir sonuca yol açar.

Başka bir görüşe göre, ceza koşulunun aşırılığının tespit edilmesinde bu borcun muaccel hale geldiği an esas alınmalıdır.¹⁵² Bu görüşün kabulü de bazı sakıncaları beraberinde getirir. Zira her ne kadar aşırı ceza koşulunun indirilmesinin talep edilmesi için bu borcun muaccel olması gerekiyorsa da, muacceliyet tarihi ile indirme kararı verilen tarih arasında uzunca bir süre geçebilir. Bu sürede de yine belirttiğimiz sakıncaların doğması muhtemeldir.

Bir diğer görüşe göre,¹⁵³ aşırılığın tespitinde göz önünde bulundurulacak anın belirlenmesinde her bir somut olayın özelliklerine göre hâkim takdir hakkını kullanarak inceleme yapmalıdır. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Nitekim bu durumun kabulü halinde hâkim, aşırılığın tespitinde taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin tüm önemli tarihlerine ilişkin bir inceleme yapmak zorunda bırakılmaktadır. Hâkime verilen bu yükümlülük, davanın gereksiz yere uzamasına ve daha masraflı olmasına yol açar. Ayrıca bu durumda hâkimin menfaatler dengesini gözetmesi de daha zor hale gelir.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre,¹⁵⁴ ceza koşulunun aşırılığının tespitinde, mahkeme kararının verildiği anın esas alınması gerekir. Zira tarafların ekonomik durumları ve menfaatlerinin belirlenmesi için en önemli tarih, karar tarihidir. Hâkim bir ceza koşulunun aşırılığını tespit ederken karar tarihinde diğer ölçütlerle beraber tarafların ekonomik durumlarını ve taraflar arasındaki menfaat dengesini esas almalıdır. Nitekim borçlu, verilen mahkeme kararının akabinde ceza koşulunu ifaya zorlanır. Bu bakımdan en isabetli tarih, kararın verildiği tarihtir. İlk derece mahkemesi kararının istinaf edilmesi halinde de istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak kendisi bir karar veri-

¹⁵⁰ KOCAAĞA, s.238.

¹⁵¹ GÜLSEVEN, s.121.

¹⁵² Bu görüş hakkında detaylı açıklamalar için bkz. TUNÇOMAÇ, Cezai Şart, s.151 vd.; KOCAAĞA, s.238.

¹⁵³ TUNÇOMAÇ, Cezai Şart, s.150 vd.

¹⁵⁴ TUNÇOMAÇ, Cezai Şart, s.151; KOCAAĞA, s.238; GÜLSEVEN, s.122.

yorsa, kendi karar verdiği tarih itibarıyla aşırılığı değerlendirmelidir. Eğer istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararını onayacak ise de, ilk derece mahkemesinin karar verdiği tarihi göz önünde bulundurarak onama kararı vermemelidir.

2. Aşırılığı Tespite Görevli ve Yetkili Makam

Aşırı ceza koşulunun indirilmesi yetkisi kural olarak hâkime aittir. Yetki hâkime ait olmakla birlikte kanun koyucu, ceza koşulunun indirilmesi için belli bir mahkemeyi görevli veya yetkili kılmamıştır. Dolayısıyla görevli ve yetkili mahkeme, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre belirlenmelidir.

Görevli mahkeme, HMK m.2 hükmüne göre, dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın aksine bir düzenleme yoksa asliye hukuk mahkemelelidir. Özel kanunlarda belirlenen göreve ilişkin kurallar saklı olduğundan, örneğin ceza koşulu ticari bir sözleşmeye ilişkinse, görevli mahkeme Asliye Ticaret Mahkemeleri veya iş sözleşmesine ilişkinse İş Mahkemeleridir. Bu durum göreve ilişkin düzenlemelerin tümü için geçerlidir. Her bir somut olayda yer alan hukuki ilişki incelenerek görevli mahkemeye karar verilmelidir.

Yetkiye ilişkin kurallar bakımından da aynı şekilde genel yetki kuralını düzenleyen HMK m.6 göz önüne alınmalıdır. Buna göre yetkili mahkeme, gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir. Görevli mahkeme belirlenirken izlenen yol gibi, yetkili mahkeme belirlenirken de her bir somut olay özelinde özel yetki kuralları da mutlaka dikkate alınmalıdır.

3. Aşırı Ceza Koşulunun İndirilmesi Kararı

Hâkim, TBK m.182/III hükmüne göre aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirebilir. Hâkime ceza koşulunu indirme konusunda re'sen inceleme yetkisi verilmesi, ceza koşulunun borçlu tarafından indirilmesini talep etme hakkını elbette engellemez. Hatta çoğunlukla borçlu, ceza koşulunun aşırılığı iddiasıyla mahkemeye başvurur. Getirilen hüküm, bu başvurunun yapılmasını engellemez, bu konuyu inceleyecek hâkimi taleple bağlı olmaktan kurtarır.

Aşırı ceza koşulunun indirilmesine ilişkin davada, borçlunun dava dilekçesinde indirilmesi gereken miktarı belirtmesi gerektiği öğretide savunulmuştur.¹⁵⁵ Bu durumda hâkim, ceza koşulunu borçlu tarafından belirlenen miktarın altına indiremez.¹⁵⁶ Ancak kendisine karşı açılan davada aşırı ceza koşulunun indirilmesini itiraz yoluyla isteyen borçlu, herhangi bir miktar göstermek zorunda değildir.¹⁵⁷

¹⁵⁵ KOCAĞA, s.246; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.164.

¹⁵⁶ GÜLSEVEN, s.128.

¹⁵⁷ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.164; KOCAĞA, s.246.

Usul hukuku açısından durum incelendiğinde borçlu konumunda olan davacının, dava dilekçesinde yer alması mecburi olan bazı hususlar vardır. Bu hususlar HMK m.119'da belirtilmiştir. Buna göre, HMK m.119/I-ğ bendine göre, dava dilekçesinde açık bir şekilde talep sonucunun belirtilmesi gerekir. Davacı borçlunun dava dilekçesinde kararlaştırılan ceza koşulunun yalnızca aşırı olduğunu belirterek indirimini talep etmesi, kanaatimizce talep sonucunun açık bir şekilde belirtilmesi olarak değerlendirilemez. Davacının, dava dilekçesinde bu ceza koşulunun neden aşırı sayılması gerektiğine ilişkin delilleri göstermesi ve sonuç kısmında da, kendi açısından ne kadar bir miktarın aşırılık teşkil etmeyeceğini belirtmesi gerekir.

Maddi hukuk açısından incelendiğinde, özel hukuk, kural olarak hâkimin tarafların talepleriyle bağlı olduğu ve re'sen araştırmanın kamu hukukuna nazaran daha geri planda olduğu bir alandır. Her ne kadar aşırı ceza koşulunun değerlendirilmesi TBK m.182/III hükmü ile hâkimin kendiliğinden inceleyebileceği bir husus olarak kanunda yer almış olsa da, borçlunun belli bir miktar ceza koşulunu ifa edeceğini beyan etmesi, hâkimi asgari tutar olarak bu miktarla bağlamalıdır. Zira hâkimin borçlunun ifa edeceğini söylediği ceza koşulundan daha az bir tutara hükmetmesi, alacaklının menfaatine uygun düşmez. Ancak hâkimin borçlunun ifa edebileceğini belirttiği tutarın üstünde bir meblağa hükmetmesi, yani ceza koşulunu borçlunun talep ettiğinden daha az indirmesi ise mümkündür.

Hâkimin aşırı ceza koşulunda incelemesi gereken bir husus da, ceza koşulunun konusunun bölünebilir bir edim içerip içermediğidir. Konusu bölünebilir bir edim içeren ceza koşulunun indirilmesi hususunda bir ihtilaf yoktur. Hâkim, bölünebilir bir edim içeren ceza koşulunun aşırı bulunduğu kısmını indirerek hüküm kurar. Aşırı ceza koşulunun bölünebilir olmayan bir edim içermesi halinde ise bu husus tartışmalıdır. Bu durumda hâkim, iki şekilde indirim yapabilir. İlk indirim şekli, hâkimin bölünmez eşya niteliğine sahip ceza koşulu edimi yerine, borçlunun belirli bir miktar para ödemesine karar vermesi halidir.¹⁵⁸ İkinci olarak ise hâkim, alacaklının kendi isteğiyle bir miktar parayı karşılıklı ve aynı anda borçluya vermesi kaydıyla, borçluyu ceza koşulunu ödemeye mahkûm edebilir.¹⁵⁹ Fakat bu indirim şekli kanun koyucu tarafından hâkime verilen indirim hakkının aşırı derecede aşılması olarak görüldüğünden eleştirilmektedir.¹⁶⁰ Hâkimin her bir somut olayda aşırı ceza koşulunu değerlendirirken belirttiğimiz ölçütler uyarınca alacaklının menfaatlerini ön planda tutarak indirimin şekline karar vermesi gerekir.

¹⁵⁸ KOCAAĞA, s.248; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.171; GÜNAY, s.209; GÜLSEVEN, s.129; UÇAR, s.115.

¹⁵⁹ GÜLSEVEN, s.130.

¹⁶⁰ KOCAAĞA, s.248; UÇAR, s.115.

Ceza koşulunun indirilmesine ilişkin hâkim tarafından verilen karar, inşai nitelikte bir karardır.¹⁶¹ Nitekim bu kararla beraber hâkim, ceza koşulu miktarı üzerinde değişiklik yapmaktadır. Böylece dava sonunda verilen hüküm ile yeni bir hukuki durum yaratılır.

Dava yönünden incelenmesi gereken bir diğer husus da vekalet ücreti ve yargılama giderleridir. Yargıtay, indirilen ceza koşulu nedeniyle davacı aleyhine vekalet ücreti ve yargılama giderine hükmedilmemesi gerektiği yönünde bir karar vermiştir. Karar:¹⁶² “... *cezai şarttan indirim yapılması hususunda hâkimin takdir hakkını kullanıp kullanmayacağına davacı tarafından dava açılırken bilinmesinin mümkün olmaması nedeniyle indirilen kısım yönünden karşı taraf yararına vekâlet ücretine ve yargılama giderine hükmedilmemesi gerekmektedir...*” şeklindedir. Kararda isabetle belirtildiği üzere, hâkimin ceza koşulunu indirmeye yönelik takdir hakkını kullanıp kullanmayacağı, davacı tarafından önceden kestirilmesi mümkün olmadığından, sırf hâkimin takdir hakkının kullanılması sebebiyle davacı aleyhine vekâlet ücreti ve yargılama giderine hükmedilmemesi gerekir.

IV. Sonuç

Ceza koşulu, borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi ihtimaline karşı alacaklının alacağını kuvvetlendirme amacı güden, borçlunun borcu ifa etmesinde teşvik edici bir rol oynayan ve hukuki niteliği itibarıyla bir özel hukuk cezasıdır. Ceza koşulu, borçlunun ifa etmesi gereken edim yerine seçimlik olarak kararlaştırılabileceği gibi borçlunun borcunu belirtilen yer ve zamanda ödememesi ihtimaline karşı ifayla birlikte talep edilebilir şekilde de kararlaştırılabilir. Öğretide dönme cezası da adı verilen ifayı engelleyen ceza koşulu ise hukuki olarak ceza koşulu niteliğinde olmayıp ceza koşuluyla borçlunun baskı altında bırakılması fonksiyonunu yerine getirmediğinden cayma parasının hukuki niteliğine daha yakındır.

Aşırı ceza koşulunun hâkim tarafından re’sen indirilebileceğini düzenleyen TBK m.182/III hükmü, borçluyu koruma amacı güder. Ancak bu hüküm, aşırı ceza koşulu kavramını tanımlamamış veya hâkime bu tespiti yaparken kullanacağı ölçütlerin ne olacağını belirtmemiştir. Bu sebeple, kavramın tanımı ve hâkimin aşırılık tespiti yaparken kullanacağı ölçütlerin belirlenmesi, öğretide ve uygulamaya bırakılmıştır.

Aşırı ceza koşulu, hâkim tarafından her bir somut olayın bağımsız özelliklerine göre tespit edilecek olmakla beraber ceza koşulu ile getirilmek istenen menfaat dengesini borçlu aleyhine fazlasıyla bozan ve ifasının istenmesi dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil edebilecek derecedeki ceza koşuludur. Hâkim, bir

¹⁶¹ GÜLSEVEN, s.134-135; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.165; UÇAR, s.113-114.

¹⁶² Y.19.HD. T.27.06.2013, E.2013/5697, K.2013/12129 sayılı kararı. Aynı yönde: Y.11.HD. T.10.11.2020, E.2020/1227, K.2020/4875 sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.11.04.2023).

ceza koşulunun aşırılığını tespit ederken alacaklının menfaati başta olmak üzere, borçlunun borca aykırılığının derecesi, borçlunun kusurunun ağırlığı ve borçlunun ekonomik durumu gibi ölçütlerden faydalanmalıdır. Bu ölçütler neticesinde, ceza koşulunun aşırılığının tespit edilmesi halinde, aşırı ceza koşulunun indirilmesi kararı verilebilir. Bu kararın verilebilmesi için ayrıca, geçerli bir ceza koşulunun bulunması, bu ceza koşulunun muaccel olması, borçlunun kararlaştırılan asıl borca aykırılıkta kusurlu olması ve ceza koşulunun ifa edilmemiş olması gerekir.

Hâkim, her aşırı ceza koşulunu indiremez. Nitekim tacirlerin aşırı ceza koşulunu indirmesini engelleyen TTK m.22 hükmü uyarınca, tacirler, ticari işletmelerini ilgilendiren işlemlerle alakalı taahhüt ettikleri ceza koşulunun aşırılığı iddiasıyla bu koşulun indirilmesini talep edemezler. Tacirler bakımından getirilen bu hükmün mutlak anlamda uygulanması, her durumda hak ve nesafet kurallarıyla örtüşmeyebilir. Dolayısıyla, tacirin ekonomik varlığı ve geleceğini tehlike altına atan, ekonomik mahvına yol açabilecek veya ahlaka aykırılık ve kişilik haklarına saldırı teşkil eden aşırı ceza koşulunun hâkim tarafından indirilebilmesi gerekir. Aksinin kabulü, hem ticari hayatı sekteye uğratar, hem de sermayesi daha az olan tacirlerin ekonomik bakımdan daha güçlü tacirler tarafından ezilmesine yasal bir dayanak oluşturur. Bu da toplum ahlakıyla bağdaşmayan bir durum yaratır. Yargıtay da, kararlarında bu noktalara vurgu yapmış, tacir borçlunun ekonomik mahvına yol açacak derecedeki ceza koşullarının indirilebileceğine karar vermiştir.

Hâkim, tacir olmayan borçlunun aşırı ceza koşulunun indirilmesi yönündeki talebi hakkında karar verirken, ceza koşulunun tamamını da geçersiz sayabilir. Her ne kadar TBK m.182/III hükmü, hâkimin ceza koşulunu sadece indirebileceğini düzenlese de hâkim tarafından ahlaka aykırılığı tespit edilen bir ceza koşulunun kesin hükümsüz sayılması mümkündür. Bunun önünde herhangi bir hukuki engel yoktur. Öte yandan, ceza koşulunun alacaklının menfaatini gözetken baskın yönü de göz önünde bulundurularak hâkim, ceza koşulunun sadece indirilmesiyle yetinmelidir. Hâkim, koşulun ahlaka aykırı olduğu kanısında ise de TBK m.27/II hükmü uyarınca bu koşulun kısmen hükümsüz sayılmasına karar vererek ceza koşulunun yalnızca bir bölümüne kesin hükümsüzlük yaptırımını uygulamalıdır. Aynı hüküm, tacir borçlular hakkındaki ceza koşullarında da uygulanmalıdır. Tacir borçlunun taahhüt ettiği ceza koşulunun ahlaka aykırı olduğu saptandığında hâkim, koşulun tümünü kesin hükümsüz saymak yerine TBK m.27/II uyarınca yalnızca ahlaka aykırılık teşkil eden kısmı kesin hükümsüz sayarak ceza koşulunu belli bir oranda korumalı ve taraflar arasındaki menfaat dengesini gözeterek karar vermelidir.

Aşırı ceza koşulunun indirilmesine yönelik hâkim kararı, inşai bir hak niteliğinde olup bu kararlar beraber hâkim, ceza koşulu miktarı üzerinde değişiklik yapmaktadır. Böylece dava sonunda verilen hüküm ile yeni bir hukuki durum yaratılır.

Kaynakça

- AKKAYA, Hilal: “Yargıtay Kararları Doğrultusunda Ceza Koşulu”, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019.
- AKKAYAN YILDIRIM, Ayça: “Cezai Şartın İşlevi, Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.61, S.1-2, s.357-414. İstanbul, 2003.
- AKKOYUN, Melike: “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulunun İndirilmesi”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2021.
- AKSOY, Hüseyin Can: “Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru ile İlişkisi Nedir?”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.24, S.2, s.999-1018. İstanbul, 2018.
- ARICI, Kadir: “Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması”. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi) C.1, S.1, s.31-44. Ankara, 1997.
- ARKAN, Sabih: “Ticari İşletme Hukuku”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2017.
- ARSEBÜK, Ahmet Esat: “Borçlar Hukuku”, C.2, Ankara, 1950. (*Borçlar*).
- ARSEBÜK, Ahmet Esat: “Cezai Şart Mefhumu Etrafında Tahliller”, Adliye Ceridesi, S.16, s.987-996, Ankara, 1936.
- AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan: “Tüketici Hukuku”, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet: “Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar”, 14. Basım, Ankara, 2021.
- BAŞAR, Didem: “İfaya Eklenen Cezai Şart”, Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi, C.2, S.4, s.49-77. Diyarbakır, 2018.
- BERKİ, Osman Fazlı: “Pey Akçesi, Rücu Tazminatı ve Cezai Şart Etrafında Tetkikler”, İstanbul Barosu Dergisi, S.5, İstanbul, 1943.
- BİLGE, Necip: “Cezai Şart”, Ahmet Esat ARSEBÜK’ün Anısına Armağan, s.37-128. Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1958.
- BİRİNCİ UZUN, Tuba, Götürü Tazminat, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- CANSEL, Erol/ÖZEL, Çağlar: “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, Yaşar Üniversitesi Dergisi, C.8, Özel Sayı, s.713-733. İzmir, 2013.
- ÇINAR, Ömer: “Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanununa Göre Cezai Şartın İndirilmesi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 8, S.16, s.91-115. İstanbul, 2009.
- DEMİRTAŞ, Sebla: “Cezai Şart”, İstanbul Barosu Dergisi, S.2010/2, s.849-873. İstanbul, 2010.
- EKİNCİ, Hüseyin: “Cezai Şart İlişkisinde Kusur Sorunu”, Terazi Hukuk Dergisi, S.8, s.21-28. Ankara, 2007. (*Kusur*).

- EKİNCİ, Hüseyin: “Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu”, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015. (*Ceza Koşulu*).
- ERÇİN, Ferhat: “Yargıtay Kararları Işığında Tacirlerin Ahlaka Aykırı Cezai Şartın İptalini veya Tenkisini İsteyebilmeleri”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.1, s.89-105. İstanbul, 2011.
- ERDEM, Mehmet, “Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi”, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 2009.
- EREN, Fikret: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: “Borçlar Hukuku Umumi Hükümler”, C.2, s.327. Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1969.
- GÖKÇEOĞLU, Kâmil Haluk: “Cezai Şart ve Güncel İçtihatlar”, Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul, 2007.
- GÖKTÜRK, Hüseyin Avni: “Cezai Şart Müessesesi”, İzmir Barosu Dergisi, S.2-26. İzmir, 1942.
- GÜLSEVEN, Hilal: “Türk Özel Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: “Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri”, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- GÜNAY, Cevdet İlhan: “Cezai Şart (BK m.158-161)”, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- GÜNCAN, Mehmet: “Borçlar ve Ticaret Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi”, Yayılanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1998.
- HONSELL, Heinrich/VOGT, N. Peter/WIEGAND, Wolfgang: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I (Art.1 - 529 OR.), 2. Auflage, Helbing & Lichtenhahn, Zürich 2002.
- KAPANCI, Kadir Berk, Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, s.655-683, İstanbul 2013.
- KARAGÖZ, Veli: “İşverenin Tacir Olması Durumunda Cezai Şartın İndirilmesi” Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVIII, S.3-4, s.109-132. Erzincan, 2014.
- KARSLIOĞLU, Hasan: “Karşılaştırmalı Hukukta Hâkimin Ceza Hukukunu İndirme Yetkisi”, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2022, C.7, S.12, s.109-138.
- KELLER, Max/SCHÖBI, Christian: Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Auflage, Basel/Frankfurt 1988.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.
- KOCAĞA, Köksal: “Türk Özel Hukukunda Cezai Şart (BK m.158-161)”, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

- KOCAMAN, Arif Burhanettin: “BK m.158/II c.2 Hükmü Gereğince İfaya Ekli Cezai Şart Talep Etme Hakkının Düşmesi (Sona Ermesi) ve BK m.158/II c.2’de Hakkın Korunması İçin Öngörülen İhtirazi Kayıt İleri Sürme Şartının Sözleşme ile Bertaraf Edilip Edilemeyeceği Hususu”. Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, s.567-582. Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011.
- KUNTER, Nurullah: “Ödendikten Sonra Azaltılabilmeleri Bakımından Cezai Şartlar”, Adliye Ceridesi, Ankara, 1940.
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, C.2, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- OZANOĞLU, Hasan Seçkin: “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.2, Ankara, 1999.
- ÖCAL APAYDIN, Bahar/İNCE AKMAN, Nurten, “Götürü Tazminatın Hâkim Tarafından İndirilmesi Meselesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Haziran 2019, C.25, S.1, s.220-261.
- PARLAK BÖRÜ, Şafak, “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mart-Nisan 2017, S.129, s.195-228.
- SARI, Suat, “Götürü Tazminat Kavramı Üzerine”, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, İstanbul 2011.
- SAYMEN, Ferit/ELBİR, Halid: “Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler”, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1958.
- SCHWENZER, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2012, s.497.
- SOMER, Zeynep: “Cezai Şart Kararlaştırılmayacak Haller”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.11, s.119-137. İstanbul, 2020.
- TAMER, Ahmet: “Tacriler Bakımından Cezai Şart (Ceza Koşulu)” TAAD, Y.4, S.14, s.731-770, Ankara, 2013.
- TİRYAKİ, Murat: “Özel Hukuk Alanında Cezai Şart”, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2005.
- TUNÇOMAĞ, Kenan: “Cezai Şartın Hukuki Mahiyeti”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.1, S.4, s.558-568. Ankara, 1962. (*Hukuki Mahiyet*).
- TUNÇOMAĞ, Kenan: “Türk Hukukunda Cezai Şart” Baha Matbaası, İstanbul, 1963. (*Cezai Şart*).
- TUTAR, Elce: “Cezai Şartın Hukuki Niteliğini Açıklayan Görüşlerin Dönme Cezası Bakımından Değerlendirilmesi ve Dönme Cezasının Benzer Kurumlardan Farkı”, Terazi Hukuk Dergisi, Ocak 2017, C.12, S.125.

TUTAR, Elce: “Dönme Cezası”, Turhan Kitapevi, Ankara 2016.

UÇAR, Salter: “Hukukta Cezai Şart ve Uygulaması”, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1993.

UYGUR, Tanju: “Cezai Şartın Tenkisi”, Ankara Barosu Dergisi, S.6, s.816-819. Ankara, 1975.

von TUHR, Andreas: “Borçlar Hukukunun Umumi Kısım”, C.1-2, s.763. (Çev. Cevat Edege), Olgaç Matbaası, Ankara, 1983.

YAĞCIOĞLU, Burcu: “Türk ve İsviçre Hukukunda Ceza Koşulu (Cezai Şart)”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.

YAYVAK Namlı, İrem: “İş Hukuku’nda Cezai Şart”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

YILDIRIM, Uğur, Cezai Şart (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2010).

Yargıtay'ın "Çiçeksepeti Kararı" Işığında Elektronik Ticarete Aracı Hizmet Sağlayıcılarının Sorumluluğu Hakkında Değerlendirmeler

Evaluations on the Liability of Intermediary Service Providers in Electronic Commerce in the Light of the Supreme Court's "Çiçeksepeti Decision"

Av. *Burcu SIRIŞ*, LL.M. ⁽¹⁾

Öz:

Bir tüketicinin "www.ciceksepeti.com" alan adlı aracı hizmet sağlayıcısına ait elektronik platform üzerinden satın aldığı trüf paketinden sigara izmariti çıkması sebebiyle tüketici hakem heyetine başvurması ve nihayetinde heyetin tüketici lehine karar vermesi ile başlayan hukuki süreç, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 15/11/2021 tarihli 2021/4000 E. ve 2021/11403 K. Sayılı Kanun Yararına Bozma Kararı ile söz konusu platformu ayıplı maldan sorumlu bulmamasıyla sonuçlanmıştır. Bu karar, söz konusu elektronik ticaret platformlarının kullanımının son yıllarda oldukça yaygınlaşması ile ortaya çıkan hukuki sorunların çözümünde emsal teşkil etmesi nedeniyle oldukça dikkat çekmiş ve hakkında değerlendirmelerin yapılmasını gerektirmiştir. Zira Yargıtay, 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a ("E- Ticaret Kanunu") mehzaz teşkil eden Avrupa Birliği ("AB") 2000/31 sayılı Elektronik Ticaret Direktifi'nde yer alan düzenlemeleri dikkate almadan ve E- Ticaret Kanunu madde 9'da düzenlenmiş "güvenli muafiyet" rejiminin uygulama alanını belirlemeden salt lafzi yorumla sonuca gitmiştir. Karar, çeşitli eleştirilere maruz kalmış ve doktrin-deki farklı hukuki temellendirmeler neticesinde tartışılmalı hale gelmiştir. Bu eleştiriler arasında, mevcut yasal düzenlemelerin uygulamada yetersiz kalması, elde edilen sonuçların yasama organının özgün vizyonuyla uyumsuz olduğu düşüncesi ve çevrimiçi pazar yerleri teknolojisinin günümüz gereksinimlerini yeterince yansıtmaması yer almaktadır.

Anahtar Kelimeler:

E-Ticaret Platformları, Çevrimiçi Platformlar, Elektronik Ticaret, Aracı Hizmet Sağlayıcılar, Satıcı, Ayıplı Mal, Kusursuz Sorumluluk, 6563 Sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun.

Abstract:

The legal process, which started when a consumer applied to the arbitration committee after a cigarette butt was found in the truffle package he purchased through the electronic platform belonging to the intermediary service provider with the domain name "www.ciceksepeti.com", and ultimately the panel decided in favor of the consumer, was decided by the 3rd Civil Chamber of the Supreme Court of Appeals, 15 In its decision dated 11/2021, it found

(1) Başkent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, Ankara - Türkiye,

E-posta: burcusiris@sirishukuk.com; Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-9416-5329>.

Makale Geliş Tarihi: 06.11.2023 - Makale Kabul Tarihi: 07.12.2023.

the platform in question not responsible for the defective goods. This decision attracted a lot of attention and required evaluations because it set a precedent in solving legal problems that emerged with the widespread use of electronic commerce platforms in recent years. Because the Supreme Court ruled without taking into account the regulations in the European Union ("EU") Electronic Commerce Directive No.2000/31, which is the basis for the Law on the Regulation of Electronic Commerce No.6563, and the "safe exemption" regulated in Article 9 of the E-Commerce Law. He reached his conclusion with a purely literal interpretation without determining the application area of his regime. The decision is controversial for many different reasons, subject to various criticisms. These criticisms include the fact that current legal regulations are inadequate in practice, the results obtained are incompatible with the original vision of the legislature, and the fact that online marketplace technology does not adequately reflect today's needs.

Keywords:

E-Commerce Platforms, Online Platforms, Electronic Commerce, Online Intermediaries, Seller, Defective Products, Strict Liability, Law No.6563 on Regulation of E-Commerce.

Giriş

Elektronik ticaret, son yıllarda teknolojik ilerlemelerin ve özellikle pandeminin etkisiyle, hızla büyüyerek gelişen ve dönüşen bir sektör haline gelmiştir. İnternetin yaygın kullanımı, mobil cihazların hemen hemen herkesin elinde bulunması, dijital ödeme yöntemlerinin yaygınlaşması gibi faktörler elektronik ticaretin popülerliğini artırmış ve tüketici alışkanlıklarını büyük ölçüde değiştirmiştir.

Elektronik ticaretin bu önemli rolü, geleneksel ticarete yer alan alıcı ve satıcı kavramlarına ek bir kavram olarak "*elektronik ticaret platformlarının*"¹ eklenmesine neden olmuştur. Tarafların fiziki olarak bir arada bulunmasına gerek kalmaksızın internet ortamında karşı karşıya gelerek ticari işlemler yapılabilmesine olanak sağlayan elektronik ticaret platformlarının sayısı ve kullanımı zamanla oldukça artmış, bu durum da platformların ekonomik ve hukuki açıdan tartışmalara yol açmasına neden olmuştur.

Geleneksel perakende ticaretin yanı sıra elektronik ticaret tüketicilere ürünleri ve hizmetleri çevrimiçi platformlar aracılığıyla satın alma kolaylığı sağlamaktadır. Elektronik ticaretin bu hızlı büyümesi hukuki düzenlemelerin ve normların bu alana ayak uydurmasını gerektirmiştir. Bu noktada Yargıtay'ın "Çiçeksepeti" kararı ışığında platform olarak anılan elektronik ticarete aracı hizmet sağlayıcılarının ne tür hukuki sorumluluklar taşıdığına odaklanmak büyük önem taşımaktadır.

Bu amaçla makale içerisinde öncelikle birinci bölümde elektronik ticaret kavramı açıklanacaktır. Ardından ikinci bölümde elektronik ticarete aracı hiz-

¹ Çalışma içerisinde elektronik ticaret platformu, dijital platform, çevrimiçi platform ve çevrimiçi pazaryerleri olarak anılacak olan kavram aynı anlama gelip 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun kapsamında, başlıkta da yer aldığı şekliyle "elektronik ticarete aracı hizmet sağlayıcı" olarak geçmektedir.

met sağlayıcı kavramına değinilecek ve tüm bu açıklamaların ardından çalışmanın temel amacına uygun olarak üçüncü bölümde Yargıtay'ın "Çiçeksepeti" kararı incelenerek bunun ışığında elektronik ticaret platformlarının sorumlulukları ve tüketiciye etkisi incelenip çalışma sonuca ulaştırılacaktır.

I. Elektronik Ticaret Kavramı

Çalışmamızın konusunda çevrimiçi pazar yerlerini sunan aracı hizmet sağlayıcıların hukuki durumu ve alıcılara karşı sorumluluğu ele alınacak olup öncesinde söz konusu platformların gündeme gelmesine olanak sağlayan elektronik ticaret kavramının açıklanmasında fayda görülmektedir.

Teknolojide yaşanan değişim ve gelişimler sonucu dünya adeta küresel bir köye dönüşmektedir. Ekonomik gelişme sürecinde "bilgi toplumu", "elektronik ticaret" gibi kavramlar önem kazanmaktadır.² Ülkeler dijital âlemde yaşanan bu gelişmeler sonucu küresel aktörler haline gelebilmek adına "bilgi toplumu" olma yolunda önemli adımlar atmaktadırlar. Ekonomik Kalkınma ve İş birliği Örgütü (OECD)'nin Sacher Raporunda insanoğlunun, tarihin en büyük teknolojik devriminin zirvesinde olduğu ve hatta bazılarının bu elektronik iletişim çağını matbaanın icadı veya endüstri devrimiyle kıyasladığı yazılmıştır.³

İnternet, kısa bir tarihe sahip olmasına rağmen, gelişimi sonucunda gerek sosyal yaşamda gerekse ticari hayatta önemli bir rol üstlenmiş ve birçok değişime öncülük etmiştir. İnternetin ilk ortaya çıkışından itibaren hızla büyüyerek, bilgiye erişim, iletişim ve ticaretin dijitalleşmesini sağlamıştır. Bu sayede, insanların dünya çapında bağlantı kurmasının, bilgiye anında ulaşmasının ve elektronik ticaretin temeli atılmıştır. Bu nedenle, 20. yüzyılın sonlarından günümüze kadar teknolojik gelişmelerin hızla arttığı bu dönemde internet, ticari yaşamı da kapsayacak şekilde hayatın her alanında etkisini genişletmiştir. İnternet üzerinden ticaretin yaygınlaşmasıyla birlikte, kısaca e-ticaret olarak adlandırılan elektronik ticaret kavramı oldukça önem kazanmıştır.

Elektronik ticaret iş dünyasında köklü değişikliklere yol açmış ve tüketicilere daha fazla seçenek sunmuştur. Ayrıca, teknolojik ilerlemelerle birlikte sürekli olarak evrilen bu alan, işletmelerin küresel pazarlara erişimini artırmış ve tüketici alışkanlıklarını yeniden şekillendirmiştir. E-ticaret, elektronik veri değişim sistemi⁴ aracılığıyla yapılan sözleşmelerin 1970'lerde ortaya çıkması ve 1980'lerin

² Kübra Yıldız, Elektronik Ticaret ve Hukukumuzdaki Durumu Üzerine Kısa Bir İnceleme, İstanbul Barosu Dergisi Cilt: 92, Sayı: 6, Yıl: 2018, s.201.

³ Sacher Report, OECDiLibrary, (Çevrimiçi) http://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/sacher-report_237058611046, 8 Ekim 2017.

⁴ Elektronik Data Interchange (EDI) olarak geçen elektronik veri değişim sistemi, aralarında ticari

sonlarında internet kullanımının yaygınlaşması ile gelişmeye başlamıştır. 1990'lı yıllardan itibaren ise elektronik ticaretin desteklenmesine yönelik uluslararası alanda genel bir uzlaşma oluşmuş ve bu alandaki gelişim ivme kazanmıştır.

Öte yandan, oldukça yeni bir alan olan e-ticaret modeli, tüketicilerin yanı sıra iş sağlayıcıları için de büyük kolaylıklar sunmaktadır. Ancak, bu yeni ticaret şekli hukuken tanımlanmaya ve sorunların çözülmesi için özel düzenlemelere ihtiyaç duymaktadır.

Elektronik ticaret, yaygın kullanımıyla e-ticaret, ulusal ve uluslararası literatürde birçok farklı kaynaktan tanımlanmıştır.

Uluslararası düzenlemelerde yer alan tanımlara bakıldığında öncelikle karşımıza Dünya Ticaret Örgütü (WTO) tarafından yapılan tanım çıkmaktadır. Buna göre e-ticaret, telekomünikasyon ağları üzerinden malların ve hizmetlerin reklamı, üretimi ve satış ve dağıtımlarının yapılması olarak tanımlanmıştır.⁵

Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (*Organisation for Economic Co-operation and Development- OECD*) ise elektronik ticaret hakkında, e-ticaretin gelişimi süresi içerisinde farklı tarihlerde yayınladığı raporlarda farklı tanımlar yaptığı görülmektedir. Tüm bu tanımlamaların ortak çıkarımı ise e-ticaretin mal ya da hizmetlerin alım-satım işlemleri gibi tüm elektronik işlemlerin özel olarak tasarlanmış yöntemler kullanılarak bilgisayar ağları üzerinden yapılması gerektiğidir. İlgili tanımlarda dikkat çeken ise e-ticaretten bahsedebilmek için siparişlerinin elektronik ortamda verilmesinin gerekliliğinden bahsedilirken ödeme ve teslimatın çevrimiçi olarak yapılmasının aranmamasıdır.⁶ Yine bununla birlikte internet veya elektronik veri değişimi üzerinden yapılan siparişlerin elektronik ticarete dahil olduğu ancak telefon, faks ve elektronik posta üzerinden verilen siparişlerin ise elektronik ticarete dahil olmadığını belirtmiştir.

Elektronik ticaret hakkında yapılmış başka bir tanımlama ise Birleşmiş Milletler Yönetim, Ticaret ve Ulaştırma İşlemleri Kolaylaştırma Merkezi (UN-CEFACT) tarafından, “iş, yönetim ve tüketim faaliyetlerinin yürütülmesi için yapılanmış ve yapılmamış iş bilgilerinin, üreticiler, tüketiciler ve kamu kurumları ile diğer organizasyonlar arasında elektronik araçlar (elektronik posta ve mesajlar, elektronik bülten panoları, www teknolojisi, akıllı kartlar, elektronik fon transferi, elektronik veri değişimi vb.) üzerinden paylaşılması” şeklinde ya-

ilişki bulunan birden fazla kuruluşun, insan faktörü olmaksızın bilgisayar ağları aracılığıyla belge ve bilgi değişimini sağlayan bir sistem olarak tanımlanabilir.

⁵ Dünya Ticaret Örgütü (WTO), **Electronic Commerce**, https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc11_e/briefing_notes_e/bfecom_e.htm, (E.T.19.12.2022).

⁶ Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (OECD), **Electronic Commerce**, <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=4721>, (E.T.19.12.2022).

pılmıştır. Bu tanımlamadan özetle anlaşılması gereken, elektronik ticaretin elektronik ortamda, iş, işlem ve eylemlerde bulunmaktan ibaret olduğudur.⁷

Daha kapsamlı bir tanım olarak 1997 tarihinde "AB Komisyonu" tarafından yapılan değerlendirme örnek verilebilir. Komisyona göre elektronik ticaretin kapsamı şu sınırlar ile belirlenmiştir: "*Elektronik ticaret, işletme faaliyetlerinin elektronik bir ortamda yapılmasıdır. Bu faaliyetler metin, video ve ses verilerinin elektronik olarak işlenmesi ve aktarımına dayanmaktadır. Elektronik ticaret bu boyutu ile mal ve hizmet alımı ve ödemelerinin sayısal olarak yapılmasını kapsamaktadır. Bu faaliyetler hem mamulleri (tüketici malları, spesifik ekipmanları) ve hizmetleri (finansal, bilgi hizmeti ve yasal hizmetler) ve hem de geleneksel faaliyetleri (sağlık, eğitim ve bakım) kapsamaktadır*".⁸

Avrupa Konseyi, e-ticareti tanımlarken e-ticaret işleminin taraflarını da kapsayacak şekilde genel hatları ile belirlemeler yapmıştır. Buna göre "*İşletmeler, Kurullar, bireyler yahut özel kuruluşlar arasında internet yasa diğer bilgisayar tabanlı ağlar (çevrimiçi iletişim) aracılığıyla ürün ve hizmetleri alım ya da satımının gerçekleştirilmesidir*".⁹ İlgili tanımın devamında OECD tarafından yapılan tanıma benzer nitelikte olarak mal ve hizmetlerin siparişlerinin internet üzerinden verilmesi yeterli görülmüş, teslimat ve ödemenin çevrimiçi yapılması şartını aramamıştır.

Uluslararası düzenlemelerde yer alan tanımların ardından ulusal düzlemde e-ticaret kavramına ilişkin ilk tanımlamaların Elektronik Ticaret Koordinasyon Kurulu (ETKK) tarafından, 1998 tarihli bir raporunda şu şekilde yapıldığı görülmektedir. Buna göre "*Bireyler ve kurumların, açık ağ ya da sınırlı sayıda kullanıcı tarafından ulaşılabilen kapalı ağ ortamlarında yazı, ses ve görüntü biçimindeki sayısal bilgilerin işlenmesi, iletilmesi ve saklanması temeline dayanan ve bir değer yaratmayı amaçlayan ticari işlemlerin tümü elektronik ticaret kapsamına girmektedir*".¹⁰

1998 tarihli raporda yapılan tanımın ardından e-ticaret kavramı, 01.05.2015 tarihinde yürürlüğe giren Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da tanımlanmak suretiyle ilk kez mevzuatta yer bulmuştur. Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanununun 2'nci maddesinde yer alan söz konusu tanım uyarınca elektronik ticaret "*Fiziki olarak karşı karşıya gelmeksizin, elektronik ortamda gerçekleştirilen çevrim içi iktisadi ve ticari her türlü faaliyet*" olarak ifade edilmiştir.

⁷ Canpolat, Önder, **E-Ticaret ve Türkiye'deki Gelişmeler**, T.C. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Hukuk Müşavirliği, Ankara, Mart, 2001, s.3.

⁸ Canpolat, s.13.

⁹ Eurostat Statics Explained, Glossary, (<https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Glossary:E-commerce>, (E.T.30.10.2023).

¹⁰ <https://www.mfa.gov.tr/elektronik-ticaret.tr.mfa> 1998, s.200, (ET.11.05.2021).

Kanunun elektronik ticareti tanımlaması irdelendiğinde görülecektir ki; elektronik ticaret kavramından salt elektronik ortamda gerçekleşen hukuki işlemler anlaşılmemektedir.¹¹ Öğretide savıldığı üzere,¹² elektronik ticaret müessesesine elektronik ortamda vuku bulan ekonomik - ticari her türlü iş, işlem ve eylem dahildir. Bu iş ve eylemlere; mal ve hizmetlerin online platformlar üzerinden satışı, dijital pazarlama, ödeme işlemleri, lojistik yönetimi, müşteri ilişkileri yönetimi ve daha birçok süreç örnek olarak gösterilebilir.

Türk hukuku mevzuatındaki elektronik ticaret tanımı, küreselleşen dünya düzenine ve sınırlara tabi olmayan teknolojiye uyum sağlama noktasında önemli bir adım teşkil etmektedir. Ancak mevcut düzenlemelerin e-ticaretin çok yönlülüğü karşısında yetersiz kaldığı da gözardı edilmemelidir. Zira elektronik ticaret, sadece ticari işletmeler ve tüketiciler arasındaki özel ilişkileri değil, aynı zamanda kamu hukuku alanını da etkilemektedir. Özellikle veri gizliliği, vergilendirme ve siber güvenlik gibi konuların e-ticaret hukuku ile yakından ilgisi bulunmaktadır. Bu nedenle elektronik ticaret, bu alanlarda yapılacak etkin düzenlemeler ve uygun politikalar ile daha güvenli şekilde işleyecek olup, elektronik ticaretin gelişimini destekleyecektir.

Sonuç itibarıyla, elektronik ticaret çok yönlü bir kavramdır ve teknolojik ilerlemelerle birlikte sürekli olarak evrilmektedir. İnternet üzerinden yapılan ticaretin karmaşıklığı ve çeşitliliği, elektronik ticaret kavramına gün geçtikçe daha fazla boyut kazandırmaktadır.

E-ticaret içerisinde normal ticaret sırasında uygulanan modellerin biraz değiştirilerek kullanılmaya devam edildiği ve bunların yetersiz kalması halinde yeni modellerin de geliştirildiği görülebilmektedir. E-ticaret modelleri tacir ile alıcının ilişkisine, malın nasıl edinilip mülkiyetinin nasıl geçirildiğine ve ticaretin hangi araçla gerçekleştiğine göre değişiklik göstermektedir. Genel anlamda e-ticaret modellerini beş ana kategoriye ayırmak mümkündür.

İşletmeler arasındaki elektronik ticaret işlemleri işletmeden işletmeye (*business to business-B2B*) elektronik ticaret; işletmeyle tüketici arasındaki elektronik ticaret işlemleri de işletmeden tüketiciye (*business to consumer-B2C*) elektronik ticaret olarak adlandırılmaktadır. Yine tüketici ile tüketici arasında elektronik pazar yerlerinde gerçekleştirilen işlemler (*consumer to consumer-C2C*) de bu alanda ayrı bir ticaret modeli oluşturmaktadır. Bunların dışında, idarenin, kamu ihalelerinin internette yayınlanması, işletmelerin elektronik ortamda teklif vermeleri, elektronik tebligat gibi bazı işlemlerinin internet üzerinden gerçekleştirilmesi de

¹¹ Hamamcıoğlu, Esra, Elektronik Ticaretin Hukuksal Boyutu, KOSBED, 2018, S.35, s.47 vd.

¹² Gezder, Ümit, Elektronik Ticaret Hukuki İşlemlerinin Ayrımı - Dijital İçerik ve Hukuki Niteliği, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, C.22, S.3, 2016, s.1121.

mümkündür. İdare ile yapılan işlemler genellikle işletmeden idareye veya işletmeden devlete (*business to administration-B2A/business to government-B2G*) ve tüketiciden idareye (*consumer to administration-C2A*) şeklinde ifade edilmektedir.¹³

Tüm bunlara ek olarak çalışmamızın da ana konusu oluşturan elektronik ticaret platformları ile işletme arasındaki ilişki de elektronik ticaret modelleri arasına girmiştir. P2B (*Platform to Business*) yani platformdan işletmeye e-ticaret işlemlerinin gerçekleştiği bu modelde platform üzerinden ürünlerini sunan işletme ile platformu sağlayan arasında gerçekleşen ve çalışmanın ilerleyen bölümlerinde daha ayrıntılı olarak işleneceği üzere işletme ve platformun hukuki etkileşimleri ve sorumluluklarını içermektedir.

II. Elektronik Ticarete Aracı Hizmet Sağlayıcı Kavramı

A. Genel Olarak

İnternet kavramının hayatlarımıza girmesi ile bu kavrama karşı geliştirilen ilk bakış açısı internetin "*aracısızlaşma*"ya neden olacağı olarak karşımıza çıkmaktadır. Öyle ki 5-10 yıl öncesine kadar internetin, "*aracıların*" tamamıyla ortadan kalkmasına neden olacağı ve araçları anlamsızlaştıracağı, deyim yerindeyse "*aracıların ölümü*" olacağı kabul edilmiştir. Bahsi geçen ve tamamen ortadan kalkması beklenen söz konusu "*aracıların*" listesi ise oldukça kabarıktır. Örneğin gazeteler, yayınevleri, bankalar, sinemalar ve hatta alışveriş merkezlerinin dahi fiziki işlevlerini yitireceği ve internet kullanıcılarının dijital ortamda aracısız ve çok daha az maliyetli bir şekilde bir araya gelmesi beklenmiştir.¹⁴

Günümüzde, özellikle pandemi ile bu beklentinin büyük oranda gerçekleştiği gözlemlenmesine rağmen tahmin edildiği üzere "*aracıların*" tamamıyla ortadan kalkmaları söz konusu olmamıştır. Araçlar kaybolmamış, sadece bir aracı grubunun yerini diğeri almaya başlamıştır. Örneğin, müzik dinlemek isteyen kişiler bir mağazaya gidip sanatçının CD'sini almak yerine Spotify olarak adlandırılan ve dünya çapındaki içerik üreticilerinden milyonlarca şarkı ve diğer içeriklere erişimi sağlayan, dijital müzik, podcast ve video hizmeti veren platforma aylık ücret ödeyerek üye olmuş, dergi okumak isteyen okurlar bedellerini ödemek suretiyle internet yayınlarına erişmiş, sinemaya gitmek yerine ise Netflix adlı uygulamadan film izlemiş ve Google adlı arama motoru ile aranan her türlü bilginin bulunmasına imkan sağlanmıştır. Geleneksel araçlar yerini çalışmamızın da konusunu oluşturan internet üzerindeki çevrimiçi araçlara bırakmıştır.

¹³ Kaya, Ferman, E-Ticaret Hukuku ve Tüketici Hukukundaki Uygulamaları. Ankara, 2016, s.77.

¹⁴ Gezder, Ümit, İçerik Sağlayıcı ve Yer Sağlayıcının Hukuki Sorumluluğu ve Sorumluluk Muafiyeti, Beta Yayınları, İstanbul 2017, s.1.

Temelde aynı amaca yani kazanç elde etme amacına hizmet eden elektronik ticaret ile geleneksel ticarete yer alan araçlar genel anlamı ile benzerdir. Ticarete bir tarafta mal veya hizmeti sunan hizmet sağlayıcılar ile diğer tarafta bunları talep eden alıcılar bir araya gelmekte ve bunların bir araya gelmesinde rol alan araçlar bulunmaktadır. Geleneksel ticarete bu araçlar pazar yeri sağlayan işletmeler iken, elektronik ticarete bu pazar yeri *çevrimiçi* olarak sunulmaktadır.

Çalışmamızın da konusunu oluşturan elektronik ticaret aktörlerinden olan platformlar, çevrimiçi pazar yeri, online platformlar ve mevzuatta da geçtiği gibi “*elektronik ticarete aracı hizmet sağlayıcı*” kavramı da dahil olmak üzere birçok isimle adlandırılmaktadır.

Elektronik ticarete “*aracı hizmet sağlayıcı*” kavramının tanımı önemli bir rol oynamaktadır. Aracı hizmet sağlayıcılar; alıcı ve satıcıların elektronik bir ortamda bir araya gelmelerine zemin oluşturarak aralarında sözleşme kurlmalarını ve mal ve hizmetin sunulmasını sağlayan üçüncü kişi, aracı konumundadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki aracı hizmet sağlayıcılar satıcılara bir nevi kendi mağazalarının sanal halini oluşturma imkânı vermekte ve böylece geleneksel ticari faaliyetin dışına çıkmaktadır.

Aracı hizmet sağlayıcı olarak ifade edilen kavram için tek bir tanımlama bulunmayıp birçok farklı tanımlama mevcuttur. Bu tanımlamalardan birkaçı “*sanal pazaryeri*” “*dijital pazaryeri*” “*platform*” “*elektronik ticaret (e-ticaret) platformu*” “*çevrimiçi pazaryeri*” olarak ifade edilebilir.

Yukarıda belirtilen tüm bu tabirler Elektronik Ticaret Yönetmeliğinde “*Elektronik Ticaret Pazar Yeri*” olarak adlandırılmıştır. Yine Elektronik Ticaret Yönetmeliği’nin 4. maddesinde “*Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı (ETAHS)*, elektronik ticaret pazar yerinde elektronik ticaret hizmet sağlayıcıların mal veya hizmetlerinin teminine yönelik sözleşme yapılmasına ya da sipariş verilmesine imkân sağlayan aracı hizmet sağlayıcı” olarak tanımlanmıştır.¹⁵

Sanal pazar yerini işleten kişiler olan aracı hizmet sağlayıcılar 6563 Sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun (ETDHK) uyarınca da “*Başkalarına ait iktisadi ve ticari faaliyetlerin yapılmasına elektronik ticaret ortamını sağlayan gerçek ve tüzel kişiler*” şeklinde tanımlanmıştır.¹⁶

Uluslararası düzlemde karşımıza öncelikli olarak OECD tarafından 2019 yılında yayınlanan “*Çevrimiçi Platformlar ve Dijital Dönüşümdeki Rolü*” adlı raporda yapılan tanımlama çıkmaktadır. Bu tanıma göre çevrimiçi platformlar,

¹⁵ Elektronik Ticaret Aracı Hizmet Sağlayıcı ve Elektronik Ticaret Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik madde 4/1 (b): Bu Yönetmelikte geçen Aracılık hizmeti, elektronik ticaret pazar yerinde elektronik ticaret işlemlerinin gerçekleştirilmesi ve siparişin teslimi amacıyla elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı tarafından elektronik ticaret hizmet sağlayıcı veya alıcıya sunulan her türlü hizmeti ifade eder.

¹⁶ ETDHK madde 2/1 (d) Bu kanunun uygulanmasında Aracı hizmet sağlayıcı: Başkalarına ait iktisadi ve ticari faaliyetlerin yapılmasına elektronik ticaret ortamını sağlayan gerçek ve tüzel kişileri ifade eder.

"internet aracılığıyla iletişim kuran iki veya daha fazla farklı ancak birbirine bağlı kullanıcı grubu (firmalar veya bireyler) arasındaki etkileşimi kolaylaştıran dijital hizmet(ler)" olarak ifade edilmektedir.¹⁷

OECD'nin bu tanımlamasının ardından AB Komisyonu'nun 30 Haziran 2021 tarihli Ürün Güvenliği Hakkındaki Tüzük Teklifi, çevrimiçi pazaryerini "bir tacir tarafından veya onun adına işletilen internet sitesi veya bir yazılım sayesinde ürün alım satımı için diğer tacir ve tüketicilerin mesafeli sözleşme akdetmesine olanak tanıyan uygulama" olarak betimlemiştir.¹⁸

Bu iki tanımlamadan da anlaşılacağı üzere, geleneksel ticaret ile alışlagelmiş iki boyutlu alıcı ve satıcı ilişkisi çevrimiçi pazaryerlerinin gelişimi ve ticaret hayatında kabulü ile birlikte üç boyutlu bir sözleşme ilişkisine evrilmiş ve hatta dijital teknolojilerin işbu dinamik ve sürekli gelişen yapısı ile birlikte önümüzdeki yıllarda daha başka birçok aracı türünün doğmasının kuvvetle muhtemel olduğu gözler önüne serilmiştir.¹⁹

Tüm bu tanımlamalardan yola çıkılarak anlaşılacağı üzere aracı hizmet sağlayıcı; satıcı ve alıcıyı kendi kurmuş olduğu dijital bir platformda buluşturarak iktisadi ve ticari faaliyetlerin yapılmasına, oluşturmuş olduğu platform vasıtasıyla sözleşme kurlmalarına, yeni ürünlerin tanıtılmasına, ürünlerin satışına ve pazarlanmasına olanak sağlayan bir üçüncü kişi konumundadır. Her ne kadar 6563 Sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da oluşturulan sanal pazar yerinde yapılan iktisadi ve ticari faaliyetin başkalarına ait olduğu belirtilmiş olsa da aracı hizmet sağlayıcı bu dijital platformda kendi ürünlerini pazarlamak ve satmak konusunda özgürdür. Günümüzde birçok platformun kendi ürünlerini de pazarladığı görülmektedir.

Böylece yukarıdaki tanımlar doğrultusunda aracı hizmet sağlayıcısını; oluşturduğu sanal pazar yerleri aracılığı ile firmaların mal ve hizmetlerini tanıtılmalarına, ürünlerini satmalarına ve firmaların ya da tüketicilerin bu ürünleri inceleyerek ihtiyaçları doğrultusunda ürünleri satın almalarına imkân veren web site ve dijital ortamlar olarak tanımlamak doğru olacaktır.

B. Aracı Hizmet Sağlayıcı Türleri

Aracı hizmet sağlayıcı kavramının daha derinlemesine anlaşılması ve sınıflandırılması, bu kavramın farklı boyutlarını ve niteliklerini değerlendirmek için

¹⁷ Bkz. OECD, An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation, s.20, Çevrimiçi Erişim: https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/an-introduction-to-online-platforms-and-their-role-in-the-digital-transformation_53e5f593-en#page4.

¹⁸ AB Komisyonu, AB Parlamentosu ve Konseyi'nin 1025/2012 sayılı Tüzüğü'nü Değiştiren ve 87/357/EEC sayılı Yönergesi ve 2001/95/EC sayılı Yönergesi'ni İlgâ Eden Ürün Güvenliği Hakkındaki Tüzük Teklifi, COM (2021) 346 final, madde 3, paragraf 14.

¹⁹ Büyüksağış, Erdem/Kahveci Defne; E-Ticaret Platformlarının Satılanın Ayıplarından Sorumluluğu, YÜHFD, C.XIX, 2022/Özel Sayı, s.129.

önemlidir. Bu sınıflandırma ayrıca ileride ele alınacak konu olan aracı hizmet sağlayıcılarının sorumluluklarına yönelik temel bir çerçeve sağlayacaktır. Bu nedenle, aracı hizmet sağlayıcı kavramını üç farklı başlık altında sınıflandırmak, bu alandaki anlayışı geliştirmeye ve incelenen konuların daha iyi anlaşılmasına katkı sağlayacaktır.

1. Alım-Satım İlişkisindeki Ticari Faaliyetin Çeşidine Göre

TİCARİ FAALİYETLERİN ÇEŞİDİNE GÖRE AYRIM				
Bilgi edinme Google, YouTube, Spotify, Doviz.com.	Hizmet Sunma Uber, Airbnb, Booking.com, Hotels.com, Armut.	Mal/Ürün Satın Alma Trendyol, HepsiBurada, Dolap, Çiçeksepeti, Amazon, eBay, Youtube Premium.	Sosyal Medya Platformları Instagram, X, Facebook, LinkedIn, Pinterest.	Yatırım ve Kitle Fonlaması Platformları Garanti BBVA Yatırım, Midas, Binance, Yapı Kredi Yatırım, Gofundme, Fonbulucu.

a. Bilgi Edinme

Aracı hizmet sağlayıcıları, inşa ettikleri sanal pazaryerlerinde çeşitli ticari işlemleri farklı yöntemlerle yürütmektedirler. Sanal pazaryerlerindeki ticari faaliyetler, genellikle ürün alım-satımı odaklı gibi görünse de daha derinlemesine incelendiğinde, çeşitli ticari etkinliklerin mevcut olduğu gözlenmektedir.

Dijital pazar yerleri, kullanıcıların bilgi edinme amaçlarına hizmet etmek üzere de oluşturulmaktadır.²⁰ Bu sayede, bilgi akışı sağlanmakta ve kullanıcılar arasında bilgi paylaşımı gerçekleşmektedir. Bu bilgi paylaşımının kapsamı, döviz kurları²¹ gibi finansal verilerden hava durumu²² bilgisine kadar geniş bir yelpazede olabilir.

Bu modelde kullanıcının herhangi bir taahhüt altına girmesi yahut aktif bir davranışta bulunması zorunlu değildir.²³ Bilgi edinme amacı doğrultusunda kurulan sanal pazaryerlerinde verilen hizmetin karşılığı kullanıcıdan istenebileceği gibi ivazsız da gerçekleşebilmektedir ve bu hizmet herkese açık bir hizmettir.

Bu modelde platformlar tarafından ivazsız bir hizmet sunulabildiği gibi YouTube Premium örneğinde olduğu gibi söz konusu çevrimiçi platformunun kullanıcılarına reklamsız bir şekilde içerik izleme imkânı sunduğu ve bu avantajın karşılığında bir ücret talep ettiği bir sistem de karşımıza çıkabilmektedir.

²⁰ Büyüksağış/Cumaloğlu/Kahveci; E-ticaret ve Çevrimiçi Pazaryerleri Üzerinden Satılanın Ayıbdan Sorumluluk, İstanbul, 2023, s.16.

²¹ Döviz Kuru bilgisi için bkz. örnek platform alan adresi: <https://www.doviz.com>.

²² Hava Durumu bilgisi için bkz. örnek platform alan adresi: <https://mgm.gov.tr>.

²³ Sağlam, İpek; Elektronik Sözleşmeler, 1. Bası, İstanbul 2007, s.67.

b. Hizmet Sunma

Alım-satın ilişkisindeki ticari faaliyetlerden bir diğeri olan hizmet sunma ise bir tarafın kendisine ödenen bedel karşılığında karşı tarafa hizmet sunacağını taahhüt etmesidir.²⁴

Örneğin Netflix, belirli bir ücret karşılığında kullanıcılarına dizi, film ve belgesel gibi pek çok kategoride içeriği izleme imkanını taahhüt eden bir dijital platformdur. Hizmet sunma odaklı aracı hizmet sağlayıcıları, yalnızca eğlence sektörüyle sınırlı olmayıp aynı zamanda turizm, sağlık, reklamcılık ve finans gibi çeşitli sektörlerde de etkinlik gösterebilmektedirler.

Bu noktada önemli bir hususu belirtmek gerekir ki 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da yakın zamanda değişiklik yapılarak elektronik ticaret hizmet sağlayıcı veyahut elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı kabul edilmeyecek ticari faaliyetlere yer verilmiştir. Değişiklik ile seyahat acenteliği, bireysel emeklilik, şans ve bahis oyunları, sigortacılık gibi ticari faaliyetlerin elektronik ticaret hizmet sağlayıcı veyahut elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı kapsamında olmayacağı vurgulanmıştır.²⁵

Söz konusu sınırlama, belirtilen alanlarda hizmet sunma faaliyeti gösteren platformların ileride bahsedileceği üzere ETDHK madde 9'da belirtilen "güvenli liman" savunmasından yararlanamayacakları sonucuna neden olmaktadır.

c. Mal/Ürün Alım-Satımı

Dijital pazaryerlerinde gerçekleştirilen bir diğeri ticari etkinlik, malların ve ürünlerin alım-satım işlemidir. Aracı hizmet sağlayıcıları tarafından oluşturulan dijital platformlarda en yaygın olarak uygulanan ticari etkinlik türü olarak ifade edilebilir.

Alıcılar, dijital platformlar aracılığıyla istedikleri ürünleri satın alarak ödemelerini platformun sunduğu yöntemlerden birini kullanarak gerçekleştirmektedir. Bu ödeme yöntemleri arasında banka havalesi, kredi kartı veya sanal paralar bulunmaktadır. Aynı şekilde satıcının yükümlülüğü de satın alınan ürünü alıcıya ulaştırmak üzere kargolamaktadır. Bu işlemleri çevrimiçi pazaryeri, satıcı adına da gerçekleştirebilmektedir.

Müzik, film, elektronik kitap, yazılımlar gibi gayri maddi mallar ise elektronik yolla alıcısına ulaştırılmaktadır.²⁶

Satın alınan ürünler kargo şirketlerinin yanı sıra satıcının iş birliği içinde olduğu kuryeler tarafından da teslim edilebilmektedir. Örneğin Yemeksepeti dijital

²⁴ Sağlam, s.66.

²⁵ 01.07.2022 tarih ve 7416 sayılı Kanun eliyle ETDHK'un 1. Maddesine ekleme yapılmıştır.

²⁶ Büyüksağış/Cumaloğlu/Kahveci; s.15.

platformu üzerinden verilen siparişler Yemeksepeti firmasının anlaşmalı olduğu kurye ya da satıcının kendi kurye hizmeti tarafından teslim edilmektedir. Benzer şekilde Çiçeksepeti platformu üzerinden verilen siparişlerde kargo hizmeti olmakla beraber alıcının ulaşmasını istediği kişiye istediği saat aralıklarında Çiçeksepeti'nin anlaşmalı olduğu kurye hizmeti tarafından teslim edilmesi sağlanmaktadır.

d. Sosyal Medya Platformları (Sosyal Ağlar)

Çevrimiçi sosyal ağlar, internet üzerinde kişilerin oluşturduğu içerikleri eş-zamanlı veya kendi tercihleri doğrultusunda diğer kullanıcılarla paylaşarak iletişim kurmalarına olanak tanıyan web tabanlı platformlar olarak tanımlanmaktadır.²⁷ Günümüzde, sosyal medya platformlarında bireyler, görüş ve bilgi paylaşımı yapmalarının yanı sıra işletmelerle iş birliği yaparak ürünlerinin tanıtımına ve satışına önemli katkılarda bulunmaktadır.

Sosyal medyanın çıkış noktasında iletişim amaçlı kullanılırken zaman içerisinde kullanıcıların, özellikle belirli bir takipçi kitlesine sahip olan kişilerin, daha geniş kitlelere erişim sağlayarak satıcılara katkı sağladığı ve böylece kendi geçim kaynaklarını önemli ölçüde arttırdıkları görülmektedir.

Örneğin Instagram'da geniş bir takipçi kitlesi olan kişiler ürünleri tanıtarak veya içerik üreterek markalarla iş birliği yapmaktadır. Bu iş birlikleri, markaların ürünlerini ve hizmetlerini tanıtarak satışlarını artırmalarına yardımcı olmakta ve bunun yanı sıra geniş kitleye sahip olan kişiler takipçileri üzerinde etkili bir şekilde iletişim kurarak marka sadakati oluşturmaktadır. Bu nedenle bu platformlar marka tanıtımı ve pazarlama stratejilerinde önemli bir rol oynamaktadır. Özellikle bu konuda öne çıkan dijital platformlar Instagram ve Youtube'dur.

e. Yatırım ve Kitle Fonlaması Platformları

Yatırım platformları kullanıcılara döviz, altın, kripto para gibi finansal ürünlerin alım-satımını yapabilmeleri imkanını sağlayan aracı hizmet sağlayıcılardan biridir. Yatırım platformları kullanıcılar için alım-satım işlemi yapabilmelerinin yanı sıra dünya genelindeki anlık finansal piyasa verilerini izleyerek, teknik analiz yapmalarına da yarar sağlamaktadır. Yapı Kredi Yatırım, Binance gibi platformlar örnek olarak verilebilir.²⁸

Aracı hizmet sağlayıcıların oluşturduğu sanal yatırım platformları aracılığıyla, kullanıcılar güncel finansal verilere erişebilmekte ve geçmiş verileri karşılaştırarak varlıklarının değerini artırma fırsatı yakalamaktadır. Bunun içi ekstra bir çaba gerekmemekte; sadece telefonlarına veya bilgisayarlarına indirdikleri, aracı hizmet sağlayıcının sunmuş olduğu platformlardan olan banka uygulamaları veya özel yatırım uygulamalarını kullanarak bu işlemleri kolayca gerçekleştirebilmektedirler.

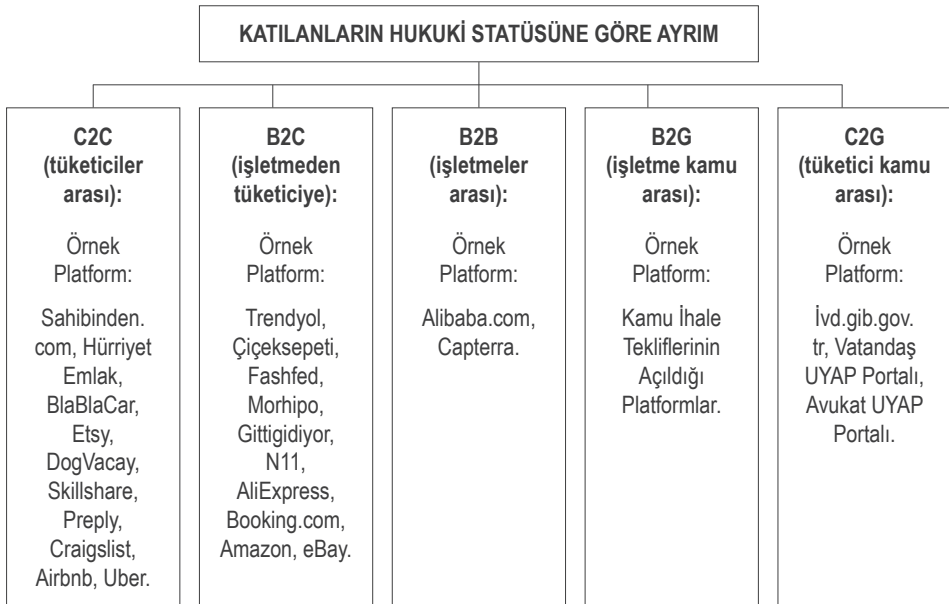
²⁷ Caleb T. Carr/Rebecca A. Heyes, *Social Media: Defining, Developing and Divining*, Atlantic Journal of Communication 2015, s.50.

²⁸ Büyüksağış/Cumalıoğlu/Kahveci; s.16.

Kitle fonlama platformları, girişimcilerin projelerini sunabildiği ve yatırımcıların tercih ettikleri projelere katkıda bulunarak pay veya borç verme gibi yöntemlerle finansal destek sağlayabileceği, bağış yapma imkânı bulabileceği ve fon karşılığında ödül veya ürün elde edebileceği çevrimiçi platformlardır.²⁹

Kitle Fonlaması Tebliği'ni madde 4/1 (u) uyarınca paya ve/veya borçlanmaya dayalı kitle fonlaması faaliyetine aracılık eden ve elektronik ortamda hizmet veren kuruluşlar platform olarak nitelendirilmektedir. Türk hukuku ile karşılaştırıldığında, Avrupa Birliği Kitle Fonlama Tüzüğü'nde önemli bir ayrım bulunmaktadır. Bu ayrım, kitle fonlaması hizmet sağlayıcısı (*crowdfunding service provider*) ve kitle fonlama platformu (*crowdfunding platform*) şeklinde ikili bir tanımlamaya dayanmaktadır. Kitle fonlaması hizmet sağlayıcısı, kitle fonlaması hizmetini sunan tüzel kişi olarak kabul edilmektedir. Diğer yandan, kitle fonlama platformu, kitle fonlaması hizmet sağlayıcısı tarafından işletilen veya yönetilen, kamuya açık, internet tabanlı bir bilişim sistemidir.³⁰ Bu ayrım, Avrupa Birliği'nin kitle fonlama düzenlemelerindeki özel bir tanımlamayı yansıtmaktadır.³¹

2. Alım-Satım İlişkisindeki Tarafların Statüsüne Göre



²⁹ Kristof Fe Buysere/Oliver Gajda/Ronald Kleverlaan/Dan Marom, A Framework for European Crowdfunding, 2012, s.10 vd.

³⁰ AB KF Tüzüğü madde 2/1(d-e).

³¹ Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Kahveci, Defne; Sermaye Piyasası Hukukunda Kitle Fonlama Platformları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2023, s.43 vd.

a. Tüketici- Tüketici Arası (C2C-peer provider to peer consumer)

Bu platform modelinde, platform üzerinde gerçekleştirilen işlemlerde alım satımın tarafları, mesleki veya ticari amaçla hareket etmemektedirler. Yalnızca tüketiciler teklifte bulunmakta ve sipariş verebilmektedir.

Tarafları tüketici olan bu alım satım işlemlerinde platformlar, genellikle satış bedeli üzerinden belli bir komisyon almak suretiyle, aslında salt aracılığın ötesine geçmeyen faaliyetlerde bulunmak suretiyle alıcı ve satıcıyı buluşturmaktadır (“*matchmaker*”).³²

b. İşletme- Tüketici Arası (B2C-business to customer)

Bu platform modelinde mesleki veya ticari amaçla hareket edenler, bireysel tüketicilere satış yapmaktadır. Elektronik ticaret platformlarının genel olarak kullandığı bu modelde, işletmeler çevrimiçi platformlar üzerinden mal ya da hizmetlerini tüketicilere sunmakta, tüketiciler ise sipariş oluşturarak ödemeleri gerçekleştirmektedir. Ödemeler çoğunlukla platforma yapılmakta, platform da komisyonu almasının ardından kalan ödemeyi satıcıya/hizmet sunana göndermektedir.³³

c. İşletme- İşletme Arası (B2B-business to business)

Bu platform modelinde ise mesleki veya ticari amaçla hareket edenler diğer mesleki veya ticari amaçla hareket edenlere satış yapmakta veya onlardan mal satın almaktadır.

Genel olarak işletmeler arası işlemlerde faaliyet gösteren çevrimiçi pazar yerleri, üretici, tedarikçi, perakendeci ve diğer ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişilerin bir araya gelerek alım-satım işlemlerini ve tedarik zincirindeki diğer süreçleri elektronik ortamda gerçekleştirebildikleri bir e-ticaret modelini temsil eder. Bu pazaryerleri üzerinden ürün kataloglarını inceleme, sipariş verme, ödeme işlemleri yapma ve fatura kesme gibi işlemler kolaylıkla gerçekleştirilebilir.³⁴

d. İşletme- Kamu Arası (B2G-business to government)

İşletmeden kamuya e-ticaret, işletmeler ile kamu kurumları arasındaki ticari ilişkilerin internet aracılığı ile yürütülmesini ifade eder. Bu tür e-ticareti en iyi şekilde örnekleyen uygulamalardan biri kamu ihalelerinin elektronik ortamlarda gerçekleştirilmesidir. Bu model, dünya genelinde farklı ülkelerde uzun yıllardır kullanılmaktadır ve ülkemizde de benzer bir şekilde uygulamaya konulmuştur. Günümüzde birçok kamu kuruluşu ihale ilanlarını kendi web siteleri üzerinden

³² Büyüksağış/Cumalıoğlu/Kahveci, s. 13.

³³ Büyüksağış/Cumalıoğlu/Kahveci, s. 13.

³⁴ Büyüksağış/Cumalıoğlu/Kahveci, s. 14.

duyurmaktadır.³⁵ Bu sayede herhangi bir işletme, ilanları takip ederek, gerekli şartları yerine getiriyorsa ihalelere katılma fırsatı bulabilmektedir. Bu yaklaşım, kamu kurumlarının ürün ve hizmetlere erişim maliyetlerini azaltırken, işletmeler için de bürokratik prosedürlerle vakit kaybını en aza indirmektedir. Aynı zamanda, bu yöntem işlemlerin şeffaf hale gelmesine ve kamu alım satımlarının daha erişilebilir olmasına katkı sağlamıştır. Sonuç olarak, işletmelerin ihalelere erişimi kolaylaşmış, süreç hızlanmış ve birçok işletme katılımı sayesinde kamu yararına maliyetler azalmıştır.³⁶

e. Tüketici - Kamu Arası (C2G-consumer to government)

Tüketiciden kamuya e-ticaret, tüketicinin pasaport başvuruları ve ödemeleri, sosyal güvenlik primi, vergi ödemeleri gibi bir takım vergi, resim ve harç ödemelerini internet ağı üzerinden gerçekleştirmesidir. Bu işlemlerin internet üzerinden gerçekleştirilmesi tüketiciye uzun bürokratik işlemleri aşma kolaylığı tanıdığı gibi, zamandan da tasarruf etmeyi sağlamaktadır. Tüketici kamu kurumunda sıra beklemek yerine, yapmak istediği işlemi kısa sürede olduğu yerden gerçekleştirebilmektedir.³⁷

Ülkemizde tüketiciden kamuya e-ticaretin artması amacıyla her geçen gün geliştirmeler yapılmaktadır. Örneğin interaktif vergi dairesi uygulamasının internet sitesi olan 'ivd.gib.gov.tr' adresi üzerinden tüm vergiler kolayca ödenebilmektedir. Ayrıca ülkemizde ilk önce avukatların ve adliye personelinin kullanımına, sonrasında ise vatandaşların kullanımına sunulmuş olan UYAP uygulaması sayesinde dava masrafları ve harçlar, adliyeye gitmeden ödenebilmektedir.

3. Alım-Satım İlişkisinde Kurulan Sözleşmede Aracının Rolü ve Etkisine Göre

Aracı hizmet sağlayıcıları pasif ve aktif olarak tasnif ederken dikkate alınması gereken temel bir husus; kurduğu sanal pazaryerinde yapılan sözleşmelerin inşası ve mal veya hizmetlerin ifası esnasında aracı hizmet sağlayıcının üstlendiği rol ve bu rolün derecesidir. Bu bağlamda, aracı hizmet sağlayıcıların sınıflandırılması, işletilen platformun yaratılması ve işletilmesi süreçlerinde oynadığı rolün niteliği ve etkisi üzerinde yoğunlaşır.

Çalışmamızın konusunu oluşturan Yargıtay'ın Çiçeksepeti kararında da platformun sorumluluğu incelenirken bu ayrım önem kazanmaktadır. Zira platformun aktif ya da pasif olmasına göre farklı hukuki sonuçların bağlanması söz

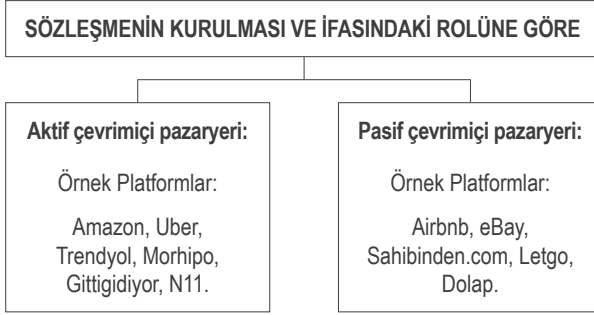
³⁵ Uyanık, Kadir, Rekabet Hukuku Kurallarının Elektronik Ticarete Uygulanması, İzmir Ekonomi Üniversitesi, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2021, s.33.

³⁶ Baranika, K. (2020) A Study on Comparison of Traditional Commerce and Electronic Commerce, *Studies in Indian Place Names (UGC Care Journal)*, Vol.40(19), s.139-146.

³⁷ Çelik, T., Elektronik Ticaret ve Rekabet Hukuku Kapsamında Çok Taraflı Pazar Yerleri, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s.49.

konusu olacaktır. Bu doğrultuda platformun sorumluluğu artacak yahut azalacak veya tamamen ortadan kalkacaktır.

Bu ayrımın kaynağını esasen AB E-Ticaret Yönergesi'nin³⁸ giriş hükümleri ("preambles") arasında yer alan 42. paragraf oluşturmaktadır.³⁹ ETDHK'nun mehz aldığı söz konusu Direktif giriş hükümlerine kanunda yer verilmemiş olması aktif-pasif platform ayrımının ve dolayısıyla buna ilişkin olarak bağlanan hukuki sorumluluk farklılıklarının gündeme dahi gelmemesine sebebiyet vermiş ve bu yönüyle çalışma konusu Yargıtay kararı eleştiriye maruz kalmıştır.



a. Pasif Nitelikte Aracı Hizmet Sağlayıcıları

Pasif pazaryerleri, alım satım ilişkileri üzerinde sınırlı bir etkiye sahip olan ve temel olarak teknik ve otomatik veri işleme yöntemlerini kullanarak aracılık hizmetleri sunan pazaryerleri olarak tanımlanmaktadır.⁴⁰ Örnek olarak Sahibinden.com, gayrimenkul ve vasıta gibi sektörlerde hizmet sağlayan bir platformdur. Ancak, platformun temel amacı alıcı ile satıcı arasında iletişimi kolaylaştırmaktır ve bu hizmetin ötesinde herhangi bir ek hizmet sunmamaktadır.

Pasif pazaryerlerinin, alıcıların yeterliliklerini değerlendirmeleri veya satılan ürünlerin güvenliği, kalitesi veya pazar giriş koşullarını aktif bir biçimde denetle-

³⁸ Avrupa Birliği Parlamentosu ve Konsey'in 08.06.2000 tarihli 2000/31/EC sayılı İç Pazarda Elektronik Ticaret Özelinde Bilgi Topluluğu Hizmetlerinin Hukuki Yönlerine İlişkin Yönerge, OJ L 157.

³⁹ Bkz. AB E-Ticaret Yönergesi 42 numaralı giriş paragrafı: "The exemptions from liability established in this Directive cover only cases where the activity of the information society service provider is limited to the technical process of operating and giving Access to a communication network over which information made available by third parties is transmitted or temporarily stored, for the sole purpose of making the transmission more efficient; this activity is of a mere technical, automatic and passive nature, which implies that the information society service provider has neither knowledge of nor control over the information which is transmitted or stored". (Bu Yönerge'de belirlenen sorumluluk faaliyetleri, yalnızca hizmet sağlayıcının faaliyetinin, üçüncü kişilerin sağladığı bilgilerin, iletimi daha etkili hale getirme amacıyla iletildiği veya geçici olarak saklandığı, iletişim ağına erişim sağlama ve işletmeye ilişkin teknik süreçle sınırlı olduğu durumları kapsar. Hizmet sağlayıcının bu faaliyetleri salt teknik, otomatik ve pasif bir yapıda olup, bu kapsamda iletilen ya da saklanan bilginin içeriği hakkında bilgisi ya da üzerinde kontrolü yoktur).

⁴⁰ Büyüksağış/Cumalıoğlu/Kahveci, s.20.

meleri olanaksızdır. Pasif nitelikte aracı hizmet sağlayıcısının sanal pazaryerlerinde kurulan sözleşmelerdeki rolü ve rolünün yoğunluğu etkili değildir. Örneğin, pasif nitelikte bir aracı hizmet sağlayıcısı olan Sahibinden.com web sitesinde, satıcıların niteliksel açıdan denetimden geçirilmesi gerekliliği bulunmamaktadır. Benzer şekilde, alıcı ile satıcı arasında kurulan sözleşmenin ifasının başarıyla sonuçlanıp sonuçlanmadığına dair herhangi bir denetim mekanizması bulunmamaktadır.

Bunun bir sonucu olarak da mahkemelerce söz konusu platformların satılan ürünün ayıplı olmasından sorumlu olmayacağı yönünde isabetli kararlar kurulmaktadır.⁴¹

b. Aktif Nitelikte Aracı Hizmet Sağlayıcıları

Aktif ve pasif nitelikteki aracı hizmet sağlayıcıları arasındaki ayrım, aracı hizmet sağlayıcılarının sorumluluğu konusunda önemli bir faktör olup, bu ayrımın Avrupa ve Amerika Birleşik Devletleri'nde mahkemeler tarafından incelendiği bilinmektedir. Bu hususun nedeni, aktif nitelikteki aracı hizmet sağlayıcısının sorumluluğunun bir öneme sahip olmasından kaynaklanmaktadır.

Pasif pazaryerleri, alım-satım ilişkileri üzerinde sınırlı bir etkiye sahip olup, özellikle teknik ve otomatik veri işleme yöntemlerini kullanarak aracılık hizmetleri sunan pazaryerleri olarak tanımlanmaktadır. Bununla birlikte, aktif pazaryerleri için tam tersi bir açıklama yapmak mümkündür. Aktif nitelikte pazaryerleri alım-satım ilişkilerinde etkin bir rol oynamaktadır. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde verilmiş olan Oberdorf v. Amazon kararı ile Amazon'un ürün listelerini satıcıların iznine tabi olmadan askıya alabilme veya kaldırabilmesi, satıcılara yapılacak ödemeleri geciktirebilmesi, tedarikçi veya satıcıların doğrudan alıcılar ile kurmuş olduğu iletişimini sınırlayabilme yetkisi, ürünlerle ilgili geri bildirimleri ve raporları inceleyerek kusurlu ürünlerin piyasada dolaşımını engelleme yeteneği aslında Amazon'un alım-satım ilişkilerinde oldukça aktif bir rol oynadığı şeklinde yorumlanmıştır.⁴²

Görüldüğü üzere, aktif pazaryerleri, pasif pazaryerlerine göre oldukça geniş bir etki alanına sahiptir. Pasif pazaryerleri, alıcıların niteliklerini değerlendirmek veya satılan ürünlerin güvenliği, kalitesi veya pazar giriş koşullarını etkin bir şekilde denetlemek için pratikte olanaklı değilken, aktif pazaryerleri tam da bu noktada aktif bir rol oynamaktadır.

Türkiye'den bir örnek olarak, aktif aracı hizmet sağlayıcısı olarak Trendyol öne çıkmaktadır. Trendyol, çok çeşitli kategorilerde alım-satım ilişkilerinde rol

⁴¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 16.12.2019 tarihli ve E.2019/618 K.2019/8167 sayılı kararı buna örnek olarak verilebilir (SinerjiMevzuat), ET.03.11.2023.

⁴² Büyüksağış/Cumaloğlu/Kahveci, s.18-19.

oyunayan bir e-ticaret pazaryeridir. Türkiye pazarında lider konumda bulunan bu aktif pazaryerinin, platformda satıcı olma koşullarını belirlediği ve satıcı seçiminde etkin bir rol oynadığı gözlemlenmektedir. Ayrıca, ödemelerin tahsili ve denetimi konusunda da aktif bir aracı rolünü üstlenmektedir.

Alım-satım ilişkisinde aracının rolü ve etkisi temelinde aktif ve pasif nitelikleri ikili bir ayrım yapmak, ilerleyen süreçlerde ele alınacak olan aracı hizmet sağlayıcıların sorumluluğu konusunda büyük bir öneme sahiptir. Sanal pazaryerlerinde satıcıların ayıplı ürünleri sunma durumu, bu sorumluluğun aktif mi yoksa pasif mi bir rol oynadığına bağlı olarak değişkenlik arz edecektir.

III. Yargıtay Kararı Işığında Aracı Hizmet Sağlayıcının Sorumluluğu

A. Karara Konu Olay

İnternet ağı üzerinden hizmet aracılığı yapan www.ciceksepeti.com'dan sipariş verdiği trüf paketi içerisinde sigara izmariti çıkması üzerine tüketici, Esenler Tüketici Hakem Heyetine başvuruda bulunarak ayıplı ürün teslim edilmesinden dolayı bedelin iadesini talep etmiştir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunmasına Hakkındaki kanuna göre *“Ayıplı mal, tüketicieye teslimi anında, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan maldır.”* Bu madde doğrultusunda Tüketici Hakem Heyeti, tüketicinin talebinin kabulüne ve bedelin iadesine karar vermiştir.

Bunun üzerine Çiçeksepeti, kendisinin ayıplı ürün tesliminde taraf olmadığını, elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcısı konumunda bulunduğu ve satıcı olmadığını, bu nedenlerle husumet yokluğunu ileri sürerek kararın iptal edilmesini talep etmiştir. Bu talebi inceleyen Bakırköy 5. Tüketici Mahkemesi, alıcının Çiçeksepeti platformuna güvenerek alışveriş yaptığını, Çiçeksepeti'nin tedarikçi firmadan komisyon aldığını ve bu nedenle verilen hizmetlerden sorumlu olduğunu belirtmiş; yanı sıra Çiçeksepeti'nin ödeme iadesi yaptıktan sonra malı tedarik eden firma ile kendi iç ilişkisi bulunması hasebiyle rücu etme hakkına sahip olduğunu vurgulayarak iptal talebini reddetmiştir. Kesin nitelik teşkil eden işbu karara karşı Adalet Bakanlığı, Çiçeksepeti'nin satıcı, ithalatçı veya üretici olmadığını ve aracı hizmet sağlayıcısı olarak faaliyet gösterdiğini belirterek, ETDHK madde 9 uyarınca ayıplı mallardan kaynaklanan sorumluluğun Çiçeksepeti'ne yüklenemeyeceğini ileri sürerek kanun yararına bozma talebinde bulunmuştur.

Nihayetinde Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 15.11.2021 tarih, 2021/4000 E. ve 2021/11403 K. Sayılı Kanun Yararına Bozma Kararı ile, Çiçeksepeti'nin internet üzerinden elektronik ticaret yapılmasına inkân sunan bir aracı hizmet sağlayıcısı

olduğunu ve alıcının mesafeli satış sözleşmesinde satıcı olarak değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle Bakırköy 5. Tüketici Mahkemesi kararını bozmuştur. Ayıplı üründen "Duman Pastanesi" unvanıyla Çiçeksepeti'ne ait platformda hizmet sağlayıcı olarak faaliyet gösteren işletmenin tek başına sorumlu olduğuna karar vermiştir. Yüksek mahkeme bu karara varırken 6502 sayılı Tüketicinin Korunmasına Hakkındaki Kanunda yer alan satıcı, ithalatçı, üretici ve sağlayıcı tanımlarını⁴³ incelemiş ve aracı hizmet sağlayıcı ve hizmet sağlayıcı kavramlarını göz önünde bulundurarak platformun salt aracılık hizmeti yapmasından yola çıkarak "güvenli liman"⁴⁴ muafiyetinden faydalandırmak suretiyle tüketici aleyhinde karar vermiştir.

B. Aracı Hizmet Sağlayıcının Sorumluluğu Kapsamında Karara İlişkin Değerlendirmeler

Teknolojinin gelişiminin yanı sıra internete olan ulaşımın günümüzde daha da kolay hale gelmesi ile yukarıda tanımı ve türlerine değinilmiş olan aracı hizmet sağlayıcıları, elektronik ticarete oldukça geniş bir yer edinmeye başlamış adeta en önemli aktörlerinden biri haline gelmiştir. Çevrimiçi pazar yerlerinin, fiziksel bir mağaza gerekliliği olmaksızın satıcılara sınırsız bir müşteri kitlesine ulaşma fırsatı sunması, bu gelişimin temel etkenlerinden biridir.

Bu bağlamda, ekonominin geleneksel ticarettten elektronik ticarete doğru önemli ölçüde dönüşmekte olduğu açık bir gerçektir. Ancak bu köklü değişikliğin her zaman olumlu sonuçlar doğurmayabileceği gerçeği göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin, Brezilya Yüksek Mahkemesi, dünya çapında ekonomik açıdan güçlü bir aktör olan Amazon için "ıflah olmaz bir canavar" terimini kullanmıştır.⁴⁵

⁴³ TKHK m.3/1: Satıcı, kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi, ithalatçı, kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere mal veya hizmetleri ya da bu malların hammaddelelerini yahut ara mallarını ticari veya mesleki amaçlarla ithal ederek satım, kira, finansal kiralama veya benzeri bir yolla piyasaya süren gerçek veya tüzel kişiyi, sağlayıcı, kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi, üretici, kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere tüketiciye sunulmuş olan mal ya da bu malların hammaddelelerini yahut ara mallarını üreticiler ile mal üzerine markasını, unvanını veya herhangi bir ayırt edici işaretini koyarak kendisini üretici olarak gösteren gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder.

⁴⁴ Ayrıntılı açıklama için bkz. bölüm III. YARGITAY KARARI IŞIĞINDA ARACI HİZMET SAĞLAYICININ SORUMLULUĞU - 2) "Güvenli Liman" Muafiyet Rejiminin "Çiçeksepeti Kararı"nda Uygulanabilirliği Hususu.

⁴⁵ Google Brazil v. Dafra kararında Brezilya Yüksek Mahkemesi, Google'ın "ıflah olmaz bir canavar" yaratmış olması karşısında, bu canavarın ortaya çıkardığı yıkıcı sonuçlara yine kendisinin katlanması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. 24 Mart 2014 tarihli Google Brazil v. Dafra kararı (Temyiz no. 1306157/SP). Dava hakkında detaylı bilgiye WILMap Stanford internet sitesi üzerinden ulaşılabilir. Çevrimiçi erişim: <https://wilmap.stanford.edu/news/brazilian-supreme-court-found-google-liable-videos-parodying-dafra-commercials>. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. Büyüksağış, Erdem/Kahveci Defne; E-Ticaret Platformlarının Satılan Ayıplarından Sorumluluğu, YÜHFD, C.XIX, 2022/Özel Sayı, s.12.

Nitekim çalışmamızın konusu oluşturan Yargıtay'ın "Çiçeksepeti" kararında olduğu gibi tüketicilerin platformlar ve hizmet sağlayıcı karşısında adeta çaresiz kaldığı bir durum oluşmuştur.

Aşağıda incelediğimiz üzere, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin, Çiçeksepeti'nin malın ayıplı olmasından sorumlu olmadığı yönündeki kararına katılabilmek mümkün değildir.⁴⁶

Yargıtay'ın kararını incelemeye geçmeden önce aracı hizmet sağlayıcının sorumluluğuna ilişkin olarak mevzuat kapsamında yer alan maddelere değinmekte fayda vardır.

ETDHK'nın 9. maddesi gereğince, aracı hizmet sağlayıcıları, kendilerinin sağladığı elektronik platformları kullanan gerçek ve tüzel kişilerin oluşturduğu içerikleri denetlemek, bu içeriği ve ilgili mal veya hizmetle ilgili yasalara aykırı faaliyetleri veya durumları araştırmakla sorumlu tutulmamışlardır. Salt hükmün lafzına bakılacak olursa tüm aracı hizmet sağlayıcılarının sunulan içerikten herhangi bir durumda sorumlu olmadığı sonucuna ulaşılabilir. Ancak bu hüküm yorumlanırken, E-Ticaret Kanunu'na temel teşkil eden AB E-Ticaret Yönergesi ve güncel hukuki gelişmeler de göz önünde bulundurulmalıdır.⁴⁷

AB E-Ticaret Yönergesi'nin "Giriş hükümleri" dikkate alınmadan salt 14. Maddesine bakılacak olur ise söz konusu madde uyarınca aracı hizmet sağlayıcıların depolamış ya da iletmış olduğu bilgilerin doğru olup olmadığını denetleme yükümlülükleri bulunmamakta ve bu sebeplerle platformların sorumluluklarından söz edilememektedir.⁴⁸ Aracı hizmet sağlayıcıların sorumlu olma halleri ancak ihlalden haberdar edildikleri halde ihlale neden olan içeriği ivedilikle kaldırmadıkça söz konusu olabilmektedir.⁴⁹

Görüldüğü üzere aracı hizmet sağlayıcının sorumluluğu gerek ulusal mevzuat gerekse de uluslararası mevzuat kapsamında sınırlı tutulmuştur. Ancak aracı

⁴⁶ Aksi yönde değerlendirmeler için Bkz. Can, Mehmet Çelebi, Prof. Dr. Rıza Ayhan'a Armağan, Yargıtay'ın "Çiçeksepeti" Kararı Perspektifinde Elektronik Ticarete Aracı Hizmet Sağlayıcıların Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler, C.II, s.683-709.

⁴⁷ Konuyla ilgili yeni çalışmalar için bkz. Erdem Büyüksagis, "Liability of E-Commerce Platforms for Third-Party Defective Products", in: Eva Maria Bel-ser/Pascal Pichonnaz/Hubert Stöckli (edit.), *Mélanges en l'honneur de Franz Werro*, Bern 2022, s.127-141; Gerhard Wagner, "Haftung von Plattformen für Rechtsverletzungen", GRUR 2020, s.329-337 ve 447-456; Catherine M. Sharkey, "Holding Amazon Liable as a Seller of Defective Goods: A Convergence of Cultural and Economic Perspectives", *Northwestern University Law Review* 2020, s.339-356; Edward J. Janger/Aaron D. Twerski, "The Heavy Hand of Amazon: A Seller not a Neutral Platform", *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law* 2020, s.259-273; Laura Seritti, "Online Shopping and Quality Problems: What Safeguards for Platform Users Under the EU Consumer Protection Regime?", *Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)* 2021, s.180-189.

⁴⁸ Bkz. AB E-Ticaret Yönergesi m.12 ve 13.

⁴⁹ Bkz. AB E-Ticaret Yönergesi m.14.

hizmet sağlayıcısının sorumluluğu, platform modellerinin çeşitliliği ve tarafların gerek tüketici gerek işletme gerekse de idare olabilmesi nedeniyle farklı mevzuat hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gereken bir hukuki konudur.⁵⁰

1. Çevrimiçi Platform Olarak Çiçeksepeti'nin Sorumluluğu

24.02.2020'de Avrupa Tüketici Örgütü, Amazon, AliExpress ve eBay gibi hacimli nitelikte aracılık hizmeti sunan çevrimiçi platformlardan satın alınan 250 ürünün %60'ından fazlasının AB güvenlik düzenlemelerine uymadığını açıklamıştır.⁵¹ Benzer durum ABD Tüketici Ürün Güvenliği Komisyon'u tarafından Amazon'a karşı açılan bir davada dile getirilmiştir.⁵²

Çiçeksepeti platformu aracı hizmet sağlayıcı niteliğinde olup satıcı yahut üretici değildir. Bununla birlikte organizasyon zincirinde de yer almamaktadır. Ancak yukarıdaki istatistiklerden de görüleceği ve çalışmaya konu somut olayda da incelendiği üzere satıcısı, üreticisi yahut organizasyon zincirinde yer almadığı bir ürün nedeniyle tüketicilerin zarara uğramaları oransal olarak gün geçtikçe artmakta olup bu durumun hukuken incelenmesi muhtaç hale gelmiştir.

Çevrimiçi platformlara aracısı oldukları zarara neden olan ayıplı üründen sorumluluk yüklenebilmesi açısından kusursuz sorumluluk hukuku bakımından incelenmesi yerinde olacaktır.

a. Satıcı Olarak Sorumluluğu

Bir aracı hizmet sağlayıcının aktif nitelikte olduğu bir başka deyişle işletmekte olduğu platformda bir araya gelmesine aracılık ettiği tarafların arasındaki sözleşmenin akdedilmesi ve ifası sırasında yoğun bir rolü ve etkisinin olduğunun tespit edilmesi durumunda platformun kanunda yer alan muafiyetlerden faydalanmaması gerektiği ve sorumluluklarının artırılmasının gerek hukuk düzeni gerekse e-ticaretin gelişimi açısından faydalı olacağı kuşkusuzdur.

Aktif hareket eden platformların "satıcı" olarak kabul edilmesi söz konusu olduğunda kanunda yer alan ve platformların sorumlu tutulmasına ilişkin olan boşluğun doldurulması konusunda yol kat edilmiş olacaktır. Zira güncel mevzuatımızda, satıcı/tedarikçilerin piyasaya sürmüş olduğu malların ayıplı olmasından dolayı çevrimiçi pazaryerlerine sorumluluk atfedilebilmesi için özel bir düzenleme öngörülmemiştir. Ülkemizdeki çevrimiçi pazaryerlerinin büyüme hızının

⁵⁰ Can, s.689.

⁵¹ Basın açıklaması için bkz. <https://www.beuc.eu/press-releases/two-thirds-250-products-bought-online-marketplaces-fail-safety-tests-consumer-groups>.

⁵² 7 Temmuz 2021'de ABD Tüketici Ürün Güvenliği Komisyonu, Çin merkezli şirketler tarafından üretilen ve Amazon platformunda satılan potansiyel olarak tehlikeli ürünleri geri çağırmaya zorlamak amacıyla idari şikayette bulunarak söz konusu platforma karşı bir dava açmıştır. Bkz. Erdem Büyüksağış, Extensions of Strict Liability to E-Retailers, JETL 2022; 13(1), s.65.

arttığı bir dönemde, Türk hukuku bağlamında çevrimiçi pazar yerlerinin satıcı olarak kabul edilip edilmemesi gerektiğinin incelenmesi önemlidir.

Öncelikle yasal düzenlemede taraflardan birinin tüketici olduğu halde satıcının tanımının incelenmesi gerekmektedir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (“TKHK”) madde 3/1(i) uyarınca “*kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler*” satıcı olarak kabul edilmektedir. Satıcının tanımı, sadece tüketiciye mal sunan gerçek veya tüzel kişileri değil, aynı zamanda bu kişilerin adına veya hesabına hareket edenleri de içermektedir. Çevrimiçi pazaryerinin tedarikçilerle aksettikleri sözleşmelerde ürün bedelinin tedarikçi/satıcı adına çevrimiçi pazaryeri tarafından tahsil edileceği ve akabinde tedarikçiye ödeneceğinin öngörülmesi, çevrimiçi pazaryerlerinin satıcılar adına ve hesabına hareket ettiğinin somut ve açık göstergesidir.⁵³

Çiçeksepeti kararında, TKHK'daki satıcı tanımına yer verildiği halde Çiçeksepeti'nin bu kapsamda değerlendirilmediği görülmektedir. Yargıtay, “Duman Pastanesi”nin satıcı olduğunu belirtmiştir. Ancak TKHK madde 3/1(i) uyarınca Duman Pastanesi hesabına hareket eden Çiçeksepeti de satıcı sayılması gerekmektedir. Zira Çiçeksepeti platformu, ödeme bedelini kendisi tahsil ederek komisyonunu aldıktan sonra satıcıya aktarması nedeniyle satıcının ad ve hesabına hareket etmekte ve bu nedenle de satıcı sayılması gerekmektedir. Yargıtay gerekli değerlendirmeleri yapmadan hüküm kurma yoluna giderek alıcıların zararlarını tazmin edebilmek için kullanabilecekleri mevcut bir hukuki dayanağın göz ardı edilmesine yol açmıştır.

Alıcının tüketici olduğu durumda aktif aracı hizmet sağlayıcıların TKHK kapsamında satıcı olarak kabul edilmesinde bir engel yoktur. Bu konuda Amerikan Temyiz Mahkemesi'nin birçok kararı bulunmaktadır. Kararların ortak noktası ise elektronik ticaret platformunu işletenlerin satıcı olarak kabul edilmesi halinde ayıplı üründen sorumlu olacağı yönündedir.⁵⁴

Amerikan Temyiz Mahkemesi'nin, çevrimiçi pazaryerinin satıcı adına ya da hesabına hareket edip etmediği yahut alıcı nezdinde satıcı olduğu yönünde izlenim uyandırıp uyandırmadığının tespiti ve en nihayetinde platformun sorumlu tutulup tutulamayacağına ilişkin olarak metodolijisinde uyguladığı dört faktör bulunmaktadır.

⁵³ Büyüksağış/Kahveci, Yargıtay Dergisi, s.314.

⁵⁴ Çelenkoğlu, Reyhan; İnternette Elektronik Ticaret Ortamı Sağlayan Aracı Hizmet Sağlayıcıların Yüklümlükleri ve Alıcıya Karşı Hukuki Sorumluluğu, Galatasaray Üniversitesi, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2023, s.74 vd.

Bunlar;

- Pazaryerinin, pazarlama zincirindeki pazaryerindeki kişiler arasında zarar gören alıcının tazmin için başvurabileceği tek muhatap olup olmadığı;
- Mala ilişkin geri bildirimleri ve raporları değerlendirerek ayıplı malların piyasaya sürülmesini önleyebilecek ve ürün güvenliğine teşvik edebilecek konumda bulup bulunmadığı;
- Ayıplı malın piyasada sirkülasyonunun önlenmesinde avantajlı konumda olup olmadığı;
- Satıcı/tedarikçi ile olan iç ilişkisi sayesinde ayıptan doğan zararların tazmin maliyetini rücu edemeyeceği hususlarıdır.

Bu sorulara verilen cevaplar ile platformların tedarikçi/satıcı ile alıcı arasında kurulan sözleşmelerdeki rolü ve bunun yoğunluğu belirlenebilir ve en nihayetinde platformun satıcı olarak değerlendirilmesi söz konusu olduğunda sorumluluğundan da söz edilebilir.

Çalışma konusu kararda tüketici, Çiçeksepeti ismine duyduğu güvenle alışveriş yaptığı ve platformun aktif bir platform olarak hareket ettiği açıktır. Kararda TKHK'da yer alan satıcı tanımına yer verilmiş ancak platformun bu tanıma uyup uymadığı incelenmemiştir. Platform ile yapılan üyelik sözleşmelerinde⁵⁵ görüldüğü üzere mal bedelinin tedarikçi/satıcı adına tahsil edileceği ve ardından ödeme yapılacağı düzenlemesine yer verilmiştir. Bu durumda Çiçeksepeti platformunun salt aracılık faaliyeti yapmadığı, bunun ötesine geçecek şekilde aktif hareket ettiği ve bu nedenle de TKHK md.3/1(i) uyarınca satıcı sayılarak ayıplı üründen doğan zarardan sorumlu tutulması gerekmektedir.

b. Organizasyon Sorumluluğu

Bu aşamada ele alınması gereken temel soru, kusurlu ürün dağıtan elektronik ticaret platformlarının sorumluluğa tabi olup olmayacağıdır. Bu hususun açıklığa kavuşması amacıyla öncelikle Türk Borçlar Kanunu'nun Organizasyon Sorumluluğuna ilişkin maddesi ele alınmalıdır.

Türk Borçlar Kanunu md.66/3 uyarınca organizasyon sorumluluğu, işletme kavramı esas alınarak düzenlenmiştir. Kar amaçlı işletmelerin yanı sıra, amacını gerçekleştirmek için işletme işleten denek ve vakıflar gibi kurumlar da bu hüküm kapsamında işletme sayılmaktadır. Madde metni incelendiğinde görüleceği üzere odaklanılan süje çalıştırılan kişilerden ziyade işletmenin kendisidir.⁵⁶ Bu neden-

⁵⁵ Bkz. Dn. 62.

⁵⁶ İsviçre Federal Mahkemesi, 9 Ekim 1984 tarihli meşhur "Schachtrahmen" kararında, adam çalıştıran firmanın çalıştırdığı kişileri seçme, talimat verme ve denetleme yükümlülüğünü yerine

le işletmenin çalışma düzeni dolayısıyla bir zarar meydana geldiğinde çalıştıran, kusursuz olarak sorumlu olacağı gibi herhangi bir kurtuluş kanıtı da getiremeyecektir.⁵⁷ Organizasyon sorumluluğu adam çalıştıranın sorumluluğundan ayrı bir ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluk türüdür.⁵⁸

Bu açıklamalardan hareketle e-ticaret platformlarının sorumluluğuna geçecek olursak, bir e-ticaret platformunda ürün veya hizmet sunan bir işletmenin faaliyetlerinin, bu faaliyetleri kendi platformu üzerinden organize eden çevrimiçi pazaryerlerinin faaliyetine dahil olduğunu söylemek uygun olacaktır. Zira reklamını yaptığı, satışında aktif rol oynadığı, ürün üzerine kendi marka işaretini koyduğu mallar bakımından söz konusu platformun TBK 66/3 uyarınca adam çalıştıran işletme olduğu düşünülebilir. Bu nedenle de platformlar, organizasyonlarına ilişkin bir zararın ortaya çıkmayacağına dair gerekli önlemleri aldığını kanıtlamadıkça doğan zarardan sorumlu tutulacak ve herhangi bir kurtuluş kanıtı da getirmeleri mümkün olmayacaktır.

Tüm bu nedenlerle işletmesini her anlamıyla gözetim ve denetime tabi tutması ve zararın doğmaması için gerekli makul özeni göstermesi durumunda dahi, dağıtım zincirinde aktif olarak yer alan çevrimiçi pazaryerleri sorumlu olmaları doğaldır.⁵⁹ Çiçeksepeti kararında da ayıplı ürünün organizasyon zincirinde yer aldığı açık olup bu yönüyle de sorumlu olduğu görülmektedir.

2. "Güvenli Liman" Muafiyet Rejiminin "Çiçeksepeti Kararı"nda Uygulanabilirliği Hususu

Çalışmaya konu olayda Yargıtay hüküm kurarken mevzuat kapsamında aracı hizmet sağlayıcının sorumluluğuna ilişkin getirilen kanun maddelerinin lafzi yorumu ile hareket etmiştir. Ancak söz konusu maddelerde yer alan sorumluluk muafiyetinin her somut olayda ayrı şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir.

E-ticaretin gelişimi ve gerek sosyal gerekse de ekonomik katkılarının önüne set çekilmemesi amacıyla olmazsa olmaz aktörlerinden olan platformların, "güvenli liman" olarak tabir edilen düzenlemeler ile fikri mülkiyet hakkı, telif hakkı ihlali ile bir takım haksız fiiller bakımından sorumluluktan muaf tutulmalarını sağlamak suretiyle söz konusu çevrimiçi hizmet sağlayıcılar korunmaya çalışılmıştır.

getirdiğini, ancak yükümlülüğünün kapsamının bunlarla sınırlı olmadığını, işletmenin üretimde hataya yol açmayacak şekilde örgütlenmesi ve zararını engelleyecek her türlü önlemi almış olması gerektiğini belirtilerek ortaya çıkan zarardan işletmeyi sorumlu tutmuştur.

⁵⁷ Ahmet Türkmen, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Organizasyon Sorumluluğu (TBK M. 66/III), İÜHF 2012, s.262.

⁵⁸ Detaylı açıklamalar için bkz. Erdem Büyüksağış, La responsabilité de l'entreprise régie par l'art.65 al.3 du Projet du Code des Obligations Turc: Une disposition différente de celles prévues par les principes du droit européen de la responsabilité civile?, Erdoğan Teziç'e Armağan, 2005, s.931-949.

⁵⁹ Büyüksağış, Kahveci; s.165-168.

Bununla birlikte, bu muafiyet rejiminin kapsamının sınırlı olduğu gerçeği göz ardı edilmemelidir. Zira yukarıda bahsettiğimiz üzere AB E-Ticaret Yönergesi'nin giriş hükümleri ("*preambles*") arasında yer alan 42. paragraf ile "güvenli liman" muafiyetinin sınırları net bir şekilde çizilmiştir. Buna göre salt teknik, otomatik ve pasif platform faaliyetleri özelinde söz konusu muafiyet rejimi uygulanabilecektir.⁶⁰

Görüldüğü üzere bir platformun sorumlu olup olmadığını belirlemek için platformun niteliği öncelikli olarak incelenmeli, mevzuatta yer alan hükümlerin lafzı yorumları ile hareket etmeden ve ayrıca mehaz Direktifi'nde kanunumuza eksik olarak alındığı gözden kaçırılmadan yorumlanmalıdır.

Öncelikli olarak somut olayda aracı hizmet sağlayıcıların aktif ya da pasif olduklarının tespiti gerekir. Bir aracı hizmet sağlayıcının aktif veya pasif olarak sınıflandırılmasında göz önünde bulundurulması gereken temel husus, oluşturduğu platform üzerinde gerçekleştirilen sözleşmenin kurulması ve icrası sırasındaki rolü ile bu rolün yoğunluğudur. Sahibinden.com gibi mal veya hizmet alım-satımına aracılık eden platformların pasif ve teknik bir hizmet sunduğu kabul edilebilir. Bu tür pasif çevrimiçi pazaryerlerinin satış ilişkisi üzerinde önemli bir etkisinin bulunması zor görünmektedir. Bu nedenle, pasif bir şekilde faaliyet gösteren çevrimiçi pazaryerlerinin, üçüncü tarafların sağladığı ayıplı ürünlerden sorumlu tutulmaması gerekmektedir.⁶¹

Direktifin giriş hükümlerinde çizilen sınırların yanı sıra Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)⁶² da bazı kararlarında "güvenli liman" muafiyetini ortadan kaldıran kararlara hükmetmiştir. Öyle ki, çevrimiçi pazaryerlerinin sorumluluktan muaf tutulabilmeleri için sadece teknik ve otomatik veri işleme işleviyle pasif aracılık hizmeti sağladıklarını kanıtlamaları gerektiğini; alıcılar ve tedarikçilerin verileri üzerinde belirli bir hakimiyet ve etki sağlayabilecekleri aktif bir rol oynuyorlarsa, "güvenli liman" muafiyetinden yararlanma haklarının bulunmadığını kabul etmiştir.

⁶⁰ Bkz. Dipnot 40.

⁶¹ Büyüksağış/Kahveci, Yargıtay Dergisi, Nisan 2022, C.48, S.2, s.310-311.

⁶² ABAD'ın Airbnb (Airbnb Ireland, C-390/18, EU:C:2019:1112) ve Uber (Asociacion Profesional Elite Taxi v Uber Systems Spain SL., C-434/15, EU:c:2017:981.) kararları bu yöndedir. Airbnb ve Uber'in AB Adalet Divanı (ABAD) tarafından değerlendirilen, bu platformların hukuki niteliği üzerine yapılan incelemeler sonucunda, pasif hizmet sağlayıcı mı yoksa aktif hizmet sağlayıcı mı olarak nitelendirilebileceği konusunda bir karar verilmiştir. ABAD, Airbnb'yi ev sahipleri ile misafirler arasında iletişim kurmalarını sağlayan bir emlakçı olarak değerlendirmiştir, çünkü Airbnb ev sahiplerine pasif bir aracılık hizmeti sunmaktadır. Öte yandan, ABAD, Uber'in sürücülerin seçimi, ulaşım koşullarının belirlenmesi, hizmet fiyatının belirlenmesi ve ödemelerin tahsil edilmesi gibi önemli konularda büyük bir kontrol sahibi olduğu için Uber'i aktif bir taşıma hizmeti sağlayıcı olarak nitelendirmiştir. (Büyüksağış/Kahveci, Yargıtay Dergisi, s.310 vd.).

Eleştirimizin odağında bulunan “Çiçeksepeti” kararı, aktif aracı ve pasif aracı kavramlarına ayırım yapmaması nedeniyle temel bir sorun içermektedir. İncelenen karara bakıldığında, Çiçeksepeti’nin aktif bir aracılık rolünü üstlendiği sonucuna varmak güç değildir. Çiçeksepeti, birçok kargo şirketiyle anlaşmalar yaparak satıcılara indirimler sunmakta ve bazı durumlarda kargo ücretini tamamen karşılamaktadır.⁶³ Tedarikçiler, yalnızca Çiçeksepeti aracılığıyla alıcılarla iletişim kurabilmekte⁶⁴ ve ödemeler Çiçeksepeti tarafından tahsil edilmektedir.⁶⁵ Ürünlerin paketlenmesi ve gönderilmesi sırasında Çiçeksepeti’ne özel logolar kullanılabilir.⁶⁶

Tedarikçilere, Çiçeksepeti platformunu kullanmaları durumunda sunulan bu imkanlar, bir bütün olarak ele alındığında, Çiçeksepeti’nin pasif bir rol üstlenmek yerine satış ilişkisinde aktif bir rol oynadığı ve bu nedenle E-Ticaret Kanunu’nun 9. maddesinde yer alan “güvenli liman” düzenlemesinin kapsamının dışında olduğu görülebilir⁶⁷

Bu bağlamda, inceleme konusu yapılan diğer bir husus, E-Ticaret Kanunu’nun 9. maddesine göre aracılardan muafiyet kapsamının sınırlarının belirlenmesi gerektiğidir. Söz konusu hükme göre, aracı hizmet sağlayıcılar sunulan içeriği denetlemek veya incelemekle yükümlü değildirler. Ancak, somut olayda olduğu gibi çevrimiçi platformda sunulan içerik ile doğrudan ilgisi olmayan ve malın kendisinde meydana gelen bir kusurun, bu muafiyet kapsamında değerlendirilmemesi ve E-Ticaret Kanunu’nun 9. maddesi kapsamında aracı hizmet sağlayıcının sorumluluğundan muaf tutulma gerekçesi olarak kullanılmaması gerektiği üzerinde durulması gereken bir diğer önemli noktadır.⁶⁸

Yargıtay’ın verdiği bu karar ile kanun maddesini lafzen yorumladığı, platformun niteliğini dikkate almadığı açıktır. Bu durum ile platformların sorumluluktan kaçınmalarına ve tüketicilerin çoğu zaman zararlarının tazminini talep dahi edemeyecek durumda kalmalarına neden olmaktadır. Zira çoğunlukla platformda hizmet veren tedarikçi hizmet sağlayıcıların kimliği tüketiciler tarafından bilinmemekte, bilirse dahi zararın tazmini için başvurabileceği bir muhatap bulamamaktadır. Bu yönüyle doktrinde Yargıtay’ın Çiçeksepeti kararı eleştirilmiş ve olumsuz etkisini azaltabilmek amacıyla, Yargıtay’ın aracı hizmet sağlayıcıların sorumluluğuyla ilgili yeni uyuşmazlıklarda sunulan hizmetin niteliğini değerlen-

⁶³ <https://ciceksepeti.dev/siparis/siparis-kargo-srecleri/cicek-sepeti-kargo-entegrasyonu>, (E.T.03.11.2023).

⁶⁴ <https://akademi.ciceksepeti.com/sikca-sorulan-sorular/>, (E.T.03.11.2023).

⁶⁵ <https://www.ciceksepeti.com/ciceksepeti-uyelik-sozlesmesi>, (E.T.03.11.2023). Çiçeksepeti Üyelik Sözleşmesi madde 4.6.

⁶⁶ <https://www.ciceksepetidukkan.com/sarf-malzemeler>, (E.T.03.11.2023).

⁶⁷ Büyüksağış/Kahveci, YÜHFD, s.146.

⁶⁸ Büyüksağış/Kahveci, Yargıtay Dergisi, s.312.

direrek, salt teknik ve pasif aracılık faaliyetinin söz konusu olmadığı durumlarda "güvenli liman" muafiyet rejiminin uygulanmasından kaçınılması gerektiği belirtilmiştir.⁶⁹ Bu şekilde, aktif rol oynayan pazaryerlerinin daha fazla sorumluluk taşınması teşvik edilebilir ve tüketicilerin haklarının daha iyi korunması sağlanabilir.

Nitekim Yargıtay'ın son dönemde çıkan bir kararında bu kararın aksi yönünde hüküm kurduğu görülmektedir.⁷⁰ 2022 yılı Haziran ayında Resmi Gazete'de yayınlanan ilgili kararda özetle, alıcı tarafından PTT Avm internet sitesi üzerinden satın alınan bir televizyon ekranının kırılmış olması ve kendisine bizzat teslim edilmemesi nedeniyle sağlayıcı PTT Avm'ye karşı dava açılmıştır. Yargıtay, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.48/5'e atıfta bulunarak 3. Kişilerin oluşturdukları sistem çerçevesinde satıcı/sağlayıcıların; mal veya hizmetlerinin tüketicilere ulaşmasına aracılık ettiği ve aynı zamanda satıcı/sağlayıcı adına tüketiciden mal veya hizmetlerin bedelini tahsil ettiği durumda satıcı/sağlayıcı gibi tüketicilere karşı sorumlu olacağını ifade etmiştir.

Sonuç

Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un hazırlandığı dönemde Avrupa Birliği'nin E-Ticaret Direktifinin mehzaz alındığı görülmektedir. Yine de gerek direktifin bütününe etki eden ve oldukça önemli nitelikte bulunan "giriş hükümleri"nin dikkate alınmaması gerekse de o dönemdeki teknoloji ve elektronik ticaretin ulaşacağı boyutların tahmin edilememesi nedeniyle kanunda boşluk olduğu görülmektedir. Zira elektronik ticaretin vazgeçilmez aktörlerinden olan platformlar, mevcut durumda alıcı ve satıcılar arasında pasif bir yer sağlayıcı olmanın çok ötesine geçerek adeta tedarik zincirinde yer alan bir satıcı gibi hareket etmektedir.

Bu durum tüketici/alıcıların platforma duydukları güveni artırmakta ve hatta platformların tek satıcı konumunda olduklarını düşüncelerine neden olmaktadır.

Bu nedenlerle ETDHK'nda yer alan "güvenli liman" muafiyet rejiminin, mesafeli satımlardaki teknolojik gelişime ayak uydurabilecek şekilde revize edilmiş olması nedeniyle birçok mağduriyete sebebiyet vermektedir. Çalışma konusu Yargıtay kararında da durum değişmemiş ve platformun sorumlu tutulması mümkün olmamıştır.

Aracı hizmet sağlayıcılara "güvenli liman" muafiyetinden yararlanma imkânı tanıyan yasal düzenlemeler, alıcıların çevrimiçi platformlar üzerinden piyasaya sürülen mallardan doğan zararlarının tazminine engeldir. Hüküm, çevrimiçi

⁶⁹ Büyüksağış/Kahveci, Yargıtay Dergisi, s.305-320; Büyüksağış/Kahveci, YÜHFD, s.125-174.

⁷⁰ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 29/09/2022 Tarih 2022/3467 Esas ve 2022/6446 K. Sayılı Kararı (SinerjiMevzuat), (E.T.10.10.2023).

pazaryerlerinin gelişimi öngörülerek getirilmediğinden günümüzde yeniden yorumlanmaya muhtaçtır.

Birçok açıdan incelenen platformların sorumluluğu konusunda kusursuz sorumluluk hususunun ön plana çıktığı görülmektedir. Kusursuz sorumluluk yüklenen platform ürün güvenliğine bizzat dikkat etmeye çalışacaktır. Bu yönüyle dahi, şartlar sağlandığı takdirde, platformların sorumlu tutulması olumlu sonuç doğuracağı şüphesizdir.

Görünüşe göre, olumlu ve olumsuz yönlerinin yanı sıra uzun vadede birbirinden farklı çevrimiçi platform türleri, bu yöndeki giderek artan talep ile teknolojinin dinamik ve canlı yapısından kaynaklanan temellere dayanarak varlığını sürdürecektir. Önemli olan bu gelişmelere ayak uydurarak kanundaki boşlukları verilecek kararlar ile doldurmaktır.

Kaynakça

- Baranika, K. (2020) A Study on Comparison of Traditional Commerce and Electronic Commerce, Studies in Indian Place Names (UGC Care Journal), Vol.40(19).
- Büyüksağış/Kahveci, Yargıtay Dergisi, Nisan 2022, C.48, S.2.
- Büyüksağış, Erdem/Kahveci Defne; E-Ticaret Platformlarının Satılanın Ayıplarından Sorumluluğu, YÜHFD, C.XIX, 2022/Özel Sayı.
- Büyüksağış, Erdem, "Liability of E- Commerce Platforms for Third-Party Defective Products", in: Eva Maria Bel- ser/Pascal Pichonnaz/Hubert Stöckli (edit.), Mélanges en l'honneur de Franz Werro, Bern 2022.
- Büyüksağış/Cumaloğlu/Kahveci; E-ticaret ve Çevrimiçi Pazaryerleri Üzerinden Satılanın Ayıbından Sorumluluk, İstanbul, 2023.
- Büyüksağış, Erdem, Extensinons of Strict Liability to E-Retailers, JETL 2022; 13(1).
- Büyüksağış, Erdem, La responsabilité de l'entreprise régie par l'art.65 al.3 du Projet du Code des Obligations Turc: Une disposition différente de celles prévues par les principes du droit européen de la responosabilité civile?, Erdoğan Teziç'e Armağan, 2005, s.931-949.
- Caleb T. Carr/Rebecca A. Heyes, Social Media: Defining, Developing and Divining, Atlantic Journal of Communication 2015.
- Can, Mehmet Çelebi, Prof. Dr. Rıza Ayhan'a Armağan, Yargıtay'ın "Çiçeksepeti" Kararı Perspektifinde Elektronik Ticarete Aracı Hizmet Sağlayıcıların Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler, C.II, Ankara 2022.
- Canpolat, Önder, E-Ticaret ve Türkiye'deki Gelişmeler, T.C. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Hukuk Müşavirliği, Ankara, Mart, 2001.
- Çelenkoğlu, Reyhan; İnternette Elektronik Ticaret Ortamı Sağlayan Aracı Hizmet Sağlayıcıların Yükümlülükleri ve Alıcıya Karşı Hukuki Sorumluluğu, Galatasaray Üniversitesi, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2023.
- Çelik, T., Elektronik Ticaret ve Rekabet Hukuku Kapsamında Çok Taraflı Pazar Yerleri, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.
- Gezder, Ümit, Elektronik Ticaret Hukuki İşlemlerinin Ayrımı - Dijital içerik ve Hukuki Niteliği, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, C.22, S.3, 2016.
- Gezder, Ümit, İçerik Sağlayıcı ve Yer Sağlayıcının Hukuki Sorumluluğu ve Sorumluluk Muafiyeti, Beta Yayınları, İstanbul 2017.
- Hamamcıoğlu, Esra, Elektronik Ticaretin Hukuksal Boyutu, KOSBED, 2018, S.35.
- Kahveci, Defne; Sermaye Piyasası Hukukunda Kitle Fonlama Platformları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2023.
- Kaya, Ferman, E-Ticaret Hukuku ve Tüketici Hukukundaki Uygulamaları. Ankara, 2016.

Kristof Fe Buysere/Oliver Gajda/Ronald Kleverlaan/Dan Marom, A Framework for European Crowdfunding, 2012.

Kübra Yıldız, Elektronik Ticaret ve Hukukumuzdaki Durumu Üzerine Kısa Bir İnceleme, İstanbul Barosu Dergisi Cilt: 92, Sayı: 6, Yıl: 2018.

Sağlam, İpek; Elektronik Sözleşmeler, 1. Bası, İstanbul 2007.

Uyanık, Kadir, Rekabet Hukuku Kurallarının Elektronik Ticarete Uygulanması, İzmir Ekonomi Üniversitesi, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2021.

İnternet Kaynakları

<https://www.mfa.gov.tr/elektronik-ticaret.tr.mfa> 1998.

Sacher Report, OECDiLibrary, (Çevrimiçi) http://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/sacher-report_237058611046.

Dünya Ticaret Örgütü (WTO), Electronic Commerce, https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc11_e/briefing_notes_e/bfecom_e.htm.

Ekonomik Kalkınma ve İş birliği Örgütü (OECD), Electronic Commerce, <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=4721>.

Eurostat Statics Explained, Glossary, (<https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Glossary:E-commerce>).

OECD, An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation, s.20, Çevrimiçi Erişim: https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/an-introduction-to-online-platforms-and-their-role-in-the-digital-transformation_53e5f593-en#page4.

Sinerji Mevzuat.

<https://ciceksepeti.dev/siparis/siparis-kargo-srecleri/cicek-sepeti-kargo-entegrasyonu>.

<https://akademi.ciceksepeti.com/sikca-sorulan-sorular/>.

<https://www.ciceksepeti.com/ciceksepeti-uyelik-sozlesmesi>.

<https://www.ciceksepetidukkan.com/sarf-malzemeler>.

Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Damping Politikaları ve Dampinge Karşı Alınan Önlemler

Dumping Policies in Turkish and European Union Laws and Measures Against Dumping

Av. Merve Ceren SEYHAN, LL.M. ^(*)

Öz:

Ülkemiz bir yandan ihracatı artırmak için her türlü ekonomik, hukuki ve teknik önlemleri alırken, diğer yandan yerli üreticilerini dış ticaretini gerçekleştirenken oluşacak haksız rekabetten de koruması gerekmektedir. Haksız rekabetin farklı bir teza-hürü şeklinde oluşan dumping müessesesi, dumpingli ithalattan zarar görme, endüstrilerde rekabet gücü kaybı, araştırma geliştirme ve markalaşma faaliyetlerinin yetersizliği vb. şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Damping karşı önlemlerin menşee saptırması yapılarak etkisiz hale getirilmeye çalışılması durumunda bunun tespiti ve buna karşı önlemlerin uygulanması önem arz etmektedir. Bu kapsamda ticaret politikası savunma araçlarından biri olan dumping, genel özellikleri ve hukuki düzenlemeler kapsamında ele alınarak incelenecek, ayrıca konu Türkiye ve Avrupa Birliği tarafından çıkarılan mevzuat, uygulamalar ve uygulamalara ilişkin yürütülen soruşturma önlemleri çerçevesinde değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler:

Dumping, Haksız Rekabet, Dış Ticaret, Soruşturma, Anti Damping Vergileri.

Abstract:

Within the confines of our nation, the pursuit of augmented exportation is accompanied by the implementation of multifaced economic, legal, and technical strategies. Simultaneously, it is essential to safeguard domestic producers from unfair competition practices that may arise during international trade engagements. Unfair competition can take diverse forms, with one prominent manifestation being the phenomenon of "dumping." The ramifications of dumped imports encompass adverse effects such as the erosion of industrial competitiveness, an insufficiency in research and development endeavors, and diminished branding activities, among others. Whether countermeasures against dumping are bypassed through the manipulation of product origin, the identification of such manipulations and the subsequent enforcement of corrective actions become of paramount significance. In this contextual framework, the concept of dumping, regarded as one of the pillars of trade policy defense mechanisms, will be examined regarding its overarching characteristics and the pertinent legal provisions. Furthermore, this examination will encompass an assessment of the subject within the purview of the legislative measures, practical applications, and investigative protocols undertaken by both Turkey and the European Union.

Keywords:

Dumping, Unfair Competition, Foreign Commerce, Investigation, Anti-Dumping Duties.

^(*) Başkent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, Ankara - Türkiye,
E-posta: merve.ceren90@gmail.com; Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-2372-3231>.
Makale Geliş Tarihi: 08.11.2023 - Makale Kabul Tarihi: 08.12.2023.

Giriş

Üreticilerin kendi ürünlerini iç piyasada pazarlarken ithalat ile gelen ürünün yerli işletmelere zarar vermesi sonucunda ticaret politikası savunma aracı arasında yer alan dumping müessesesi ortaya çıkmaktadır. Bu zarara ilişkin talep üzerine veya ilgili makamların piyasadaki dengenin sağlanması amacıyla re'sen de başlatılabileceği bir soruşturma süreci bulunmaktadır. Damping soruşturmaları, genel olarak ithalattan kaynaklanan zararın varlığı konusunda yeterli delillerin bulunması durumunda açılmaktadır. Bu hususa riayet edilmesi çok önemlidir. Soruşturmalar, niteliği itibarıyla ithalatı engelleme amacıyla yapılmamalıdır. Soruşturmalar neticesinde haksız rekabet oluşturan ve zarar veren işletmelere anti dumping vergisi uygulanmaktadır. Anti dumping vergileri bazen uygulamada ekonomik sebepler ilgili olmayabilir, aksine ticaret savaşının konusunu da oluşturabilmektedir. Bu kapsamda bir ülkeye karşı anti-dumping vergisi uygulanması halinde o ülkenin vergiyi uygulayıcı ülkenin herhangi bir ürününe de soruşturma başlatma riski olduğu unutulmamalıdır.

I. Ticaret Savunma Araçları

Trade defence instruments (TDI) olarak adlandırılan ticaret savunma araçları, özellikle bazı sektörlerde küresel kapasite fazlasının arttığı zamanlarda üçüncü ülkelerden gelen uygulamalar ve AB şirketleri için pazarın düzenlenmesinde haksız ticarete karşı mücadelede hayati bir rol oynamaktadır.¹

Avrupa Birliği Komisyonu, AB'nin temel anti dumping ve sübvansiyonla mücadele (AD/AS) Düzenlemelerine ilişkin kurallarının modernleştirilmesine yönelik bir öneriyi kabul etmiştir. Reform ile soruşturmaların şeffaflığını, öngörülebilirliğini ve AD/AS tedbirlerinin uygulanmasının etkinliğinin artırılması amaçlanmıştır. Kurumlar arası görüşmelerin ardından 2017 Aralık'ta siyasi anlaşmaya varılmıştır. Daha sonra Parlamento tarafından 2018 Mayıs'ta metin resmi olarak kabul edilmiştir.²

Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmaları uyarınca ticaret politikası savunma aracı üç şekilde düzenleme alanı bulmuştur. Bunlar; dämpinge karşı önlem, sübvansiyona karşı önlem, korunma önlemleri olmak üzere üçe ayrılmıştır. İlk iki önlem haksız rekabete karşı, ülke veya ülkeler özelinde uygulanırken, korunma önlemleri bir ürünün ithalatındaki artışın ilgili sanayi dalı üzerinde zarara veya zarar tehdidinde neden olması halinde, ülke ayırt etmeksizin tüm ülkelere karşı uygulanmaktadır.³

¹ [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/621884/EPRS_BRI\(2018\)621884_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/621884/EPRS_BRI(2018)621884_EN.pdf), (E.T.09.09.2023).

² [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/621884/EPRS_BRI\(2018\)621884_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/621884/EPRS_BRI(2018)621884_EN.pdf), (E.T.09.09.2023).

³ <https://ticaret.gov.tr/data/5bb71aa113b87613d802b783/Damping%20ve%20S%C3%BCbvansiyon%20Rehber.pdf>, (E.T.10.09.2023).

Ticaret politikası önlemi almak üzere soruşturma başlatılmak üzere ithalatta haksız rekabete dayandığına veya ithalatta çok ciddi bir artış olduğuna dair kanıtların ortaya konması gerekir. Uygulanacak önlemin türüne göre karşılanması gereken kriterler değişmekte olup, aşağıda ayrıntılarıyla ele alınmaktadır.

A. Sübvansiyon

Bir ürün için doğrudan veya dolaylı mali katkı veya herhangi bir gelir veya fiyat desteği sağlayan ve ürünün kaynağı olan ülkenin veya ihracatçı ülkenin fayda sağlayan etkiye sübvansiyon denilmektedir.⁴

Hükümet veya yerel yönetimler tarafından işletme zararlarının silinerek doğrudan mali katkı sağlanması veya gelir ya da kurumlar vergisi muafiyeti tanınması, ithal girdiler için ödenen dolaylı vergilerden daha fazlasının iadesi gibi durumlar sübvansiyona örnek gösterilebilir.

B. Korunma Önlemi

Bir üretim dalının öngörülemez bir şekilde ani ve ciddi bir şekilde artan ithalattan etkilenmesi halinde ve artan ithalatın üretim dalı üzerinde zarara veya zarar tehdidinde neden olması durumuna yönelik korunma önlemi alınabilir. İthalatın haksız rekabete neden olması kriteri korunma önlemi alınması açısından gerekli olan bir kriter değildir. Ancak damping ve sübvansiyon önlemlerinde bu kriter aranmaktadır.⁵

Korunma önlemi tek bir ülke özelinde değil, tüm ülkelere karşı uygulanır ve bu ülkelerden yapılan ithalata yönelik önlem alınır. Korunma önlemleri ile ek mali yükümlülükler getirilebilir, gümrük vergisinde artış yapılabilir ve tarife kontenjanı veya bunların bileşimi şeklinde yapılabilir. Korunma önlemi kesintisiz olarak azami on yıl süreyle bir ürün veya ürün grubunun ithalatında uygulanabilir.⁶

C. Damping

Kural olarak damping, bir malın normal değerinin altında, diğer bir ifadeyle, ihracatçı ülkenin iç piyasa fiyatlarının altında bir fiyatla yabancı ülkeye ihraç edilmesidir.⁷ Bu kapsamda dampingin gerçekleşebilmesi için iki ülke arasında fiyat farklılığının olması ve ithal edilen mala ilişkin iç pazarda daha düşük bir fiyatla piyasaya girilmesi beklenmektedir.

⁴ https://ticaret.gov.tr/data/5bb71aa113b87613d802b783/1_Damping%20ve%20S%C3%BCbvan%20siyon%20Rehberi_2023.pdf, (E.T.11.09.2023).

⁵ https://ticaret.gov.tr/data/5bb71aa113b87613d802b783/1_Damping%20ve%20S%C3%BCbvan%20siyon%20Rehberi_2023.pdf, (E.T.11.09.2023).

⁶ https://ticaret.gov.tr/data/5bb71aa113b87613d802b783/1_Damping%20ve%20S%C3%BCbvan%20siyon%20Rehberi_2023.pdf, (E.T.12.09.2023).

⁷ Murat Ozan BAŞKOL, İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesinde Anti-Damping Soruşturmalarının Etkinliği, Ekonomi Bilimleri Dergisi Cilt 2, Sayı 1, 2010, s.108.

II. Damping

A. Dampingin Tanımı

“Damping” terimi, “düşük fiyatlarla ihracat” anlamına gelmekte olan İngilizce bir kavramdır. Damping, bir ülkeden gelen malların başka bir ülkenin pazarına normal değerinden daha düşük bir fiyatla sunulması durumunda ortaya çıkmaktadır.⁸ Bu durum, bir ülkeden ihraç edilen bir malın fiyatının, aynı malın aynı ülkedeki satış fiyatından daha ucuz olması durumu anlamını da taşımaktadır.⁹

Damping, ürünlerin gerçek değerlerinin altında fiyatlarla satılması nedeniyle haksız rekabetin bir tezahürü haline gelmiştir. Üreticilerin yurt içi pazarda mallarını satamadıklarında ürünlerin yurtiçi fiyatlarını düşürmemek amacıyla diğer yabancı pazarlara ürünlerini boşaltmaları olarak ‘dump’ anlamında kullanılmış ve damping kavramı ilk bu ifade ile gündeme gelmiştir.¹⁰

Ülkeler arasında gerçekleştirilen fiyat farklılaştırmasının da damping sayılmaktadır. Dampingin hangi tarafa doğru olduğu yönünde belirsizlik olması damping tanımının uygulamada yetersiz kalmıştır. Bundan dolayı damping müessesesinin daha detaylı bir tanımının yapılması için uzun süre üzerinde çalışılmıştır ve sınırları 1920’li yıllara kadar tartışılmıştır. Dünya Ekonomi Konferansında 1927 yılında toplanarak bu konu ele alınmış, ancak taraflar açısından uzlaşmaya yönelik herhangi bir karar alınamamıştır.¹¹ Damping günümüzde ekonomik bakımdan ürününü yabancı piyasaya ihraç ederken malın fiyatının, iç piyasada yer alan normal piyasa fiyatının altında olması halinde ortaya çıkmaktadır.

Damping kavramı ilk olarak 1923 yılında fiyat farklılaştırmasının ulusal piyasalar arasında yapılması şeklinde Jacob Viner tarafından tanımlanmıştır.¹² Bu ta-

⁸ Normal değer: Genellikle ürünün ihracatçı ülkedeki piyasa fiyatı olarak kabul edilir. Bununla birlikte, satış yoksa yalnızca küçük bir satış hacmi varsa veya iç pazardaki satışlar zararlı yapıyorsa, ürünün normal değeri normal olarak ihracatçı ülkedeki üretim maliyeti artı satış, genel ve idari giderler ve Kâr için uygun bir miktar. Piyasanın bozulması ülke ekonomisini önemli derecede etkilemektedir. Bu etkilerden korunmak amacıyla özel hükümler getirilmiştir. Örneğin Pazar kaybının düşük fiyat seviyeleri veya karlılığı nedeniyle olması durumu neden olabilir. Ayrıca benzer veya aynı ürünün ithal edilmesi de bu durumu örnek gösterilebilir. Bu durumların karşısında anti damping tedbirleri alınmaktadır. Anti damping tedbiri, bir ürünün normal değerinin altında fiyatla satılması halinde üreticilerin ciddi zarara maruz kalması sonucunda o ürünün ithalatına karşı tedbir alınmasıdır. Ayrıca damping marjı da göz önünde bulundurulmalı, aynı ihracatçının kendi pazarında o ürün için talep ettiği fiyat, yani ihracat fiyatı ile ürünün normal değeri arasındaki farkın bulunması ile hesaplanmaktadır.

⁹ [https://www.zoll.de/DE/Fachthemen/Zoelle/Zolltarif/Antidumping/antidumping_node.html#:~:text=Dumping%20liegt%20vor%2C%20wenn%20Handelswaren,gleichen%20Ware%20im%20selben%20Land,\(E.T.01.10.2023\).](https://www.zoll.de/DE/Fachthemen/Zoelle/Zolltarif/Antidumping/antidumping_node.html#:~:text=Dumping%20liegt%20vor%2C%20wenn%20Handelswaren,gleichen%20Ware%20im%20selben%20Land,(E.T.01.10.2023).)

¹⁰ Ayşenur Yaman, Türkiye’nin Uluslararası Ticarete Karşılaştığı Damping Sorunu ve Anti-Damping Vergisi Uygulamaları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s.16.

¹¹ Hanife Dirikkan, Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Damping ve Antidamping Önlemler, İzmir 1996, s.6.

¹² Onur Elele, Uluslararası Ticarete Damping ve Antidamping, Ankara 2008, s.21.

nımda ile anlatılmak istenen, yerli piyasa ile yabancı piyasa talepleri arasındaki fiyat farklılaştırmasının esneklikten kaynaklanan farklılık olduğu ileri sürülmüştür.¹³

Damping, eksik rekabet piyasalarında uygulanan bir tür üçüncü derece fiyat farklılaştırmasıdır. Talep esnekliğinin yabancı piyasalarda yurtiçi piyasalara göre daha düşük olması halinde ihracat yapan firma, yabancı piyasasında yer alan yüksek fiyat belirlemektedir, buna karşın yabancı piyasada ürüne olan talebin fazla olması halinde piyasada yer almak isteyen işletme daha düşük fiyat belirleyerek piyasa payını artırmaya çalışmaktadır.¹⁴

1. Dampingin Hukuki Tanımı

General Agreement on Tariffs and Trade yani Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması (GATT) GATT VI. Maddenin Uygulanmasına İlişkin Anlaşması (Anti-Dumping Anlaşması-ADA) ile Sübvansiyonlar ve Telafi Edici Önlemler Anlaşması (SCM) düzenlenmiştir. GATT'ın IV. maddesinin uygulanmasına ilişkin anlaşmasının ikinci maddesinde genel kabul gören tanım yer almakta olup, önceki ulusal mevzuatlarda yer alan tanımlardan etkilenecek madde hükmünde yer alan tanım düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, GATT kurallarının etkisi altında ihracatçı ülkede tüketime konu benzer ürüne ait ihrac fiyatı normal değerinin altında kalması durumunda, damping işleminin yapılması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır.¹⁵

Bir ürünün normal değerinin ve ürüne ait ihrac fiyatının belirlenmesi ürüne ait menşe ülkelere veya ürünü ihrac ya da ithal eden ülkelere yer alan uygulamalara göre değişmektedir. Ürüne ait değer, menşe ya da ihracatçı ülkenin veya üçüncü bir ülkeye sağlanan ürünün ihrac fiyatları ile menşe ülkedeki ürün değerleri ya da ürünün üçüncü ülkedeki maliyeti veya fiyatları esas alınarak hesaplanmaktadır.¹⁶

Bu bağlamda ulusal pazarlar arasında gerçekleşen fiyat farklılaştırması hukuki tanım açısından yeterli olmamakta, ancak aynı zamanda uluslararası fiyat ayırımının diğer etkenleriyle birlikte tüm çeşitlerinin içermemektedir. Aslında hukuki anlamda damping, çeşitli uygulamaların bir tezahürü olarak ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar hukuki tanım ekonomik tanımdan daha geniş kapsamlı olsa da, damping olarak tanımlanan bazı fiyat farklılaşmalarını içeren belirli eylem ve uygulamaların hukuki tanımın dışında bırakılmıştır.¹⁷

¹³ Jacob Viner, Dumping as a Method of Competition in International Trade, The University Journal of Business, Vol.1, No.1 (Nov., 1922), pp. 34-53, s.35 vd.

¹⁴ Yaman, s.16.

¹⁵ <https://ticaret.gov.tr/dis-iliskiler/cok-taraflil-ve-bolgesel-iliskiler/cok-taraflil-iskiler/dunya-ticaret-orgutu-dto>; M. Feyzal Yıldız, Avrupa Topluluğu ve Türk Mevzuatında Anti-Dumping Uygulamalar, İstanbul 1998, s.14.

¹⁶ Yıldız, s.15.

¹⁷ <https://ticaret.gov.tr/data/5b88499413b87711604c934e/Anti-damping-Anlasmasi-Turkce.pdf>, (E.T.15.09.2023).

2. Dampingin Ekonomik Tanımı

Damping ekonomik olarak yalnızca iç pazarlarda yer alan fiyat farklılaştırması tanımlanmıştır. Bu konuda Viner, fiyat farklılaştırması için;

- Öncelikli olarak genel bir pazarın bulunması gerektiğini,
- Pazarın iki ya da daha alt bir pazara bölünmesi gerektiğini,
- Alt pazarlardan en az bir pazarın diğerinden soyutlanması gerektiğini,
- Soyutlanan alt pazarlarda da satıcının belli bir derecede tekel gücünün bulunması gerektiğini ifade etmiştir.¹⁸

Fiyat farklılaştırması farklı ihraç pazarlarında uygulanabilir olmalıdır, iç ve dış pazar arasında gerçekleşmesine gerek bulunmamaktadır. Pazar izolasyonunu, uluslararası ticarete sağlayan faktörler şunlardır;

İthal kısıtlamaları, diğer tarife dışı engeller ve yüksek tarifelerde belirtilen faktörler genellikle arzı gerçekleştirenin iç pazarında yer almakta olup, kendi pazarı da onu destekler mahiyette bulunmaktadır. Söz konusu faktörler, kendi ürünlerine daha az talebi bulunması halinde daha fazla fiyat sağlamak amacı ile oluşmaktadır.¹⁹

B. Dampingin Diğer Görünüş Biçimleri

1. Hizmet Dampingi

Hizmet ihracatı yapılması halinde ihraç edilen hizmete yönelik takdir edilen fiyatlar iç piyasadan daha düşük olması halinde hizmet dampingi oluşmaktadır. Bu durum bir nevi fiyat farklılaşması oluşturmaktadır. Ancak yalnızca ürünlere uygulanan damping olması nedeniyle dampingin hukuki tanımının dışında kalmaktadır.²⁰

2. Navlun Dampingi

Normal değer in altında ihraç edilen ürünün navlunun mal edilmesi durumunda navlun dampingi gerçekleşmiş olmaktadır. İhracatçı ülkede ya da malların yüklendiği ülke ile ihracatçı veya ithalatçı ülke arasında gerçekleşen ve tercih edilen bir oran ile sağlanmaktadır.

Navlun bir hizmet olarak gerçekleştirilmesi durumunda, GATT IV. maddesi anlamında değerlendirilmeyerek, ihracat için tercih edilen değer in, hükümet tarafından karşılanması durumunda bu durumda dampingin değil, sübvansiyonun varlığı kabul edilmektedir.²¹

¹⁸ Yaman, s.13.

¹⁹ Yaman, s.14.

²⁰ Yıldız, s.15.

²¹ Anti Damping ve Telafi Edici Vergiler GATT Uzmanlar Grubu Raporuna göre Aktaran Yıldız, s.15.

Bir ülkenin iç piyasasındaki alım gücü dış piyasadaki alım gücünden düşük olması ve ülkenin para biriminde değer kaybı olması durumunda kur dampingi söz konusu olmaktadır. Bu değer kaybı, ihracatı teşvik ederken ithalatı da engellemektedir. Bu durum ikinci dünya savaşı zamanında bazı ülkelerde Dilenci Komşu politikası şeklinde adlandırılarak uygulanmıştır. GATT döneminde yer alan damping tartışmalarında kur dampingi ihracat lehine kullanılmıştır.²²

3. Sosyal Damping

İthal ürünlerinin daha düşük fiyatta olması üretimde yer alan emeğin düşük maliyetli olmasından kaynaklanması halinde sosyal damping gerçekleşmiş olmaktadır. Düşük bedelli ithalatın yapılmasına rağmen ürün ihracatçı ülkede eşdeğer bir fiyat ile satılması durumunda artık dampingin varlığından söz edilmemektedir.²³

C. Dampingin Ortaya Çıkışı

1. GATT Öncesi Durum

General Agreement on Tariffs and Trade yani Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması (GATT) 30 Ekim 1947 yılında 23 ülke tarafından imzalanan ve 1 Ocak 1948 tarihinde yürürlüğe giren bir anlaşmadır. Ancak bu kuruluşun öncesinde 1920 ve 1930'lu yıllara göz atılması gerekmektedir. İkinci Dünya Savaşı dönemi ülkeleri hem ekonomik hem de siyasi açıdan bir gerilemeye maruz kalarak büyük zarar görmüştür. Bu dönemde Amerika Birleşik Devletlerinin girişimiyle ekonomik işbirliklerinin oluşturulması ve geliştirilmesi için ilk adımlar atılmıştır. Birinci Dünya Savaşı dönemi öncesinde uygulanan düşük tarife oranları İkinci Dünya Savaşı ile birlikte durma aşamasına gelmiş ve dünya ticareti bu durumdan olumsuz etkilenmiştir.

İlk olarak 1927 yılında Dünya Ekonomi Konferansı toplanmıştır. Konferansta tarife düzeyleri tartışılmış, en çok kayrılan ülke kuralı ve gümrük değerini belirleme gibi konular ele alınmıştır.²⁴ 1929 yılında gerçekleşen Büyük Buhran'ın 1929 gerçekleşmesi sonucunda ekonomik ve ticari yönden yapılan toparlanma girişimleri tekrar zarar görmüştür. Kendisine komşu ülkeleri zarara sokma politikalarının neden olduğu ticaret engelleri ile birlikte ilerleyen yıllarda ticaret uygulamaları daha da fazla gerilemiştir.²⁵

Kanada 1904 yılında ilk iç mevzuat düzenlemesini yapmıştır. Daha sonra Amerika Birleşik Devletleri, Avusturalya, Güney Afrika, Japonya, Fransa ve Yeni Zelanda ile Birleşik Krallık gibi ülkeler de anti damping kurallarını uygulamaya başlamışlardır.

²² Yıldız, s.16.

²³ Yıldız, s.16.

²⁴ Yaman, s.24.

²⁵ Dirikkan, s.53.

Birinci Dünya Savaşı sonrasında Almanya ekonomisini düzeltmek istemiş ve bu uygulamalarının temel nedeninin dumpingli ihracat politikaları oluşturmuştur. Anti dumping önlemleri 1980'li yıllar öncesinde çok sık uygulanmamıştır. Ayrıca GATT tarafından anti dumping yaptırımları ile ilgili kayıtların tutulmasına ilişkin herhangi bir karar alınmadığından, alınan önlemlere dair bilinen bir kayıt bulunmamaktadır.²⁶

2. GATT Dönemi

GATT, kararname ile imzalanan bir uluslararası ticaret anlaşmasıdır. GATT bir kuruluş değildir ve taraf ülkelerin dahil olduğu bir anlaşmadır. GATT 1947 dönemi ile uluslararası ticarete meydana gelen anlaşmazlıklar bir sistem içerisinde gerçekleştirilmiştir. Bu dönemde ülkeler arasında oluşan uyuşmazlıklar Konsey Başkanı tarafından karara bağlanmıştır. Sonraki yıllar içerisinde üye ülkeler tarafından temsil edilen temsilciler ile çalışma grupları düzenlenmiş ve uyuşmazlıklar temsilciler vasıtasıyla çözülmeye başlanmıştır.²⁷ İlerleyen süreçte çalışma gruplarının yerine paneller yapılmaya başlanmıştır. Panellerde bağımsız uzmanlar yer almış ve bu uzmanlar genelde uyuşmazlıkta herhangi bir tarafı temsil etmeyen üç ya da beş kişiden teşekkül etmiştir. Kararın süreci açısından taraf ülkelerin alınan karara ve panel tarafından hazırlanan rapora onay vermesi önem arz eder. Uzmanlar tarafından hazırlanan raporların geçerlilik kazanabilmesi için Konsey tarafından onaylanması gerekmektedir, böylece ülkeler açısından bağlayıcı bir nitelik kazanmaktadır.

Panellerde taraf olan ülke temsilcilerinin bulunması ve bazı zamanlarda uyuşmazlıklar konusunda anlaşmaya varamaması nedeniyle çözüm mekanizması olarak yer alan panellerin işlerliğine karşı bir güvensizlik oluşmuş ve bu nedenle alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arayışına girilmiştir.²⁸

- GATT 1947'de yer almıştır.
- Dampinge karşı anti dumping vergisi yetkisi verilmiştir.
- İhracat subvansiyonlarına karşı ithalatçı ülkenin telafi edici vergi uygulama hakkı verilmiştir.
- Engellerin kaldırılması ve uluslararası ticaretin kural ve disiplinlere dayandırılmıştır.

²⁶ Yaman, s.36.

²⁷ Yaman, s.25.

²⁸ T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü. -Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun Tasarısı ile Dışişleri ve Plan ve Bütçe Komisyonları Raporları (1/800). S.B.02.0KKG/101-760/05770, 22/12/1994, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d19/c078/tbmm19078072ss0760.pdf>, (E.T.01.11.2023).

- Görüşmelerde “karşılıklı ödün” (reciprocity) ilkesi benimsenmiştir.
- Miktar kısıtlamaları yerine tarifeler yoluyla koruma sağlanmıştır.
- Öngörülebilir ve şeffaf ve bir ticaret sistemi oluşturulması amaçlanmıştır.
- Tarifeler yapılmış ve zaman içinde aşağı çekilmiştir.
- Ticaretin serbestleştirilmesi amaçlanmıştır.
- Tokyo Görüşmelerinde Anti Damping Kodu ve Sübvansiyonlar ve Telafi Edici Vergiler Kodu benimsenmiştir.

GATT, 1947 yılında Cenevre’de yapılan ilk toplantı ile taraf ülkelerin imzaladığı anlaşma ile başlayan bir dönemdir. Bu dönem 1994 yılında yapılan Uruguay Roundu olarak adlandırılan son toplantının yapılması ile Dünya Ticaret Örgütü’nün (World Trade Organization (DTÖ-WTO)) 1995 yılında kurulmasına kadara sürmüştür. Anılan süre zarfında anti dumping vergileri ile ilgili olarak görüşmeler yapılmıştır ve bu görüşmeler sırasında haksız rekabetin önüne geçilmesi amacıyla ülkeler kendileri iç düzenlemeler yapmaya başlamış ve böylece uluslararası anlaşmalara işlerlik kazandırılmasının yolu açılmıştır.²⁹

Toplantı	Tarihi
1. İlk Konferans-Cenevre, İsviçre	1947
2. İkinci Konferans-Annecy, Fransa	1949
3. Üçüncü Konferans-Torquay, İngiltere	1950-1951
4. Dördüncü Konferans-Cenevre, İsviçre	1955-1956
5. Dillon Görüşmeleri-Cenevre, İsviçre	1961-1962
6. Kennedy Görüşmeleri-Cenevre, İsviçre	1964-1967
7. Tokyo Görüşmeleri-Cenevre, İsviçre	1974-1979
8. Uruguay Görüşmeleri-Punta del Este, Uruguay	1986-1994

3. Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ)

Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ), dünya ticaretini düzenleyen 164 üyeli uluslararası bir kuruluştur. Ticaret anlaşmalarının müzakere edilmesinin çerçevesini belirler ve ticari anlaşmazlıkların çözümüne yönelik kuralları vardır. AB üye ülkeleri genellikle Avrupa Komisyonu tarafından temsil edilmektedir.

Adil olmayan ticari uygulamalarla mücadele konusunda DTÖ üyeleri, örgütün anlaşmazlıkların çözümünü kolaylaştıran prosedürlerini takip etmeyi kabul etmiştir. DTÖ kuralları, ülkelerin başka bir pazarda yapay olarak düşük fiyatlarla ürün satması durumunda neler yapılabileceğini ortaya koymaktadır.³⁰

²⁹ Dirikkan, s.61.

³⁰ Nurdan Aslan/Ayşenur Yaman, Türkiye’nin Uluslararası Ticarete Uyguladığı ve Karşılaştığı Anti-dumping Vergileri Üzerine Bir İnceleme, İstanbul Gelişim Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 7 (2), Ekim 2020, s.238-256.

Dünya Ticaret Örgütü (World Trade Organisation (WTO) WTO = Dünya Ticaret Örgütü), tarım sektörü hariç, dumping yöntemlerini yasaklamaktadır. Dış ticarete gümrük vergileri genellikle anti dumping önlemi olarak alınmaktadır. Bu bağlamda, dumping alanındaki iki pazar açısından önemli olan rakamdır. Dumping ve zarar marjı ile, dumping şüphesi profesyonelce kontrol edilebilir ve gerekirse doğrulanabilir. Öte yandan, anti dumping vergisi yüzde olarak ifade edilen iki rakamdan en düşük olanı kadar alınabilmektedir.³¹

GATT döneminde anlaşma üzerinde üye ülkeler tarafından çok fazla düzenleme yapılmasına gidilmiştir. 1947-1994 yılları arasında sekiz defa görüşme gerçekleştirilmiş ve bu süre zarfında sekizinci tur olan Uruguay Turunda anlaşmanın son halini almıştır.³² Uruguay Görüşmelerinin bir diğer sonucu da DTÖ'nün kurulması olmuş ve bu turda alınan karar ile birlikte DTÖ 1995 yılında faaliyetlerini yürütmeye başlamıştır.

Görüşmeler kapsamında birçok alanı ilgilendiren konular ele alınmış ve bazı sonuçlar elde edilmiştir. Bunlar; sanayi malları üzerindeki gümrük tarifeleri, gönüllü ihracat kısıtlamaları, az gelişmiş ülkelere bağlayıcı tarife indirimleri, tarımla ilgili taahhütleri, tekstil ve giyim sektörü, hizmetler ticareti, sınai ve fikri mülkiyet hakları, kural dışı olarak belirli durumlarda uygulanabilecek miktar kısıtlamaları, ticaret politikalarının gözden geçirme mekanizması (TPRM), ticaretle ilişkili yatırım önlemleri olmak üzere birçok konuda anlaşmanın kapsamı genişletilmiştir.³³

DTÖ ile birlikte üye ülkeler tarafından imzalanarak karara konulan Kuruluş Anlaşması ile Ticaret Anlaşması ve diğer düzenlemeleri de kapsamıştır. Bu anlaşma ile yer alan düzenlemeler, GATT'ta yer alan anlaşmadan daha detaylı ve kapsamlı şekilde yapılmış, ayrıca yaptırım gücü de daha etkin bir işlerlik kazandırılmıştır. Gerçekleştirilen görüşmelerde GATT 1947 sözleşmesinde çeşitli değişiklikler yapılmış ve bu şekilde oluşan GATT 1994 yürürlüğe giren tüm anlaşma ve uygulamalar aynı şekilde DTÖ bünyesine almıştır. Bu nedenle bu anlaşmaya GATT 1994 ya da GATT 94 de denilmektedir.³⁴

DTÖ ile GATT ile kıyaslanması sonucunda, DTÖ'nün çok daha geniş bir kapsama ve sorumluluğa sahip olduğu, DTÖ'nün amaçlarının arasında üye ülkelere ilişkin incelemeler yapmak yer almaktadır. Ticari alanda gelecekte oluşabile-

³¹ [https://www.it-business.de/was-ist-dumping-a-864064/#:~:text=In%20der%20Regel%20erhofft%20sich,auch%20im%20Steuer%2D%20und%20Lohnbereich.&text=Wenn%20zum%20Dumpingpreis%20verkauft%20wird,die%20niedrigen%20Preise%20freuen%20kann,\(E.T.09.09.2023\).](https://www.it-business.de/was-ist-dumping-a-864064/#:~:text=In%20der%20Regel%20erhofft%20sich,auch%20im%20Steuer%2D%20und%20Lohnbereich.&text=Wenn%20zum%20Dumpingpreis%20verkauft%20wird,die%20niedrigen%20Preise%20freuen%20kann,(E.T.09.09.2023).)

³² Aslan/Yaman, s.240.

³³ Yaman, s.28.

³⁴ Yaman, s.30.

cek uyumsuzluk ve sorunlara ilişkin ikili önlemler alınmasından ziyade uyumsuzlukların çok taraflı mekanizmalarla çözülmesini sağlanması amaçlanmıştır.³⁵

Bu amaçla, uluslararası ticarete DTÖ anlaşmasına aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle açılan dumping soruşturmaları, diğer soruşturmalarda olduğu gibi, Anlaşmazlıkların Halli Mekanizması ile yürütülmektedir.³⁶ Söz konusu mekanizma DTÖ Anlaşması ekinde yer verilen Anlaşmazlıkların Halli Kural ve Usulleri Hakkındaki Mutabakat Metni (AHMM) ile oluşturulmuştur. AHMM, üye devletler arasında DTÖ anlaşması ve ekinde yer verilen anlaşmaların uygulanması veya yorumlanması sebebiyle çıkabilecek uyumsuzlukların çözülmesi amacıyla düzenlenmiştir.³⁷

III. Türkiye’de Yer Alan Düzenlemeler

Ülkeler, ithalat yoluyla yapılan haksız rekabete karşı yerli üreticilerini korumak ve üreticilerin ithalattan zarar görmelerini önlemek amacıyla ticaret politikası savunma araçlarına başvurabilmektedir. Ticaret politikası savunma araçlarını ise dampinge karşı önlemler, sübvansiyona karşı önlemler ile korunma ve gözetim önlemleri oluşturmaktadır. Bu kapsamda Türkiye’de dumping ve sübvansiyonla ilgili çeşitli mevzuat düzenlemeleri yapılmıştır. Bu düzenlemelere bakıldığında;

Türkiye’de ithalatta haksız rekabetin önlenmesine ait düzenleme ilk olarak 14/6/1989 tarih ve 3577 sayılı İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun (4412 Sayılı Kanun ile Değişiklik 3577 Sayılı Kanun)³⁸ ile yapılmıştır. Ayrıca daha sonradan 2005/9840 ve 2020/3113 Sayılı Kararlarla Yapılan Değişikliklerle birlikte ayrıca 30/10/1999 tarih ve 23861 sayılı İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Yönetmelik ile İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Yönetmeliğe Ek Madde Eklenmesine Dair Yönetmelikte de düzenlenmiştir.

Ayrıca; 12 Eylül 1963 Ankara Antlaşması, Türkiye Cumhuriyeti devleti ile Avrupa Ekonomik Topluluğu arasında 12 Eylül 1963’te imzalanan ortaklık anlaşmasıdır. Bunun haricinde 27 Ekim 1999 tarihli Gümrük Kanunu da uygulamaya alınmıştır.³⁹

³⁵ Yaman, s.36.

³⁶ <https://ticaret.gov.tr/dis-iliskiler/cok-taraflı-ve-bolgesel-iliskiler/cok-taraflı-iliskiler/dunya-ticaret-orgutu-dto>, (E.T.09.09.2023).

³⁷ <https://ticaret.gov.tr/data/5c1cdf5913b8761fc0cf270d/08.Anla%C5%9Fmazlıklar%C4%B1klar%C4%B1n%20Halli%20Mekanizması%C4%B1.doc>, (E.T.09.09.2023).

³⁸ <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=3577&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, (E.T.09.09.2023).

³⁹ [Mevzuat.gov.tr](https://www.mevzuat.gov.tr), (E.T.09.09.2023).

A. Türk Ticaret Kanunu

Türk Hukukuna göre haksız rekabet müessesesi farklı kanunlarda düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu (TBK) 57'nci maddesinde haksız rekabete değinmiş, ticari nitelikte olmayan haksız rekabet eylemlerine bu Kanunun uygulanacağı ifade edilmiştir. Ancak ticari nitelikte olan haksız rekabet işlemlerine Türk Ticaret Kanunu (TTK) 54'üncü vd. maddeleri uygulanmaktadır.

Hangi durumlarda Borçlar Kanununun ve Ticaret Kanununun uygulanacağı ancak adi-ticari iş ayrımının yapılması ile mümkün olmaktadır. Bu konunun tespiti bazı durumlarda zor olabilmektedir. Zira Ticaret Kanunu, ticari iş ile adi işin tam ayrımını yapmamakta, bu açıdan tedarik edenler ile müşteriler veya rakipler arasında arasındaki ilişkileri etkileyen dürüstlük kuralına aykırı olan ya da aldatıcı nitelikte olan ticari davranışlar ve uygulamaları da kapsamında almaktadır.

Damping ve sübvansiyonun söz konusu olduğu bazı durumlarda Türk Ticaret Kanununun (TTK) haksız rekabete dair hükümleri uygulanabilmektedir. Türk Ticaret Kanununun 54'üncü maddesinde yer alan genel hükme⁴⁰ göre rakiplere karşı damping ve sübvansiyonun haksız rekabet kapsamında değerlendirilmesi mümkündür.

Zira devletten yardım olarak rakiplerin piyasadan silinmesi amacıyla ürünlerini zararına satması ve zararın devletten alınan yardımlarla karşılanması iyi niyet kurallarına aykırı bir durum oluşturmaktadır. TTK ile birlikte 3577 sayılı Kanunla zarar gören rakiplerin damping ve sübvansiyon durumlarına esasen yer alan haklarının teyit edilmesine vesile olmuştur.

3577 sayılı Kanun ile getirilen korumanın etkisi, kural olarak ileriye yönelik niteliktedir. Dampingle mala ek vergi konulması suretiyle üretim dalının korunması amaçlanmakta ve bu durum da genelde gelecekte ithal edilecek malların fiyatlarının artmasına neden olmaktadır. Bu durumun sonucunda ulusal pazarda yer alan üreticilerin de soruşturmanın açılmasından önce veya soruşturma sırasında damping veya sübvansiyondan zarar görmeleri söz konusu olabilmektedir.⁴¹ Ayrıca dampinge konu olan ithalattan dolayı sadece ülkedeki üretim dalı değil, bazı üreticilerin zarar görmesi mümkündür. İşte bu hallerde Türk Ticaret Kanununun haksız rekabete dair hükümleri uygulama alanı bulmaktadır.⁴²

⁴⁰ Türk Ticaret Kanununun 54'üncü maddesinin birinci fıkrasınınca; Haksız rekabete ilişkin bu Kısım hükümlerinin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır. (2) Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuksal aykırıdır.

⁴¹ Hüseyin Aydın, Türk Ticaret Kanununda Haksız Rekabet Suçları, Ankara 2008, s.46-47.

⁴² Hanife Dirikkan, Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Damping ve Antidamping Önlemler, İzmir 1996, s.272.

Bir malın normal değerinin altında bir fiyata satılarak Türkiye'ye ihraç edilmesi halinde dumping gerçekleşmiş olmaktadır. Tekinalp'e göre normal fiyat için üç unsur bulunmaktadır. Bunlar; ihracatçı ülkenin kendi iç piyasasına ait olan fiyattır, diğeri ihracat yapan ülkenin aynı ya da benzer mallara Türkiye'den başka diğeri ülkelere yapacağı ihracatta fiyattır, diğeri bir unsur ise üretilen malın maliyetinin üzerine üretici tarafından karının da eklenmesi hususudur.⁴³

Rekabeti bozan ve haksız olarak yapılan sübvansiyonda denge ancak telafi edici vergilerin yürürlüğe konulması ve uygulanması ile sağlanmaktadır. Aynı ya da benzer bir malın normal fiyatı ile Türkiye'ye ihraç fiyatı arasında gerçekleşen fark sübvansiyon miktarını oluşturmaktadır.⁴⁴

İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Kanununun 2'nci maddesinin (i) bendine göre zararın hangi durumlarda gerçekleşeceği ifade edilmiş ve Kanuna göre zararın bulunması ya da en azından tehlikenin mevcut olması gerektiği ifade edilmiştir.

B. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun

Rekabetin artması piyasalardaki tekelleşmeye neden olması nedeniyle rekabete ilişkin detaylı bir yasal düzenlemenin gerekliliği hâsıl olmuştur. Bu bağlamda 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kabul edilmiştir. Kanun, Anayasanın 167'nci maddesine dayanarak çıkarılmış ve Roma Anlaşmasınının 85'inci ve 86'ncı maddelerinin temelinde düzenlenmiştir.⁴⁵

Haksız rekabet, ekonomik rekabetin her türlü ihlalidir. Bu tanım haksız rekabeti hukuksal açıdan betimlemekte olup, ekonomik açıdan haksız rekabet daha çok piyasa yapısından kaynaklanmaktadır. Tekel, kartel ve tröstlerin satış, üretim, fiyatlama, dağıtım veya reklam politikalarının eşit rekabeti aksatacak şekilde uygulanması haksız rekabettir.

Uluslararası ticarete görülen en önemli haksız rekabet şekilleri de dumping ve sübvansiyonlardır. Dış ticarete haksız rekabetin önlenmesi, dış ticarete haksız rekabet hallerinden dampinge veya sübvansiyona konu olan ticaretin neden olduğu zarara karşı bir üretim dalının korunması amacıyla yapılacak işlemleri, alınacak önlemleri, gerekli ilke ve uygulama kararlarını ve bu kararların uygulanabilmesine ilişkin usul ve esasları kapsar.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 6'ncı maddesinin ilk fıkrasında bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde

⁴³ Dirikkan, s.274; Ünal Tekinalp, Anti-Damping ve Anti-Sübvansiyon Hukukunun Ana İlkeleri, Domaniç'e Armağan, İstanbul, 1995, s.214.

⁴⁴ Reha Poroy/Hamdi Yasaman, Ticari İşletme Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2018, s.347.

⁴⁵ Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2023, s.337.

bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanılmasını yasaklanmış ve maddenin ikinci fıkrasında da örnek niteliğinde bazı kötüye kullanma halleri sayılmıştır.

4054 sayılı Kanunun 6'ncı maddesinin lafzından da anlaşılacağı üzere, Türk rekabet hukukunda hâkim durumun kötüye kullanılması olarak nitelenebilecek bir ihlalin varlığı için iki koşulun bir arada sağlanması gerekmektedir. Bunlardan birincisi, hâkim durumdaki bir teşebbüsün varlığı, ikincisi ise hâkim durumdaki teşebbüs tarafından gerçekleştirilen eylemin kötüye kullanma niteliğini taşımasıdır. Eğer bu koşullardan herhangi birisinin somut olay incelemesinde bulunmaması halinde, 4054 sayılı Kanunun 6'ncı maddesi kapsamında hâkim durumun kötüye kullanılmasından söz edilmesi mümkün değildir.⁴⁶

Bununla birlikte, Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuzun 7'nci paragrafında de belirtildiği üzere, hâkim durumun kötüye kullanılmasının iki unsurundan birinin bulunmadığının açıkça gösterilebildiği durumlarda diğer unsura ilişkin analize yer verilmemesi mümkündür.

Hâkim durumda olsun ya da olmasın teşebbüslerin kimlerle iş yapacakları Anayasanın 48'inci maddesi kapsamında çalışma ve sözleşme özgürlüğü prensibi çerçevesinde korunduğundan, tarafların bu iradelerine ancak çok sınırlı koşullar dâhilinde müdahale edilebileceği genel kabul görmektedir.

Rekabet hukuku uygulamasında; bir teşebbüsün ürettiği mal ya da hizmetler ile sahibi olduğu maddi ya da gayri maddi işletme unsurlarını diğer teşebbüslere sağlamaması ya da bunların diğer teşebbüsler tarafından kullanılmasına doğrudan veya dolaylı olarak izin vermemesi sözleşme yapmayı reddetme olarak ele alınmaktadır. Bu çerçevede hammadde niteliğindeki fiziksel ürünler, belirli hizmetlerin sağlanabilmesi için gerekli altyapılar, ürün dağıtım sistemleri ve fikri mülkiyet hakları ile korunan yahut korunmayan gayri maddi işletme unsurları ya da bilgileri ile teşebbüslerin sözleşme yapma talebine konu olabilecek diğer varlıklar anılan mal, hizmet ya da unsurlar arasında değerlendirilebilmektedir.⁴⁷

C. İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun

3377 sayılı İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun ile dış ticarete haksız rekabet hallerinden biri olan dampinge yer verilmiştir. Kanun ile bir ürüne ilişkin ithalatın gerçekleştirilmesi sonucunda zararın meydana gel-

⁴⁶ 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 6 ncı maddesi.

⁴⁷ <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=12a3f87b-e7d6-4bf9-8a71-3d43339556a1>, (E.T.19.09.2023).

mesine sebep olması ve bu nedenle zarara konu olan üretim dalının korunması amacıyla yapılacak işlemlere, alınacak önlemlere ve kararların uygulanmasına yönelik düzenlemeler yer almaktadır. Ayrıca önlemlerin alınması ve uygulanmasına ilişkin de Kurulun oluşturulması ve görevlerinin usul ve esaslarına yönelik hükümlere de yine anılan Kanunda yer verilmiştir.

3577 sayılı Kanunun amacı ve kapsamı 1'inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, Kanunun amacı, ithalatta haksız rekabet hallerinde dampinge veya sübvansiyona konu olan ithalatın sebep olduğu zarara karşı bir üretim dalının korunmasıdır.⁴⁸

3577 sayılı Kanunda, ithalatta haksız rekabete ilişkin suç ve ceza hükümlerine yer verilmemiştir. Her ne kadar öğretilerde, ithalatta haksız rekabet teşkil eden fiillerin, TTK'nin 55'inci maddesi bağlamında haksız rekabet teşkil edebileceği kabul edilmiş ise de, bu fiillerin TTK'nin 62'nci maddesine göre suç olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Zira 3577 sayılı Kanunun yasakladığı dampinge ve sübvansiyon fiilleri, TTK'nin 62'nci maddesinde suç olarak düzenlenmemiştir.

3577 sayılı Kanunun uygulanmasına yol açan eylemlerin gerçekleşmesi aynı zamanda Türk Borçlar Kanununun (TBK) veya TTK'deki haksız rekabet hükümlerinin de ihlaline yol açabilmektedir. Bu ihtimalde hem 3577 sayılı Kanunda yer alan yaptırımlar hem de TBK veya TTK'deki yaptırımlar birlikte uygulanabilmektedir.⁴⁹

Ayrıca 3577 sayılı Kanunun amacı ve düzenlemiş olduğu konular itibarıyla haksız rekabetten daha farklı bir tezahür şekli bulunmaktadır. Kanun ile belirli bir iş kolunun dış müdahaleler sonucunda zarar görmesinin önlenmesi amaçlanmış ve buna yönelik detaylı tedbirler ele alınmıştır.⁵⁰

Sonuç olarak, 3577 sayılı Kanun, kamu düzenini ilgilendirmektedir. Rekabetin önleniminin çözümü olarak devlet vergi alınması yoluna gitmektedir.

IV. Uluslararası Düzenlemeler

A. Genel Olarak

Dampinge karşı ilk hukuki düzenleme 1904 yılında Kanada tarafından düşük fiyatlı çelik ithal ürünlerine karşı yapılmıştır.⁵¹ Bunlar;

⁴⁸ Ülgen/Teoman/Helvacı; Kendigelen; Kaya, Nomer Ertan, 2009, 478.

⁴⁹ Arkan, s.315.

⁵⁰ Rıza Ayhan/Hayrettin Çağlar/Mehmet Özdamar, Ticari İşletme Hukuku, 12. Bası, Ankara 2019, s.357.

⁵¹ <https://ticaret.gov.tr/ithalat/ticaret-politikasi-savunma-araclari/dampinge-ve-subvansiyon/dampinge-ve-subvansiyon-ulusal-mevzuat>, (E.T.20.09.2023).

- Law on the Prevention of Unfair Competition in Imports
- Decree on the Prevention of Unfair Competition in Imports
- Regulation on the Prevention of Unfair Competition in Imports olarak düzenlenmiştir.

Damping konusunda, uluslararası düzeyde tükeleri bağlayıcı ilk düzenleme 1947 yılında GATT'ın VI. maddesi ile yapılmıştır. Bu maddeye işlerlik kazandıracak ayrıntılı düzenleme ise 1967 yılında Kennedy Raundunda VI. Maddenin Uygulanmasına İlişkin Anlaşmanın imzalanması ile gerçekleştirilmiştir.⁵²

GATT'ın Kennedy Raundu'nda tarife dışı önlemlere ilişkin konular arasında dampinge karşı önlemler hakkında da görüşmeler yapılmış ve Round sonucunda GATT'ın VI. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Anlaşma (Anti Damping Anlaşması) kabul edilmiştir.⁵³ Anlaşma dampingi yasaklamamakta, sadece üye ülkelerin hangi hal ve şartlarda anti damping önlemlere başvurabileceklerine ilişkin prosedürleri belirlemektedir. Bu doğrultuda, uluslararası alanda dampinge karşı önlemler yalnızca bu Anlaşmada öngörülen koşullarda ve bu Anlaşma hükümlerine uygun olarak başlatılan ve yürütülen soruşturmalar gereğince uygulanabilir.⁵⁴

Eskiden ABD, AB, Kanada, Avustralya gibi gelişmiş ülkeler tarafından kullanılan damping soruşturmaları artık gelişmekte olan ülkeler tarafından daha sık başvuru bir savunma aracı haline gelmiştir.⁵⁵

B. Yetki Verilen Yönetmelik

AB 2016/1036 sayılı Yönetmelik, AB dışı ülkelere AB pazarına bırakılan ithalatlara karşı koruma sağlamak için AB ticaret savunma kurallarını belirlemektedir.⁵⁶ Bu Yönetmelik üç kez değiştirilmiştir: İlk olarak Yönetmelik (AB) 2017/2321, sonradan Yönetmelik (AB) 2018/825 ve daha sonrasında ise Devredilen Yönetmelik (AB) 2020/1173 olarak düzenlenmiştir.

⁵² Elele, 2008, s.55.

⁵³ Elele, 2008, s.56.

⁵⁴ Elele, 2008, s.57.

⁵⁵ Hülya, Göktepe, İthalatta Haksız Rekabet ve Türkiye'de Anti-damping Uygulamaları, Uluslararası Ticaret II, International Conference on Eurasian Economies, Session 4C, 2015, s.450.

⁵⁶ Avrupa Birliği üyesi olmayan ülkelere yapılan dampingli ithalatlara karşı korumaya ilişkin 8 Haziran 2016 tarih ve (AB) 2016/1036 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü (kodlanmış metin) OJ L 176, 30 Haziran 2016, s.21-54 (Yürürlükte: Bu yasa değiştirildi. Mevcut birleştirilmiş versiyon: 11/08/2020 tarihidir. Yönetmelik 20 Temmuz 2016 tarihinden itibaren yürürlüktedir. (AB) 2016/1036 sayılı Yönetmelik, 1225/2009 sayılı Tüzüğün (EC) ve sonraki değişikliklerinin yerine geçmiş ve yerini almıştır.

Değişiklik yapan yönetmelik (AB) 2017/2321, 20 Aralık 2017'de yürürlüğe girmiştir.

Değişiklik yapan yönetmelik (AB) 2018/825, 8 Haziran 2018'de yürürlüğe girmiştir.

Devredilen Yönetmelik (AB) 2020/1173, 11 Ağustos 2020'de yürürlüğe girmiştir.

AB 2017/2321 sayılı Değişiklik Yönetmeliği, hükümet müdahalesi nedeniyle piyasada önemli bozulmalar olduğu Dünya Ticaret Örgütü üyesi ülkelerden yapılan ithalatlara içeren durumlarda kullanılacak bir damping hesaplama yöntemi getirmektedir.⁵⁷

Değişiklik yapan (AB) 2018/825 sayılı Yönetmelik uyarınca gerçekleştirilen incelemede Komisyon, genel ithalatın, açıklamadan önceki dönemde AB endüstrisine herhangi bir ek zarar vermediği sonucuna varmıştır. Bu nedenle ön bilgilendirme süresinin süresini dört haftaya çıkaran bir yetki devri kanununu kabul etmiştir.

C. Değişiklik Yapan Yönetmelik

Asıl Yönetmelik AB 2018/825 sayılı Yönetmelik ile değiştirilmiş, diğer hususların yanı sıra aşağıdaki hükümler de eklenmiştir:

Geçici anti dumping önlemlerinin uygulanmasına ilişkin süre, başlangıç tarihinden itibaren dokuz aydan yedi aya indirilmiştir. Mevcut koşulların varlığı halinde bu sürenin sekiz aya uzatılması da mümkün olmaktadır. Bu durum, küçük şirketlerin ticaret savunma araştırmalarına katılmasını kolaylaştırmaktadır.

Yönetmelik ile anti dumping davalarında “daha az vergi kuralı” olarak bilinen kuralın nasıl uygulanacağı düzenlenmektedir. AB şu ana kadar sadece dampingin tam kapsamının altında bir seviyede önlemler uygulayabilmiştir; daha düşük bir seviye zarar marjı AB endüstrisinin zarar görmesini ortadan kaldırmak için yeterli olmuştur. Yeni kurallara göre, ihracat pazarında söz konusu ürünü üretmek için kullanılan hammaddelerde önemli bozulmalar olması ve bunun bir bütün olarak AB'nin çıkarına olması durumunda, anti dumping önlemleri tüm damping seviyesinde uygulanabilecektir.⁵⁸

Yönetmelik ile zararsız fiyatın (sektörün normal şartlarda rahatlıkla talep edebileceği fiyat) hesaplanmasına yönelik yeni kurallar getirilmektedir. Hesaplama artık altyapı veya araştırma ve geliştirme gibi gerekli yatırımların maliyetlerinin yanı sıra örneğin sera gazı emisyon sertifikalarının ticaretinin bir parçası olarak sosyal ve çevresel standartlarla ilgili gelecekteki harcamaları da hesaba katabilmektedir. Hasarsız fiyat artık hesaplamaya dâhil edilen minimum %6 kâr varsaymaktadır, ancak duruma göre daha yüksek bir kar marjı da mümkün olmaktadır.

İlgili taraflara, geçici önlemlerin uygulanıp uygulanmadığına ilişkin üç hafta önceden bildirimde bulunmak üzere bir ön bildirim dönemi başlatılmıştır. İnce-

⁵⁷ https://www.wto.org/english/news_e/news23_e/dsb_26oct23_e.htm, (E.T.09.09.2023).

⁵⁸ [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2018/621880/EPRS_ATA\(2018\)621880_DE.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2018/621880/EPRS_ATA(2018)621880_DE.pdf), (E.T.29.09.2023).

lemenin önlemlerin sonlandırılmasına yol açması durumunda, sona erme incelemesi devam ederken toplanan vergilerin geri ödenmesini sağlanmaktadır.⁵⁹

V. Avrupa Birliğinde Durum

A. Genel Durum

Belirli koşullar altında Avrupa Birliği, haksız ticaret uygulamalarına karşı koruma sağlamak amacıyla üçüncü ülkelere yapılan ithalatlara cezai tarifeler uygulayabilir. Bunlar genelde anti dumping vergileri şeklinde olmaktadır. Bu durum birlik pazarındaki mallara kıyasla haksız fiyat avantajını telafi etmektedir. Ancak bu tür tedbirlerin uygulamaya konmasına ancak birkaç yıl sürebilecek, kesin olarak düzenlenmiş bir soruşturma prosedürünün başlatılmasından sonra Avrupa Komisyonu tarafından karar verilmektedir.⁶⁰

Dampingle mücadelenin bir yolu, etkilenen ürünlere anti dumping vergileri uygulamaktır. AB'nin, anti dumping kuralları da dahil olmak üzere adil olmayan ticaret uygulamalarına karşı kullanabileceği bir dizi ticaret savunma aracı vardır. Avrupalı şirketlerin buna ayak uydurması ise bazı durumlarda çok zor olmaktadır. En kötü durumda bu, şirketlerin kapanmasına ve çalışanların işlerini kaybetmesine yol açabilmektedir.⁶¹

B. Avrupa Birliğinin Damping Politikası

AB, istihdam ve refah yaratan serbest ticarete önem vermektedir. Ancak devletlerin ürünleri haksız yere sübvansiyon etmesi veya fazla üretim diğer pazarlara indirimli fiyatlarla satması durumunda ticaret bozulabilmektedir.

Bu durum diğer şirketlerin rekabete ayak uydurmasını zorlaştırmaktadır, bu da işletmelerin kapanmasına ve çalışanların işten çıkarılmasına açabilmektedir. İşletmeleri ve çalışanları korumak için AB'nin anti dumping veya anti sübvansiyon önlemlerine başvurması gerekebilir.

AB, ürünlerini Avrupa'ya "damga ettirdikleri" tespit edilmesi halinde, AB üyesi olmayan ülkelere ceza uygulayabilmektedir. Cezalar anti dumping vergileri şeklinde uygulanmaktadır. Ancak AB'nin Dünya Ticaret Örgütü'nün (DTÖ) kurallarına uyması da gerekmektedir. Avrupa Birliği, menşe veya ihracatçı ülkenin

⁵⁹ [https://eur-lex.europa.eu/DE/legal-content/summary/anti-dumping-measures.html#:~:text=Antidumpingma%C3%9Fnahmen%3A%20Ma%C3%9Fnahmen%20gegen%20die%20Einfuhren,die%20EU%2DHersteller%20bedeutend%20sch%C3%A4digen,\(E.T.01.10.2023\).](https://eur-lex.europa.eu/DE/legal-content/summary/anti-dumping-measures.html#:~:text=Antidumpingma%C3%9Fnahmen%3A%20Ma%C3%9Fnahmen%20gegen%20die%20Einfuhren,die%20EU%2DHersteller%20bedeutend%20sch%C3%A4digen,(E.T.01.10.2023).)

⁶⁰ <https://www.hza-seminare.de/zoll-news/415/einfuhr-dauerhafte-antidumpingzoelle-auf-bestimmte-waren-aus-china>.

⁶¹ [https://www.europarl.europa.eu/news/de/headlines/economy/20180621STO06336/dumping-definition-und-auswirkungen,\(E.T.15.10.2023\).](https://www.europarl.europa.eu/news/de/headlines/economy/20180621STO06336/dumping-definition-und-auswirkungen,(E.T.15.10.2023).)

hükümetinin bir malın üretimi, ihracatı veya nakliyesi için yasa dışı mali yardım sağlaması durumunda yasa dışı sübvansiyon olarak kabul etmektedir.⁶²

Bir anti dumping ve/veya telafi edici verginin getirilmesinin temeli, vergilerin getirilmesi, hesaplanması ve toplanmasına ilişkin ilgili temel düzenlemelerin belirtildiği temel düzenlemelerdir, Avrupa Birliği üyelerine yönelik düzenlenen Dampingle Mücadele Temel Yönetmeliği (AB) 2016/1036 ve Sübvansiyonla Mücadele Temel Yönetmeliği (AB) 2016/1037 bulunmaktadır. Belirli mallara veya mal gruplarına karşı bireysel önlemler daha sonra ilgili ayrıntıları, koşulları ve geçerli gümrük oranları ortaya çıktığı bireysel düzenlemelerde belirtilmektedir.⁶³

İthalatta yasal olarak borçlu olunan vergiler olarak anti dumping ve telafi edici vergilerin alınmasının temeli, 56'ncı maddesinin birinci fıkrası oluşturmaktadır.⁶⁴ Mevcut tedbirlere ilişkin temel bilgiler ve bilgiler aynı zamanda Avrupa Komisyonu Ticaret Genel Müdürlüğünün web sitesinde de bulunabilir.

AB, ticari savunma araçlarını diğer ülkeler kadar sık kullanmamaktadır. Avrupa Birliğine ait ithalatının yalnızca yüzde 0,21'i bu durumdan etkilenmektedir. Bununla birlikte, dumpingli ve sübvansiyonlu ürünlere karşı korumanın geçmişte bir dizi AB endüstrisi için hayati önem taşıdığı kanıtlanmıştır.⁶⁵

AB'nin anti dumping vergilerinin uygulanmasında genellikle Çin Halk Cumhuriyeti ön sıralarda yer almaktadır. 2016 yılının Ekim ayında başta alüminyum, bisiklet, çimento, kimyasallar, seramik, cam, kağıt, güneş panelleri ve çelik olmak üzere 50'den fazla farklı Çin ürününe gümrük vergisi getirilmiştir.⁶⁶

VI. Dampinge Karşı Alınabilecek Önlemler

Her ülke, dış ticarete dumpingli ithalattan korunmak için, dumpingli ithalata karşı soruşturma açılması, geçici önlem alınması, kesin önlem alınması ve yapılan soruşturma sonucunda dampinge karşı vergi konulması gibi önlemler alabilir.

⁶² [https://www.zoll.de/Fachthemen/Zoelle/Zolltarif/Antidumping/antidumping_node.html#:~:text=Dumping%20liegt%20vor%2C%20wenn%20Handelswaren,gleichen%20Ware%20im%20selben%20Land,\(E.T.15.10.2023\).](https://www.zoll.de/Fachthemen/Zoelle/Zolltarif/Antidumping/antidumping_node.html#:~:text=Dumping%20liegt%20vor%2C%20wenn%20Handelswaren,gleichen%20Ware%20im%20selben%20Land,(E.T.15.10.2023).)

⁶³ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R1036,\(E.T.20.10.2023\);AB2016/1036sayılıYönetmelik14'üncümaddesibirincifıkrası,antidumpingvergileriveyaAB2016/1037sayılıYönetmeliğin24'üncümaddesibirincifıkrası,telafiedicivergiler.](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R1036,(E.T.20.10.2023);AB2016/1036sayılıYönetmelik14'üncümaddesibirincifıkrası,antidumpingvergileriveyaAB2016/1037sayılıYönetmeliğin24'üncümaddesibirincifıkrası,telafiedicivergiler.)

⁶⁴ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R1037,\(E.T.15.10.2023\).](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R1037,(E.T.15.10.2023).)

⁶⁵ [https://www.europarl.europa.eu/news/de/headlines/economy/20180601STO04822/antidumpingspolitik-wie-die-eu-gegen-unfaire-handelspraktiken-vorgeht\(E.T.08.10.2023\).](https://www.europarl.europa.eu/news/de/headlines/economy/20180601STO04822/antidumpingspolitik-wie-die-eu-gegen-unfaire-handelspraktiken-vorgeht(E.T.08.10.2023).)

⁶⁶ [https://www.europarl.europa.eu/news/de/headlines/economy/20180601STO04822/antidumpingspolitik-wie-die-eu-gegen-unfaire-handelspraktiken-vorgeht,\(E.T.08.10.2023\).](https://www.europarl.europa.eu/news/de/headlines/economy/20180601STO04822/antidumpingspolitik-wie-die-eu-gegen-unfaire-handelspraktiken-vorgeht,(E.T.08.10.2023).)

A. Türkiye’de Gerçekleştirilen Önlemler

Önlem alınmasını gerektiren haller, dumpinge konu olan ithalatın Türkiye’de bir üretim dalında maddî zarara yol açması veya maddî zarar tehdidi oluşturması veya bir üretim dalının kurulmasını fizikî olarak geciktirmesidir.

Dampinge konu olan ithalattan; maddî zarar gördüğünü veya maddî zarar tehdidi altında bulunduğunu veya bu tür ithalatın bir üretim dalının kurulmasını fizikî olarak geciktirdiğini iddia eden üreticiler veya üretim dalı adına hareket eden gerçek veya tüzel kişi veya kuruluşlar dumpingin olup olmadığının incelenmesi ve buna karşı önlem alınmasını Ticaret Bakanlığından talep edebilirler.

GATT 1994’ün VI. Maddesini Uygulanmasına İlişkin Anlaşmanın 18’inci maddesi gereğince, her üye ülke DTÖ Anlaşması kendisi için yürürlüğe girdiği tarihten itibaren Antidumping Anlaşması da yürürlüğe girmiştir. Bu Anlaşmanın gerektirdiği doğrultuda üye olan her ülke kendi mevzuatını ve idari usullerini düzenlemekle ve gerekli tedbirleri almakla mükelleftir. Ancak fiyat karşılaştırması ve dumping marjının hesaplanma teknikleri Antidumping Anlaşmasında detaylı olarak düzenlenmediğinden ülkeler arasında uygulamalar farklı şekilde tezahür edebilmektedir.⁶⁷

Bir ülkenin kendi yerel pazarındaki yer alan işlemlerinde oluşan farklı uygulamalar yasal düzenlemelere uygun kabul edilebilmektedir, ancak başka bir ülkede bu uygulama diğer ülkelerin yasal düzenlemelerine aykırılık oluşturabilmekte, bu durum da haksız rekabetin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. DTÖ, ülkeler arasında yaşanan farklılıkların adaletsizliğe neden olmaması amacıyla fiyatların karşılaştırılması aşamasında her bir işlemi ayrı ele alarak, normal değer ve ihrac fiyatının karşılaştırılması zorunluluğunu getirmiştir.⁶⁸

Ülkeler, GATT ve DTÖ Kuruluş Anlaşması ile birlikte ayrıca kendi aralarında da ikili anlaşmalar yoluyla da antidumping önlemleri konusunu düzenlemeler yapmaktadır. Türkiye ile Avrupa Ekonomik Topluluğu arasında 23.11.1970 tarihli Avrupa Ekonomik Topluluğu ile Türkiye Arasında Ortaklık Kurulmasına Dair Anlaşmaya Katma Protokolü imzalanmıştır. Bu Protokol öz konusu ikili anlaşmalardan bir tanesini oluşturmaktadır. Söz konusu Protokole ayrıca Katma Protokol de denilmektedir ve anılan anlaşmanın 47’nci maddesine göre taraflar arasında dumping uygulanması halinde, bu uygulamaya son verilmesi amacıyla tavsiye niteliğinde düzenlemeleri kapsamaktadır.⁶⁹

İthalatta dumping ve sebep olduğu zarara karşı yerli üretimin korunması amacıyla yapılacak olan işlemler için Türkiye’de, 14.6.1989 tarihinde İthalatta

⁶⁷ Yaman, s.51.

⁶⁸ Yaman, s.52.

⁶⁹ Yaman, s.52.

Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun düzenlenmiştir. Bu Kanunun 2'nci maddesinin (a) bendine göre dampingin tanımı yapılmış ve bir malın Türkiye'ye ihraç fiyatının, benzer malın normal değerinin altında olmasını damping olarak kabul etmiştir. Aynı tanım 30.10.1999 tarihinde yayımlanan İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kararda da aynı şekilde düzenlenmiştir.

3577 sayılı Kanunun 8'inci maddesinde yer alan hükme göre dampinge konu olan ürünü ithal eden kişi ya da işletmeler anti damping vergisinin mükellefi olmaktadır. Ticaret Bakanlığı tarafından bu vergi tahsil edilmekte ya da gerekli durumlarda tedbir amaçlı teminata bağlanmaktadır.⁷⁰

B. Başvuru ve Soruşturma Aşaması

Dış ticarete haksız rekabetin önlenmesi için önlem alma görevi 3577/4412 Sayılı Kanun ile İthalat Genel Müdürlüğüne verilmiştir. Gerçek ya da tüzel kişiler veya kuruluşlar dampinge kaynaklı maddi zarar gördüğü veya zarar görme ihtimalinin bulunduğunu iddia etmesi halinde Ticaret Bakanlığı İthalat Genel Müdürlüğüne yazılı başvuru yapabilir ve inceleme başlatabilirler.⁷¹

Başvuru olmaksızın Genel Müdürlük re'sen de inceleme yapabilmektedir. Genel Müdürlüğün gerekli araştırmalarından sonra soruşturmanın açılıp açılmaması hususunu Kurula sunmaktadır. Soruşturmanın açılması sonrasında gerekli gördüğü önlemleri de Kurula sunabilmektedir. Yürütülen soruşturma sonucunda İthalatta Haksız Rekabeti Değerlendirme Kurulu tarafından geçici önlem, fiyat taahhüdü ya da dampinge karşı vergi uygulanması tedbir veya yaptırım kararları verilebilmektedir.⁷²

Kurul tarafından soruşturma sonucunda damping marjına göre belirlenen ve dampinge konu olan mala yönelik malın ithal edilmesi halinde malı ithal eden kişiden anti damping vergisi alınmaktadır.⁷³

Türkiye ithalatının yüzde 88'lik kısmı hammadde ve yatırım ürünlerinden oluşmaktadır.

Anti damping tedbirleri çerçevesinde 1995 yılından bu yana Dünya Ticaret Örgütü kurallarına uygun olarak Ağustos ayı itibarıyla toplam 204 tedbir alınmıştır.⁷⁴ Halihazırda 126 adet anti damping ve anti sübvansiyon tedbirleri yürürlükte yer almaktadır.

⁷⁰ Yaman, s.53.

⁷¹ 3577 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre.

⁷² Yaman, s.53.

⁷³ 3577 sayılı Kanunun 7'nci maddesine göre.

⁷⁴ <https://ticaret.gov.tr/haberler/ticaret-bakanligi-olarak-piyasa-bozucu-haksiz-ve-dampingli-ithalata-karsi-yerli-ureticilerimizin-yanindayiz> (01.10.2023).

Türkiye'ye yapılan ithalatın dört milyar dolarlık tutarı tedbirlere tabi olmaktadır. Hâlihazırda on bir ülke menşeli on iki ürün grubunda soruşturmalarımız devam etmektedir. Korunma tedbirleri kapsamında dokuz adet yürürlükte olup, bu tedbirler 2022 yılında yaklaşık 800 milyon dolarlık ithalata etkide bulunmuştur.⁷⁵

C. Avrupa Birliğinde Gerçekleştirilen Önlemler

Kasım 2017'de Avrupa Parlamentosu Üyeleri haksız ucuz ithalatla mücadele etmek için daha katı kurallar kabul etmiştir:⁷⁶ Dampinge karşı tedbirlere karar verirken, sosyal ve çevresel dumpingin etkileri de dikkate alınmaktadır. Avrupa Komisyonu ihracatçı ülkelerdeki durumu izlemeli. AB şirketleri şikâyetlerini iletirken bu raporları kullanabilir. Avrupa Parlamentosu Üyeleri, 2018 yılının Mayıs ayında, dumpingli veya sübvansiyonlu ithalatlarda daha yüksek tarifelere izin veren ek hükümleri kabul etmiştir:⁷⁷

- AB, dumpingli ve sübvansiyonlu ürünlere daha yüksek tarifeler uygulayabilecektir.
- Anti dumping davalarındaki soruşturmalar önemli ölçüde kısaltılacaktır.
- KOBİ'lere yönelik bir yardım masası şikâyetler ve soruşturmalarla ilgilenecektir. Uygulanacak tarifelerin araştırılması ve değerlendirilmesinde sendikalar yer alacaktır.
- Stoklamayı önlemek amacıyla, AB'ye giren tüm ürünler, soruşturmanın rapor edildiği andan fiilen başlayana kadar sıkı bir şekilde izlenecek ve kayıt altına alınacaktır.
- Kurallar, münhasır ekonomik bölgeleri (öncelikle enerji üretimi için kullanılan) kapsayacak şekilde genişletilecektir.

Her iki öneri de Konsey tarafından onaylandıktan ve AB Resmi Gazetesinde yayımlandıktan sonra yürürlüğe girmektedir.

1. Koşulları

Bir ürünün ithalatına anti dumping tedbirleri uygulanabilmesi için dört koşulun karşılanması gerekmektedir:

- Bir ürünün AB'ye ihraç fiyatı normal değerinin altındaysa ithalatın durdurulması gerekmektedir;

⁷⁵ <https://ticaret.gov.tr/haberler/ticaret-bakanligi-olarak-piyasa-bozucu-haksiz-ve-dampingli-ithalata-karsi-yerli-ureticilerimizin-yanindayiz> (01.10.2023).

⁷⁶ <https://www.europarl.europa.eu/news/de/headlines/economy/20180601STO04822/antidumping-politik-wie-die-eu-gegen-unfaire-handelspraktiken-vorgeht> (E.T.10.10.2023).

⁷⁷ <https://www.europarl.europa.eu/news/de/headlines/economy/20180601STO04822/antidumping-politik-wie-die-eu-gegen-unfaire-handelspraktiken-vorgeht>, (E.T.10.10.2023).

- Benzer ürünler üreten AB endüstrilerinde ciddi bir zarar meydana gelmesi gerekmektedir;
- Dampingli ithalat ile maddi zarar arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir;
- Anti dumping önlemi AB çıkarlarını ihlal etmemelidir - önlemler genel ekonomiye, ithalattan etkilenen sektöre sağlanan rahatlamadan daha fazla zarar vermemesi gerekmektedir.⁷⁸

2. Başvuru Süreci

AB'nin soruşturma başlatabilmesi için AB'li üreticilerin şikâyetinde bulunması gerekiyor. DTÖ kuralları uyarınca AB'nin, kendi sektörünün dampingli veya sübvansiyonlu ürünlerden zarar gördüğünü kanıtlaması gerekmektedir.⁷⁹

Anti dumping şikâyeti söz konusu ürünün AB üreticileri tarafından veya onlar adına doğrudan veya bir AB ülkesinin yetkilileri aracılığıyla Avrupa Komisyonuna yapılmaktadır. Sendikalar ayrıca şikâyetlerini AB sanayicileri ile birlikte sunabilir ve sürecin ilgili tarafları haline gelebilir. Özel durumlarda Komisyon, kendi inisiyatifiyle re'sen bir soruşturma da başlatabilir. Herhangi bir şikâyet, dampinge, zarara ve dampingli olduğu iddia edilen ithalat ile iddia edilen zarar arasında nedensellik bağına dair bir kanıt içermesi gerekmektedir.

Gizli ticari bilgileri korumak için şikâyetin iki versiyonu sunulmalıdır: gizli versiyon ve gizli olmayan versiyon. İlki yalnızca dava üzerinde doğrudan çalışan Komisyon çalışanlarına açıktır. Gizli olmayan versiyon, soruşturma açıldıktan sonra tüm ilgili tarafların erişimine açık olacaktır. Komisyon, soruşturma açılması için yeterli gerekçenin bulunup bulunmadığını tespit etmek amacıyla şikâyetinde yer alan delillerin doğruluğunu ve yeterliliğini incelemesi gerekmektedir. Bu inceleme, şikâyetinde bulunulduktan sonraki 45 gün içinde yapılması gerekmektedir.⁸⁰

3. Dampinge Karşı Soruşturmanın Yapılması

Komisyon soruşturma açmaya karar verdiğinde Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde bir bildirim yayınlamak zorundadır. Bilinen tüm üreticiler ve diğer

⁷⁸ [https://eur-lex.europa.eu/DE/legal-content/summary/anti-dumping-measures.html#:~:text=Ant idumpingma%C3%9Fnahmen%3A%20Ma%C3%9Fnahmen%20gegen%20die%20Einfuhren, die%20EU%2DHersteller%20bedeutend%20sch%C3%A4digen, \(E.T.22.10.2023\).](https://eur-lex.europa.eu/DE/legal-content/summary/anti-dumping-measures.html#:~:text=Ant idumpingma%C3%9Fnahmen%3A%20Ma%C3%9Fnahmen%20gegen%20die%20Einfuhren, die%20EU%2DHersteller%20bedeutend%20sch%C3%A4digen, (E.T.22.10.2023).)

⁷⁹ [https://eur-lex.europa.eu/DE/legal-content/summary/anti-dumping-measures.html#:~:text=Ant idumpingma%C3%9Fnahmen%3A%20Ma%C3%9Fnahmen%20gegen%20die%20Einfuhren, die%20EU%2DHersteller%20bedeutend%20sch%C3%A4digen, \(E.T.23.10.2023\).](https://eur-lex.europa.eu/DE/legal-content/summary/anti-dumping-measures.html#:~:text=Ant idumpingma%C3%9Fnahmen%3A%20Ma%C3%9Fnahmen%20gegen%20die%20Einfuhren, die%20EU%2DHersteller%20bedeutend%20sch%C3%A4digen, (E.T.23.10.2023).)

⁸⁰ [https://eur-lex.europa.eu/DE/legal-content/summary/anti-dumping-measures.html#:~:text=Ant idumpingma%C3%9Fnahmen%3A%20Ma%C3%9Fnahmen%20gegen%20die%20Einfuhren, die%20EU%2DHersteller%20bedeutend%20sch%C3%A4digen, \(E.T.23.10.2023\).](https://eur-lex.europa.eu/DE/legal-content/summary/anti-dumping-measures.html#:~:text=Ant idumpingma%C3%9Fnahmen%3A%20Ma%C3%9Fnahmen%20gegen%20die%20Einfuhren, die%20EU%2DHersteller%20bedeutend%20sch%C3%A4digen, (E.T.23.10.2023).)

ilgili taraflarla temasa geçer ve onlardan anketleri kesin bir süre içerisinde doldurmalarını ister. Potansiyel olarak ilgilenen çok sayıda taraf varsa Komisyon, soruşturmasını ekonomik operatörlerin (ihracatçı üreticiler, AB üreticileri, ithalatçılar, kullanıcılar) bir örneği temelinde yürütmeye karar verebilir. Asıl Yönetmelik 2016/1036 uyarınca, Komisyonun ön bulgularına dayanarak geçici tedbirler uygulayabilmesi için soruşturmaların dokuz ay sürmesi gerekmektedir.⁸¹

4. Dampingin Varlığının Belirlenmesi

Komisyonun, soruşturmasına dayanarak, dampingin gerçekleştiği kanaatine varması durumunda aşağıdaki durumlar meydana gelebilir. Söz konusu ürünün AB'ye ithalatı üzerine, genellikle aşağıdaki şekli alan anti dumping tedbirleri uygulanabilmektedir:

- Değer vergisi - söz konusu ürünün ithalat değerinin bir yüzdesi;
- Özellikli tarifeler - belirli miktardaki mal için sabit bir değer, örneğin B. Bir ürünün tonu başına 100 Euro; veya
- Fiyat taahhüdü: İhracatçının asgari ithalat fiyatlarına uyma yükümlülüğüdür.

Geçici tedbirler, Komisyon tarafından uygulanması halinde en fazla altı ay sürer. Bunu, beş yıl süreyle yürürlükte kalacak nihai tedbirler izleyebilmektedir. Vergiler AB'deki ithalatçı tarafından ödenir ve ilgili AB ülkelerinin ulusal gümrük makamları tarafından tahsil edilmektedir.

Yürürlükteki tedbirler belirli koşullar altında geçici inceleme olarak gözden geçirilebilmektedir. Bu incelemenin kapsamı genellikle orijinal önlemlerin bir veya daha fazla unsuruyla, örneğin, dumping ve/veya zarar düzeyi, ürünlerin hacmi, önlemlerin niteliği ile sınırlı kalmaktadır. Sona erme incelemesi, tedbirlerin sona ermesi halinde dumping ve maddi zararın devam edeceği veya tekrarlanabileceği sonucuna varmadığı sürece, tedbirlerin süresi beş yıl sonra sona erecektir.

İthalatçılar vergilerin ödenmesine esas olan dumping marjının ortadan kaldırıldığını veya azaltıldığını kanıtlamaları halinde, ödemiş oldukları vergilerin tamamının veya bir kısmının iadesini talep edebilirler.

Genel kurul toplantısında onaylanan yeni kurallara göre AB, üçüncü ülkelerden yapılan dumpingli ithalatlara daha yüksek tarifeler uygulayabilmektedir.⁸²

⁸¹ [https://eur-lex.europa.eu/DE/legal-content/summary/anti-dumping-measures.html#:~:text=Antidumpingma%C3%9Fnahmen%3A%20Ma%C3%9Fnahmen%20gegen%20die%20Einfuhren,die%20EU%2DHersteller%20bedeutend%20sch%C3%A4digen,\(E.T.23.10.2023\).](https://eur-lex.europa.eu/DE/legal-content/summary/anti-dumping-measures.html#:~:text=Antidumpingma%C3%9Fnahmen%3A%20Ma%C3%9Fnahmen%20gegen%20die%20Einfuhren,die%20EU%2DHersteller%20bedeutend%20sch%C3%A4digen,(E.T.23.10.2023).)

⁸² [https://www.europarl.europa.eu/news/de/headlines/economy/20180530STO04606/antidumping-ein-modernes-mittel-unfairen-handelspraktiken-zu-begegnen,\(E.T.10.10.2023\).](https://www.europarl.europa.eu/news/de/headlines/economy/20180530STO04606/antidumping-ein-modernes-mittel-unfairen-handelspraktiken-zu-begegnen,(E.T.10.10.2023).)

Yeni yasayla AB, dumpingli ve sübvansiyonlu ithalata karşı kendisini daha iyi koruyabilecektir. Düzenlemelerin aynı zamanda anti dumping davalarındaki soruşturmaların kısaltılmasına yardımcı olması da amaçlanmaktadır. Ayrıca küçük ve orta ölçekli işletmelere (KOBİ) yönelik bir yardım masası da kurulacaktır.

Yardım Masası, küçük ve orta ölçekli şirketlerin adil olmayan ticaret uygulamalarına karşı şikâyetle bulunmalarına yardımcı olmayı amaçlamaktadır. Bugün çoğunlukla çok uluslu şirketler olmak üzere büyük şirketlerin, öncelikle dumpingli veya sübvansiyonlu mallardan kaynaklanan rekabeti önlemek için anti dumping kurallarını kullanılmaktadır. Bu nedenle KOBİ'lerin bu karmaşık araçları anlamalarına ve uygulamalarına yardımcı olacak destek oluşturmak önem arz etmektedir.

5. Haksız Ticaret Uygulamalarına Karşı Anti Damping Kuralları

Avrupa Parlamentosu üyeleri, Avrupa endüstrilerini ve istihdamını ucuz ithalattan korumak için daha sert anti dumping düzenlemeleri istediği ileri sürülmektedir.⁸³

Bazen AB pazarına girmek isteyen yabancı şirketler ürünlerini anormal derecede düşük fiyatlara satmaktadır. Bu fiyatlar ihracatçı ülkenin iç piyasasındaki fiyatlardan daha düşüktür. Bu dumping Avrupalı üreticilere zarar verdiği ifade edilmektedir. Damping fiyatları, ihracatçı ülkedeki rekabet eksikliğinin, üretim sürecine güçlü hükümet müdahalesinin veya uluslararası çalışma ve çevre standartlarının göz ardı edilmesinin bir sonucu olabilir.

AB, dumpingli ithalata karşı koymak için anti dumping vergileri uygulayabilmektedir. Bu kapsamda 20 Haziran'da Uluslararası Ticaret Komitesi, bu tarifelerin ne zaman ve nasıl uygulanabileceğine ilişkin kuralların gözden geçirilmesi yönünde karar almıştır. Amaç, uluslararası ticaretin gerçeklerini (Çin ile dünyanın geri kalanı arasındaki ticarete ilişkin DTÖ düzenlemeleri dahil) daha iyi hesaba katılmasının sağlanmasıdır.⁸⁴

Avrupa Parlamentosu üyeleri, daha sonra AB Parlamentosu tarafından onaylanması gereken nihai bir metin üzerinde anlaşmaya varmak için Bakanlar Konseyi ve Komisyon ile kurumlar arası müzakerelere başlamıştır. Çin, AB'nin ABD'den sonra ikinci büyük ticaret ortağıdır. AB, Çin'in en büyük ticaret ortağıdır. Bu ticaret ortaklığının iyi yönlerinin yanında tehlike arz edecek yönleri de

⁸³ <https://www.europarl.europa.eu/news/de/headlines/world/20170616STO77646/antidumping-regeln-der-eu-schutz-gegen-unlautere-handelspraktiken>, (E.T.20.10.2023).
https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/595905/EPRS_BRI%282017%29595905_EN.pdf, (E.T.15.10.2023).

⁸⁴ Timothy Meyer, Free Trade, Fair Trade, And Selective Enforcement, Columbia Law Review, Vol.118, No.2 (March 2018), pp. 491-566.

bulunmaktadır. Bu kapsamda üçüncü ülkelerden piyasayı bozucu çelik ithalatına karşı 40'tan fazla AB anti dumping ve anti sübvansiyon önlemi mevcuttur (en yüksek rakam Çin'den yapılan ithalatla ilgilidir).⁸⁵

Avrupa Birliği tarafından çelik ürünlerine ilişkin verilen koruma tedbiri bulunmaktadır. Komisyon, 2019 yılında belirli çelik ürünleri için üç yıllık bir koruma tedbiri uygulamaya koymuştur. Bu koruyucu tedbir 30 Haziran 2024'e kadar uzatılmıştır. Koruma önlemi kapsamında belirlenen tarife kotalarının aşılması durumunda, aynı ithalata hem kota dışı vergi hem de anti dumping vergisi uygulanacaktır.⁸⁶

Koruma önlemleriyle birleştirilen anti dumping önlemlerinin ticaret üzerinde istenenden daha büyük bir etkiye sahip olabileceği göz önüne alındığında Komisyon, anti dumping vergisi ile kota dışı vergi oranının eş zamanlı uygulanmasını 2024 yılına kadar engellemeye karar vermiştir.⁸⁷

Avrupa Komisyonu, L 309/8 Resmi Gazetesinde yayınlanan 1 Eylül 2021 tarih ve (AB) 2021/1432 sayılı Uygulama Tüzüğü ile, Çin Halk Cumhuriyeti menşeli alaşımlı çelik (PSC telleri ve şeritleri) bazı ön ve arka gergili tel ve teller ithalatında kalıcı anti dumping vergileri belirlemiştir.⁸⁸

1 Eylül 2021'de Avrupa Komisyonu, Çin Halk Cumhuriyeti menşeli PSC tel ve tellerine anti dumping vergisi uygulamaya karar vermiştir. Düzenleme 4 Eylül 2021'den bu yana yürürlükte ve uzun yıllar süren araştırma ve incelemelerin sonuçlarına göre artık nihai hale gelecektir. Ayrıca Avrupa Komisyonu, Çin Halk Cumhuriyeti tarafından ithal edilen demir veya çelik bağlantı elemanlarına yönelik 18 Ekim 2023 tarihinde yeni ihracatçı üreticilere uygulanan muamele incelemesi başlatmıştır.⁸⁹

Yalnızca TARIC kodlu ürünler: 7217109010, 7217209010, 7312106191, 7312106591 ve 7312106991 anti dumping vergilerine tabidir. Geçerli bir ticari fatura ile kanıtlanması gereken bazı şirketler için bireysel vergi oranları uygulanmakta, diğerleri için veya kanıtın eksik olması durumunda %46,20 oranında anti dumping vergisi uygulanmaktadır.⁹⁰

⁸⁵ François Godement, China's Market Economy Status and the European Interest, European Council on Foreign Relations, Jun. 1, 2016, s.9.

⁸⁶ <https://www.hza-seminare.de/zoll-news/415/einfuhr-dauerhafte-antidumpingzoelle-auf-bestimmte-waren-aus-china>, (E.T.01.01.2023).

⁸⁷ <https://www.hza-seminare.de/zoll-news/415/einfuhr-dauerhafte-antidumpingzoelle-auf-bestimmte-waren-aus-china>, (E.T.01.01.2023).

⁸⁸ <https://www.hza-seminare.de/zoll-news/415/einfuhr-dauerhafte-antidumpingzoelle-auf-bestimmte-waren-aus-china>, (E.T.01.01.2023).

⁸⁹ <https://tron.trade.ec.europa.eu/investigations/ongoing>, (E.T.19.09.2023).

⁹⁰ <https://www.hza-seminare.de/zoll-news/415/einfuhr-dauerhafte-antidumpingzoelle-auf-bestimmte-waren-aus-china>

Sonuç

Damping soruşturmaları sayısının sübvansiyon soruşturmaları ve korunma önlemlerinden daha fazla uygulandığı görülmektedir. Demir ve çelik ürünleri, özellikle Çin Halk Cumhuriyetinden ithal edilenler olmak üzere damping soruşturmalarına en çok maruz kalan ürünler olmuş ve bu ürünlere anti dumping vergileri uygulanmıştır. Yine Avrupa Birliği açısından bakıldığında demir ve çelik ürünleri orada da damping soruşturmalarına tabi olmaktadır. Demir ve çelik ürünleri piyasasına bakıldığında Çin Halk Cumhuriyeti neredeyse bu pazarda en önemli aktör konumundadır ve ürünlerini ihraç ederken diğer ülkelerin piyasasını bozma girişimlerini de amaçlamakta, ancak bu girişimler soruşturmalar ile engellenmeye çalışılmaktadır.

Damping soruşturmaları ülkemizde ithal konusunu olan malların piyasaya girişinde pazarı olumsuz etkilemesi durumunda açılmaktadır. Soruşturmanın açılabilmesi için zararın varlığı büyük önem arz eder. Bu kapsamda soruşturmalar yürütülürken ithalatın engellenmesi amaçlanmamalı, aksine piyasanın etkin bir şekilde işlerliğinin rekabet hükümleri kapsamında işlerliğinin sürdürülmesi amaçlanmalıdır. Bu kapsamda ithal edilecek ürün için menşe ülke ve üretici veya ihracatçı işletmenin de önemi bulunmaktadır.

Ayrıca alınması gereken ama alınmamış olan antidumping vergisinin tespiti durumunda vergi ile vergi farkının üç katı kadar bir idari yaptırım ile karşı karşıya kalınacağı da aşikârdır. Yine son zamanlarda ek önlem olarak konulan menşe belgelerinin önemi iyice artmıştır. Bu bağlamda ithalatı gerçekleştiren işletmelerin ithalat yapılan ülkeden menşe belgelerini temin etmesi ve bunları beyan etmesi ithalat işlemlerinin uygulanması sırasında kendilerine işlem ve vergi kolaylığı sağlamalarına neden olacaktır.

Kaynakça

- Ayşenur Yaman, Türkiye'nin Uluslararası Ticarete Karşılaştığı Damping Sorunu ve Anti-Damping Vergisi Uygulamaları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.
- François Godement, China's Market Economy Status and the European Interest, European Council on Foreign Relations, Jun. 1, 2016.
- Hülya, Göktepe, İthalatta Haksız Rekabet ve Türkiye'de Anti-damping Uygulamaları, Uluslararası Ticaret II, International Conference on Eurasian Economies, Session 4C, 2015, s.445-454.
- Hanife Dirikkan, Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Damping ve Antidamping Önlemler, İzmir 1996.
- Hüseyin Aydın, Türk Ticaret Kanununda Haksız Rekabet Suçları, Ankara 2008.
- Jacob Viner, Dumping as a Method of Competition in International Trade, The University Journal of Business, Vol.1, No.1 (Nov., 1922), pp. 34-53.
- M. Feyzal Yıldız, Avrupa Topluluğu ve Türk Mevzuatında Anti-Damping Uygulamalar, İstanbul 1998.
- Murat Ozan BAŞKOL, İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesinde Anti-Damping Soruşturmalarının Etkinliği, Ekonomi Bilimleri Dergisi Cilt 2, Sayı 1, 2010.
- Nurdan Aslan/Ayşenur Yaman, Türkiye'nin Uluslararası Ticarete Uyguladığı ve Karşılaştığı Anti-Damping Vergileri Üzerine Bir İnceleme, İstanbul Gelişim Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 7 (2), Ekim 2020, s.238-256.
- Onur Elele, Uluslararası Ticarete Damping ve Antidamping, Ankara 2008.
- Rıza Ayhan/Hayrettin Çağlar/Mehmet Özdamar, Ticari İşletme Hukuku, 12. Bası, Ankara 2019.
- Reha Poroy/Hamdi Yasaman, Ticari İşletme Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2018.
- Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2023.
- Timothy Meyer, Free Trade, Fair Trade, And Selective Enforcement, Columbia Law Review, Vol.118, No.2 (March 2018), pp. 491-566.
- Ünal Tekinalp, Anti-Damping ve Anti-Sübvansiyon Hukukunun Ana ilkeleri, Domaniç'e Armağan, İstanbul, 1995.

İnternet Kaynakları

- <https://www.rekabet.gov.tr>
- <https://www.tbmm.gov.tr>
- <https://www.resmigazete.gov.tr>
- <https://www.mevzuat.gov.tr>
- <https://www.jstor.org>
- <https://www.it-business.de>

<https://www.hza-seminare.de>.

<https://tron.trade.ec.europa.eu>.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content>.

<https://www.europarl.europa.eu>.

<https://www.wto.org>.

<https://www.zoll.de>.

<https://www.wko.at>.

Akreditif Sözleşmesinin Hukukî Mahiyeti

Legal Nature of the Letter of Credit Agreement

Av. Sevin KAVAK ^(*)

Öz:

Uluslararası satış işlemlerinde, tarafların farklı kanun ve düzenlemelerinin olduğu ülkelerde bulunmasından ötürü, değişik ödeme yöntemlerinden yararlandığı görülmektedir. Bunlar genel olarak; peşin ödeme, mal mukabili ödeme, vesaik mukabili ödeme, akreditifli ödeme ya da kabul kredili ödeme şeklinde karşımıza çıkmaktadır⁽¹⁾.

Bu bağlamdan olmak üzere akreditif, satış sözleşmesi akdeden tarafların ihtiyaçlarını karşılayabilmek için uygulamadan ortaya çıkan ve günümüzde sıkça başvurulan bir ödeme yöntemidir. Öyle ki uzun bir geçmişe sahip olan akreditif kavramı İngiliz yargıçlar tarafından "uluslararası ticaretin can damarı" olarak ifade edilmiştir⁽²⁾. Ödemenin akreditifle yapılmasının, alıcı ve satıcının çıkarlarını ortak noktada buluşturduğu ve böylece her iki tarafa da kolaylık sağladığı kabul edilmektedir⁽³⁾.

Bu makalede, akreditif hakkında temel bilgiler verilmiş, akreditifin tanımı ve akreditif ilişkisinin kurulması incelenmiştir. Akreditif şartı ve akreditif sözleşmesi açıklanarak doktrinde akreditif sözleşmesinin hukukî mahiyeti hakkındaki görüşlere değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler:

Akreditif, Üç Köşeli İlişki, Uluslararası Satış İşlemleri, Ödeme Yöntemi, Akreditif Sözleşmesi.

Abstract:

In international sales transactions, it is seen that the parties benefit from different payment methods since they are located in countries with different laws and regulations. These are generally; cash payment, payment against goods, payment against documents, payment by letter of credit or payment by acceptance credit.

In this context, letter of credit; is a payment method that emerged from the practice and is frequently used today in order to meet the needs of the parties concluding a sales contract. The concept of letter of credit, which has a long history, was expressed as the "lifeblood of international trade" by British judges. It is accepted that payment by letter of credit brings the interests of the buyer and seller together and thus provides convenience for both parties.

^(*) Başkent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, Ankara - Türkiye,

E-posta: av.sevinkavak@gmail.com; Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-9779-8607>.

Makale Geliş Tarihi: 19.11.2023 - Makale Kabul Tarihi: 11.12.2023.

⁽¹⁾ Ahmet Ağsagal/Mustafa Kenan Erkan, "Türkiye'de Dış Ticarete Ödeme Şekilleri ve Faiz Oranları", (Uluslararası Yönetim İktisat ve İşletme Dergisi, Y.2016, ICAFR 16 Özel Sayısı, s.581-588), s.582. Dergi Park Blog, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1125603>, (E.T.05.11.2023).

⁽²⁾ Carole Murray/David Holloway/Daren Timson-Hunt/Leo D'Arcy/Clive M. Schmitthoff, Export Trade - The Law and Practice of International Trade, 10th ed., London, 2000, s.166.

⁽³⁾ Karl Nickerson Llewellyn, "Some Advantages of Letters of Credits", (Journal of Business of the University of Chicago, Vol.2, No.1, 1929, s.1-16.), s.3.

In this article, basic information about the letter of credit is given, the definition of the letter of credit and the establishment of the letter of credit relationship are examined. The letter of credit condition and the letter of credit contract are explained and the opinions about the legal nature of the letter of credit contract in the doctrine are mentioned.

Keywords:

Letter of Credit, Three-Corner Relationship, International Sales Transactions, Payment Method, Letter of Credit Agreement.

Giriş

Akreditif; birden çok kişiyi ilgilendiren, içerisinde farklı hukukî ilişkiler barındıran ve bunların akreditife temel teşkil eden işleminden bağımsız olduğu, sözleşmeye dayalı bir hukukî ilişkidir.¹

Akreditif, temel ilişkide alıcı ile satıcı arasında akdedilen sözleşmeye göre, borcun ifa edilebilmesi amacıyla belirlenen bir ödeme vasıtasıdır. Akreditif ilişkisi birden çok kişiyi ilgilendirmektedir.² Bu doğrultuda temel ilişkinin alıcısı (amir) ile satıcısının (lehtar) yapmış olduğu ifa anlaşmasına göre bedelin akreditif ile ödeneceği kararlaştırıldığında bu ilişkiye bankalar da dâhil olmaktadır. Bu nedenle akreditif birden çok kişiyi ilgilendirdiğinden üç köşeli bir ilişki olarak kabul edilmektedir.³

Akreditifler, ticarî anlaşmaların taraflarını korumak için bağımsız bir ödeme güvencesi olarak bankanın kredisini sağlayarak piyasa işlemlerini kolaylaştırmak için kullanılmaktadır.⁴ Ayrıca akreditifin satılacak malların üretilmesine veya elde edilmesine olanak tanıyan bir finansman mekanizması olduğu da ifade edilmektedir.⁵

Akreditif, banka aracılığı ile yürütülen bir işlemdir. Bu nedenle de akreditif bir ödeme vasıtası olarak kabul görmektedir.⁶ Temel ilişkinin tarafları arasında ifa anlaşması yapıldığında ve ödemenin akreditif yoluyla gerçekleştirileceği kabul edildiğinde temel ilişkinin alıcısı, bankasına müracaat ederek akreditif sözleşmesi yapmaktadır. Satıcı ise, akreditifte belirlenen koşulları gerçekleştirdiği ve ilgili belgeleri bankaya usulüne uygun şekilde ibraz ettiği anda kendisine ödeme yapılmasını talep etmektedir.⁷

¹ Ünal Tekinalp, *Banka Hukukunun Esasları*, b.2, İstanbul 2009, s.603; Arslan Kaya, *Belgeli Akreditifte Lehdarın Hukukî Durumu*, İstanbul 1995, s.32.

² Mehmet Bahtiyar, "Akreditif ve Milletlerarası Özel Hukukta Doğurduğu Sorunlar", (BATİDER, C.15, S.3, 1990, s.71-88), s.74.

³ Vahit Doğan, *Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif*, 4. Baskı, Ankara 2016, s.54, Bahtiyar, s.74, Kaya, s.9, Seza Reisoğlu, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Akreditif*, 2. Baskı, Ankara 2009, s.21.

⁴ Bahtiyar, s.73.

⁵ Christopher Leon, "Letters of Credit: a Primer", (Maryland Law Review, Vol.45, I.2, s.432-464), s.432, <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol45/iss2/8>, (E.T.12.10.2023).

⁶ Doğan, s.20; Kaya, s.32.

⁷ Gözde Engin Günay, *Türk Hukukunda Akreditif*, İstanbul 2014, s.26.

Akreditifin en önemli özelliklerinden biri, güvenilirliği yani ödeme hususunda bir güvence sağlamasıdır.⁸ Bu nedenle, başka türlü bir ödeme yöntemini tercih ederken tereddüt edebilecek taraflar, temel ilişkiden bağımsız bir taahhüde güvenebilecekleri ve böylece olası riskleri daha doğru bir şekilde değerlendirebilecekleri için akreditife katılmaya teşvik edilmektedir.⁹

Akreditif, temelde alıcı ile satıcı arasında akdedilen sözleşmeden bağımsızdır.¹⁰ Nitekim temel ilişkinin herhangi bir şekilde sona ermesi, akreditifin geçerliliğini etkilemeyecektir.¹¹ Dolayısıyla lehtar lehine akreditifin açılması, borçlunun borcunu ifa ettiği anlamına gelmemektedir. Bu nedenle akreditifle ödeme, temel ilişkiden bağımsız bir taahhüt içermektedir.¹² Bu kapsamda günümüzde uygulanan akreditif, temel ilişkiden bağımsız olduğundan gerekli koşullar sağlandığında ödemeyi garanti etmekte ve altta yatan işlemi kolaylaştırmaktadır.

Akreditif, birden fazla hukukî ilişkinin birleşiminden oluşmaktadır.¹³ Temel ilişkide amir ve lehtar arasında bir satış sözleşmesi akdedilmekte ve ödemenin akreditif ile yapılacağı kararlaştırılmaktadır. Bu noktada, amir ve lehtarın ödeme vasıtası olarak akreditifi belirlenmesiyle taraflar arasında ifa anlaşması yapılmış olmaktadır.¹⁴ Belirtmek gerekir ki amir ve lehtar ifa anlaşmasını temel sözleşmeye ek bir madde koyarak yapabileceği gibi ayrı bir sözleşme olarak da akdedebilirler.

İfa anlaşmasından sonra amir, bankasına müracaat ederek lehtar lehine akreditif açılmasını talep etmektedir. Amirin bu talebi banka tarafından kabul gördükten sonra, banka ile amir arasında akreditif sözleşmesi imzalanmaktadır. Görülüyor ki akreditif ilişkisi temelde sözleşmesel ilişkilere dayanmaktadır. Burada önemli olan husus bahsi geçen ilişkilerin ve sözleşmelerin birbirinden bağımsız olmasıdır.¹⁵ Bunun sonucu olarak da bankalar temel ilişkiden bağımsız hareket etmektedir.¹⁶

Amir ve lehtar arasındaki temel sözleşmede amirin; malın bedeli tutarında, bankası ile akreditif sözleşmesi yapmayı kabul etmesine akreditif şartı denmek-

⁸ Bahtiyar, s.74. Doğan, s.21.

⁹ Rufus James Trimble, "The Law Merchant and the Letter of Credit", (Harvard Law Review, 1948, Vol.61, No.6, s.981-1008), s.985; Norman Miller, "Problems and Patterns of the Letter of Credit", (University of Illinois Law Forum, 1959, 162-201.), s.166.

¹⁰ Reisoğlu, s.26.

¹¹ Sevgi Bozkurt, Akreditifin Uygulanması, Ankara 2006, s.5.

¹² Tekinalp, s.620; Xiang Gao, "The Identity of the Fraudulent Party Under the Fraud Rule in the Law of Letters of Credit", (University of New South Wales Law Journal, 2001, UNSWLAWJl 14, s.119-141), s.121, <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLawJl/2001/14.html>, (E.T.26.03.2023).

¹³ Reisoğlu, s.26.

¹⁴ Kaya, s.35.

¹⁵ Reisoğlu, s.26.

¹⁶ Aydın Zevkililer/Kadir Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. B., Ankara 2013, s.658.

tedir.¹⁷ Bahsi geçen şart temel sözleşmede yer alabileceği gibi ayrı bir sözleşme ile de yapılabilmektedir.¹⁸ Akreditif sözleşmesi ve şartına ilişkin detaylar makalenin ilgili bölümünde detaylı olarak açıklanacaktır.¹⁹

Akreditif şartında belirtilen belgelerin lehtar tarafından usulüne uygun şekilde ibrazı üzerine; lehtara ödeme yapmayı taahhüt eden bir akreditif düzenlenmektedir. Lehtar, yükümlülüklerini yerine getirir ve akreditif şartına uygun belgeleri sunarsa banka ödemeyi yapacaktır. Dolayısıyla tüm bu açıklananlar doğrultusunda taraflar arasındaki ilişkilerin sözleşmeye dayandığı görülmektedir.

I. Akreditifin Tanımı

Bir satış sözleşmesinde satıcı ile alıcı, ödemenin akreditif ile yapılacağını kararlaştırdığında, alıcı yani akreditif ilişkisinin amiri, bankaya başvurarak satıcı yani akreditif ilişkisindeki lehtar lehine bir akreditif açılmasını bankasından talep etmektedir.²⁰ Dolayısıyla akreditif üç köşeli bir ilişki olmakla beraber, bir bankanın müşterisi adına hareket ettiği ve lehtar tarafından malların teslim edildiğini kanıtlayan belgelerin ibrazı karşılığında ödeme yapılmasının garanti edildiği bir ilişkidir.²¹

Akreditif ilişkisinin kurulması makalenin ilerleyen bölümlerde detaylı olarak açıklanacaktır.²² Ancak akreditif felsefesine burada da kısaca değineceğiz. Öncelikle bir satış sözleşmesi kurulduğunda, taraflar ödemenin akreditif ile yapılacağına karar verdiklerinde aralarında bir ifa anlaşması yapmaktadır. Bu ifa anlaşmasına dayanarak alıcı (amir), bankasına başvurarak satıcı (lehtar) lehine bir akreditif açılmasını talep etmektedir.²³ Bu noktada ilgili talebi kabul eden banka ile amir arasında bir akreditif sözleşmesi akdedilmektedir. Bu sözleşme uyarınca lehtar, akreditif şartında belirlenen belgeleri usulüne uygun şekilde bankaya ibraz ettiğinde kendisine ödeme yapılmasını talep edebilmektedir.²⁴ Lehtarın ibraz ettiği belgelerin akreditif şartına uygun bulunması halinde ise; banka, akreditifte belirlenen tutarı satıcıya ödemekle yükümlüdür.²⁵ Her ne kadar lehtar, amir ile ifa

¹⁷ Bozkurt, s.95; Tekinalp, s.434; Kaya, s.34; Erdoğan Göger, Akreditif Muamelesi ve Hukuki Niteliği, 2. Bası, Ankara 1980, s.62.

¹⁸ Bozkurt, s.95; Michael Brindle/Raymond Cox, Law of Payments, Second Edition, London 1991, s.552.

¹⁹ Bkz. Akreditif Sözleşmesi.

²⁰ Brindle/Cox, s.531.

²¹ John F. Dolan, "The Law of Letters of Credit", (Wayne State University Law School Legal Studies Research Paper Series, 2007, 4th ed., No.07-36), s. 22, <https://ssrn.com/abstract=1020705>, (E.T.03.06.2023).

²² Bkz. Akreditif İlişkisinin Kurulması.

²³ Doğan, s.182.

²⁴ Kaya, s.53; Doğan, s.195.

²⁵ Doğan, s.205; İhsan Erdoğan, Akreditif Sözleşmeleri, Ankara 2000, s.122.

anlaşması yapmış olsa da amirin bankası ile yapmış olduğu akreditif sözleşmesine taraf değildir. Dolayısıyla lehtar ile banka arasında herhangi bir sözleşme mevcut olmayıp; ancak aralarında bir hukukî ilişki olduğundan bahsedilebilmektedir. Bu nedenden ötürü akreditif ilişkisi birden fazla kişiyi ilgilendirdiğinden üç köşeli olarak kabul edilmektedir.²⁶

Akreditifin temel özelliklerinden biri akreditifin bağımsız olmasıdır.²⁷ Bahsi geçen bağımsızlığa göre akreditif; taraflar arasında akdedilen satış sözleşmesinden ya da ilgili diğer işlemlerden ayrı ve bağımsız niteliktedir. Diğer bir deyişle, satıcı tarafından ibraz edilen belgeler; akreditif sözleşmesinde yer alan şartlara uygun olduğu sürece banka, alıcı ile satıcı arasındaki temel sözleşmeye ilişkin herhangi bir ihtilafı dikkate almaksızın satıcıya ödemeyi yapacaktır. Dolayısıyla bankalar yalnızca belgelerle ilgilenirken, akreditife temel teşkil eden esas sözleşmenin ifası ile ilgilenmezler.²⁸ Başka bir ifadeyle akreditifin temel mantığı, satış sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir soruna bakılmaksızın lehtara güvenli ve hızlı bir ödeme sunulmasıdır.²⁹

Akreditifin diğer bir özelliği ise akreditif türlerine göre farklılık arz etmesine karşın, belgelere sıkı sıkıya bağlı olmasıdır.³⁰ Buna göre lehtarın akreditifte belirlenen belge gerekliliklerine muhakkak uyması gerekmektedir. Özetle, akreditifin bir dokümantasyon özelliği vardır ve akreditifin yukarıda açıklanan iki temel kuralı uluslararası ticarete akreditifin verimli bir şekilde işlemlerini sağlamaktadır.³¹

Uluslararası ticarî hayatın ihtiyaçlarını karşılamak ve riskleri en aza indirmek amacıyla uygulama alanı bulan akreditif, sözleşmeye dayalı bir ödeme aracıdır.³² Akreditifin bu özelliği ile hem ödeme aracı hem de teminat aracı olduğu söylenmektedir.³³ Mesafeli satışlarda, taraflar arasında ortaya çıkan güven problemlerini en aza indirebilmek amacıyla ortaya çıkan akreditif, zamanla daha da

²⁶ Shuchih Ernest Chang/Hueimin Louis Luo/YiChian Chen, "Blockchain-Enabled Trade Finance Innovation: A Potential Paradigm Shift on Using Letter of Credit", (Graduate Institute of Technology Management, National Chung Hsing University, 2019, s.1-16), s.6; Doğan, s.69.

²⁷ Xiang Gao/Ross P. Buckley, "The Unique Jurisprudence of Letters of Credit: Its Origin and Sources", (San Diego International Law Journal Vol.4, 2003, s.91-125.), s.119; Bozkurt, s.5; Sibel Özel, Yargıtay Kararları Eşliğinde Akreditif ve Hukukî Niteliği, İstanbul 1991, s.16; Reisoğlu, s.63.

²⁸ Brindle/Cox, s.535.

²⁹ Yan Hao/Ling Xiao, "Risk Analysis of Letter of Credit -Based on Principles of 'Independence' and 'Strict Compliance'", (International Journal of Business and Social Science Vol.4 No.9, 2013, s.199-209), s. 200.

³⁰ ABK m.4, Reisoğlu, s.67.

³¹ Friedrich Schwank, "New Trends in International Bank Guarantees", (Int. Bank. L. 1987, 6(3), 35-40.), s.37-38.

³² Reisoğlu, s.65. Bozkurt, s.5; Özel, s.16; Doğan, s.70.

³³ George P. Graham, "International Commercial Letter of Credit and Choice of Law: so Whose Law Should Apply Anyway ?" (Wayne Law Review, 47, 2001-2002, s.201-230.), s.204.

fazla uygulama alanı bulmuştur.³⁴ Zira akreditif, uluslararası ticarî ilişkilerde alıcı ile satıcının sözleşmeden doğan yükümlülüklerini eksiksiz ve hukuka uygun olacak şekilde yerine getirme hususlarına hizmet etmektedir. Mal satışı konu alan sözleşmelerde, malları temsil eden belgelerin teslimi neticesinde ödemenin yapılacak olması hem alıcı hem de satıcı açısından riskleri önemli ölçüde bertaraf etmektedir.³⁵ Ayrıca, akreditif ile satıcı sözleşmeye konu olan malları temsil eden belgeleri ibraz ettiğinde, taraflarca kararlaştırılan bedeli alacağını; alıcı ise, bahsi geçen belgelerin sözleşmeye uygun şekilde ibraz edilmesini takiben satıcıya ödeme yapılacağını bilmektedir.

Akreditifin ülke içi ticarî ilişkilerde de kullanılması konusunda herhangi bir engel bulunmamasına karşın, ülke içinde pek tercih edilen bir ödeme yöntemi olmadığı ifade edilmektedir.³⁶ Bunun nedeni ise diğer ödeme yöntemlerine göre daha pahalı olmasıdır.³⁷ Nitekim taraflarca akreditifle ödeme yapılacağı konusunda anlaşmaya varıldıktan sonra akreditif ilişkisine bankalar da dâhil olmaktadır. Bankalar yaptıkları işlemler nedeniyle komisyon aldığından, bu komisyonlar da akreditifi diğer ödeme yöntemlerine kıyasla daha masraflı kılmaktadır. Bahsi geçen komisyonlar ise, akreditifin çeşitlerine ve süresine göre değişkenlik göstermektedir.³⁸

Hukukî ve iktisadî açıdan farklı tanımlara tâbi tutulan akreditif, pozitif düzenlemeler dışında bırakılmıştır. Bu nedenle akreditifin tanımı konusunda görüş birliği olduğunu söylemek oldukça güçtür. Bir görüşe göre³⁹ akreditif, *“akreditifi açtıran kişi tarafından verilen talimatlar neticesinde muhatabın ilgili süreler içerisinde ve şartlara uygun olarak belgelerin ibrazı karşılığında ödemeyi talep etmesi”* özellikleri gereği bir tür *“havale”* olarak kabul edilmekteyken; başka bir görüşe göre,⁴⁰ *“alıcının, alım-satım akdinde öngörülen özel bir anlaşmaya uyarak, muayyen bazı vesikaların teslimi mukabilinde semenin kendi hesabına satıcıya tediyesi için bankaya verilen teminatı”*.

³⁴ Özel, s.11-13.

³⁵ Doğan, s.1.

³⁶ Christian von Bar, Kollisionsrechtliche Aspekte der Vereinbarung und Inanspruchnahme von Dokumentenakkreditiven, ZHR 152, 1988, s.38. (naklen Doğan, s.3).

³⁷ Utku Utkulu/İsmail Aydemir/Ahmet Özken/Mutlu Yılmaz, Türkiye’de Dış Ticaret İşlemleri ve Uygulaması, 4.Baskı, Ankara 2013, s.56; Doğan, s.3.

³⁸ Türkiye Finans Bankası 2023 yılı için; Ticari/Kurumsal müşteriler için Sight akreditiflerde %0.05 flat komisyon (işlem başına ez az 150 USD tahsil edilmektedir), vadeli akreditiflerde yıllık %0.5 komisyon, Kobi/İşletme müşteriler için Sight akreditiflerde %0.25 flat komisyon (işlem başına en az 150 USD tahsil edilmektedir), vadeli akreditiflerde yıllık %0.75 komisyon uygulamaktadır. <https://www.turkiyefinans.com.tr/tr-tr/kobi/seyor-ve-urun-paketleri/sayfalar/dis-ticaret-finans-paketi.aspx>, (E.T.02.10.2023).

³⁹ Tekinalp, s.552; Osman Tolun, “Akreditifin Hukuki Mahiyeti”, (Adalet Dergisi, Y.48, S.1, 1957, s.266-280), s.271.

⁴⁰ Bedi Eğilmezler, “Akreditif”, (Adalet Dergisi, Sy.1, 1965, s.626-643), s.627.

Bu konudaki bir diğer görüşe göre⁴¹ ise akreditif, “emri verenin nam ve hesabına onun gösterdiği kişiye kredi açılması demektir”. Diğer bir görüş⁴² ise akreditifi, “vekâlet verenin, vekil bankaya tekiye havale emrini ihtiva eden bir kredi mektubu” olarak belirtmektedir. Yargıtay⁴³ ise akreditifi, “mal satın almış bir kimsenin, bir banka ile yaptığı anlaşma üzerine, o bankanın, belli belgelerin satıcı tarafından ibrazı karşılığında, bu satıcıya satış parasının ödenmesini hedef tutan” bir akdî ilişki olarak tanımlamaktadır.

Tüm bu görüşlerin yanı sıra Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) da akreditif tanımlanmıştır. Ancak burada akreditifin genel bir tanımı yapılmış; akreditifin hukukî nitelendirilmesi işleme dâhil olan ülkelere bırakılarak daha çok iktisadî yönü öne çıkarılmıştır. Buna göre, MTO tarafından çıkarılan Birörnek Kuralların “Genel Hükümler ve Tanımlar” başlıklı bölümünün 2’nci maddesinde akreditif şu şekilde tanımlanmıştır:⁴⁴ “Nasıl adlandırılmış veya tarif edilmiş olursa olsun, amir bankanın uygun ibraz neticesinde geri alınamayan kesin ödeme taahhüdü”dür. Yine aynı maddede ibrazın karşılanması hususu ifade edilmiş, “ibrazın karşılanması;

(i) Akreditif, belgelerin ibrazı neticesinde ödeme yöntemiyle kullanımında ise ibrazda ödeme yapmak,

(ii) Akreditif, vadeli ödeme yöntemiyle kullanımında ise ertelenmiş bir ödeme taahhüdüne girmek ve kredinin ertelenmiş olarak kullanılabilir olması durumunda vadesinde ödeme yapmak,

(iii) Akreditif, poliçe yöntemiyle kullanımında ise lehtar tarafından düzenlenen bir poliçeyi kabul etmek ve kredinin mevcut olması durumunda vadesinde ödeme yapmak” anlamına gelmektedir.

II. Akreditif İlişkisinin Kurulması

Uluslararası ticaretin içerisinde barındırdığı riskleri önlemek amacıyla satış sözleşmesinin tarafları, bu riskleri bertaraf etmek için farklı ödeme yöntemleri kullanmaktadır. Daha önce de belirtildiği üzere⁴⁵ bu yöntemlerden diğerlerine nazaran daha güvenilir olanı akreditif yoluyla ödemenin gerçekleştirilmesidir.

⁴¹ Cevdet Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri-Özel Hükümler, b.12, İstanbul 2013, s.710.

⁴² Şener Akyol, Medeni Hukukta Uygulama Örnekleri (Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri), C.III, İstanbul 1985, s.149.

⁴³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 4.11.1964 Tarihli 1964/942 E. ve 1964/637 K. Sayılı ilâmı Aynı yönde diğer karar için bkz; Yargıtay 11. HD. 28.02.1980 Tarih 1980/642 E. ve 1980/941 K. Sayılı ilâmı.

⁴⁴ UCP 600 - Uniform Rules for Documentary Credits No. P600E ISBN:978-92-842-1257-6. https://drive.google.com/file/d/0B_9u_aQbqgmMYTtkzUDlHt1JROFM3c1U3T2ZXM2Nxdw/view?resourcekey=0-ACQVhDBHkAu8PLSjO09zMQ.

⁴⁵ Bkz. Akreditifin Tanımı.

Uluslararası satış sözleşmelerinde tarafların, farklı ülkelerde bulunmasından ötürü her iki tarafın da edimini aynı anda ifa etmesi neredeyse imkânsızdır. Satıcı, malın bedelinin ödenip ödenmediği konusunda endişe taşırken; alıcı da ilgili malların zamanında ve belirledikleri kalitede gönderilip gönderilmediği endişesi taşımaktadır. Bu nedenle de akreditif ile ödemenin tercih edilmesiyle, alıcıyla satıcı arasındaki tereddütler giderilmiş olmaktadır.

Alıcı ile satıcı arasında yapılan temel sözleşme ile ödemenin akreditif ile yapılacağı kararlaştırılmış olabilir. Bu noktada alıcı, bankasına başvurarak satıcı lehine bir akreditif açılmasını talep etmektedir. Alıcının bu talebi aynı zamanda banka ile akreditif sözleşmesi yapma konusunda bir icap olarak kabul edilmektedir.⁴⁶ Banka, amir ile akreditif sözleşmesi yapmak istemiyorsa bu icabı reddederek durumu amire derhal bildirmelidir.⁴⁷

Akreditif ilişkisinin üç köşeli olduğu daha önce de belirtilmişti.⁴⁸ Bu üç köşeli ilişkiyi temel olarak alıcı, satıcı ve akreditif bankası meydana getirmektedir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, bazı durumlarda akreditif bankasının yanında birtakım farklı bankalar da akreditif ilişkisine dâhil olmaktadır. Ancak durumun gereklerine göre akreditif ilişkisine dâhil olan bu bankalar, akreditifin üç köşeli olma özelliğini değiştirmemektedir.⁴⁹

Özetle, akreditif ilişkisi kurulurken öncelikle temel ilişkinin tarafları olan amir ve lehtarın ödemenin akreditif ile yapılacağını kararlaştırmaları gerekmektedir. Daha sonra amir, bankasına başvurarak lehtar lehine bir akreditif açılmasını talep etmektedir. Bu icabı kabul eden banka ile amir arasında bir akreditif sözleşmesi kurulmaktadır. Amir, akreditif bedelini bankaya nakit olarak yatırabileceği gibi gayri nakdi kredi kullanarak da açtırabilmektedir. Akreditif bankası ise lehtar lehine açılan akreditifi genellikle muhabir banka aracılığı ile kendisine bildirmektedir.⁵⁰ Lehtar tarafından usulüne uygun ibrazın yapılması halinde ise akreditif bedeli lehtara ödenmektedir.

A. Akreditif Şartı

Akreditif, çoğunlukla uluslararası ticarete karşımıza çıkan bir ödeme yöntemi olmakla birlikte yabancılik unsuru içermeyen sözleşmelerde de ödemelerinin akreditifle gerçekleştirileceği kararlaştırılabilir.⁵¹ Akreditiflere genellikle satış

⁴⁶ Günay, s.40.

⁴⁷ Erdoğan, s.7.

⁴⁸ Bkz. Akreditifin Tanımı.

⁴⁹ Doğan, s.54.

⁵⁰ Oğuz Sadık Aydos, Akreditif, 1. Bası, Ankara 2000, s.84; Tekinalp, s.556.

⁵¹ Kaya, s.34; William E. McCurdy, "Commercial Letters of Credit", (Harvard Law Review, Vol.35, No.5, 1922, s.539-592), s.539. <https://doi.org/10.2307/1328326>, (E.T.26.10.2023).

sözleşmelerinde rastlanmakla birlikte, nadiren de olsa eser ya da hizmet sözleşmelerinde de karşımıza çıkabilmektedir.⁵²

Akreditifin taraflar arasında ödeme yöntemi olarak kararlaştırılmasının ardından, temel sözleşmeye bu konuda bir şart konulabileceği gibi, ödemenin akreditif ile yapılacağı hususunda temel sözleşmeden bağımsız olarak ödemenin akreditif ile yapılacağına ilişkin ayrı bir sözleşme de yapılabilir. Tarafların bu irade beyanlarının sözleşme metni içerisinde yer almasına uygulamada “*akreditif şartı*” adı verilmektedir.⁵³ Alıcı ve satıcı aralarındaki anlaşmada akreditif şartına yer verdikleri anda, ödemenin akreditif yoluyla yapılması için karar verilmiş olmaktadır.

Bir diğer ifade ile alıcı ve satıcı akreditif şartını temel sözleşme içerisinde bir maddede düzenleyebileceği gibi, bunu daha sonra ek bir sözleşme yaparak da gerçekleştirebilir.⁵⁴ Adı geçen akreditif şartında alıcı ve satıcının, ödemenin akreditif ile yapılacağı konusunda anlaşmış olmasının yanı sıra; akreditifin çeşidi, bedeli, ibrazı talep edilen belgelerin neler olduğu, belgelerin hangi bankaya ibraz edileceği gibi hususların da açıkça yer alması gerektiği ifade edilmektedir.⁵⁵

Akreditif şartının açık ve tereddüde yer vermeyecek şekilde düzenlenmiş olması taraflar açısından önem arz etmektedir. Nitekim bu konuda herhangi bir ihtilaf meydana gelirse, akreditifin sözleşme şartlarına uygun olup olmadığına bakılacaktır. Ayrıca akreditif şartının eksik düzenlenmesi lehtar açısından da tehlikeli bir duruma neden olabilecektir. Zira akreditif şartının eksik düzenlenmesi amire oldukça geniş bir yetki tanımak anlamına gelmektedir.⁵⁶

Önemle belirtmek gerekir ki, akreditif şartının düzenlenmiş olması ve akreditifin bu şartlara uygun olarak açılması, tarafların temel sözleşmeden kaynaklanan borçlarını ifa ettiği anlamına gelmemektedir.⁵⁷ Bu durum ifa taahhüdü olarak nitelendirilir. Bu nedenle akreditifin şartlara uygun olacak şekilde açılmış olması ifa amacıyla yapılan bir işlem niteliği taşımaktadır.⁵⁸ Bu durumun en temel sonucu ise, akreditife esas teşkil eden ilişkiden kaynaklanan alacak hakkının, akreditifin açılmasıyla sona ermeyecek olmasıdır. Amir, akreditifte belirlenen bedelin lehtara ödenmesi durumunda borcundan kurtulacaktır. Lehtar ise, temel ilişkiden doğan alacağını talep edebilmek için akreditif şartlarına uygun olacak şekilde bankaya belgeleri ibraz etmekle yükümlüdür.

⁵² Kaya, s.34.

⁵³ Tekinalp, s.434; Bozkurt, s.95; Kaya, s.34; Göger, (Akreditif Muamelesi), s.62.

⁵⁴ Brindle/Cox, s.553 vd.

⁵⁵ Brindle/Cox, s.552; Kaya, s.35.

⁵⁶ Kaya, s.35.

⁵⁷ Kaya, s.38.

⁵⁸ Bozkurt, s.96.

B. Akreditif Sözleşmesi

Akreditif sözleşmesi, temel ilişkinin alıcısı olan amir ile akreditif bankası arasında meydana gelmektedir. Bu durumda amir ve banka arasında sözleşmesel bir ilişki kurulmaktadır. Nitekim amir, bankaya başvurarak akreditif açılması konusunda talimat vermektedir. Bu talimatlar ise akreditif şartında yer alan hükümlere uygun olacak şekilde yapılmaktadır.⁵⁹

Akreditif amiri, bankasına başvurarak lehtar lehine bir akreditif açılması konusunda icapta bulunmaktadır. Banka bu icabı kabul ettiğinde ise, lehtar lehine bir akreditif açmaktadır. Böylelikle her iki taraf da yükümlülük altına girmekte ve akreditif sözleşmesi bu şekilde meydana gelmektedir.⁶⁰

Akreditif açıldıktan sonra ise talep sahibi olan lehtara bu durum genellikle muhabir banka aracılığı ile bildirilmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki bankanın lehtara akreditifin açıldığını bildirmesi, aralarında bir sözleşme olduğu anlamına gelmemektedir. Ancak bu konuda doktrindeki bir görüşe göre⁶¹ banka ve lehtar arasındaki ilişkinin sözleşme olduğunu belirtilmektedir.

Bu görüşe göre ise; akreditif açılmadan önce geçen süre zarfında "*culpa in contrahendo*" ilkesi doğrultusunda bankanın lehtarını koruma ve aydınlatma yükümlülüğü olduğu kabul edilmektedir.⁶² Ödeme ilişkisi kurulmasından evvel dürüstlük kuralı kapsamında bankanın lehtarını bilgilendirmesi ve uyarması gerektiği belirtilmektedir. Aksi takdirde oluşacak zarardan bankanın sorumlu olduğu ifade edilmektedir.⁶³

Kanaatimizce, bankanın lehtara yapmış olduğu bildirim, sözleşmeden ziyade bir hukukî işlem benzeri bir fiildir.⁶⁴ Dolayısıyla akreditifin açıldığının lehtara bildirilmesi bir icap sayılmadığından herhangi bir bağlayıcılığı da bulunmamaktadır. Bu nedenle de bankanın sözleşmesel bir ilişki içerisinde olmadığı lehtara karşı bir aslı edim yükümü bulunmamaktadır. Ancak amirin talimatları doğrultusunda, bankanın kusuru nedeniyle akreditifin açılmaması durumunda, lehtar herhangi bir zarara uğrarsa, bu durumda zararının tazmini için bankaya başvurabilecektir. Banka tarafından tazmin edilen zararın amire rücu edilip edilemeyeceği konusunda ise Türk Borçlar Kanunu'nun sebepsiz zenginleşme veya vekâletsiz iş görme hükümlerine göre değerlendirilecektir.⁶⁵

⁵⁹ Aydos, s.80.

⁶⁰ Kaya, s.10 vd.

⁶¹ Reisoğlu, s.165.

⁶² Kaya, s.62.

⁶³ Bozkurt, s.117.

⁶⁴ Kaya, s.60 vd.

⁶⁵ Reisoğlu, s.70.

III. Akreditif Sözleşmesinin Hukukî Mahiyeti

Türk Hukukunda, yabancı hukuklarda ve yargı kararlarında akreditifin hukukî niteliği konusunda farklı görüşler bildirilmiştir. Bu görüşlerin detaylarına geçmeden evvel belirtmek gerekir ki akreditifin hukukî mahiyeti konusunda ortaya konan görüşler, akreditifin tek bir ilişki ya da birden fazla ilişki ile açıklanması noktasında toplanmaktadır.⁶⁶ Bir diğer ifade ile bazı görüşler⁶⁷ akreditifi tek bir ilişki olarak kabul etmekte ve hukukî nitelendirmesini buna dayanarak yapmakta; bazı görüşler ise akreditifin birden fazla ilişkiyi barındırdığını kabul etmekte ve bu ilişkileri tek tek inceleyerek akreditifin hukukî nitelendirmesini buna göre yapmaktadır.⁶⁸ Doktrinde bir görüş⁶⁹ akreditifi “*havale*” olarak nitelendirirken, bir diğer görüş⁷⁰ ise akreditifi “*itibar emri*” olarak değerlendirmektedir. Bu konuda başka bir görüş⁷¹ ise; akreditifin, sözleşmenin tarafları arasındaki müstakil ilişkileri ele alarak incelenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu doğrultuda bir görüş⁷² akreditifi “*vekâlet*” olarak nitelendirirken; bir başka görüş⁷³ ise, “*eser sözleşmesi*” olarak nitelendirmektedir.

Akreditif sözleşmesinin hukukî mahiyeti konusunda pek çok görüşleri sürülse de; aşağıda doktrin ve yargı kararlarında en çok savunulan görüşler incelenecek, ardından bu konu hakkındaki değerlendirmemiz yapılacaktır.

A. Havale

Türk Hukukunda genel kabul gören görüş⁷⁴ akreditifin “*havale*” olarak nitelendirilmesinden yanadır. TBK m.555 ve devamında düzenlendiği üzere *havale*, “*havale edenin, kendi hesabına, para, kıymetli evrak ya da diğer bir misli eşyayı havale alıcısına vermek üzere havale ödeyicisini; bunları kendi adına kabul etmek üzere havale alıcısını yetkili kıldığı hukukî bir işlemdir*”. Bu görüşü kabul edenlere göre akreditif amiri “*havale eden*”; akreditifi açan banka “*havale edilen*”; bankanın ödeme yaptığı lehtar ise “*havale alıcısı*” olarak tanımlanmaktadır.⁷⁵

⁶⁶ Özel, s.78.

⁶⁷ Bahtiyar, s.76.

⁶⁸ Günay, s.16.

⁶⁹ Aydın Zevkililer, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 7. Bası, Ankara 2002, s.380.

⁷⁰ Necip Bilge, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Ankara 1971, s.305.

⁷¹ Göğer, (Akreditif Muamelesi), s.56; Özel, s.13; Ünal Somuncuoğlu, “Akreditif İşleminde Özellikle İhracat Mevzuatı Açısından Yerel (Aracı) Bankaların İhracatçı Karşısındaki Hukuki Durumu ve Sorumlulukları”, (Batider, 1983, C.XII, S.1, s.51-62.), s.52-53.

⁷² Mehmet R. Uluç, “Borçlar Hukuku Açısından Akreditif”, (Batider 1966, C.III, s.432-478.), s.463.

⁷³ Göğer, E., (Akreditif Muamelesi), s.58; Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, C.III, b.1, Ankara 1988, s.3 vd.

⁷⁴ Kemal Dayınlarlı, “Dış Ticaret İşlemlerinde Akreditif”, (Yargıtay Dergisi. 1990, C.XVI, S.III, s.406-423.) s.407; Reisoğlu, s.8; Tekinalp, s.431; Göğer, (Akreditif Muamelesi), s.48; Zevkililer, s.380.

⁷⁵ Zevkililer/Gökyayla, s.640; Günay, s.19; Bahtiyar, s.76.

Havale, çifte yetkilendirme içeren ve üçlü ilişki kuran bir hukukî işlemdir.⁷⁶ Havale ilişkisinde; “*havale eden*”, “*havale ödeyicisi*” ve “*havale alıcısı*” bulunmaktadır. Buna göre *havalede*, havale ödeyicisine ödeme yetkisi verilirken; havale alıcısına da ödemeyi kabul yetkisi verilmektedir. Bu kapsamda da ödemeler üçüncü bir şahıs aracılığı (*havale edilen*) ile yapılmaktadır. Dolayısıyla *havale*, soyut bir işlem olarak karşımıza çıktığından sebep ve amaca bağlı değildir. Havalenin geçerliliği ise herhangi bir şekil şartına tâbi bulunmamaktadır. Ancak uygulamada ispat kolaylığı açısından yazılı olarak yapıldığı görülmektedir.⁷⁷

818 Sayılı eski Borçlar Kanunu’nda havalenin akit olarak nitelendirildiği görülmektedir.⁷⁸ Ancak daha sonra 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda havalenin akit olarak nitelendirilmesinin hatalı olduğu düşünülerek; havale, hukukî işlem olarak tanımlanmıştır.⁷⁹ Bu doğrultuda *havale*; tek taraflı bir hukukî işlem olduğundan *havalede* verilen çifte yetki, havale edenin iradesine dayanmaktadır. Bu nedenle de havalenin kurulabilmesi için karşı tarafın (*havale alıcısının*) kabulüne ihtiyaç duyulmamaktadır.⁸⁰ Ayrıca *havalede*; havale eden, havale alıcısına verdiği yetkiyi her zaman geri alabilmektedir. Ancak, TBK m.559 uyarınca “*havale alıcısının yararına, özellikle onun alacağını elde etmesi amacıyla verdiği yetkiyi geri alamaz. Havale ödeyicisi, havale alıcısına havaleyi kabul ettiğini açıklamadığı sürece havale eden, ona verdiği yetkiyi geri alabilir.*”

Yargıtay’ın bu konudaki bir kararı da akreditifi “*havale*” olarak nitelendirdiğini açıkça göstermektedir. İlgili karara göre,⁸¹ “*ne Borçlar ne de Ticaret Yasasında akreditifin hukukî niteliğini açıkça düzenleyen bir hüküm vardır. Akreditif, ekonomi bakımından alıcı ile satıcı arasındaki münasebette, bir bankanın alıcıya sağladığı itibar olarak tanımlanabilir. Bu işleme, genellikle, dış ticarete başvurulmaktadır. Vesikalı akreditif, alıcı yararına itibar tanıyan bankanın malı satanın akreditif şartlarında belli edilen belgeleri ibraz etmesi halinde parayı satıcıya ödemesi şeklinde kendisini gösterir. Bu durumu hukukî yönden açıklarsak,*

⁷⁶ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Ankara 2020, s.919; Gülşah İslamoğlu, “HVALE”, (Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, C.14, S.2, s.525-552), s. 529, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/eruhfd/issue/50231/647821>, (E.T.22.10.2023).

⁷⁷ İslamoğlu, s.548; Gümüş, Mustafa, Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler C.2*, 3 Baskı, İstanbul 2014, s.255; Ahmet Türk, *Hukukî Yönden Banka Havalesi*, Ankara 2007, s.63; Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, İstanbul 2014, s.1336.

⁷⁸ m.457 “*Havale, bir akittir ki onunla muhalünaleyh, bilvevale kendi namına kabza salahiyettar olan muhalünlehe muhil hesabına nakit veya kıymetli evrak veya sair misli şeyler itasına mezun kılınır.*”

⁷⁹ İslamoğlu, s.530.

⁸⁰ Türk, s.62.

⁸¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 4.11.1964 Tarih 1964/942 E. ve 1964/637 K. Sayılı ilâmı. Aynı yönde başka bir karar için bkz., Yargıtay 11. H.D. 28.02.1980 Tarih 1980/642 E. ve 1980/941 K. Sayılı ilâmı.

belgeli akreditif mal satın almış bir kimsenin bir banka ile yaptığı anlaşma üzerine, o bankanın, belli belgelerin satıcı tarafından ibrazı karşılığında, bu satıcıya satış parasını ödemesini hedef tutan bir akittir diye tanımlanabilir. Buna göre alıcı, bankaya kendi hesabına satış parasını satıcıya ödeme yetkisini ve satıcıya da satış parasını kendi hesabına bankadan alma yetkisini vermektedir. O halde, bu Borçlar Yasasınının 457'nci maddesindeki (TBK m.555) havalenin tanımlanmasına uygun bir işlem, diğer bir deyimle havalenin uygulandığı bir işlemdir”.

İlk derece mahkemelerinin de güncel kararlarında akreditifi “havale” olarak nitelendirdiğine rastlanılmaktadır. İlgili ilk derece mahkemesi kararında⁸² “Öğretide, akreditif ilişkisinin bağımsızlığı ilkesinin yetersiz de olsa genel olarak TBK m.557/I'de düzenlendiği belirtilmektedir. TBK m.557/I'de havale ödeyicisinin borcu şu şekilde düzenlenmiştir: “Havale ödeyicisi, çekince belirtmeksizin havalayı kabul ettiğini havale alıcısına bildirirse, ifa ile yükümlü olur ve ona karşı, ancak aralarındaki ilişkiden veya havalenin içeriğinden doğan savunmaları ileri sürebilir; havale eden ile kendi arasındaki ilişkiden doğan savunmaları ileri süremez”. Akreditifte havalade olduğu gibi banka, temel ilişkiden bağımsız olarak belli bir miktarı lehtara ödeme yükümlülüğü altına girmektedir. Temel ilişki veya amir ile banka arasındaki ilişki kural olarak bankanın ödeme yükümlülüğünü etkilememektedir. Temel ilişkiden doğan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmeme ihtimaline karşı taraflar, akreditif şartlarında, varma veya gönderme yerinde bilirkişi tarafından malın kalitesi hakkında hazırlanmış bir belgenin gösterilmesini veya malın kontrolünden ya da alıcı tarafından kabulünden sonra bedelin ödenmesini kararlaştırabilir. Bu halde alıcı, akreditif ilişkisinin temel ilişkiden bağımsız olması ilkesine karşı kendisini koruyarak, likit kanıt veya ihtiyati tedbir kararına gerek kalmaksızın lehtarın akreditif bedelini talep etmesini engelleyebilir” denilmek suretiyle akreditif, “havale” olarak nitelendirilmiştir.

Yukarıda açıklananlar doğrultusunda doktrinde bir görüş akreditifi “havale” olarak nitelendirmektedir.⁸³ Buna göre kanundaki havale tanımından yola çıkılarak akreditifi, özel nitelikler taşıyan bir ödeme şartı olduğundan şekil ve nitelik olarak havaleye benzetmektedirler.⁸⁴ Bu görüşü savunanlara göre her ne kadar akreditif ve havale arasında birtakım farklılıklar olsa da aralarındaki benzerliklerin çok fazla olması nedeniyle ve kambiyo senetlerinin de havale olduğunu kabul et-

⁸² İstanbul 14. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 17.07.2023 Tarih 2021/153 E. ve 2023/612 K. Sayılı ilâmi.

Aynı yönde karar için bkz. İzmir BAM, 17. Hukuk Dairesi'nin 23.06.2022 Tarih 2022/347 E. ve 2022/1145 K. Sayılı ilâmi.

⁸³ Dayınları, s.407; Reisoğlu, s.8; Tekinalp, s.431; Göger, (Akreditif Muamelesi), s.48; Zevkililer, s.380.

⁸⁴ Tolun, s.269.

melerinden bahisle⁸⁵ akreditife havaleye ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir.⁸⁶ Yine bu görüşü savunanlara göre hukukî yönden akreditifin, havalenin unsurlarını taşıdığı belirtilmektedir.⁸⁷ Yukarıda yer verilen Yargıtay ve ilk derece mahkemeleri kararlarından da görüleceği üzere akreditif çoğunlukla “*havale*” olarak nitelendirilmektedir.

Havale ve akreditif arasındaki farka değinen bir görüşe göre⁸⁸ havalenin, muhataba sadece ödeme yetkisi verirken bir borç yüklediğini; ancak, akreditifte bankanın ödeme yetkisinin yanında borcunun da olduğunu belirtilmektedir. Bunun yanı sıra havalenin konusu para, kıymetli evrak ya da misli eşya olabilirken; akreditifin konusu ancak para borcunun ifası olabilmektedir.⁸⁹ Havalede, havale eden amir her zaman havaleden dönebilme hakkına sahipken, dönülemez akreditiflerde bu mümkün değildir.⁹⁰

Sonuç olarak kanaatimizce her ne kadar “*havale*” ile akreditif birbirine benzer nitelikler taşısa da, akreditifi “*havale*” olarak nitelendirmek doğru olmamaktadır. Nitekim *havale* tek taraflı bir hukukî işlem olduğundan, karşılıklı borç ilişkisi gündeme gelmemektedir. Ancak akreditif, birden fazla ilişkiden meydana geldiğinden tarafların birbirine karşı yükümlülükleri bulunmaktadır. Havalede verilen yetki neticesinde banka, lehtara ödemede bulunma konusunda sadece yetkili kılınmaktadır. Burada bir yükümlülük söz konusu değildir. Ancak akreditiflerde bankanın da bağımsız bir ödeme borcu olduğu görülmektedir. Bununla birlikte havale kayıtsız ve şartsız olmaktadır. Ayrıca havale bir sözleşme olmadığı için, tarafların irade beyanlarının uyumu gerekmektedir. Fakat ödemenin akreditifle yapılabilmesi için amir ve lehtarın bu konuda karşılıklı iradelerinin uyumu gerekmektedir. Yine havalede hukukî işlemin üç tarafı bulunmaktayken, akreditiflerde lehtar, banka ile amir arasında yapılan akreditif sözleşmesine taraf değildir. Son olarak havale eden, havale alıcısına verdiği yetkiyi her zaman geri alabilmekteyken, dönülemez akreditiflerde bu mümkün olmamaktadır. Havalenin soyutluğu da akreditiften farklıdır. Havalede, havale ödeyicisi, çekince belirtmeksizin havaleyi kabul ettiğini havale alıcısına bildirirse, ifa ile yükümlü olur ve ona karşı, ancak aralarındaki ilişkiden veya havalenin içeriğinden doğan savunmaları ileri sürebilir; havale eden ile kendi arasındaki ilişkiden doğan savunmaları ileri süremez. Ancak akreditifler temel ilişkiden bağımsız olduğundan şahsî def’iler ileri sürülemez.

⁸⁵ Göğer, (Akreditif Muamelesi), s.48.

⁸⁶ Tekinalp, s.431.

⁸⁷ Ali Sait Yüksel, Bankacılık Yönünden Kredi Açma Sözleşmesi, İstanbul 1972, s.53.

⁸⁸ Güven Vural, Türk Banka Hukuku, Ankara 1991, s.76; Tekinalp, s.574.

⁸⁹ Erdoğan, s.55.

⁹⁰ Erdoğan, s.56.

B. Kredi Mektubu

Akreditifin hukukî nitelendirilmesi hususunda savunulan bir başka görüş⁹¹ ise “*kredi mektubu*” görüşüdür. Türk Borçlar Kanunu m.515 uyarınca “*Kredi mektubu, mektup gönderenin gönderilene bir üst sınır belirleyerek veya belirlemeksizin, kredi mektubundan yararlanacak belirli kişiye istemde bulunacağı miktarda para ve benzeri şeyleri verme konusundaki vekâletini içeren belgedir. Kredi mektubu, vekâlet sözleşmesi ve havale hükümlerine tabidir*”.

İlgili madde hükmü kapsamında, “*kredi mektubu*” görüşünde ileri sürülen hususlar, havale için ileri sürülen hususlarla paralellik göstermektedir. Kredi mektubunda bankalar, üçüncü kişinin kredi mektubunu kendisine ibraz etmesi üzerine ödeme yapmaktadır. Bu görüşe göre⁹² akreditif, kredi mektubunun bir görünüm şekli olarak kabul edilmiş ve kredi mektubu açıklanırken bu başlık altında akreditif ilişkisi de açıklanmıştır. Dolayısıyla akreditifle “*kredi mektubu*” özdeşleştirilmiştir. Ancak bu açıklamalar yapılırken akreditife ayrıca değinilmemiştir.

Kanaatimizce akreditifi “*havale*” olarak nitelendirmek mümkün olmadığından, “*kredi mektubu*” olarak da açıklamak doğru olmamaktadır.⁹³ Nitekim kredi mektubunda lehtar elindeki kredi mektubunu bankaya ibraz ederek ödemeyi almaktadır.⁹⁴ Akreditifte ise lehtarın ödemeyi talep edebilmesi için akreditif şartında belirlenen belgelerin usulüne uygun şekilde bankaya ibraz edilmesi gerekmektedir. Akreditiflerde lehtar ödemeyi talep edebilmek için, bankaya kredi mektubunu değil akreditif şartına uygun belgeleri ibraz etmektedir.⁹⁵ Kredi mektubunda amaç lehtara kredi verilmek iken akreditiflerde böyle bir durum söz konusu değildir. Dolayısıyla kredi mektubu ile akreditif bu yönüyle bağdaşmamaktadır. Akreditiflerde yazılılık zorunlu değilken, kredi mektubunda kanunda böyle bir hüküm olmasa bile yazılı şekilde yapıldığı görülmektedir.⁹⁶

Sonuç olarak *kredi mektubu*, akreditife benzer özellikler taşısa da sadece bu benzerlikler nedeniyle akreditifi kredi mektubu olarak nitelendirmek doğru olmamaktadır.

C. Vekâlet

Akreditifin hukukî mahiyeti konusunda ortaya konan diğer bir görüş ise⁹⁷ akreditifin birden fazla bağımsız sözleşmeden meydana geldiğini kabul eden gö-

⁹¹ Bilge, s.305.

⁹² Erdoğan, s.56; Eray Karınca, “Banka Kredi Sözleşmeleri”, (Ankara Barosu Dergisi, 2001-3, s.47-58), s.48.

⁹³ Özel, s.82.

⁹⁴ Bilge, s.306.

⁹⁵ Uluç, s.433.

⁹⁶ Özel, s.82.

⁹⁷ Erdoğan Göğçer, “Belgeli Akreditifin Hukukî Mahiyeti ve Yargıtay’ın Bir İçtihadı”, (Batider, 1968, C.IV, s.687-698), s.690; Özel, s.89.

rüştür. Günümüzde, akreditife katılan taraflar arasındaki müstakil ilişkileri inceleyen ve bu görüşe katılanların sayısı giderek artmaktadır. Zira akreditifi tek bir hukukî nitelendirme ile tanımlamak oldukça güçtür. Bu nedenle bu görüşü benimseyenler; taraflar arasındaki ilişkileri müstakil olarak ele almakta ve her birinin hukukî nitelendirmesini ayrı ayrı yapmaktadır.⁹⁸ Nitekim akreditif işlemi üç köşeli bir işlem olduğundan, farklı karakterlere sahip farklı işlemlerin bir araya gelmesiyle oluşmaktadır. Bundan dolayı bu görüşü benimseyenlere göre, akreditif işlemine dâhil olan her bir ilişkinin hukukî nitelendirmesinin ayrı ayrı yapılmasında fayda vardır.

Bu görüşü benimseyenlere göre, akreditif amiri ile banka arasındaki ilişki “*vekâlet*” olarak nitelendirilmektedir. Ayrıca taraflar arasındaki ilişki “*vekâlet*” olarak kabul edilmese bile; amir ve banka arasındaki ilişki kanunda düzenlenmediğinden, TBK m.502/2 hükmü uygulama alanı bulacaktır.⁹⁹

Vekâlet sözleşmesi TBK m.502 uyarınca “*vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir*” şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanımlamadan hareketle, akreditif açısından bu durum; amirin, bankayı lehtara ödeme yapması konusunda görevlendirmesi olarak kabul edilmektedir.¹⁰⁰

Bu görüşü savunanlara göre, amir ile banka arasında bir iş görme ilişkisi bulunmaktadır. Bu ilişki; lehtarın ilgili belgeleri usulüne uygun şekilde banka-ya ibraz etmesi ile bankadan ödemeyi alması olarak açıklanmaktadır.¹⁰¹ Yine bu görüşe göre akreditif bankası amirden aldığı talimatlar doğrultusunda akreditifi açmaktadır. Bu durumu da TBK m.505’de düzenlenen talimatlara uygun ifaya benzetmektedirler.

Akreditifi “*vekâlet*” olarak nitelendirenlere göre;¹⁰² akreditiflerde vekâlette olduğu gibi bir işin idaresi ya da hizmetin ifası bulunmaktadır. Bahsi geçen işin başkasının menfaatine yapıldığı ve vekilin yaptığı iş için ücret aldığı göz önüne alındığında akreditifin, vekâlet sözleşmesinin unsurlarını taşıdığı kabul edilmektedir.

Kanaatimizce, akreditifi “*vekâlet*” olarak nitelendirmek doğru değildir. Nitekim vekil, vekâlet verenin nam ve hesabına hareket ederken, akreditiflerde lehtar ödemeyi kendi nam ve hesabına talep etmektedir. Vekâlet sözleşmelerinde vekile ücret ödenmesi hususu sözleşmenin zorunlu bir unsur değildir. Ancak

⁹⁸ Göğer, s.689 vd.; Uluç, s.459 vd.

⁹⁹ “*Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düşükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır*”

¹⁰⁰ Tandoğan, s.375.

¹⁰¹ Günay, s.17.

¹⁰² Günay, s.18.

sözleşmede veya teamülde varsa vekil ücrete hak kazanacaktır. TBK m.510 hükmünden yola çıkılarak vekâlet verenin borçları arasında ücret ödeme borcuna yer verilmemiştir. Ancak akreditiflerde, aracı kurum olarak bankaların ücret aldıkları görülmektedir.

Bunun yanı sıra vekâlette, vekâleti veren vekili her zaman azledebilir. Oysa dönülemez akreditiflerde bankaların lehtara karşı kesin bir ödeme borcu bulunmaktadır. Dolayısıyla akreditifin “*vekâlet*” olarak kabul edilmesi durumunda amirin bankayı azletmesi hâlinde bu durum dönülemez akreditiflerde bir sonuç doğurmayacaktır. Bunun tersi olacak şekilde vekil de vekâlet sözleşmesini tek taraflı olarak her zaman sona erdirebilir. Bu durum, akreditif açısından sakıncalı olmaktadır. Vekâlet sözleşmesinin kendiliğinden sona erme hallerinden biri vekâlet verenin iflâs etmesidir. Ancak akreditiflerde amirin iflâs etmiş olması, bankanın lehtara olan ödeme borcunu ortadan kaldırmamaktadır.

Ayrıca vekâlet sözleşmelerinde vekil, vekâlet verenin talimatına uymaktadır. Ancak akreditiflerde bankalar amirden aldığı yetki doğrultusunda lehtara ödeme yaparlar; ancak, bankaların burada nispi bir bağımsızlığı söz konusudur. Bankalar, lehtarın ibraz ettiği belgelerin akreditif şartına uygun olmadığına kanaat getirirse, bu takdirde ödemeyi yapmayacaktır. Vekâlet sözleşmelerinde önem arz eden bir diğer konu ise vekilin sözleşme konusu olan işlemi bizzat yapmasıdır. Her ne kadar bu konunun istisnaları¹⁰³ olsa da akreditif ilişkisinde çoğunlukla akreditif bankasının yanında başka bir bankanın da ilişkiye dâhil olduğu görülmektedir.

Açıklamış olduğumuz bu nedenler doğrultusunda vekâlet sözleşmesi, akreditif ilişkisine benzer özellikler içerse de aralarındaki farklar dolayısıyla akreditifi vekâlet olarak nitelendirmek doğru olmamaktadır.

D. Eser Sözleşmesi

Bu görüşü benimseyenlere göre akreditif amiri ile banka arasındaki ilişki “*eser sözleşmesi*” olarak nitelendirilmektedir.¹⁰⁴ TBK m.470 hükmü doğrultusunda “*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*”.

Eser sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olup yüklenicinin borcu eseri meydana getirmek iken; iş sahibinin borcu ise, bedel ödemektir. *Eser sözleşmesi* rızaî sözleşmelerden olduğundan tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları neticesinde kurulmaktadır.¹⁰⁵ *Eser sözleşmesinin* üç unsur

¹⁰³ Vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde vekil, işi başkasına yaptırabilir.

¹⁰⁴ Göğer, s.695-696; Göğer, (Akreditif Muamelesi), s.69-70; Uluç, s.459; Kaya, s.8.

¹⁰⁵ Yaşar Engin Selimoğlu, *Eser Sözleşmesi*, 3. Baskı, 2016, s.1.

bulunmaktadır. Bunlardan ilki, meydana getirme unsurudur. İkincisi eser unsurudur. Son olarak ise bedel unsurudur.

Yukarıda açıklananlar doğrultusunda bu görüşü savunanlara göre; akreditif ilişkisinde amir, bankadan bir işin görülmesini istemekte; banka ise, yaptığı işlemler neticesinde amirden komisyon ve masraflarını talep edebilmektedir.¹⁰⁶ Dolayısıyla bu görüşü destekleyenler, eser sözleşmesinin unsurlarının akreditif açısından da geçerli olmasından bahisle akreditifi “*eser sözleşmesi*” olarak nitelendirmektedir. Akreditif ilişkisinde hem amirin hem de bankanın alacaklı ve borçlu olması nedeniyle “*eser sözleşmesi*” niteliği taşıdığı kabul edilmektedir.¹⁰⁷ Akreditifler “*eser sözleşmesi*” olarak nitelendirildiğinde, bir işin görülmesini talep eden taraf amir, bu işlem neticesinde ücret talep eden taraf ise banka olmaktadır.¹⁰⁸

Eser sözleşmelerinde önemli olan nokta, belirli bir sonuca ulaşmaktır. Dolayısıyla vekâlet ve eser sözleşmesini ayıran hususlardan biri, belirli bir sonuca ulaşmak eser sözleşmesinin önemli bir niteliği iken; vekâlette önemli olan sonucun muhakkak elde edilmesi değil, bu yönde bir taahhüt altına girilmesidir.¹⁰⁹ Bu bağlamdan olmak üzere akreditifi “*eser sözleşmesi*” olarak nitelendiren görüşe göre, vekâlet sözleşmesi eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu için akreditif ilişkisini nitelendirmekte yeterli olmamaktadır.¹¹⁰

Sonuç olarak kanaatimizce akreditifi “*eser sözleşmesi*” olarak nitelendirmek de doğru olmamaktadır. Çünkü eser sözleşmelerinde önemli olan belirli bir sonuca ulaşmaktır.¹¹¹ Ancak akreditiflerde banka bir sonuca ulaşmak zorunda değildir. Akreditiflerde önem arz eden husus, bankanın ancak kendisine usulüne uygun belgelerin ibrazı halinde ödeme yapmakla yükümlü olduğudur.¹¹² Şayet bankaya ibraz edilen belgeler akreditif şartlarına uygun değilse, bu takdirde banka ödeme yapmayacaktır. Dolayısıyla akreditiflerde, eser sözleşmelerinde olduğu gibi bir sonuç taahhüdü bulunmamaktadır. Bu nedenle akreditiflerde amir ve banka arasındaki ilişki incelendiğinde akreditifi “*eser sözleşmesi*” olarak nitelendirmek mümkün olmamaktadır.

Ayrıca, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan birinin borcunu ifa etmede güçsüzlüğe düşmesi, iflâs etmesi ya da hakkındaki haciz işlemi-

¹⁰⁶ Göğer, (Akreditif Muamelesi), s.82.

¹⁰⁷ Boris Kozolchik, Commercial Letters of Credit in the Americas, a Comperative Study of Contemporary Commercial Transactions, 1966, s.578; Göğer, s.696.

¹⁰⁸ Aydos, s.67.

¹⁰⁹ Tandoğan, s.39; Özel, s.87.

¹¹⁰ Göğer, (Akreditif Muamelesi), s.82.

¹¹¹ Özel, s.87.

¹¹² Günay, s.24.

nin sonuçsuz kalması nedeniyle sözleşmenin karşı tarafının hakkı tehlikeye düşerse; TBK m.98¹¹³ hükümleri uyarınca sözleşmeden dönebilme hakkına sahiptir. Fakat bu maddelerin akreditife uygulanması mümkün olmamaktadır. Nitekim dönülemez akreditiflerde banka amirden ayrı olarak bir borç taahhüdüne girmektedir. Dolayısıyla amir iflâs da etse banka; kendisine usulüne uygun olarak belgeleri ibraz eden lehtara ödeme yapmaktan kaçamayacaktır. Bu nedenle akreditifleri “*eser sözleşmesi*” olarak nitelendirmek akreditif ilişkisinin açıklanması bakımından yetersiz kalmaktadır.

E. Sui Generis

Akreditif konusunda kanunlarımızda herhangi bir düzenleme yapılmadığından bir görüş akreditifi *kendine özgü yapısı olan sözleşme* olarak nitelendirmektedir.¹¹⁴

Türk Hukukunda sözleşmeler ikiye ayrılmaktadır. Bu ayrıma göre bazı sözleşmeler isimli bazıları ise isimsiz sözleşme olarak adlandırılmaktadır. İsimli sözleşmeler; kanunda düzenlenmiş olan sözleşmeler olup bunlar Türk Borçlar Kanununda yer alan Özel Borç İlişkileri başlığı altında incelenmiştir. Bunun yanı sıra isimli sözleşmeler Türk Borçlar Kanunu dışında başka özel kanunlarda da karşımıza çıkmaktadır.¹¹⁵ Ancak önemle belirtmek gerekir ki bu sözleşmelerin kanunda ismen zikredilmesi onları isimli sözleşme yapmamaktadır.¹¹⁶ Bir sözleşmenin isimli sözleşme olarak kabul edilebilmesi için öncelikle kanunda düzenlenmesi ve aynı zamanda sözleşmenin unsurları, şartları ve sonuçları gibi konuların da kanunda açıkça düzenlenmiş olması gerekmektedir.¹¹⁷

İsimli sözleşmelerin zamanla toplumdaki ihtiyaçları karşılamaması ve hukukî ilişkilerde yetersiz kalması sonucunda isimsiz sözleşmeler ortaya çıkmıştır.¹¹⁸ İsimsiz sözleşmeler ise kanunda esaslı unsurları düzenlenmeyen ve içeriğinin taraflarca belirlendiği bir sözleşme türüdür.¹¹⁹ İsimsiz sözleşmeler günümüzde oldukça yaygın uygulama alanı bulmakta; aynı zamanda doktrin ile yargı kararlarında

¹¹³ *Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi ve özellikle iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse bu taraf, karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir. Hakkı tehlikeye düşen taraf, ayrıca uygun bir sürede istediği güvence verilmezse sözleşmeden dönebilir.*

¹¹⁴ Yavuz, s.711; Bozkurt, s.31.

¹¹⁵ Örneğin; Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan cari hesap ya da acentelik sözleşmesi gibi.

¹¹⁶ Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, b.10, Ankara 2014, s.49.

¹¹⁷ Eren, (Borçlar Özel), s.863; Aral/Ayrancı, s.57.

¹¹⁸ Fikret Eren, “İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar”, (Prof.Dr.Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul 2008, s.85-111), s.85.

¹¹⁹ Aral/Ayrancı, s.54.

da karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu durum beraberinde, isimsiz sözleşmelerde meydana gelebilecek uyuşmazlıklarda hangi kanun maddelerinden yola çıkarak çözüme kavuşturulacağı sorununu getirmektedir. Nitekim isimsiz sözleşmeler taraf iradeleri ile oluşturulduğundan herhangi bir kanunda yer almamaktadır.¹²⁰

Türk Borçlar Kanunu m.26 uyarınca “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*”. Ancak ilgili maddede belirtilen bu özgürlük sınırsız değildir. Yine Türk Borçlar Kanunu m.27 hükmü uyarınca “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur*”.

Anılan maddeler doğrultusunda isimsiz sözleşmeler, tarafların irade serbestisi doğrultusunda serbestçe belirleyebildikleri ve bunu yaparken de birtakım hükümlere aykırı davranmadıkları bir sözleşme türü olarak tanımlanabilmektedir.¹²¹

İsimsiz sözleşmeler kendi içerisinde ikiye ayrılmaktadır.¹²² Buna göre isimsiz sözleşmeler “*Sui Generis*” ve “*Karma Muhtevalı Sözleşmeler*” olarak sınıflandırılmıştır.

Karma muhtevalı sözleşmeler, isimli sözleşmelerde yer alan farklı unsurları içerisinde barındırmaktadır. Bir diğer ifade ile karma sözleşmeler, kanunda düzenlenmiş olan çeşitli sözleşme tiplerine ait unsurların bir araya gelmesiyle oluşmaktadır.¹²³ Dolayısıyla burada belirleyici olan husus, farklı sözleşmelere ait unsurların en azından bir kısmının kanunda düzenlenmiş olmasıdır.¹²⁴ Sonuç olarak karma muhtevalı sözleşmeler bireysel ve bağımsız sözleşmeler olup, farklı isimli sözleşmelere ait unsurların kanunda öngörülmediği şekilde bir araya gelmesiyle oluşmaktadır.¹²⁵

“*Sui Generis*” sözleşmeler ise, kendine özgü yapıya sahip olan ve kanunda düzenlenmeyen isimsiz sözleşmelerin tamamen veya kısmen bir araya gelme-

¹²⁰ Saibe Oktay, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LV, S.1-2, s.263-296), s.272.

¹²¹ Eren, (İsimsiz Sözleşmeler), s.85; Erden Kuntalp, Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme), 2. Bası, Ankara 2013, s.3; Rona Serozan, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2006, s.56; Gümüş, Mustafa, Alper, Borçlar Hukuku C.I, İstanbul 2012, s.6.

¹²² Bu konuda doktrinde farklı görüşler olsa da hâkim görüşe göre ikili ayırım kabul edilmektedir. Ayırtılı bilgi için bkz, Kuntalp, s.17 vd.

¹²³ Eren, (Borçlar Özel), s.871.

¹²⁴ Örneğin; eser sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi gibi.

¹²⁵ Kuntalp, s.111.

siyle oluşan bir sözleşme türüdür.¹²⁶ Bunların en tipik örnekleri ise tek satıcılık sözleşmesi ve satış için bırakma sözleşmesidir.¹²⁷ Uygulamada gerek isimli gerek ise isimli sözleşmelerde uyumsuzluklar çıkabilmektedir. Bu uyumsuzlukların hangi hukukî yollarla çözüleceği konusu oldukça önem arz etmektedir. Nitekim isimli sözleşmeler kanunda düzenlenmemiş olduğundan herhangi bir uyumsuzluk çözümünde hangi yollara başvurulacağı konusu önem taşımaktadır. İsimli sözleşmelerde uyumsuzlukların çözülmesi amacıyla, öncelikle tarafların ilgili sözleşmede bu konuyu düzenleyen bir kural koyup koymadıklarına bakılmaktadır. Eğer taraflarca herhangi bir düzenleme yapılmamış ise sözleşmedeki boşluk tamamlanmaktadır.

“*Sui Generis*” sözleşmelerde bu boşluk TMK m.1 kapsamında hâkim tarafından doldurulmaktadır.¹²⁸ Karma muhtevalı sözleşmelerde ise boşluk olması durumunda, kendisini oluşturan isimli sözleşme hakkında kanunda düzenlenen hükümler uygulanmak suretiyle, bahsi geçen boşluk hâkim tarafından doldurulmaktadır. Bu nedenle isimli sözleşmelerde ortaya çıkan uyumsuzlukların çözümünde öncelikle, tarafların sözleşmede bu konuda bir düzenleme yapıp yapmadığına bakılmakta; bu konuda düzenleme yoksa yazılı hukuk kurallarına başvurulmaktadır. Eğer uyumsuzluk bu şekilde de çözülemez ise bu takdirde hâkim boşluğu dolduracak şekilde bir hukuk kuralı yaratmaktadır.

Akreditifleri kendine özgü yapısı olan sözleşmeler olarak niteleyen görüşün temel dayanağı, akreditifin herhangi bir kanunda düzenlenmemiş olmasıdır.¹²⁹ Her ne kadar akreditif herhangi bir kanunda düzenlenmemiş olsa da kanaatimizce sadece bu durum akreditifleri kendine özgü yapısı olan sözleşmelere dâhil etmeye yetmemektedir. Nitekim akreditifin kanunlarda düzenlenmemesinin temel nedeni MTO tarafından yayımlanan bir örnek kurallarda ilgili konunun detaylı olarak düzenlenmesidir. Kaldı ki bu kuralların uygulamada taraflarca kabul edildiği de görülmektedir. Dolayısıyla adı geçen kurallar akreditif uygulamalarında taraflarca yeterli görüldüğünden yeknesak bir uygulama olması amacıyla akreditifler kanunlarda düzenlenmemiştir. Sonuç olarak akreditiflerin kendine özgü yapısı olan sözleşmeler olduğu kabul edilirse ileride çıkabilecek olan uyumsuzlukların çözümünde yetersiz kalacağından dolayı bu görüşe katılmamaktayız.

¹²⁶ Eren, (Borçlar Özel), s, 881.

¹²⁷ Hasan İşgüzar, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara 1989, s.19.

¹²⁸ Kanun, sözüyle ve özülle değiştiği bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.

¹²⁹ Bozkurt, s.31.

IV. Sonuç

Akreditif, uluslararası ticarete tarafların sıkça başvurduğu bir ödeme yöntemidir. Nitekim akreditif, taraflar arasındaki güven problemini bertaraf ettiği gibi aynı zamanda bankaların ödeme taahhüdü altına girdiği bir müessesedir. Temel ilişkide, alıcı ve satıcının akreditif konusunda anlaşmalarıyla başlayan, amirin bankaya lehtar lehine akreditif açılması talimatı vermesiyle devam eden bu süreç içerisinde birçok hukukî ilişkiyi barındırmaktadır.

Yukarıda detayları verilen görüşler ise; akreditif sözleşmesinin hukukî mahiyetini tanımlamada yetersiz kalmaktadır. Belirtmek gerekir ki, açıklanan görüşler her ne kadar akreditife benzerlik gösterse de ifade ettiğimiz üzere akreditiften farklı birçok özelliği mevcuttur. Bu nedenle kanaatimizce akreditifi, “*üçüncü kişi yararına sözleşme*” olarak nitelendirmek isabetli olacaktır.

Türk Hukukunda kural olarak bir borç ilişkisi nispi niteliktedir.¹³⁰ Dolayısıyla bu ilişki kimler arasında meydana gelmişse onlar açısından hüküm ifade eder. Bu kuralın istisnalarına; TMK m.599 kapsamında küllî halefiyet, TBK m.183 vd. kapsamında alacağın devri, TBK m.195 vd. kapsamında borcun üstlenilmesi, TTK m.1454 kapsamında başkası lehine sigorta ve TTK m.1487 kapsamında hayat sigortaları örnek verilebilir.¹³¹

TBK m.129 uyarınca “*Kendi adına sözleşme yapan kişi, sözleşmeye üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurmuşsa, edimin üçüncü kişiye ifa edilmesini isteyebilir. Üçüncü kişi veya üçüncü kişiye halef olanlar da, tarafların amacına veya örf ve âdete uygun düştüğü takdirde edimin ifasını isteyebilirler. Bu durumda, üçüncü kişi veya ona halef olanlar bu hakkı kullanmak istediklerini borçluya bildirdikten sonra, alacaklı borçluyu ibra edemeyeceği gibi, borcun nitelik ve kapsamını da değiştiremez*” denilmek suretiyle üçüncü kişi yararına sözleşmenin tanımı yapılmıştır.

818 sayılı BK m.111’de “*başkası lehine şart*”, TBK m.129’da ise “*üçüncü kişi yararına sözleşme*” başlığı altında düzenlenmiş olan üçüncü kişi yararına sözleşmeler, adından da anlaşılacağı üzere, borçlunun edimini üçüncü kişiye karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu bir sözleşme tipidir. Bu durum ise, sözleşmenin sadece tarafları arasında hüküm ve netice doğurması prensibinin bir istisnası olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sözleşme tipinin temel prensibini, alacaklının sözleşmeye taraf olarak kendi adına hareket etmesi; ancak, sözleşmeden doğan menfaatin üçüncü bir kişi tarafından yararlanılması oluşturur.¹³²

¹³⁰ M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 13. Bası, İstanbul 2017, s.437; Şener Akyol, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 1976, s.10; Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, b.7, İstanbul 1993, s.218.

¹³¹ Oğuzman/Öz, s.437.

¹³² Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, b.14, Ankara 2011, s.735; Oğuzman/Öz, s.437; Akyol, s.85.

Üçüncü kişi yararına bir sözleşmeden bahsedebilmek için öncelikle alacaklı ve borçlu arasında geçerli bir borç ilişkisinin kurulmuş olması ve kurulan bu borç ilişkisinde ifanın üçüncü kişiye yapılacağına kararlaştırılmış olması gerekmektedir.¹³³ Üçüncü kişi yararına sözleşmelerde, üçüncü kişi adına hüküm konulmasını talep eden tarafa “*vaadettiren-alacaklı*”, bunu taahhüt eden tarafa “*vadeden-borçlu*” ve son olarak yararına işlem yapılan kişiye ise “*lehtar-üçüncü kişi*” denilmektedir.¹³⁴ Bu kapsamda üçüncü kişi yararına bir sözleşmede borçlu, ifayı alacaklıya değil; üçüncü bir kişiye yapmaktadır.

Üçüncü kişi yararına sözleşmeler iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Buradaki ayrım üçüncü kişinin, borçludan ifayı bizzat talep edebilip edemeyeceğine göre yapılmaktadır. Şayet üçüncü kişi, ifayı borçludan bizzat talep edebiliyorsa; bu durumda, “*tam üçüncü kişi yararına sözleşmeden*”, ifanın üçüncü kişiye yapılmasını ancak alacaklı talep edebiliyorsa bu durumda da “*eksik üçüncü kişi yararına sözleşmeden*” bahsedilmektedir.¹³⁵ Doktrinde bir görüş TBK m.129/1’den hareketle, “*eksik üçüncü kişi yararına sözleşmenin*” kural; “*tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin*” ise istisna olduğunu ifade etmektedir.¹³⁶ Ancak üçüncü kişi yararına sözleşmenin her iki türünde de ifa üçüncü kişiye yapılmaktadır. Kanunda düzenlenen bir sözleşmenin üçüncü kişi yararına yapılması mümkündür. Bu nedenle üçüncü kişi yararına sözleşmeler ayrı bir sözleşme tipini oluşturmamaktadır.¹³⁷ Edimin üçüncü bir kişiye ifa edilmesi hususu alacaklı ve üçüncü kişi arasındaki iç ilişkiden kaynaklanmaktadır. Bu iç ilişki, borçluyu ilgilendirmemektedir. Borçlu burada sadece edimini alacaklıya değil, üçüncü bir kişiye yapmayı üstlenmektedir.¹³⁸

Özetle; üçüncü kişi yararına sözleşmelerde, borç ilişkisi alacaklı ve borçlu arasında kurulmaktayken; ifa alacaklıya değil, üçüncü bir kişiye yapılmaktadır. Bu bağlamdan olmak üzere, alacaklı ifanın kendisine yapılmasını talep edememektedir. Dolayısıyla borçlu taraf edimini üçüncü bir kişiye ifa etmeyi üstlenmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, üçüncü kişi alacaklı ve borçlu arasındaki ilişkinin dışındadır. Dolayısıyla üçüncü kişi bu sözleşmenin tarafı değildir.

Her ne kadar doktrinde akreditifin hukukî niteliğini açıklama konusunda, “*üçüncü kişi yararına sözleşmenin*” yeterli olmadığı görüşü hâkim olsa da bu

¹³³ Kılıçoğlu, s.735.

¹³⁴ Oğuzman/Öz, s.437; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.218.

¹³⁵ Oğuzman/Öz, s.439; Özel, s.85; Günay, s.26; Erdoğan, s.58; Ayşen Çilenti Konuralp, “Türk Hukukunda Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme ve Hukukî Niteliği Konusunda Bir Değerlendirme”, (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2020, S.146. s.154-185), s.156.

¹³⁶ Akyol, s.23; Kılıçoğlu, s.741.

¹³⁷ Oğuzman/Öz, s.446.

¹³⁸ Kılıçoğlu, s.737.

görüŖe katılmamaktayız.¹³⁹ Bu görüŖü savunanlara göre amirin akreditif bedelini bankaya nakit olarak yatırması durumunda, bankanın amire karşı herhangi bir borcu olmadığından bahisle, banka ile amir arasında konusu iş görme olan bir sözleşmenin akdedildiği belirtilmektedir. Yine bu görüŖe göre, banka ile lehtar arasında herhangi bir ilişki kurulmadığından bahisle üçüncü kişi yararına sözleşmeden bahsedilemeyeceği belirtilmektedir.

Kanaatimizce, üçüncü kişi yararına sözleşmenin özellikleri incelendiği zaman bunların akreditife uygun düŖtüğü görülmektedir. Nitekim üçüncü kişi yararına sözleşmeler bağımsız bir sözleşme türünü oluşturmamaktadır. Böylece üçüncü kişi yararına sözleşmeler kanunda düzenlenen bir sözleşmenin üçüncü kişi yararına yapılmasına hizmet etmektedir. Akreditiflerde de temel ilişkide alacaklı ve borçlunun yapmış oldukları satış sözleşmesinde ödemenin akreditif ile yapılacağı kararlaştırıldıktan sonra; amirin, bankasına başvurarak lehtar lehine bir akreditif açtığı görülmektedir. Dolayısıyla amir ve banka arasında kurulan bir borç ilişkisinde edimin lehtara yapılması üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığına işaret etmektedir. Ayrıca, üçüncü kişi yararına sözleşmelerde, üçüncü kişiye borç yükletilememektedir. Bir diğ er ifade ile üçüncü kişi yararına sözleşmenin tarafı amir ve banka olduğundan lehtarın borç altına sokulması mümkün değildir. Kaldı ki lehtarın borç altına sokulması akreditifin doğasına da aykırıdır. Amir, temel ilişkiden kaynaklanan borcunu üçüncü kişi yararına sözleşme yaparak banka aracılığı ile ifa etmektedir.

Bununla beraber üçüncü kişi yararına sözleşmenin kurulmasında lehtarın herhangi bir rolü bulunmamaktadır. Lehtar, bahsi geçen sözleşmenin tarafı olmadığından, bu sözleşmenin sonuç doğurması için lehtarın bilgisi aranmamaktadır. Lehtarın belirlenebilmesi bu sözleşmenin kurulması için yeterlidir. Dolayısıyla akreditife temel teşkil eden sözleşmede, ödemenin akreditif ile yapılacağı kararlaştırıldıktan sonra; amirin, lehtar lehine akreditif açtırması üçüncü kişi yararına sözleşme olarak nitelendirilmelidir. Üçüncü kişi yararına sözleşmelerin türleri akreditif açısından incelendiğinde görülecektir ki; ifayı talep edebilme konusunda dönülemez akreditifler tam üçüncü kişi yararına, dönülebilir akreditifler ise eksik üçüncü kişi yararına sözleşmelerdir.¹⁴⁰

¹³⁹ Özel, s.86; Aydos, s.64; Günay, s.26; Yavuz, s.716.

¹⁴⁰ Uluç, s.452; Erdoğan, s.58.

Kaynakça

- AĞSAKAL, Ahmet/ERKAN, Mustafa Kenan: “Türkiye’de Dış Ticarete Ödeme Şekilleri ve Faiz Oranları”, Uluslararası Yönetim İktisat ve İşletme Dergisi, Y.2016, ICAFR 16 Özel Sayısı, s.581-588.
- AKYOL, Şener: Medeni Hukukta Uygulama Örnekleri (Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri), C.III, İstanbul 1985.
- AKYOL, Şener: Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 1976.
- AYDOS, Sadık Oğuz: Akreditif, 1. Bası, Ankara 2000.
- BAHTİYAR, Mehmet: “Akreditif ve Milletlerarası Özel Hukukta Doğurduğu Sorunlar”, BATİDER, C.15, S.3, 1990, s.71-88.
- BİLGE, Necip: Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Ankara 1971.
- BOZKURT, Sevgi: Akreditifin Uygulanması, Ankara 2006.
- BRINDLE, Michael/COX, Raymond: Law of Payments, Second Edition, London 1991.
- CAROLE, Murray/HOLLOWAY, David/TIMSON-HUNT, Daren/D’ARCY, Leo/M. SCHMITTHOFF, Clive: Export Trade - The Law and Practice of International Trade, 10th ed., London, 2000.
- CHANG, Shuchih Ernest/LUO, Hueimin Louis/CHEN, YiChian: “Blockchain-Enabled Trade Finance Innovation: A Potential Paradigm Shift on Using Letter of Credit”, Graduate Institute of Technology Management, National Chung Hsing University, 2019, s.1-16.
- DAYINLARLI, Kemal: “Dış Ticaret İşlemlerinde Akreditif”, Yargıtay Dergisi. 1990, C.XVI, S.III, s.406-423.
- DOĞAN, Vahit: Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif, 4. Baskı, Ankara 2016.
- DOLAN, John F.: “The Law of Letters of Credit”, Wayne State University Law School Legal Studies Research Paper Series, 2007, 4th ed., No.07-36.
- EĞİLMEZLER, Bedi: “Akreditif”, Adalet Dergisi, Sy.1, 1965, s.626-643.
- ENGİN, Günay Gözde: Türk Hukukunda Akreditif, İstanbul 2014.
- ERDOĞAN, İhsan: Akreditif Sözleşmeleri, Ankara 2000.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2020.
- EREN, Fikret: “İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan, İstanbul 2008, s.85-111.
- GAO, Xiang/BUCKLEY, Ross P.: “The Unique Jurisprudence of Letters of Credit: Its Origin and Sources”, San Diego International Law Journal Vol.4, 2003, s.91-125.
- GAO, Xiang: “The Identity of the Fraudulent Party Under the Fraud Rule in the Law of Letters of Credit”, University of New South Wales Law Journal, 2001, UNSWLawJl 14, s. 119-141.
- GÖĞER, Erdoğan: “Belgeli Akreditifin Hukukî Mahiyeti ve Yargıtay’ın Bir İçtihadı”, Batider, 1968, C.IV, s.687-698.

- GÖĞER, Erdoğan: Akreditif Muamelesi ve Hukuki Niteliği, 2. Bası, Ankara 1980.
- GRAHAM, George P: "International Commercial Letter of Credit and Choice of Law: so Whose Law Should Apply Anyway ?" Wayne Law Review, 47, 2001-2002, s.201-230.
- GÜMÜŞ, Mustafa, Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.2, 3 Baskı, İstanbul 2014.
- GÜMÜŞ, Mustafa, Alper: Borçlar Hukuku, C.I, İstanbul 2012.
- HAO, Yan/LING Xiao: "Risk Analysis of Letter of Credit -Based on Principles of 'Independence' and 'Strict Compliance'", International Journal of Business and Social Science, Vol.4, No.9, 2013, s.199-209.
- İSLAMOĞLU, Gülşah: "HAVALE", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, C.14, S.2, s.525-552.
- İŞGÜZAR, Hasan: Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara 1989.
- KARINCA, Eray: "Banka Kredi Sözleşmeleri", Ankara Barosu Dergisi, 2001-3, s.47-58.
- KAYA, Arslan: Belgeli Akreditifte Lehdarın Hukukî Durumu, İstanbul 1995.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.14, Ankara 2011.
- KONURALP, Aysen, Çilenti: "Türk Hukukunda Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme ve Hukukî Niteliği Konusunda Bir Değerlendirme", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2020, S.146, s.154-185.
- KOZOLCHYK, Boris: Commercial Letters of Credit in the Americas, a Comparative Study of Contemporary Commercial Transactions, 1966.
- KUNTALP, Erden: Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme), 2. Bası, Ankara 2013.
- LEON, Christopher: "Letters of Credit: a Primer", Maryland Law Review, Vol.45, I.2, s.432-464.
- LLEWELLYN, Karl: Nickerson, "Some Advantages of Letters of Credits", Journal of Business of the University of Chicago, Vol.2, No.1, 1929, s.1-16.
- MCCURDY, William E.: "Commercial Letters of Credit", Harvard Law Review, Vol.35, No.5, 1922, s.539-592.
- MILLER, Norman: "Problems and Patterns of the Letter of Credit", University of Illinois Law Forum, 1959, 162-201.
- OĞUZMAN, Kemal M./ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 13. Bası, İstanbul 2017.
- OKTAY, Saibe: "İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LV, S.1-2, s.263-296.
- ÖZEL, Sibel: Yargıtay Kararları Eşliğinde Akreditif ve Hukuki Niteliği, İstanbul 1991.
- REİSOĞLU, Seza: Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Akreditif, 2. Baskı, Ankara 2009.
- SCHWANK, Friedrich: "New Trends in International Bank Guarantees", Int. Bank. L. 1987, 6(3), s.35-40.

- SELİMOĞLU, Engin Yaşar: Eser Sözleşmesi, 3. Baskı, 2016.
- SEROZAN, Rona: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2006.
- SOMUNCUOĞLU, Ünal: “Akreditif İşleminde Özellikle İhracat Mevzuatı Açısından Yerel (Aracı) Bankaların İhracatçı Karşısındaki Hukukî Durumu ve Sorumlulukları”, Batider, 1983, C.XII, S.1, s.51-62.
- TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, C.III, B.1, Ankara 1988.
- TEKİNALP, Ünal: Banka Hukukunun Esasları, B.2, İstanbul 2009.
- TEKİNAY, S. Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, B.7, İstanbul 1993.
- TOLUN, Osman: “Akreditifin Hukukî Mahiyeti”, Adalet Dergisi, Y.48, S.1, 1957, s.266-280.
- TRIMBLE, Rufus, James: “The Law Merchant and the Letter of Credit”, Harvard Law Review, 1948, Vol.61, No.6, s.981-1008.
- TÜRK, Ahmet: Hukukî Yönden Banka Havalesi, Ankara 2007.
- ULUÇ, Mehmet R.: “Borçlar Hukuku Açısından Akreditif”, Batider 1966, C.III, s.432-478.
- UTKULU, Utku/AYDEMİR, İsmail/ÖZKEN, Ahmet/YILMAZ, Mutlu: Türkiye’de Dış Ticaret İşlemleri ve Uygulaması, 4. Baskı, Ankara 2013.
- VON, Bar Christian: Kollisionsrechtliche Aspekte der Vereinbarung und Inanspruchnahme von Dokumentenakkreditiven, ZHR 152, 1988.
- VURAL, Güven: Türk Banka Hukuku, Ankara 1991.
- YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2014.
- YAVUZ, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri-Özel Hükümler, B.12, İstanbul 2013.
- YÜKSEL, Ali, Sait: Bankacılık Yönünden Kredi Açma Sözleşmesi, İstanbul 1972.
- ZEVKLİLER, Aydın: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 7. Bası, Ankara 2002.
- ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Kadir, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. B., Ankara 2013.

Elektronik Kaynaklar

- <http://classic.austlii.edu.au/au/journals>.
- <http://digitalcommons.law.umaryland.edu>.
- <https://blog.lexpera.com.tr/>.
- <https://dergipark.org.tr/tr/>.
- <https://karararama.yargitay.gov.tr/>.
- <https://ssrn.com/>.
- <https://www.turkiyefinans.com.tr/>.

Kamu Hukuku

Karşılıksızdır İşlemini Yapmama Suçu

The Crime of Failure to Issue Notice of Dishonor

Dr. Öğr. Üyesi Burcu ERTEM ^(*)

Öz:

Mevcut çalışmada 5941 sayılı Çek Kanunu md.7/4'de düzenlenmiş bulunan, banka görevlisi tarafından çekle ilgili olarak "karşılıksızdır işlemi" yapmama suçu incelenmiştir. Yükümlülük suçu olarak nitelendirdiğimiz karşılıksızdır işlemi yapmama suçunda faillik alanı muhatap banka görevlileri ile sınırlandırılmıştır. Bu kapsamda, söz konusu suç tipinde özgü faillik niteliğinin dayanağını oluşturan yükümlülük ihlalinin kaynağının ne olduğu, yükümlülüğün başlangıç anının ne zaman olacağı, karşılıksızdır işleminin yapılmasının hukuki niteliğinin ve şartlarının ne olduğu gibi önemli konular irdelenmiştir. Ayrıca "karşılıksızdır işlemi" bu suç tipi yönünden özellik göstermesi nedeniyle ayrıca ele alınmış, Yargıtay'ın yeni tarihli kararları üzerinden tespit ve değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler:

Çek, Karşılıksızdır İşlemini Yapmama Suçu, Karşılıksız Çek, Özgü Suç, Yükümlülük Suçu, Sırf İhmal Suçu, Ceza Hukuku.

Abstract:

In this study, we examine the offense of failure to issue a "notice of dishonor" for a check by a bank official, which is regulated by Article 7/4 of Check Law No.5941. The offense of failing to issue a notice of dishonor is considered a crime of duty, and only bank officials fall under the category of perpetrators. In this context, important issues such as the source of the breach of duty, which is the basis for the specific qualification of the perpetrator of this type of crime, the starting point of the duty, the legal nature, and the conditions of the notice of dishonor were examined. The issuance of a "notice of dishonor" is specifically evaluated due to its unique characteristics in this offense. In addition, recent Supreme Court decisions have been considered in the analysis and evaluation of the offense of failure to issue a notice of dishonor.

Keywords:

Check, Offense of Failure to Issue a "Notice of Dishonor", Bounced Check, Specific Crime, Duty Crime, Offenses of Pure Omission, Criminal Law.

(*) Çankaya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi, Hukuku Anabilim Dalı, Ankara - Türkiye,

E-posta: burcuertem@cankaya.edu.tr; Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-8027-5834>.

Makale Geliş Tarihi: 09.11.2023 - Makale Kabul Tarihi: 17.11.2023.

Giriş

Bir kıymetli evrak türü olarak çekin, kredi değil ödeme vasıtası olması nedeniyle, muhatabı olan bankaya ödenmek üzere ibrazının kabil hale geldiği andan itibaren çekle işleyen hesapta ödenmesini mümkün kılacak karşılığının bulunması gerekir. Ülke genelinde karşılıksız çıkan çeklerin sayısının belirgin surette artması, mağdur duruma düşen çek hamillerinin de sayısını arttıracak gibi piyasalarda bu senet türüne olan güveni de sarsar. Bu yüzden çekin ödeme kabiliyetinin teminat altına alınması ve karşılığının temin edilmesinin sağlanması, üçüncü kişiler açısından olduğu kadar piyasa düzeni açısından da önem arz etmektedir. Aynı mülahaza ile hareket eden yasa koyucu, çek düzenini ve çekte olan güveni ceza hukuku aracılığıyla da koruma yoluna gitmiştir. Bu bağlamda yürürlüğe giren 14.12.2009 tarihli ve 5941 sayılı Çek Kanunu (ÇK)'nda¹ çek suçlarına (ÇK md.5/1 ile 7) yer vermiştir.

Hiç şüphesiz, çek düzeninin ceza hukuku aracılığıyla korunması denilince ilk akla gelen düzenleme, çekin karşılıksız olmasını konu alan suç tipidir (ÇK md.5/1). Çekin karşılığının temin edilmesi gayesiyle öngörülen bu suç tipiyle, ceza hukukunun özel ve genel önleme işlevinden faydalanılarak, özellikle yaptırım türü itibarıyla çek düzenleyenleri çek bedelini ödemeye zorlama amacı güdülmektedir.

Bir çekin karşılığının muhatap banka nezdinde kısmen ya da tamamen hazır bulunmaması halinde, süresinde ibraz edilmiş olması kaydıyla, o çek karşılıksız çıkmış sayılır. Usulüne uygun ibraz olunan çekin ödememe halinin (*Vorle-gungsvermerk; Nicht-bezahlt-vermerk, Alm.*) 13.01.2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ("TTK")'nun² 808. maddesinde öngörülen protesto (TTK md.808/1-a) veya muadil yöntemler olan muhatap bankanın ya da takas odasının beyanı (TTK md.808/1-b,c) ile ispatlanması özel hukuk ve ceza hukuku yönünden önemli sonuçlar doğurur.³ Ödememe halinin TTK md.808 uyarınca tespiti özel hukuk bakımından yalnızca çek hamilinin keşideciye ve de varsa cirantalar ile avalistlere karşı başvuru hakkını kullanabilmesi açısından değil, bankanın ödemekle yükümlü olduğu tutarı tahsil edebilmesi açısından da önem arz etmektedir. Ceza hukuku bakımından ise çekin karşılığını bulundurmamakla yükümlü olan kişi yönünden ÇK md.5/1'de düzenlenmiş bulunan, "*karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme*" suçu oluşabilecektir. Anılan suçtan ötürü cezalandırılabilirlik ise banka görevlisince ibraza konu çek hakkında "*karşılıksızdır işlemi*"nin yapılması şartına bağlanmıştır (TTK md.808/1-b; ÇK md.3/4).

¹ Bundan sonra "ÇK" olarak anılacaktır.

² Bundan sonra "TTK" olarak anılacaktır.

³ ÖZDAMAR, Mehmet/GÖKTÜRK, Kürşat/CAN, Mehmet Çelebi/KAŞAK, Esra: Kıymetli Evrak Hukuku, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2022, s.272.

Bu çalışmada, çekin usulüne uygun ibrazında banka görevlisince karşılıksızdır işleminin yapılmaması suretiyle tekemmül eden “banka görevlisinin karşılıksızdır işlemini yapmama suçu” (ÇK md.7/4) incelenecektir. Bu bağlamda, çekin karşılıksız çıkması haline ceza hukuku alanında bağlanan sonuçlara bütünsel bir yaklaşım imkânı sunmak için, yeri geldikçe inceleme konusu suçun “karşılıksızdır işlemini yapılmasına sebebiyet verme” suçu (ÇK md.5) ile ilintisi de ortaya konulacaktır.

I. Çekte Karşılığın Bulunmamasının ve Karşılıksızdır İşleminin Ceza Hukuku Yönünden Hüküm ve Sonuçları

A. Çeke Güvenin ve Çekin Ödeme Kabiliyetinin Ceza Hukuku Aracılığıyla Korunması ve Tarihsel Süreç

Çek hukuki niteliği itibariyle vasıflı havale olarak kabul edilen kıymetli evrak vasfına haiz bir senettir.⁴ Bu senet, ticari hayatta yaygın bir kullanıma sahip olan gerek gerçek gerekse tüzel kişiler tarafından kullanılabilen bir ödeme vasıtasıdır. Gerçekten de ticari hayatta para gibi bir ödeme vasıtası olmakla birlikte, benzer şekilde tedavüle çıkmakta ve çekin türüne göre devri ile piyasada dolaşmaktadır.

Şu hâlde, çekin tabi olacağı hukuki rejimin ve çek hakkında getirilecek her türlü düzenlemenin, ekonomik kamu düzenini etkileyeceğinden şüphe duymamak gerekir. Çeke duyulan güvenin korunması ve artırılması, piyasalardaki güvenin temini ve korunması açısından zorunludur.⁵ Özellikle hamiline yazılı çeklerin piyasadaki hızlı tedavül kabiliyeti ve kayıt dışı ekonomi kapsamına girmesi, onu suçtan kaynaklanan malvarlığı değeriyle mücadelenin konusu haline getirmektedir.⁶ Nitekim, İtalyan hukuk sisteminde Finansal Sistemin Kara Para Aklama ve Terörizmin Finansmanı Amacı ile Kullanımının Önlenmesine İlişkin Direktif 2005/60/EC ile Benzer Şekilde Uygulama Tedbirlerini İçeren Direktif 2006/70/EC'nin Uygulanmasına İlişkin 21.11.2007 tarih ve 231 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK)⁷ md.49/7-8 ile 63/1'de çekin tedavülüne bu mülahaza ile kısıtlama

⁴ CAN, M. s.159 vd.; AYM. 11.12.2002 T., 2002/165 E. ve 2002/195 K.: “Türk Ticaret Kanunu'nda kambiyo senetleri arasında düzenlenen çek, temel ilişkide bir sözleşmenin bulunup bulunmamasından bağımsız olarak, kambiyo hukukuna özgü borç doğuran özel bir havaledir.”

⁵ ERMAN, Sahir: “Karşılıksız Çek”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, S.2, Aralık 1981, s.123; SELÇUK, Sami: Çek Suçları, (Öğreti- Mevzuat- İçtihat), Ankara 1993, s.3.

⁶ Ayrıca bkz. ÖZTAN, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, Güncelleştirilmiş 24. Bası, Ankara 2020, s.234.; Nitekim, 5941 sayılı Çek Kanunu'na ilişkin Genel Gereğe'nin “Yeni Bir Kanunu Gerekli kılan Sebepler” alt başlığı altında, hamiline yazılı çeklerin kayıt dışı ekonominin bir aracı olmaktan çıkarılması gereği vurgulanmıştır. Bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c054/tbmm23054029ss0445.pdf>, (E.T.02.09.2023).

⁷ <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2007;231~art49>, (E.T.02.09.2023).

getirilmiş ve karşılığında 3000 Euro'dan 50000 Euro'ya kadar idari para cezası öngörülmüştür. Bu kısıtlama ile 1000 Euro'dan yüksek meblağlı çeklerin üstünde “devredilemezlik şerhinin” yer alması zorunlu kılınmış ve buna uyulmaması hem çeki düzenleyen hem de çeki ibraz eden yönünden yaptırıma bağlanmıştır.⁸

Çek, Türk hukukunda uzunca bir süre genel kanun niteliğinde olan 1956 tarihli ve 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tabi tutulmuştur.⁹ İlk defa mülga 19.3.1985 tarihli ve 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesi ile müstakil bir suç tipi olarak karşılıksız çek keşide etme suçu ihdas edilmiştir.¹⁰ Ancak mezkûr 3167 sayılı Kanun'un önemi, karşılıksız çek suçunun ihdası ile sınırlı kalmamıştır. Yasa koyucu çeki ilişkin hukuki rejimi ve çekle ödemelere ilişkin düzeni, banka-ya ve gerçek kişilere yüklediği birtakım sorumluluklar temelinde ve bu sorumlulukları ceza hukuku yaptırımı ile güçlendirmek suretiyle inşa etmiştir. Gerçek kişiler tarafından işlenebilen suçlar yanında, bankaların yükümlülüklerinden doğan suçlar da öngörülmüş ve böylelikle yeni bir çek suçları dönemi başlamıştır.¹¹

Yasa koyucu 3167 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile bankaların yükümlülüklerinden doğan suçları düzenlerken, madde kenar başlığını “Bankalara uygulanacak cezalar” olarak belirlemiş ve anılan yükümlülükleri yerine getirmeyen “banka” hakkında ağır para cezasına hükmedileceğini hüküm altına almıştır. Yasa koyucu, hükümet tasarısında yer alan “Banka görevlilerine uygulanacak cezalar” kenar başlığını öngören düzenlemeyi değiştirerek, söz konusu suçların faili olarak tüzel kişi olan bankaları göstermiş ve böylelikle suçun failinin yalnızca gerçek kişiler olabileceğini göz ardı ederek cezaların kişiselliği ilkesine ters düşmüştür.¹² 26.02.2003 tarihli ve 4814 sayılı Kanun ile Mülga 3167 sayılı Kanun'da değişikliğe gidilmiş ise de mezkûr Kanun'un 15. maddesindeki cezaların kişiselliği ilkesine aykırı düzenlenme tadil edilmemiş, “Yargılamada bankayı şube müdürü temsil eder.” cümlesi eklenerek sürdürülmüştür.

⁸ <https://www.consumer.bz.it/de/verbraucher-zahl-straft-von-6000-euro-fuer-ausstellung-eines-schecks-ohne-vermerk-nicht>, (E.T.02.09.2023).

⁹ Bu dönem içerisinde karşılıksız çek düzenleme eylemi, TBMM'nin 17.01.1929 tarihli ve 471 sayılı Yorum Kararı kapsamında, dolandırıcılık suçunun şartlarını karşıladığı nispetle cezayı müstelzim bir fiil olarak değerlendirilmiştir. Bkz. ERTEM, Burcu/ERSOY, Uğur: “Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Sebepiyet Verme Suçunda Faillik Sorunu”, ÇÜHFHD, C.5, S.1, Nisan 2020, s.1501.; ERMAN, S., s.126.

¹⁰ 1985 tarih ve 3167 sayılı mülga Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun md.16 hükmü uyarınca: “İbraz süresi içinde veya üzerinde yazılı keşide tarihin-den önce, 4 üncü maddeye göre ibraz edildiğinde, yeterli karşılığı bulunmaması sebebiyle kısmen de olsa ödenmeyen çeki keşide eden kişiler bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar. (...)”; ERTEM, B./ERSOY, U., s.1501.

¹¹ SELÇUK, S., s.5 ve 10.

¹² SELÇUK, S., s.12.

26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu¹³ (TCK)'nın yürürlüğe girmesiyle, TCK'nın genel hükümlerine aykırı düzenlemeler içeren 3167 sayılı Kanun'un birçok hükmü gerek öngörülen yaptırımlar gerekse fail tanımları itibarıyla uygulanamaz hale gelmiştir (TCK md.5).¹⁴ Bu doğrultuda, yürürlüğe giren 14.12.2009 tarihli ve 5941 sayılı Çek Kanunu ile çekle ilgili sorumlulukların ihlaline bağlanan ceza hukuku sorumluluğuna ilişkin yeni düzenlemelere gidilmiştir.¹⁵

5941 sayılı Çek Kanunu'nda, karşılıksız çek keşidesine ilişkin ceza sorumluluğu yönünden haksızlığın temellendirilmesi mülga 3167 sayılı Kanun'dan başkalaştırılmıştır. Karşılıksız çek keşidesi suçu artık çek düzenlerken karşılığı olmadığını ya da karşılıksız kalacağını bilerek çek keşide edilmesine dayandırılmamakta, yalnızca süresinde ibrazında bankada çekin karşılığının olmayışı ile sınırlı olarak cezayı müstelzim olarak addedilmektedir (ÇK md 5).¹⁶ Herhalde yasa koyucunun karşılıksız çek keşidesi eyleminin ne zaman cezayı gerektireceğine dair değıştirdiği ceza siyaseti tercihi, çekin görüldüğünde ödeneceğinin kabulüne dayalı yapısındaki başkalaşmadan bağımsız açıklanamaz. Çekin yapısındaki başkalaşmadan kasıt, düzenleme tarihinden önce ibraz edilen çekin karşılığının ödenmemiş olması halinde müracaat hakkının kullanılabilmesi için mutlaka karşılığı olmayan çekle ilgili tekrar ibraz süresi içerisinde ibrazının ve böylelikle kural olarak "karşılıksızdır" işlemine tabi tutulmasının şart oluşudur (ÇK md.3/8). Oysaki çekte vade yoktur, çek görüldüğünde ödenir. Ancak ileri düzenleme tarihli çek keşide etmenin önü açılmış olmakla, çekin görüldüğünde ödeneceğine ilişkin hukuki niteliği dolanılmaktadır. Düzenleme tarihinden önce çekin (Geçici madde 3/5) ibraz edilemiyor oluşu da bu durumu pekiştirmektedir.¹⁷

Sanırız, çekin görüldüğünde ödeneceği yönündeki hukuki niteliği korunsaydı, karşılığı olmadığını bildiği halde çek düzenlemeyi yani bizatihi karşılıksız keşide etme eylemini doğrudan doğruya suç haline getirmenin ya da bu durumda dolandırıcılık suçuna müracaat etmenin bir mantığı olacaktı. Oysaki aylar ya da yıllar sonraki keşide tarihli çekler açısından ne karşılığın öngörülebilirliğinin ya da karşılığı varsayabilmenin ne de failin bu konudaki kastını fiilen kolaylıkla ve çekincesiz bir şekilde ortaya koyabilmenin kolay olmadığını belirtmek gerekir. Yani karşılığın keşide anında bulundurulmasının aranması, sadece çekin görüldüğünde ödeneceği kuralına sıkı sıkıya bağlı kalındığında bir anlam kazanmaktadır.

¹³ Bundan sonra "TCK" olarak anılacaktır.

¹⁴ ÖZGENÇ, İzzet: Çek Kanunu, 9. Bası, Ankara 2021, s.5.

¹⁵ ÖZGENÇ, İ., Çek Kanunu, s.6.

¹⁶ "karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçu" yönünden faillik sorununa ilişkin bkz. ERTEM, B./ERSOY, U., s.1511 vd.

¹⁷ Konuya ilişkin değerlendirme ve eleştiriler için bkz. CAN, M., s.164; KENDİGELEN, Abuzer/KIRCA, İsmail: Kıymetli Evrak Hukuku- Genel Esaslar Kambiyo Senetleri, 3. Basıdan 4. Tıpkı Bası, İstanbul 2020, s.307, kn. 699.

Kanımızca yaşanan sorunun temel çıkış sebebi, aslında teknik açıdan ödeme aracı olan çekin piyasada fiilen kredi aracına dönüştürülmesi ve bu fiili durumun yasa aracılığıyla hukukileştirilmiş olmasıdır.¹⁸ Oysaki çekte olan güveni asıl sarsan ve böylelikle ceza siyaseti tercihinin konusunu oluşturması gereken husus, karşılığının olmadığını bilerek ve karşılıksız bırakmak niyetiyle çek keşide etmektir.¹⁹

Her ne kadar, çekte ilişkin öngörülen diğer suç tipleri karşılıksız çek suçuna ilişkin tartışmaların gölgesinde kalmış ve fazlaca ilgi çekmemiş ise de çekte ilişkin hukuki düzenin korunması ve çekte duyulan güvenin güçlendirilmesi açısından yasa da öngörülen tüm suç tiplerinin aynı etkinlikte uygulanması son derece önem arz etmektedir. Örneğin, bir çekte ilişkin “*karşılıksızdır işlemi*”nin yapılması, “*karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme*” suçu (ÇK md.5) yönünden objektif cezalandırılabilme şartıdır. Bu örnek göstermektedir ki, “*banka görevlisinin karşılıksızdır işlemi yapmama suçu*” (ÇK md.7/4), “*karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme*” (ÇK md.5) suçunun cezalandırılabilirliğine doğrudan etki etmektedir.²⁰

Buraya kadar yaptığımız açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, çek suçları kapsamında bankaların yükümlülüklerinden doğan suçların düzenlenmesi önemlidir. Çünkü, çekte olan güvenin sağlanması, muhatabın bir güven kuruluşu olan banka oluşundan ve bankanın yükümlülüklerini eksiksiz yerine getireceği noktasında oluşan bir güvenden ayrı ve bağımsız düşünülemez. Birçok ülkede olduğu gibi, ülkemizde de çekin muhatabının yalnızca banka olabilmesi, bunun bir göstergesidir. Gerçekten, Türk Ticaret Kanunu’nun 782. maddesinin ilk fıkrasında olduğu gibi, Alman Çek Kanunu (Alm. ÇK)’nun²¹ 3. maddesinde ve Avusturya Çek Kanunu (Av. ÇK)’nun²² 3. maddesinde çekte muhatabın yalnızca banka olabileceği öngörülmüştür.

¹⁸ CAN, M., s.164.

¹⁹ Nitekim Avusturya yasa koyucusu, 16 Şubat 1955 tarihli Çek Kanununu Düzenleyen Toplu Hükümler (BGBl. I Nr. 58/10)’de bu durumu gözetmiştir. Anılan Kanun’un “*Ceza hükümleri*” kenar başlıklı 67. maddesinin ilk fıkrasında, çekin ödeme için zamanında ibrazında kullanılabilir karşılığının bulunmaması ya da yeterli karşılığın bulunmaması nedeniyle tam olarak çekin bozduurulmadığı hallerde, çekin ibrazında çekin karşılığı olacağını varsaymadan çek düzenlenmesi durumunda, düzenleyen hakkında 72 Euro altında olmamak kaydıyla karşılıksız çek miktarının %20’sine kadar düzene aykırılık cezası uygulanacağını öngörmüştür. Suçun yasal tarifi incelendiğinde, süresinde ibraz edildiğinde ödeme kabiliyetinin olup olmayacağını değerlendiremediği bir anda çek düzenleyen kişinin, sorumlu tutulduğu görülmektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise ödeme kabiliyetinin olmadığı hallerde mahkeme tarafından 10 günü geçmemek kaydıyla düzene aykırılık cezasının hapse çevrileceği hüküm altına alınmıştır. Son fıkrasında ise, keşideci hakkında dolandırıcılık suçundan dolayı mahkemece kovuşturma yapılmasının düzene aykırılık cezasının uygulanmasına ve ayrıca çek haminin haklarına halel getirmeyeceği düzenlenmektedir.

²⁰ Y.19.CD. 27.01.2020 T., 2019/35817 E., 2020/415 K.

²¹ 14.08.1933 tarihli ve 31. 08.2015 değişik Alman Çek Kanunu (Scheckgesetz in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4132-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 200 der Verordnung vom 31. August 2015 (BGBl. I S.1474) geändert worden ist”).

²² 16.02. 1955 tarihli Çek Kanununu Düzenleyen Toplu Hükümler- (23.09.2021 tarihi itibarıyla) (Gesamte Rechtsvorschrift für Scheckgesetz 1955, Fassung vom 23.09.2021).

B. Çekin Ödeme İçin İbrahim ve Çekte Karşılığın Bulunmamasının Ceza Hukuku Yönünden Önemi

Çekin karşılığının olmaması, çekin geçerliliğine hanel getirmez.²³ Şu kadar ki bir çekin karşılığının olmaması, usulüne uygun ibrazla birlikte yetkili hamilin müraaat hakkının doğması, çek hesabı yönünden karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçunun (ÇK md.5) oluşması, muhatap bankanın ödememe halini tevsik yükümlülüğünün doğması gibi özel hukuk ve ceza hukuku boyutlarıyla önemli hüküm ve sonuçlar doğurur.

Erman,²⁴ çekin karşılığı olmayışını, ikili bir ayrıma gitmek suretiyle ele almaktadır. Bunlardan ilki çekin karşılıksız olması yani keşide anında çekin bankada karşılığının bulunmamasıdır. İkinci hal ise, çekin karşılıksız bırakılması yani keşide anında karşılığı bulunan çek karşılığı üzerinde keşidecinin sonradan tasarrufta bulunmasıdır.²⁵ Söz konusu ayırım, yukarıda ele alındığı üzere, karşılıksız çekte ilişkin ceza siyaseti tercihini şekillendirmesi yönünde önem arz etmektedir.

Temelde bir "ödeme emri" niteliğinde olan çek, lehtara veya yetkili hamile verilen çek bedelini talep ve tahsil yetkisi ve muhatap bankaya verilen ödemeyi lehtara veya yetkili hamile yapma yetkisi olmak üzere iki temel yetkilendirmeyi içerir.²⁶ Çek Kanunu ile muhatap banka yönünden uyulmaması ceza yaptırımına alınmış yükümlülüklerden iki tanesi, çekle ilgili bu iki temel yetkilendirmeyi konu edinmiştir. Her iki yükümlülüğü görevi gereği üstlenen banka görevlisinin şartları oluşmasına rağmen ihmal göstermesi ayrı ayrı cezayı müstelzim fiiller olarak addedilmiştir (ÇK md.7/4 ve 5). Bu yükümlülüklerden ilki muhatap bankanın karşılığı bulunan çekle ilgili ödeme yapma yükümlülüğü (ÇK md.3 ve 7/5), ikincisi ise çekin karşılığının bulunmaması halinde (ÇK md.3 ve 7/4) bu durumun usulüne uygun tevsikidir. Söz konusu yükümlülükler yetkili hamilin çek bedelini talep yetkisini usulüne uygun olarak kullanması yani ödeme için ibraz ile doğmaktadır. Şu hâlde ibrazla birlikte, banka görevlisi öncelikle çekin karşılığının olup olmadığını tespit etmek ve bu tespit sonucuna göre yasanın kendisine verdiği yetkiler çerçevesinde görevinin gereklerine uygun yönde işlem tesis etmek zorundadır.

Ödeme için ibrazında karşılıksız çıkan çekte ilişkin "karşılıksızdır işlemi" tesis etme yükümlülüğünün ihmalinin, ceza hukuku yönünden iki önemli sonucu

²³ CAN, M., s.196.

²⁴ ERMAN, S., s.127.

²⁵ Hatta çekin karşılıksız bırakılması haline, ayrıca keşide anında çekin karşılığının bulunmaması halinin devam ettirilmesinin de eklenmesi yerinde olacaktır.

²⁶ ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Hüseyin/KAYA, Arslan/ERTAN, F. NOMER: Kıymetli Evrak Hukuku, 12. Basi, İstanbul 2019, s.259 ve 260.

vardır. İlk olarak, ödeme için ibrazında karşılıksız çıkan çeke ilişkin “*karşılıksızdır işlemi*” yapma yükümlülüğünü ihmal eden banka görevlisi yönünden ceza sorumluluğu gündeme gelecektir (ÇK md.7/4). İkinci olarak, banka görevlisinin “*karşılıksızdır işlemi*” yapma yükümlülüğünü ihmal etmesi, “*karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme*” (ÇK md.5) suçundan ötürü çek hesabı sahibinin cezalandırılabilmesini engelleyecektir.

Karşılığı kısmen ya da tamamen olmayan çek hakkında ödememe halini tevsik yükümlülüğünü ihmalin ceza yaptırımına bağlanması, ilk defa mülga 1985 tarihli Kanun ile gerçekleşmiştir. Söz konusu Kanun’un “*Bankalara uygulanacak cezalar*” kenar başlıklı 15. maddesi ile aynı Kanun’un muhtelif hükümlerinde öngörülen yükümlülüklerin ihlali niteliğindeki ihmali ya da icrai nitelikteki eylemler, yaptırım olarak ağır para cezasına bağlanması sebebiyle cürüm nevi’nden birer haksızlık olarak kabul edilmiştir.²⁷ Anılan Kanun’un 15. maddesinde öngörülen ve ceza yaptırımına bağlanan yükümlülüklerden bir tanesi de çekin karşılıksız olduğunun tespitine ilişkin olup, aynı Kanun’un 5. maddesinde “*Çekin ibrazında karşılığının tamamen ödenmemesi veya çek hamili tarafından kısmî ödememin kabul edilmemesi halinde, ibraz tarihi ile ödememe nedeni çekin üzerine yazılır ve çek, üzerine imzası alınarak hamiline geri verilir; çekin ön ve arka yüzünün fotokopisi banka tarafından saklanır.*” şeklinde öngörülmüştür. Görüldüğü üzere mezkûr düzenlemede TTK ile uyumlu olarak “*ödememe nedeninin*” çekin üzerine yazılacağı ifade olunmuş, buna karşın “*karşılıksızdır işlemi*” ifadesine teknik bir terim olarak yer verilmemiştir.

Şu an yürürlükte bulunan 5941 sayılı Çek Kanunu’nun “*Diğer ceza hükümleri*” kenar başlıklı 7. maddesinin 4. fıkrasında, “*Kısmen veya tamamen karşılığı bulunmayan çekle ilgili olarak, talebe rağmen, karşılıksızdır işlemi yapmayan banka görevlisi, şikâyet üzerine bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” denilerek, karşılıksızdır işlemi yapmama suçu düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, mevcut düzenleme ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun temel felsefesine ve prensiplerine uygun olarak normun kural ve yaptırım unsuru aynı hükümde birleştirilmiş ve suçun failinin tüzel kişi olamayacağı kabul edilmiştir.

C. Çekte Ödememe Halinin Tevsiki ve “Karşılıksızdır” İşleminin Hukuki Mahiyeti

Çek, yetkili hamil tarafından usulüne uygun ibrazında, karşılığı varsa ödenecek, karşılığı yoksa da bu durumun tespit edilmesi gerekecektir. Ödeme için ibraz olunan çeke ilişkin ödememe halinin ise TTK’nın 808. maddesinde öngörü-

²⁷ Mülga 1985 tarihli ve 3167 sayılı Kanun md.15: “3, 4, 5, 7, 9 ve 11 inci maddeler ile 13 üncü maddenin birinci fıkrasında yazılı yükümlülükleri yerine getirmeyen bankalar hakkında üçyüzellimilyon liradan üçmilyar liraya kadar ağır para cezasına hükmolunur. Yargılamada bankayı şube müdürü temsil eder.”

len protesto (TTK md.808/1-a) veya muadil yöntemler olan muhatap bankanın ya da takas odasının beyanı (TTK md.808/1-b,c) ile ispatlanması gerekmektedir. Görüldüğü üzere, poliçelerde ödememe protestosuna noter yetkili kılınmışken (TTK md.715), çek yönünden ilaveten muhatap banka görevlilerine bankacılık faaliyetlerinden doğan görev ve yetkileri kapsamında çekin ödenmemesi halini tevsik etme yetkisi verilmiştir (TTK md.808/1-b; ÇK md.3/4).

İfade etmek gerekir ki, her ne kadar ödememe halinin tevsiki yönünden kural noter tarafından protesto belgesinin düzenlenmesi (TTK md.808/1-a) ise de uygulaması son derece kısıtlıdır. Örneğin, çekin üzerine çekin ödenmesini engelleyen ihtiyati tedbir kararı bulunması halinde, muhatap banka görevlisinin “*ihtiyati tedbir kararı nedeniyle işleme alınmamıştır*” kaydı ile yetinerek, çekin karşılığı olup olmadığı konusunda yazılı beyanda bulunmaması halinde durumun noter aracılığıyla tespit ettirilmesi mümkün olabilir.²⁸ Öztan,²⁹ muhatap banka tarafından karşılıksızdır işleminin hiç yapılmadığı yani söz konusu kaydın yazılmamasında direnildiği hallerde hamilin elinde protesto düzenlettirmekten başka bir çare kalmayacağını ifade etmektedir. Buna karşın, çekin üstüne onun ibrazını ispata yarayacak nitelikte bir şerh düşülmeden iade edildiği hallerde, çekin muhatap bankaya ibrazının belgelenmesi neredeyse imkânsız olup, ödememe halinin noter aracılığıyla tespiti teorik açıdan mümkün olsa da pratik açıdan mümkün görünmemektedir.³⁰ Şu hâlde çekler yönünden ödememe halinin tevsiki için uygulamada iki yöntem öne çıkmaktadır. Bunlardan ilki muhatap bankanın beyanı TTK md.808/1-b; ÇK md.3/4), ikincisi ise takas odasının beyanıdır (TTK md.808/1-c).

TTK md.808/1-b’de muhatap bankanın beyanından bahsedilirken, ÇK md.3/4’de anılan beyan “*karşılıksızdır işlemi*” olarak nitelendirilmiştir. İfade etmek gerekir ki, “*karşılıksızdır işlemi*” terimi yasa koyucu tarafından ilk defa şu an yürürlükte bulunan 5941 sayılı Çek Kanunu’nda kullanılmıştır. “*İbraz, ödeme, çekin karşılıksız olduğunun tespiti ve gecikme cezası*” kenar başlıklı ÇK md.3’ün tüm fıkraları incelendiğinde, söz konusu hükmün çekin muhatap bankaya fiziken ibrazı varsayımı üzerine kaleme alındığı, böylelikle ÇK md.3/4’de öngörü-

²⁸ REİSOĞLU, Seza: Çek Hukuku, Ankara 2011, s.272.

²⁹ ÖZTAN, F., s.308.

³⁰ Türkiye Noterler Birliği’nin 15.10. 2019 tarihli Kambiyo Senetlerinin Protestosuna İlişkin Düzenlemeler ve Açıklamalar Hakkındaki 26 No’lu Genelge’nin “*Çekin ödememe protestosunun yapılması usulü ve dikkate alınacak hususlar*” kenar başlıklı 11. maddesinde yer verilen Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü’nün 22.10.1996 günlü 15424 sayılı yazısının ilgili kısmı şu şekildedir: “(...)Noter, önüne gelen çekin bankaya müddeti içinde ibraz edilip edilmediğini araştırarak, eğer çek üstünde bunu belirtir bir kayıt yoksa hamilden, süresinde muhatap bankaya çeki ibraz ettiğini gösterir bir belgenin gösterilmesini isteyecektir. Bu şartlar gerçekleştiği takdirde noter çek borçlusuna bonodaki usule göre protesto gönderebilir. Muhatap bankaya protesto gönderilmesi mümkün değildir (...).

len “karşılıksızdır işlemi” ile TTK md.808/1-b’de öngörülen muhatap bankanın beyanının kastedildiği anlaşılmaktadır. Kanımızca, yorum yoluyla aksi yönde bir kabule ulaşmak da mümkün görünmemektedir. Ancak tam da bu noktada takas odasında işlem gören çeke ilişkin ödememe halinin tevsikinin, ÇK md.3/4 kapsamında karşılıksızdır işlemi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır.

“Hesaben ödeme” kenar başlıklı ÇK md.8’de çeklerin “(...) bankalararası takas odaları aracılığı ile elektronik ortamda muhatap bankaya gönderilerek işlem görmesi, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 710 uncu maddesine göre takas odasına ibraz hükmündedir.” ifadesi yer almaktadır. TTK md.798’de de takas odasına ibrazın ödeme için ibraz yerine geçeceği belirtilmiştir.³¹ Şu hâlde, kanımızca ÇK md.8 uyarınca çekin takas odasına ibrazı halinde, ödememe halinin tevsiki takas odasının beyanı (TTK md.808/1-c) ile gerçekleşmektedir. Bu kabulümüzün yerindeliği, çekin takas odasında ibrazı süreci incelendiğinde daha net anlaşılmaktadır.

Öncelikle takas odasına ibraz yalnızca muhatap banka haricindeki bankalar aracılığı ile gerçekleştirilebilecek olup, yetkili hamil re’sen çeki takas odasına ibraz edemez. Bu durumda, sadece çeki yetkili hamilden temlik ya da tahsil cirosuyla devralan diğer bir banka çeki takasa sunabilecektir.³² Oysaki karşılıksızdır işleminin düzenlendiği ÇK md.3’te bizzat yetkili hamilin muhatap bankaya başvurusu hali düzenlenmektedir. İkinci olarak, çek takası faaliyetleri günümüzde “İstanbul Takas ve Saklama Bankası (Takasbank)” tarafından elektronik ortamda gerçekleştirilen “Çek Takas Sistemi” üzerinden yürütülmekte olup; çeklerin fiziksel olarak ibraz edilmeksizin elektronik ortamda ibrazı, geçerli bir ibraz olarak kabul olunmaktadır (ÇK md.8/3 ve TTK md.798). 02.07.2018 tarihli Çek Takas Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik md.12/1 uyarınca, takas odasında işlem görebilecek çekler, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Anonim Şirketi tarafından gösterilen usulde bastırılmış ve manyetik kodlaması yapılmış olan çeklerle sınırlıdır.³³ Oysaki, ÇK md.3’de öngörüldüğü şekliyle fiziken ibraz edilmeyen çekin arkasına şerh düşülmesi mümkün değildir. Bu durum da ÇK md.3 ile çekin takas odasına ibraz edildiği halin değil, doğrudan doğruya muhatap bankaya ibraz edildiği halin öngörüldüğü kabulüne ulaştırmaktadır.

Yukarıda anılan Yönetmelik incelendiğinde, katılımcı bankaların, “Kendi şubelerine hamilleri tarafından ibraz edilen çekleri muhatap katılımcılara vekâleten kabul etmek ve bu çeklere ilişkin bilgileri elektronik ortamda muhatap

³¹ ÖZDAMAR, M./GÖKTÜRK, K. CAN, M. Ç./KAŞAK, E., s.262.

³² REİSOĞLU, S., s.200.

³³ ÖZDAMAR, M./GÖKTÜRK, K. CAN, M. Ç./KAŞAK, E., s.264.

katılımcıya intikal ettirmek üzere takas odasına iletmek," ile yükümlü oldukları görülmektedir. (Yönetmelik md.10/1-j). Yönetmelik md.12/3'te ise katılımcı bankalar tarafından getirilen çeklerin, takas odası aracılığıyla elektronik sistem üzerinden muhatap katılımcı bankalara ibraz edilecekleri hüküm altına alınmıştır. Dikkat edilirse, TTK md.798'de takas odasına ibrazın ödeme için ibraz yerine geçeceği belirtilmişken, Yönetmelik'te muhatap bankaya ibrazdan söz edilmektedir. Bu uyumsuzluğun, ibraz anının tespitinde TTK md.798 uyarınca yani katılımcı bankanın çeki takas odasına ibrazı anı esas alınmak suretiyle giderilmesi gerektiğini söylemek mümkündür. Öte yandan, Yönetmelik md.10/1-j'de katılımcı bankaların "*Hesapta yeterli karşılığı bulunmadığı için ödenemeyen çeklere ilişkin, çekin basılmasına esas kanun hükmüne uygun tespit işlemini ve ödemeyi engelleyen diğer kısıtlamaları bulunan çeklerin arkalarına gerekli açıklamayı muhatap katılımcı adına yapmak,*" ile yükümlü oldukları belirtilmiştir. Buna göre Yönetmelik'te karşılıksızdır işlemin yapılmasından değil, ödememe haline ilişkin tespitten bahsedilmesi anlamlıdır (TTK md.808/1-b). Ancak Yönetmelik'te katılımcı bankanın bu ödememe haline ilişkin tespiti katılımcı muhatap banka adına yapacağını belirtilmesi, TTK md.808/1b hükmü ile uyumsuz olup, yanıltıcıdır. Zira, TTK md.808/1-c hükmü, çekin ödenmemiş olduğu ve ödememe hâlinin, "*Bir takas odasının, çek zamanında teslim edildiği hâlde ödenmediğini tespit eden tarihli bir beyanıyla,*" sabit bulunmasından bahsetmektedir. Esasen anılan hükümdeki takas odasının beyanı esasen fiili bir durum olan ödememe olgusunu tespitten öte bir anlam taşımamakta olup, yasa koyucunun muhatap bankaya tanıdığı hatta zorunlu tuttuğu karşılıksızdır işlemi tesis etme suretiyle ödememe halini tespit etme yetkisi ile benzerdir. Burada ödememe halini tevsik yetkisinin takas odasına sunulan çekler yönünden TTK md.808/1-c kapsamında takas odası tarafından mı yoksa TTK md.808/1-b kapsamında vekalet ilişkisi kapsamında katılımcı eliyle ve muhatap banka tarafından mı kullanılmış olacağı özel hukuk boyutuyla tartışılabilecekse de bu tartışmanın kıyas yasağı nedeniyle ceza hukuku yönünden pratik bir sonucu olmayacaktır. Kanunilik ilkesi gereğince, muhatap bankanın tevsik etme yetkisinin ve dolayısıyla muhatap banka görevlilerinin karşılıksızdır işlemi yapma yükümlülüğünün TTK md.808/1-b hükmü ile kendisine fiziken ibraz olunan çeklerle sınırlı olduğunun kabulü yerinde olacaktır.

Mezkûr Kanun'un karşılıksızdır işleminin şekil şartlarını gösteren (ÇK md.3), söz konusu işlemin yapılmasında ihmal gösterilmesini suç olarak düzenleyen (ÇK md.7/4) ve nihayetinde "*karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme*" suçunu düzenleyen (ÇK md.5) hükümlerinde, ödememe halinin tevsikinden değil, karşılıksızdır işleminin yapılmamasından bahsedilmektedir. Anılan

üç hüküm de ceza sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler olup, karşılıksızdır işlemi “*karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme*” suçu (ÇK md.5) yönünden objektif cezalandırılabilme şartı, “*banka görevlisinin karşılıksızdır işlemi yapmama suçu*” (ÇK md.7/4) yönünden ise suçun unsuru niteliğinde olup, kanunilik ilkesine tabidir. Ancak, karşılıksızdır işleminin anılan iki suç tipi yönünden diğer ödememe halini tevsik etme yöntemleri olan protesto (TTK md.808/1-a) ile takas odasının beyanını da (TTK md.808/1-c) kapsayacak şekilde geniş yorumlanması kıyas anlamına geleceğinden kanunilik ilkesine aykırı olacaktır.

Bu kabulümüz, “*karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme*” (ÇK md.5) suçu yönünden de etki doğurmaktadır. Zira söz konusu suç tipi yönünden, karşılıksızdır işleminin yapılması daha önce ifade edildiği üzere objektif cezalandırılabilme şartı olarak öngörülmüştür. Şu hâlde, ödememe halinin muhatap bankanın beyanı niteliğinde olan karşılıksızdır işlemi (TTK md.808/1-b; ÇK md.3/4) dışındaki yöntemler ile tevsik edildiği hallerde (TTK md.808/1-a ve c), kıyas yasağı nedeniyle çek hesabı sahibinin kanunilik ilkesi ihlal edilmeksizin cezalandırılması mümkün görünmemektedir.³⁴ Kanımızca, yasa koyucunun bu durumu gözetmesi, söz konusu suçun yasal tarifinde karşılıksızdır işlemi terimi yerine TTK md.808/1 ile uyumlu olarak ödememe halinin tevsiki ifadesine yer vermesi cezalandırma boşluğunun doğmasını engelleyecektir.

II. Korunan Hukuksal Değer

Çeklerle ilgili suçların ortak hukuksal konusunun bulunduğu, bunun da “*ödeme aracı olarak çekin kolaylıkla dolaşımının sağlanmasındaki kamusal güven ve yarar*” olduğu kabul edilir.³⁵ Ancak çek suçlarında, bu ortak hukuki konuya ek olarak kimi zaman hamilin kimi zaman da çek kullanımının sağlıklı biçimde yürütülmesinin amaçlandığı belirtilmektedir.³⁶

Arslan ve Kayançiçek,³⁷ bu suç tipiyle güdülen amacın bankaların cezalandırılması değil, çekin kısmen de olsa tahsiline kolaylık getirmek ve karşılıksız çek düzenleyenin cezalandırılması bakımından “*hamilin haklarının zarar görmesinin önüne geçilerek çeki duyulan güveni tesis etmek*” olduğu görüşündedir. Yazarlara göre, böylelikle, hamil üçüncü kişilere ve keşideciye karşı korunur. Ayrıca, çeki olan güven de güçlenir.

³⁴ Çekin ödenmeme halinin yazılı şekilde ispatlanmasının yeterli olduğu, protesto ya da takas odasının beyanının da aynı hukuki sonucu doğuracağı yönünde görüş için bkz. ÖZDAMAR, M./GÖK-TÜRK, K. CAN, M. Ç./KAŞAK, E., s.280; KENDİGELEN, A./KIRCA, İ., s.335, kn. 786.

³⁵ SELÇUK, S., s.5.

³⁶ SELÇUK, S., s.5.

³⁷ ARSLAN, Çetin/KAYANÇİÇEK, Murat: 5941 Sayılı Çek Kanunu Şerhi: Hukuk- Ceza, Ankara 2010, s.862.

ÇK md.7/4'de düzenlenen karşılıksızdır işlemini yapmama suçu ile korunması amaçlanan hukuksal değer, karma niteliktedir. Bu suç tipiyle korunan hukuksal değerlerden ilki ve önceliklisi kolektif (bireyler üstü) nitelikte olup, doğrudan doğruya suçun konusunu da oluşturan ve bir kambiyo senedi türü olan çek evrakına duyulan kamu güveninin korunmasıdır.³⁸

Korunan ikinci hukuksal değer yine kolektif nitelikte olup, bankacılık sisteminin işleyişine ilişkin güven ve istikrarın korunmasındaki kamunun menfaati olduğu ifade edilebilir. Buna göre, bankacılık sisteminin düzen, güven ve istikrar içerisindeki işleyişinin korunması ve bu bağlamda banka görevlilerinin görev ve yetkilerinin gereklerine uygun hareket etmesindeki kamunun güveninin korunması ön plana çıkmaktadır. Bu kabul, suçun bir özgü suç olarak düzenlenişi ile uyumludur. Bu suç tipinin, Bankacılık Kanunu'nda değil Çek Kanunu'nda düzenleniyor oluşu, bu kabule engel teşkil etmez (BK md.4/1-e; TTK md.782/1; ÇK md.2). Nitekim, çek anlaşmasının tarafları muhatap banka ile çeki düzenleyen (keşideci)'dir. Çeki düzenleyen açısından aktif çek ehliyetinin varlığı yönünden, fiil ehliyeti yeterli olup, özel ehliyet şartı aranmamıştır. Oysaki muhatap yönünden pasif çek ehliyeti banka olma hali ile sınırlıdır (BK md.4).³⁹ Hamil ile muhatap banka ile arasında, teyitli (bloke) çek ve garantili çek dışında hukuki bir ilişki dahi mevcut olmadığından ötürü,⁴⁰ hamil yönünden banka görevlisine karşı bireysel bir güvenin de korunduğu yönünde bir kabule ulaşmak mümkün görünmemektedir.

Son olarak, ÇK md.7/4'de öngörülen karşılıksızdır işlemini yapmama suçu ile ayrıca bireylere ait mülkiyet hakkının da yani hamilin çek üzerindeki tasarruf yetkisinin de korunduğunu söylemek mümkündür. Ancak burada malvarlığı değerinin zarara uğratılmasından ziyade mülkiyet hakkından doğan tasarruf yetkisinin korunması ön plana çıkmaktadır. Kanımızca, burada yetkili hamilin ya da lehtarın müracaat hakkını kullanabilmesini temin yönünden ödememe halinin tespitinin banka görevlisinden talep edilebilmesi, bu kişilerin mülkiyet hakkı çerçevesinde malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisinin güvence altına alınmasını sağlamaktadır. Böylelikle de yetkili hamil bu suçla korunan hukuksal değer ışığında suçun mağduru olmaktadır.

İfade etmek gerekir ki, karşılıksızdır işleminin yapılmasının (ÇK md.3/4 ve 7/4), karşılıksızdır işleminin yapılmasına sebebiyet verme (ÇK md.5) suçunun

³⁸ Böylelikle, bu suçla korunan öncelikli hukuksal değer "Karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçu" ile ortak olduğunu söylemek mümkündür. bkz. ERTEM, B./ERSOY, U., s.1502.

³⁹ ÖZTAN, F., s.244.

⁴⁰ ÜLGEN, H./HELVAÇI, H./KAYA, A./ERTAN, F. N., s.322.; Çekte kabul yasağının istisnalarına ve hamilin muhatap bankaya karşı talep hakkını haiz olduğu bazı haller için bkz. CAN, M., s.204 vd.

oluşmasına değilse de cezalandırılabilmesine olan etkisi,⁴¹ her iki suç tipi arasında bir bağ yaratmaktadır. Bu bağlamda, ÇK md.7/4'de düzenlenen karşılıksızdır işlemleri yapmama suçunun, ÇK md.5'te düzenlenen öngörülen karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçu ile korunan hukuksal değerleri de teminat almaya yönelik bir işlev de üstlendiği düşünülebilir. Kanımızca bu husus yalnızca normun koruma amacı kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

III. Suçun Yapısına İlişkin Dogmatik Esaslar

Karşılıksızdır işlemi yapmama suçunun unsurlarını incelemeden önce, suçun yapısını (*Deliktstruktur, Alm.*) ortaya koymakta fayda vardır. Öncelikle bu suç tipinin en önemli özelliği, ileride fail konusunda ele alınacağı üzere, faillik alanının banka görevlisi olmak ile sınırlandırılmış olması sebebiyle gerçek özgü suç niteliğinde olmasıdır.

ÇK md.7/4 hükmü uyarınca fiil, karşılığı kısmen ya da tamamen olmayan çekle ilgili olarak, banka görevlisince talebe rağmen "*karşılıksızdır işlemi yapma* yükümlülüğüne aykırı hareket ederek görevinin gereğini yerine getirmekte ihmal göstermektedir. Buna göre fiil, yasal süresinde ibraz edilmiş çekin karşılığının bulunmaması halinde talebe rağmen "*karşılıksızdır*" işlemi yapmamaktan ibarettir.

Suçun yasal tarifinde gösterilen "*karşılıksızdır işlemi yapmama*" ifadesinden anlaşılacağı üzere, bu suç gerçek (saf) ihmali suç olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴² Bu suç aktif davranışta bulunma yönünde bir yükümlülük ihlalini konu alır ki bu da ÇK md.7/4 hükmünde yer alan suçun yasal tarifinde açıkça gösterilmiştir.⁴³ Şu hâlde, suçun yasal tarifinde gösterilen ihmalde bulunulması suçun oluşumu açısından yeterli olduğundan ve netice aranmadığından, bu suç yönünden nedensellik bağı araştırması da yapılmayacaktır.

Gerçek ihmali suçlar ile gerçek olmayan ihmali suçlar arasındaki ayrım tartışmalı olmakla birlikte, Jescheck ve Weigend⁴⁴ gerçek ihmali suçları yasa tarafın-

⁴¹ Karşılıksızdır işleminin yapılmasına sebebiyet verme suçu (ÇK md.5) yönünden, karşılıksızdır işleminin yapılmasının hukuki niteliği itibarıyla objektif cezalandırılabilme şartı niteliğinde olduğu yönünde bkz. ERTEM, B./ERSOY, U., s.1509; aynı eserin aynı sayfasında naklen: "(...)cezaya muhtaçlığın söz konusu olabilmesi için çekte duyulan güvenin sarsılması yetmemekte aynı zamanda taraflar arasındaki güvenin de sarsılması aranmaktadır ki bu husus da objektif cezalandırılabilme şartı olan karşılıksızdır işleminin yapılmasıyla somutlaşmaktadır. Böylelikle karşılıksızdır işleminin yapılması ile birlikte, cezaya layık olan çekin karşılığını ilgili banka hesabında bulundurma yükümlülüğünün ihlali için cezalandırma gerekliliği de gerçekleşmiş olacak ve sonuçta fail cezalandırılacaktır."

⁴² ÖZGENÇ, İ., Çek Kanunu, s.143.; Bu durumda ihmali bir hareketin değil, icrai bir hareketin varlığından ya da ihmal suretiyle icrai suçtan bahsedilebileceği yönünde aksi görüş için bkz. DONAY, Süheyl: Gereğeli ve Açıklamalı Çek Kanunu- 6273 sayılı Yasa ile Değiştirilmiş Şekli, 2. Baskı, İstanbul 2012, s.83.

⁴³ Bu bağlamda, saf ihmali suç olması sebebiyle aynı zamanda sırf hareket suçu olduğu yönünde bkz. AKBULUT, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 8. Baskı, Ankara 2021, s.324.

⁴⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts-Allgemeiner Teil, 5., vollständig neubearbeitete und erweiterte Auflage, 1996, s.605.

dan öngörülmüş olan bir davranışın yerine getirilmemesi şeklinde ele alan klasik görüşün esas alınması gerektiğini belirtmektedir.⁴⁵ Yazarlara göre, bu durumda da davranışın öngörülmesiyle sonuç itibariyle hukuk düzeni tarafından olumsuz değerlendirilen bir netice engellenmiş olacaktır. Ancak yine de yasa koyucu tarafından ihmali harekette bulunana neticeyi engelleme yükümlülüğü yüklenmemiş, böylelikle belirli bir neticenin ortaya çıkması tipikliğin unsuru olarak öngörülmemiştir.⁴⁶ Şu hâlde, gerçek ihmali suçlar sırf davranış suçlarının karşısı olmaktadır. Bu nedenle de gerçek ihmali suçlarda, gerçek olmayan ihmali suçların aksine belirli bir neticenin önlenemeyeceği yönünde bir değerlendirmeye gidilmeyecektir.⁴⁷ Böylelikle, anılan suç yönünden de şartları oluşmasına rağmen karşılıksızdır işleminin yapılmaması yeterli olup, karşılıksızdır işlemi yapılsaydı ve hamil süresinde usulüne uygun müracaat hakkının kullansaydı dahi yine de borçlunun iflas etmiş ya da aciz halinde olması gibi nedenlerle alacağını tahsil edemeyecek durumda bulunması suçun oluşumuna etki etmeyecektir.

Öte yandan anılan suçun soyut tehlike suçu olduğunun da ifade edilmesi gerekir. Yasa koyucu cezalandırılabilirlik açısından suçun konusu bakımından somut bir tehlikenin ya da zararın bulunmasını aramamıştır. Bu durum, anılan suçla korunan öncelikli hukuksal değerın bireyler üstü yani kolektif nitelikte oluşu ile uyumludur. Öte yandan yasa koyucunun ceza siyaseti tercihini somut tehlike ya da zarar şartı öngörmekten yana kullanmaması son derece yerinde olmuştur. Zira aksi yönde bir tutum, ödememe halinin daha sonra yine ibraz süresi içerisinde alternatif tespit yollarıyla gerçekleştirildiği (TTK 808) ve buna göre süresinde usulüne uygun müracaat hakkının kullanıldığı hallerde cezalandırma boşluğu yaratacak olup, bu suçla korunan öncelikli hukuksal değerın korunmasını saf dışı bırakacaktır. Yeri gelmişken ifade etmek gerekir ki; karşılıksızdır işlemine tabi tutulması gerekirken, banka görevlisinin bu konudaki yükümlülüğünü yerine getirmekteki ihmaline karşın, TTK'nda öngörülen alternatif yollarla yani ödememe protestosu ya da takas odasına ibraz suretiyle ödememe halinin yine ibraz süresi içerisinde tespiti (TTK 808/1-a,c), bu suçun oluşmasına engel olmaz. Her ne kadar anılan suçun tekemmülü yönünden mağdurun malvarlığı itibariyle zarara uğraması aranmamaktaysa da somut olayda ayrıca zararın ortaya çıkması hali cezanın belirlenmesinde dikkate alınmalı ve alt sınırdan uzaklaşarak ceza belirlenmelidir.

⁴⁵ JESCHECK, H-H/WEIGEND, T., s.605.

Aynı yönde bkz. FUCHS, Helmut: Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Grundlagen und Lehre von der Straftat, V.1., überarbeitete Auflage, Austria 2008, s.344, kn. 5.

⁴⁶ JESCHECK, H-H/WEIGEND, T., s.605. Aynı yönde bkz. FUCHS, Helmut: Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Grundlagen und Lehre von der Straftat, V.1., überarbeitete Auflage, Austria 2008, s.344, kn. 5.

⁴⁷ JESCHECK, H-H/WEIGEND, T., s.605.

IV. Tipikliğin Objektif Unsurları

A. Suçun Faili

1. Genel Olarak

Suçun yasal tarifinde failin herhangi bir insan olmasının yeterli görülmeyip belirli bir özelliği (faillik niteliği: *Taeterqualifikation, Alm.*) yani bazı özel ve objektif nitelikleri taşımasının da arandığı suçlara özgü suçlar (*Sonderdelikte, Alm.*) denilmektedir. Burada fail, diğer insanlara nazaran özel bir yükümlülük altında bulunmaktadır.⁴⁸ Böylelikle faillik alanı (*Taeterkreis, Alm.*) belirli bir niteliği taşıyan kişiler ile sınırlandırılmaktadır. Özgü suçlarda failliğin temellendirilmesinin genellikle ceza hukuku dışındaki özelliklere bağlı olduğu ve bu özelliklerin temelinde de bir hukuksal değer korumaya yönelik olan ve çoğunlukla kaynağını ceza hukuku dışından alan bir yükümlülüğün yattığı söylenebilir.⁴⁹ İnceleme konusu suç tipinde de banka görevlisinin yükümlülüğü 14.12.2009 tarihli ve 5941 sayılı Çek Kanunu'na dayanmaktadır. Literatürde bu tip suçlar suçun yasal tarifindeki yükümlülük vurgusu nedeniyle yükümlülük suçları (*Pflichtdelikte, Alm.*) olarak da adlandırılmaktadır.⁵⁰ Roxin⁵¹ revize ettiği görüşü doğrultusunda yükümlülük suçlarını "*failliğin, bir kimsenin kendi sosyal rolünden kaynaklanan yükümlülüğünü kötüye kullanmak ya da ihmal etmek suretiyle tipe uygun bir hukuksal değer ihlaline yol açmasıyla karakterize edildiği suçlar*" olarak tanımlamaktadır.

ÇK md.7/4 hükmü gereğince yalnızca ibraz edilen çekle ilgili karşılıksızdır işlemini yapmaya yetkili ve yükümlü banka görevlisi suçun faili olabilir. Bu özel yükümlülük vurgusu cezayı temellendirici nitelikte olduğundan, anılan suçta çek özgü suç olma niteliği kazandırmaktadır.⁵² Bu durum yalnızca faillik alanının

⁴⁸ ROXIN, Claus/GRECO, Luis: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5. vollständig neu bearbeitete Auflage, München 2020, s.439, §10 kn.129; ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 18. Bası, Ankara 2022 ("*Genel Hükümler*"), s.212.

⁴⁹ Roxin önceleri yükümlülük suçlarında yükümlülüğün kaynağını yalnızca ceza hukuku dışından alabileceğini savunmasına karşın, daha sonra görüş değiştirerek yükümlülüğün kaynağını bizzat ceza hukukundan da alabileceğini ortaya koymuştur. Bkz. ROXIN, Claus: Täterschaft und Tatherrschaft, 10. Auflage, Berlin/Boston 2019, s.887, §44 kn.476; Yükümlülüğün kaynağını yalnızca ceza hukuku dışından alabileceği yönünde bkz. SATZGER, Helmut: "Die eigenhaendigen Delikte", JURA Heft 2/2011, s.105.

⁵⁰ ROXIN, C./GRECO, L., s.439, §10 kn. 129.

⁵¹ Bkz. ROXIN, Claus: Täterschaft und Tatherrschaft, s.888, §44 kn. 479.

⁵² ROXIN, C./GRECO, L., s.439, §10 kn. 130; ÖZGENÇ, İ., Çek Kanunu, s.143; Özgü suç niteliği göstermesi nedeniyle anılan suç bankacılık zimmeti suçu ile benzerlik arz etmektedir. Şu kadar ki, bankacılık zimmet suçunun aksine, suçun yasal tarifinde hangi banka görevlilerinin özel yükümlülük altında olacağı açıkça vurgulanmamıştır. Kanımızca, özellikle iş bölümü gereklerinin dikkate alınmasının gerektiği hallerde, özgü suçlarda görevlilerin yükümlülüklerine ilişkin ayırt edici niteliklerine yer verilmesi ayrıca açıkça görev alanlarına veya ünvanlarına yer verilmesi suretiyle

tespiti açısından değil, aynı zamanda iştirak hükümlerinin uygulanması yönünden özellik göstermektedir. Özel faillik niteliğini taşımayan kişiler, suçun işlenişine iştirak etmeleri halinde katkılarının mahiyetine bakılmaksızın yalnızca şerik olarak yani azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu tutulabileceklerdir (TCK md.40).⁵³ Şu hâlde, gerçek özgü suç niteliği arz eden bu suçun işlenişine müşterek fail ya da dolayısıyla fail olarak iştirak etmek normatif açıdan mümkün değildir.

Her ne kadar suçun yasal tarifinden sadece banka görevlilerinin bu suçun faili olabileceği anlaşılıyorsa da her bankanın ve de bir bankanın her bir görevlisinin bu suçun faili olabilmesi mümkün değildir. Şöyle ki, faillik sıfatının tespiti yönünden öncelikle muhatap banka görevlisi olma, sonrasında da çeke ilişkin karşılıksızdır işlemi konusunda bankanın kendi iç işleyiş usul ve esasları kapsamında özel olarak yetkilendirilmiş olma, somut olayda kümülatif olarak aranması gereken şartlardır.

2. Muhatap Bankanın Görevlisi Olma

Öncelikle ÇK md.7/4 hükmü bakımından “*banka görevlisi*”, muhatap banka bünyesinde görev yapan banka görevlisidir. Buna göre de muhatap banka dışındaki diğer bankaların görevlileri bu suçun faili olamaz. Zira çek kural olarak muhatap bankaya ibraz edilebilir, çekin muhatap banka dışında başka bir bankaya ödenmek üzere ibrazı mümkün değildir.⁵⁴ Muhatap dışındaki bankalar üçüncü kişi konumunda bulunduğundan, çek bu bankalara sadece temlik ya da tahsil cirosuyla devredilebilir.⁵⁵

Muhatap banka görevlisinden kasıt, öncelikle çekle işleyen hesabın bulunduğu bankanın görevlisidir. Esasen bu durumda faillik sıfatının tespiti kolaydır. Buna karşın çek, muhatap bankanın anılan şubesi dışında başka bir şubesine ibraz edilecek olursa, faillik sıfatının tespiti özellik arz edecektir.

Anımsamak gerekir ki, 3167 Sayılı Çek Kanunu’na kadar olan dönemde doktrinde çekin muhatap bankanın çekle işleyen hesabının bulunduğu şube dışında başka bir şubesine ibraz olunamayacağı kabul olunmaktaydı.⁵⁶ Ancak ÇK md.3/1 hükmü uyarınca muhatap bankanın çekle işleyen hesabının bulunduğu şube dışında baş-

kazuistik bir sistemin benimsenmesi belirlilik ilkesinin gereğidir. Bu yönde bkz. ERTEM, Burcu: “*Ceza Hukukuna Hâkim Olan İlkeler Açısından Bankacılık Zimmeti Suçu*”, Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler, Ed.: İzzet ÖZGENÇ, Cumhuriyet ŞAHİN, Faruk TURHAN, C: I, Ankara Seçkin Yayınevi, Kasım 2020, s.634.

⁵³ ÖZGENÇ, İ., Genel Hükümler, s.643.

⁵⁴ ÖZDAMAR, M./GÖKTÜRK, K. CAN, M. Ç./KAŞAK, E., s.262.

⁵⁵ REİSOĞLU, Seza: Çek Hukuku, Ankara 2011, s.210.

⁵⁶ ÖZDAMAR, M./GÖKTÜRK, K. CAN, M. Ç./KAŞAK, E., s.262.

ka bir şubesine ibrazı, geçerli bir ibraz olarak kabul edilmektedir.⁵⁷ ÇK md.3/1-son cümlesi uyarınca, çekin hesabın bulunduğu şubeden başka bir şubeye ibrazı halinde, çekin ibraz edildiği şube tarafından çekle işleyen hesabın bulunduğu şubeye karşılığı sorulmak suretiyle ödenecektir. Doktrinde⁵⁸ çeki ödeyen diğer banka şubesinin, çeki çekle işleyen hesabın bulunduğu şubeye gönderirken ciro edebileceği ve bu durumun muhataba yapılan cironun makbuz hükmünde olacağı yönündeki kabulün istisnası olacağı ifade olunmaktadır. Kanımızca bu istisnanın kabulü, çekle işleyen hesabın bulunduğu şubeye ibraz ile başka bir şubeye ibraz arasında fiilen bir fark olduğunu ortaya koymaktadır. Zira ikinci halde yani çekle işleyen hesabın bulunmadığı diğer şubeye başvuru provizyonlu ya da provizyonsuz ödeme için ibraza yönelik olabileceği gibi bu şubeye çekin cirosu şeklinde de olabilir.⁵⁹

Buna karşın, ÇK md.3/1 hükmünde her ne kadar sadece çeki ilişkin ödeme halinden bahsedilmekte, buna karşın açıkça karşılıksızdır işlemi yapılması konusu düzenlenmemekteyse de eşyanın tabiatı gereği karşılıksızdır işlemi yapacak banka görevlisi çeki elinde bulunduran diğer bir şubenin banka görevlisi olacaktır. Reisoğlu,⁶⁰ başka şube tarafından asıl şubeye sorulduktan sonra karşılığının bulunmaması halinde, ibraz tarihi ve ödememe sebebi çekin arkasına yazılmak suretiyle gerçekleştirileceğini ifade etmektedir.

Yukarıda belirtilen hususlar ışığında, suçun faili muhatap bankanın hem çekle işleyen hesabın bulunduğu şubesinde hem de onun dışındaki şubelerde görev yapan banka görevlisi olabilir.

Daha önce yapılan açıklamalar ışığında, muhatap bankanın karşılıksızdır işlemi yapma yükümlülüğü, sadece çekin süresinde kendi şubelerine fiziken ibrazı halinde gündeme gelecektir. Çeki takas odasına sunmak üzere temlik ya da tahsil cirosuyla devralan banka tarafından çekin takas odasına ibrazı halinde, ödememe durumu takas odasının beyanı tevsik edileceğinden; ne çeki takasa sunan katılımcı banka görevlisinin ne de çekin karşılığı kendisine sorulan muhatap bankanın görevlisinin karşılıksızdır işlemi yapma yükümlülüğü hatta yetkisi doğmayacağından, birlikte ya da ayrı ayrı fail sıfatıyla sorumlu tutulabilmeleri mümkün değildir.

3. İş Tanımı İtibariyle Karşılıksızdır İşlemi Konusunda Yetkilendirilmiş Olma

Yukarıda belirtilen hususlar ışığında suçun failinin yalnızca muhatap bankanın görevlileri olabileceği kabul edildiğinde, bu suç tipinin yükümlülük suçu olması nedeniyle yükümlülük yönünden ilave bir değerlendirmeye daha gitmek gerekir. Zira

⁵⁷ ÖZDAMAR, M./GÖKTÜRK, K. CAN, M. Ç./KAŞAK, E., s.262.

⁵⁸ ÖZDAMAR, M./GÖKTÜRK, K. CAN, M. Ç./KAŞAK, E., s.262.

⁵⁹ REİSOĞLU, S., s.210; ÖZTAN, F., s.286 ila 288.

⁶⁰ REİSOĞLU, S., s.244.

ÇK md.7/4 hükmünün lafzıyla sıkı sıkıya bağlı kalındığında muhatap bankada çalışan her bir “*banka görevlisinin*” bu suçun faili olabileceği, söz gelimi bankada çalışan bankomatlara para taşımaya yetkili güvenlik görevlisinin ya da muhasebe veya hukuk müşavirliğinde görev yapan bir banka görevlisinin de bu suçun faili olabileceği gibi özellikle iştirak hükümleri yönünden özellik arz edecek şekilde yanıltıcı bir sonuca ulaşılabilir. Oysaki burada yükümlülüğün kaynağının bankacılık mesleğinden doğan genel nitelikte bir koruma ve gözetim ya da görevin gereklerine aykırı etneme yükümlülüğü değil, ötesinde somutlaşmış bir işlem yapma yükümlülüğü olduğu gözetilmelidir. Buna göre de söz konusu hükmün lafzının normun koruma amacı ve yasal tarifteki özel yükümlülük bağıntısı gözetilmek suretiyle yorumlanması ve bu suçla korunan hukuksal değerlere uygun olarak haksızlığı temellendiren faillik niteliğinin tespit edilmesi ve böylelikle faillik alanının sınırlandırılması gerekir. Donay⁶¹ da anılan suçun özgü suç olduğunun ifade edilmesinin yeterli olmadığını, ötesinde kimin sorumlu olacağının söz gelimi veznedede görev yapan kişinin mi yoksa şube müdürünün mü sorumlu olacağının belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir.

Hatırlanacağı üzere, bu suçla çeke ve banka görevlilerinin görev ve yetkilerinin gereklerine uygun hareket edeceğine ilişkin kamunun güveni yanında mülkiyet hakkından doğan tasarruf yetkisi de korunmaktadır. Yasa koyucu, söz konusu üç hukuksal değer de ortak bir şekilde korunabilmesi için, çekin ödeme kabiliyetini koruyabilmek ancak bu mümkün olmadığında da tahsil kabiliyetini kolaylaştırabilmek anlamında yani yetkili hamilin müracaat hakkını etkin kullanabilmesini temin bakımından, banka görevlilerine ödememe halini tevsik yetkisi tanınması yönündeki tercihini, ceza hukuku yaptırımıyla pekiştirmiştir. Böylelikle, bankacılık düzeni üzerine kurulu ve onunla içkin olan çeke ilişkin düzenin söz konusu hukuksal değerler odağında ceza hukuku düzeyinde korunmasını elzem görmüş; bu hukuksal değerlerin korunması yönünden bu düzenin önemli aktörleri olan bankaların görevlilerine de icrai bir davranışta bulunma yükümlülüğü yani karşılıksızdır işlemi yapma yükümlülüğü yüklemiştir.

Şüphesiz, bankada çalışan tüm görevlileri topluca karşılıksızdır işlemi yapma yönünde bir yükümlülük altına sokmak, mübalağalı sonuçlara ulaştıracağı gibi, bankacılık işlemlerinin banka tüzel kişiliği adına organları ya da organları temsile yetkili kişiler tarafından yani banka görevlileri tarafından gerçekleştirildiği gerçeğini dikkate almamak ve banka görevlisinin esasen kendi nam ve hesabına değil bankayı temsil ya da vekalet esaslarına göre hareket ettiği gerçeğini göz ardı etmek anlamına gelecektir. Bu nedenle, söz konusu ceza normunun kural unsurunun, yetki olmadan yükümlülük olmayacağına göre, “*görevinin gereklerine aykırı olarak karşılıksızdır işlemi yapmayan banka görevlisi*” şeklinde okunması ve

⁶¹ DONAY, S., s.83.

karşılıksızdır işleminin banka görevlisi tarafından banka tüzel kişiliğini adına ve onun yetkilendirmesi temelinde yapıldığının gözetilmesi gerekir.

Banka görevlileri yetkilerini bankanın kendi organizasyon kuralları ve banka yönetiminin ortaya koyduğu iş bölümü esasları çerçevesinde, kendi görev tanımlarına düşen pay nispetinde kullanabilmekte yani bu bakımdan bankanın iç işleyiş esaslarıyla bağlı olarak ve diğer banka görevlilerinin de görevlerinin gereklerine uygun hareket edeceklerine dair güven altında görev yapmaktadır. Nitekim esas olan, banka görevlilerinin birbirlerini denetlemesi değil, bankaların kendi iç işleyiş denetim sistemlerini kurmalarıdır ki, bu da banka çalışanlarının görevlerini iş bölümü esasları çerçevesinde ve güven ilkesi temelinde ifa etmelerine imkân verir. Buna göre de ÇK md.7/4'de "*karşılıksızdır işlemleri yapmayan banka görevlisi*" ifadesine yer verildiğinden ötürü, suçun failinin herhangi bir muhatap banka görevlisi değil, iş bölümü gerekleri çerçevesinde bu nitelikte bir işlemi yapmaya yetkili bankacılık mesleği mensubu olabileceğinin kabulü kusur ilkesiyle uyumlu görünmektedir. Nitekim yetkisi olmayanın, yükümlülüğü de olamayacaktır. Dikkat edilirse, burada faillik alanı ceza normunda öngörülenin ötesinde daraltılmamakta, aksine normun koruma amacına uygun olarak suçun yasal tarifi ve yükümlülüğün kaynağı nezdinde sınırlandırılmaktadır.

Buna göre, muhatap bankada görev yapan banka görevlisinin karşılıksızdır işleminin yapılmaması halinde ceza sorumluluğunun doğması, banka görevlisinin iş tanımı itibarıyla çeke ilişkin karşılıksızdır işlemi konusunda özel olarak yetkilendirilmiş olmasına bağlıdır. Bir an için bu hususun esasen bireysel hareket yeteneği altında incelenip incelenemeyeceği sorusu akla gelebilir. Ancak bu soruyu olumsuz cevaplandırmak ve soyut olarak yükümlülük altında olup olmamak ile somut olayda yükümlülüğü doğuran olayın ortaya çıkmasını ayırt etmek ve bireysel hareket yeteneğinin yalnızca yükümlülüğü doğuran somut olay nezdinde irdelenmesi gerekeceğini kabul etmek yerinde olacaktır.

Şu hâlde, suçun failinin esasen çekin ibrazını kabul etmeye yetkili olan banka görevlisi olduğunun ifade edilmesi gerekir. Buna göre, banka görevlisinin çekle ilgili işlem yapma yetkisinin bulunması gerekir. Söz gelimi, yetkili hamil bankaya girdiğinde kredi bölümüne giderek elindeki çeki kredi tesis sorumlusu banka görevlisine tevdi etmesi halinde, bu banka görevlisi çekle ilgili işlemler hakkında işlem tesis etmeye yetkisi olmadığından bahisle ilgili bölüme yönlendirerek çekin ibrazını kabul etmezse, faillik sıfatını yetki yönünden yükümlülük itibarıyla taşımadığından ötürü suçun faili olamaz. Buna göre, faillik sıfatını temellendiren çeke ilişkin işlem yapma yetkisinin, objektif tipiklik başlığı altında incelenecek olan fiilen yükümlülüğü doğuran hal olarak tipe uygun fiili durumdan da ayırt edilmesi gerekir. Zira yükümlülük, anılan bu son halde fiili durumla bağlyken,

yukarıdaki örneğe benzer durumlarda doğrudan doğruya yetki itibariyle faillik alanı ile bağlı olup, bu ayırım iştirak hükümleri yönünden önem arz edecektir.

Şu hâlde bu suç sadece banka görevlileri tarafından işlenebilecek gerçek özgü suç olup, faillik alanı her somut olayda görev tanımı ve tasarruf yetkisi gözetilerek sınırlandırılmalıdır. Buna göre de görev tanımları arasında bu konuda işlem tesis etme ve tasarrufta bulunma yetkisi tanınmayan kişinin fail olarak nitelendirilmesinin mümkün olamayacağı kabulü yerinde olacaktır.

B. Suçun Mağduru

Bu suçla korunan hukuksal değer in öncelikle bireyler üstü nitelikte olduğu dikkate alındığında, toplumu oluşturan her bir bireyin suçun mağduru olduğunu söylemek mümkündür.⁶² Arslan ve Kayaççek'e⁶³ göre, bu suç ikili hukuki koruma içermektedir. Yazarlar, toplumu oluşturan her bir bireyin suçun mağduru olacağı gibi, çekin meşru hamilinin gerçek kişi olması halinde onun malvarlığı da zarar göreceğinden mağdur olabileceği görüşündedir.

Karşılıksızdır işlemi yapılmaması ile ödememe halinin alternatif tespit usulleri ile ödememe durumu tespit ettirilmiş, böylelikle malvarlığı değerinin zarara uğraması engellenmiş olsa dahi fiilen malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisinin geçici dahi olsa kısıtlanmış ya da zorlaştırılmış olması sebebiyle çek hamilinin mülkiyet hakkı da zedelenmiştir. Bu kapsamda yetkili hamil gerçek kişi olması halinde suçun mağduru dır. Öte yandan, bu suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı kılınmıştır. Şikâyet hakkı ise çekin yetkili hamiline aittir. Yetkili hamil, gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi de olabilir. Yetkili hamilin tüzel kişi olması halinde, tüzel kişilerin suçun mağduru olamayacağı kabulü ile birlikte,⁶⁴ şikâyet hakkı sahibi tüzel kişi suçtan zarar görendir.⁶⁵

C. Suçun Konusu

Suçun konusu, suçun yasal tarifinde belirtildiği üzere ödenmek üzere ibraz olunan ama kısmen veya tamamen karşılığı bulunmayan, hakkında karşılıksızdır işleminin yapılması talep olunan "çek"tir.⁶⁶

Bunun için de öncelikle geçerli bir çekin mevcudiyeti şarttır. Çekin geçerli olabilmesi için Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) öngörülen unsurları kapsamaması gerekli ve yeterli olup, Çek Kanunu'nda öngörülen unsurları taşıması gerekmez. Ancak, TTK açısından geçerli bir çekin mevcut olmaması halinde, suçun konusu

⁶² ARSLAN, Ç./KAYANÇİÇEK, M., s.862.

⁶³ ARSLAN, Ç./KAYANÇİÇEK, M., s.862.

⁶⁴ ÖZGENÇ, İ., Genel Hükümler, s.224.

⁶⁵ ARSLAN, Ç./KAYANÇİÇEK, M., s.863.

⁶⁶ ARSLAN, Ç./KAYANÇİÇEK, M., s.863.

da mevcut olmayacak ve işlenemez suç söz konusu olacaktır. Örneğin, çek bedelinin ödenmesi herhangi bir kayda ya da şarta bağlanması halinde, ortada geçerli bir çek mevcut olmayacağından, bu suç oluşmaz.⁶⁷ Ancak düzenleyenin imzasının mevcut olması şartıyla taraflarca ileride tamamlanmak üzere boş bırakılması kararlaştırılan çeklerin en geç ibrazı anında zorunlu tüm unsurların doldurulmuş olması halinde geçerli çek şartının gerçekleştiği kabul edilmelidir.⁶⁸

D. Yükümlülüğü Doğuran Tipe Uygun Fiili Durum

1. Genel Olarak

Suçun yasal tarifi uyarınca, tipe uygun fiili durum yani harekette bulunma yükümlülüğünü doğuran olay, çekin süresinde ibrazında kısmen ya da tamamen karşılıksız olması ve bu karşılıksız olma halinin yetkili hamil tarafından tespitinin talep olunmasıdır.

Şu hâlde, banka görevlisinin yükümlülüğünün görev ve yetki itibarıyla doğması yönünden üç kümülatif şart aranacaktır. Bunlardan ilki, çekin süresinde yetkili hamil tarafından muhataba ödenmek üzere ibrazı, ikincisi çekin kısmen ya da tamamen karşılığının bulunmaması, üçüncüsü ise bu durumun karşılıksızdır işleminin yapılması suretiyle tespitinin yetkili hamil tarafından muhatap banka nezdinde talep edilmesidir. Anılan şartlar oluştuğunda, banka görevlisinin karşılıksızdır işlemini yapma yükümlülüğü doğacaktır. Muhatap banka görevlisi tarafından yapılması gereken karşılıksızdır işlemi sıkı şekil şartlarına bağlamıştır (ÇK md.3).

2. Çekin Ödenmek Üzere Yetkili Hamil Tarafından İbraz Olunması

Kural olarak çekin aslının fiziken süresinde yetkili hamil tarafından muhataba ibraz edilmesi gerekmektedir.⁶⁹ Öncelikle ibraz süresi içerisinde muhatap bankaya yapılan ibraz, ödeme için ibrazdır.⁷⁰ Hamilin muhataba değil de başka

⁶⁷ ÜLGEN, H./HELVACI, H./KAYA, A./ERTAN, F. N., s.296.

⁶⁸ ÜLGEN, H./HELVACI, H./KAYA, A./ERTAN, F. N., s.297.

⁶⁹ EBENROTH, Carsten Thomas/BOUJONG, Karlheinz/JOOST, Detlev/STROHN, Lutz: Handelsgesetzbuch, 4. Auflage 2020, Beck's Online, kn. 103.; Takas odasına ibraz yönünden istisnası için bkz. KENDİGELEN, A./KIRCA, İ., s.309, kn. 706.

⁷⁰ Çekin yetkili hamil tarafından muhatap bankaya çekin karşılığının bulunup bulunmadığını öğrenmek için teyit amaçlı ibraz ediliyor edilemeyeceği hususu üzerinde de durulmalıdır. Öncelikle ibraz süresi içerisinde muhatap bankaya yapılan ibraz, ödeme için ibraz olup, muhataba yapılan ciro da makbuz hükmündedir. Yetkili hamilin daha sonra karşılıksızdır işlemini yaptırmak istememesi bu durumu değiştirmez. İbraz süresi dışında çekin teyit amaçlı ibraz ediliyor edilemeyeceği sorusuna ise olumsuz yanıt vermek gerekir. Reisoğlu'na göre çek hamilinin hesapta çekin karşılığının bulunup bulunmadığını sorma yetkisi olmayıp, bankanın böyle bir durumda bilgi paylaşması BK md.73/3'de düzenlenen müşteri sırrının ihlali niteliğindedir. Bkz. REİSOĞLU, S., s.244. İfade etmek gerekir ki, yasa koyucu tarafından tekrar bir uzatma yapılmaması halinde 31.12.2023 tarihine kadar geçerli olacak ileri düzenleme tarihli çeklerde mutlak ibraz yasağı dikkate alındığında (ÇK Geçici madde1/5), şu an için yürürlükteki mevzuat hükümlerine göre çekin yetkili hâkim tarafından teyit amaçlı ibrazının mümkün olmayacağı kabulü yerinde görünmektedir.

bir bankaya ibraz edilmesi, ödeme için ibraz niteliğinde olmayıp, muhatap banka dışında bir bankanın da karşılıksızdır işlemi yapma yetkisi yoktur.

Öte yandan muhatap bankanın çeke ilişkin hesabın bulunduğu şubeye değil de başka bir şubeye ibrazı halinde karşılığı sorularak işlem tesis edilecektir (ÇK md.3/1). Bu durumda, karşılığı olmamasına rağmen karşılıksızdır işlemi yapılmaması halinde suçun failli özellik arz eder. Çekle işleyen hesabının bulunduğu şube tarafından karşılığı olmadığı bildirilmesine rağmen, ibraz şubesindeki görevli karşılıksızdır işlemi yapmazsa, tek başına fail sıfatıyla sorumlu olacaktır. Karşılığını sorarak birlikte işlem gerçekleştirdiği diğer banka görevlisi ile fiil üzerinde ortak hakimiyet kurmuşlarsa, her ikisi de müşterek fail sıfatıyla sorumlu olacaktır.

Burada yükümlülüğü doğuran olayın ortaya çıkması için, ibrazda bulunan kişinin kural olarak yetkili hamil olması gerekir. Kimin yetkili hamil olacağı, çekin türüne göre değişecektir. Nama yazılı çekler, doğrudan doğruya lehtar tarafından ibraz edilebilir ki bu durumda kimlik bilgilerinin uyuşması yeterli olacaktır. Çekin lehtar dışında bir kişi tarafından ibrazı halinde, temsil, temlik ya da vasetle intikal gibi hallerin ayrıca araştırılması gerekecektir.⁷¹ Emre yazılı çeklerde ise, keşidecinin imzasının sıhhatine ve ciro zincirinin intizamı olup olmadığına bakılacak, ancak ciroların sıhhati araştırılmayacaktır.⁷² Cirantaların imzalarının sıhhatli olmadığı gerekçesiyle ibraz edilen çek hakkında karşılıksızdır işlemi yapılmasından imtina edilemez. Esasen, bankanın kendisinde çekle işleyen hesabı dolayısıyla imzası da bulunan keşideci yönünden şekli de olsa imza karşılaştırması yapması hukuken bir yükümlülük olduğu gibi fiilen de mümkündür. Ancak cirantalar ya da avalistler açısından aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Nitekim, çeke ilişkin müracaat hakkının kullanılması yönünden zorlaştırıcı ve geciktirici nitelikte böyle bir uygulama, karşılaştıracak imza örneği çoğu halde mevcut olmayacağından fiilen mümkün olmayacaktır. Şu hâlde cirantaların imzalarının sıhhatli olmaması gerekçesiyle karşılıksızdır işlemi yapılamadığı şerh düşülerek iade edilecek çek, karşılıksızdır işleminin yapılmaması suçu yönünden ispat vasıtası olabilecektir.⁷³ Hamile yazılı çeklerde ise, zaten niteliği gereği hamilin yetkili olup olmadığı incelenemeyecektir.⁷⁴ Can,⁷⁵ uygulamada bankaların hamiline yazılı çeklerde de ödeme yapılması için hamilin kimlik bilgilerinin istenerek çekin arkasını imzalamalarının istendiğini belirtmekte ve bu durumun fiilen hamiline yazılı çek uygulamasını bitirdiği eleştirisini getirmektedir.

⁷¹ ÖZTAN, F., s.253.

⁷² ÖZTAN, F., s.253.

⁷³ ÖZTAN, F., s.231, 253; BOZER, Ali/GÖLE, Celal: Kıymetli Evrak Hukuku, Son değişikliklerle Güncellenmiş ve Genişletilmiş Altınca bası, 6. Bası, Ankara 2017, s.354.

⁷⁴ ÖZTAN, F., s.253.

⁷⁵ CAN, M., 204.

3. Çekin Kısmen ya da Tamamen Karşılığının Bulunmaması

Banka görevlisinin yükümlülüğünün doğması için aranan ikinci şart ise ibraz anında çekin tamamen ya da kısmen karşılığının bulunmamasıdır. Zira çekin karşılığı olmasına rağmen ödenmemesi halinde, bu suç değil başka suç oluşur (ÇK md.7/5). Banka görevlisi, karşılığı olduğunda ödemek zorunda olduğu gibi, karşılığı olmadığında da ödememek zorundadır. Zira karşılığı olmayan çeke yönelik ödeme yapmak, adeta bir kredi açma niteliğinde olup; somut olaya göre bankacılık zimmeti suçuna vücut verebilecektir.⁷⁶ Öte yandan banka müşterisinin çekle işleyen hesabında para olduğu zannıyla hataen ödeme yapması da mümkündür,⁷⁷ bu durumda hali hazırda ödeme gerçekleşmiş olacağından ötürü çekin karşılıksız kaldığından bahsedilemeyeceğinden banka görevlisi yönünden karşılıksızdır işlemini yapmama suçu oluşmayacaktır. Nitekim bu anılan son halde, fail yükümlülüğü doğuran fiili durumu bilmediğinden, kastının varlığından da bahsetmek mümkün görünmemektedir.

Belirtelim ki, çekin karşılığının mutlaka çekle işleyen hesapta bulunması gerekmez. Muhatap bankada çekle işleyen hesap dışında bir başka hesabı olan düzenleyenin çek hesabı için virman yetkisi verdiği hallerde çekin banka nezdinde karşılığı olmadığından söz edilemez. Hatta, daha önce ifade edildiği üzere bankanın karşılığı olmayan çek miktarı kadar, müşterisine kredi açması da mümkündür.⁷⁸

Benzer şekilde çekin bedelinin bankanın ödemekle yükümlü olduğu miktarı aşmadığı hallerde, yine çekin karşılığı vardır. Zira ÇK md.3/7-a uyarınca, “*Karşılıksızdır işlemi, muhatap bankanın hamile kanunen ödemekle yükümlü olduğu miktarın dışında, çek bedelinin karşılanamayan kısmıyla sınırlı olarak yapılır.*” Bu durumda banka görevlisinin ihmali hareketi karşılıksızdır işlemi yapmama suçunu değil, ÇK md.7/5’te öngörülen ödeme yapmama suçunu oluşturur.⁷⁹ Can,⁸⁰ 5941 sayılı Çek Kanunu ile tamamen ya da kısmen “*karşılıksız*” çıkan çek bedelini belirli bir bedele kadar ödeme yükümlülüğü öngörülmesini, müşterilerine çek hesabı açmış bankaların “*çek anlaşmasını akdederken gereken titizliği ve ihtimamı göstermediklerine dair öngörülen bir karine*” olarak yorumlamakta ve bu karinenin aksinin ispatının mümkün olmadığını belirtmektedir. Şu hâlde, çekin bedelinin bankanın garanti miktarı kapsamını aşmadığı hallerde, çekin karşılığı olacaktır.

⁷⁶ ERMAN, S., s.131.

⁷⁷ Bu durumda bankanın hamile ödeme yaptığı miktar yönünden keşideciye karşı sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak geri isteyebileceğine ilişkin bkz. REİSOĞLU, S., s.281.

⁷⁸ ÖZTAN, F., 290; ERMAN, S., s.130 ve 131.

⁷⁹ ÇK md.7/4: “*Karşılığı tahsil edilmek üzere bankaya ibraz edilen çekin karşılığının hesapta mevcut olmasına rağmen, hamile ödemede bulunmayan ya da bankanın kanunen ödemekle yükümlü olduğu miktarı hamile ödemeyen banka görevlisi, şikâyet üzerine bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*”

⁸⁰ CAN, M., s.197.

Öte yandan, teyitli⁸¹ ve garantili çeklerde, çek karşılıksız sayılamaz.⁸² Ancak, çekle işleyen hesapta çek bedeli miktarı kadar tutarın mevcut olması, her zaman çekin karşılığı olduğu anlamına gelmez. Örneğin, karşılık fiilen hesapta bulunmasına rağmen, hesap üzerinde haciz kararı ya da hesapla ilgili olarak verilmiş ihtiyati tedbir kararı bulunabilir. İhtiyati haciz kararının varlığı halinde çekin karşılıksız olduğu kabul edilmelidir. Şu hâlde, banka görevlisi ödeme yapamayacak ise de çekin karşılıksızdır işlemine tabi tutulması şarttır.⁸³ Buna karşın ihtiyati tedbir kararının bulunduğu hallerde, somut olayın şartlarına göre bir değerlendirme yapmak gerekir. Özgenç,⁸⁴ ihtiyati tedbir kararının bankaya ibraz edilen çek nedeniyle verildiği hallerde ibraz edilen hamile hem ödeme yapılamayacağını hem de çekin karşılıksızdır işlemine tabi tutulamayacağını ifade etmektedir. Yine yazara göre, bankaya ibraz edilen çek dışında başka bir sebep nedeniyle hesapla ilgili olarak, söz gelimi koruma tedbiri olarak 04. 12. 2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza muhakemesi Kanunu md.128 uyarınca taşınmazlara hak ve alacaklara el koyma kararı verildiği hallerde karşılıksızdır işleminin yapılması gerektiği görüşündedir. Öztan⁸⁵ ise, bankadaki hesap üzerine ihtiyati tedbir konulduğunda, ödeme yapılamayacak olmakla birlikte hesap sahibinin bundan haberi olmaması halinde bankada gerekli karşılık bulunduğundan ötürü karşılıksızdır işleminin yapılamayacağı görüşündedir. Buna karşın, yazara göre, keşidecinin anılan durumdan haberdar olarak çek tanzim etmesi halinde şartları varsa dolandırıcılık suçu oluşacaktır.

4. Yetkili Hamil Tarafından Karşılıksızdır İşleminin Yapılmasının Talep Olunması

Yükümlülüğün doğması bakımından aranan son şart olarak, karşılıksızdır işleminin yapılması suretiyle ödememe halinin tevsikinin yetkili hamil tarafından muhatap banka nezdinde talep edilmesidir. Çeki ödenmek üzere ibraz eden yetkili hamilin karşılıksızdır kaşesinin vurulmasını talep şartı, suçun ön şartı ya da objektif cezalandırılabilirlik şartı olmayıp; bizatihi suçun objektif unsurları arasında yer alan zira fiilen yükümlülüğü doğuran durumunun kapsamında kalmaktadır.

⁸¹ Ancak ifade etmek gerekir ki, çekin teyidinin kimin tarafından istenebileceği ve çekin teyidinin neden ibaret olduğu konusu ticaret hukuku doktrininde tartışmalıdır. Bozer ve Göle'ye çekin teyidi yalnızca keşideci tarafından kabul olunabilir zira kabullerine göre teyit sonucunda çekilin bedeli kadar olan miktar keşidecinin hesabında bloke edilmek suretiyle, onun tasarrufundan çıkartılmaktadır (BOZER, A./GÖLE, C., s.280). Aksi yönde görüş olarak Öztan çekin teyidinin hamil tarafından da istenebileceğini ifade etmektedir (ÖZTAN, F., s.261).

⁸² ERMAN, S., s.133 vd.

⁸³ ÖZGENÇ, İ., Çek Kanunu, s.145.

⁸⁴ ÖZGENÇ, İ., Çek Kanunu, s.145.

⁸⁵ ÖZTAN, F., 297.

Hamilin talepte bulunmamasının farklı nedenleri olabilir. Söz gelimi, hamilin de çeki düzenleyende başka bir çeki olup takas amacı güdebileceği gibi hala ibraz süresi içerisindeyken geri ciro yaparak cirantalardan birine ciro edebilir hatta çekin karşılıksız olduğunu bile bile tamamen ilgisiz üçüncü bir kişiye dahi çeki devredebilir. Böyle bir durumda, çekin yeni hamili olan kişi de hala ibraz süresi içerisindeyse çeki tekrar muhataba ibraz edebilir. Buna karşılık, karşılığı olmadığını bildiği halde ibraz süresinde de olsa elinde bulundurduğu çeki ciro eden lehtar, karşılıksız çek keşidesi suçu olmasa da dolandırıcılık suçunun faili olabilir. Lehtarın çekin karşılığı olmadığını öğrenmesine rağmen işlem yapılmasını istememesinin nedeni düzenleyenin ticari itibarını korumak da olabilir. Her ne gerekçe ile olursa olsun, hamilin talebi yoksa hatta açıkça karşı koymuşsa, hiçbir işlem yapılmaksızın ona çek yaprağı geri verilmelidir.⁸⁶

E. İhmal: Emrolunan İcrai Davranışın Yokluğu

Objektif tipikliğin oluşması için gerekli ihmali hareket, buraya kadar anlatılanlar ışığında icrai bir harekette bulunma yükümlülüğü doğuran olayın gerçekleşmesine rağmen, karşılıksızdır işleminin yapılmamasıdır. Burada önem arz eden husus, icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün doğduğu anı tespittir.

Selçuk,⁸⁷ mülga 3167 Sayılı Kanun döneminde, banka yetkilisinin ibraz anında ödeneme nedenini sağladığı anda, bankanın yükümlülüğünün doğacağı ve yetkilinin bu bağlamda bu yükümlülüğünü hiç yerine getirmemesi ile geç yerine getirmesi arasında fark olmayacağı yönünde görüş beyan etmiştir. Esasen hiç ödememe ile geç ödeme hali o dönem suçun yasal tarifinde yer almaktaydı (3167 sayılı Kanun md.5 ve 15) Arslan ve Kayaççek'e⁸⁸ göre ise, ÇK md.7/4'te açıkça "geciktirme" ibaresine yer verilmediğinden, ibraz süresinde olmak kaydıyla ibraz anında değil de daha sonra karşılıksızdır işlemi yapılması halinde bu suç oluşmayacaktır.

Kanımızca bu suç, ani suç niteliği gösterdiğinden, yükümlülüğün doğduğu an ibraz süresi içerisinde çekin muhatap bankaya ibrazında, banka görevlisinin çek karşılığının kısmen ya da tamamen bulunmadığını tespit ettiği ve karşılığın bulunmadığını öğrenen yetkili hamil tarafından karşılıksızdır işleminin yapılmasının talep olduğu andır. Bu kabul, çekin görüldüğünde ödeneceği kabulüyle uyumlu olduğu gibi aynı sonuca ceza hukuku yönünden ihmal kavramıyla da ulaşmak mümkündür. Kişinin kendisinden beklenen yönde hareket etme yükümlülüğünün doğmasına yani icrai harekette bulunma gereğinin şartları oluşmasına rağmen

⁸⁶ HÄUSER, Franz: Münchener Kommentar zum HGB, 4. Auflage 2019, Beck's Online, s.251.

⁸⁷ SELÇUK, S., s.33.

⁸⁸ ARSLAN, Ç./KAYANÇİÇEK, M., s.862.

men hareketsiz kalmak, başlı başına ihmaldir. Bu nedenle suçun yasal tarifinde açıkça “*gecikme gösterme*” ifadesinin yer almasına gerek bulunmamaktadır. Şüphesiz, bu durumun açıkça yazılması, olası tereddütleri gidermek adına yerinde ve kanunilik ilkesinin gerekleri ile çok daha uyumlu olacaktır.⁸⁹ Elbette, aynı gün içerisinde işlemlerin işleyişi için gerekli olan süre içerisinde yapıldıkça, bu bir gecikme olarak addedilemez. Şu kadar ki makuliyet sınırının aşılması halinde, suçun oluştuğunun kabulü gerekir.

Böylelikle suç karşılıksızdır işlemini tesis etme yükümlülüğü doğduğu an tamamlanmış olacağından, suç tamamlandıktan sonra hangi nedenle olursa olsun karşılıksızdır işleminin yapılması ancak cezanın tayininde dikkate alınabilecek bir husustur. Nitekim bu suç açısından etkin pişmanlığa yer verilmemiştir. Buna göre, örneğin çekin ibraz süresinin ikinci günü ibraz edildiği ve o gün yetkili banka görevlisince işlemin yapılmadığı durumda, hamil aynı şubeye giderek bu sefer çek hakkında karşılıksızdır işlemi yapılmasında muvaffak olursa bu işlemi yapan ister aynı banka görevlisi ister bir başka banka görevlisi olsun yine de suç oluşacaktır.

Son olarak karşılıksızdır işleminin ne şekilde yapılacağı yasada şekil şartına bağlanmıştır. Dolayısıyla, yasada öngörüldüğü şekliyle yapılmaması, eksik yapılması ve yasadaki öngörülen şartları taşımaması karşılıksızdır işleminin geçerliliğini etkileyeceğinden, yükümlülüğün usulüne uygun yerine getirildiğinden bahsedilemez. ÇK md.3/4 uyarınca, “*Hamilin talepte bulunması hâlinde, karşılıksızdır işlemi; çekin arka yüzüne tahsil için bankaya ibraz edildiği tarih, hesap durumu, bankanın yükümlülüğü çerçevesinde ödediği miktar ve ibraz eden gerçek kişinin adı ve soyadı yazılmak, bu kişinin tüzel kişi adına bedeli tahsil etmesi hâlinde bu husus belirtilmek ve bu kişi ile birlikte banka yetkilisi tarafından imzalanmak suretiyle yapılır. Banka tarafından ödenen miktar düşüldükten sonra karşılıksız kalan tutar açıkça belirtilir. Hamilin imzalamaktan kaçınması hâlinde, karşılıksızdır işlemi yapılmaz.*”

F. Bireysel Davranış Yeteneği (Objektif Olarak İmkân Dahilinde Olma)

Tüm ihmali suçlarda, emredilen davranışın objektif olarak imkân dahilinde olması gerekir. Buna göre, icrai davranışta bulunma yükümlülüğünü yerine getirmenin imkân dahilinde olması, ihmali hareketin tipikliğine dahil olup; ancak imkan dahilinde olan bir davranışın ihmâl edilmesi haksızlık niteliğine sahip olacaktır.⁹⁰ Alman doktrininde⁹¹ ihmali suçlar yönünden bireysel davranış yeteneği-

⁸⁹ Ayrıca ihmâl suretiyle görevi kötüye kullanma suçu bakımından karşılaştırınız, KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: İzzet: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, Ankara 2022 (“*Özel Hükümler*”), s.1110.

⁹⁰ JESCHECK, H.-H./WEIGEND, T., s.616.

⁹¹ JESCHECK, H.-H./WEIGEND, T., s.617.

nin aranması gerektiği yönünde görüş birliği olmakla birlikte, bu yeteneğin varsayılabilmesi için hangi şartların aranması gerektiği tartışmalıdır. Katıldığımız görüş olan Jescheck ve Weigend'e⁹² göre, gerek emrolunan davranışın yerine getirilmesi için mekânsal yakınlık ya da elverişli araçlar gibi harici şartların mevcudiyeti gerekse fiziksel güç ya da teknik bilgi gibi şahsi güç ve yetiye sahip olması birlikte aranmalıdır. Buna göre de akla uygun davranma yeteneğine (Einsichtsfähig, *Alm.*) sahip bir gözlemci, fiili durumu incelemesi halinde, ex-ante olarak emrolunan davranışı iradesinin bir hedefi olarak (Willensziel, *Alm.*) tasavvur edebiliyor ve harici imkanları yeterli addedebiliyorsa, bireysel davranış yeteneğinin kabulü gerekir.

Buraya kadar ifade edilen hususlar ışığında, teknik sebepler ya da bütünü etkileyen sistemsel arıza nedeniyle çekin ilgili hesapta olup olmadığını kontrol edemediği durumlarda banka görevlisinin ihmali harekete özgü bireysel davranış yeteneğinin bulunmadığı kabul edilebilir. Arslan ve Kayaççek⁹³ ise, banka görevlisinin elektrik kesintisi, bilgisayar arızası veya depresim gibi sebeplerle işlem yapmaması halinde mücbir sebep veya ıztırar hali nedeniyle (TCK md.25/2) kusurunun bulunmayacağı görüşündedir.

Öte yandan, sadece iş yoğunluğu nedeniyle karşılıksızdır işlemini yapmayışı, bireysel davranış yeteneğinin bulunmadığını göstermez. Bu durumda şartları varsa yükümlülükler çatışması hukuka uygunluk sebebinden yararlanabilir.⁹⁴

V. Tipikliğin Söbjektif Unsuru

ÇK md.7/4'de taksirli sorumluluğa yönelik açık bir düzenlemeye yer verilmiştir. Şu hâlde, suçun manevi unsuru kasttır, taksirle işlenebilmesi mümkün değildir. Suçun yasal tarifinde açıkça aksini gösterir bir vurgu yapılmadığından ötürü, genel kastın varlığı yeterlidir. Bu kapsamda, teorik olarak suçun olası kastla da işlenebileceği söylenebilir.⁹⁵

Banka görevlisinin kastının öncelikle suçun konusunu oluşturan çekin varlığını kapsamaması gerekir. Buna göre, sadece ortada hukuki bir durumu tespit eden belge olduğunu bilmesi yetmez, aynı zamanda bu belgenin kıymetli evrak vasfına haiz olan bir çek olduğunu bilmesi gerekir. Çekin varlığı Türk Ticaret Kanunu'na bağlı olarak değerlendirilebilecek olup, bu yönüyle normatif unsur niteliği ta-

⁹² JESCHECK, H.-H./WEIGEND, T., s.617; fiziksel ve teknik imkansızlıklar için ayrıca bkz. ROXIN, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II- Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 4. Auflage, München 2003 ("*Allgemeiner Teil-II*"), s.630, §31 kn. 8.

⁹³ ARSLAN, Ç./KAYANÇİÇEK, M., s.865.

⁹⁴ Konuya ilişkin bkz. ROXIN, C., s.631, §31 kn.12.

⁹⁵ ARSLAN, Ç./KAYANÇİÇEK, M., s.864.

şımaktadır.⁹⁶ Buna göre de doktrinde hâkim olan görüş uyarınca,⁹⁷ somut olay nazarında uzman olmayanlar alanında paralel değerlendirme esaslarına göre bir değerlendirmeye gidilmesi gerekecektir. Burada banka görevlisinin çekin hukuki anlam ve kapsamına ilişkin bilgi sahip olması değil, çek kavramına ilişkin sosyal anlam bilgisine sahip olması aranacaktır. Şu hâlde, çekin varlığının maddi olarak algılanması yeterli değildir, zihinsel olarak da anlaşılması gerekir. Banka görevlisinin çekin sosyal anlam bilgisine ilişkin değerlendirmesindeki hata, unsur yanlılığı kapsamında kastını kaldıracaktır. Benzer şekilde, kısmi ya da tam karşılık da normatif unsur olarak karşımıza çıkmakta, zira daha önce açıklandığı üzere sosyal yaşamda algılandığı şekliyle hukuk alanında algılandığı şekli farklılık arz etmektedir. Buna göre de suçun konusunu teşkil eden çeke ilişkin söylenen, bu unsur açısından da aynen geçerlidir.

Gerçek ihmal suçlarında, objektif tipikliğin kapsamına fiilen yükümlülüğü doğuran durum (tipe uygun durum), emrolunan davranışın yokluğu ve somut olay nezdinde bireysel davranış yeteneğinin varlığı da girmektedir.⁹⁸ Şu hâlde, failin kastının somut olayda tüm bu unsurları kapsamaması gerekir. Buna göre, öncelikle banka görevlisinin tipe uygun durumu idrak etmesi, çekin ödenmek üzere yetkili hamil tarafından ibraz olunduğunu, çekin kısmen ya da tamamen karşılığının bulunmadığını, yetkili hamil tarafından karşılıksızdır işleminin yapılmasının talep olunduğunu bilmesi gerekir. İkinci olarak anılan suç tipinde karşılıksızdır işleminin yapılmaması olarak karşımıza çıkan emrolunan icrai davranışın yokluğunu yani karşılıksızdır işlemini yapmamayı banka görevlisi kastı kapsamına dahil etmelidir. Son olarak, somut olayda kendi bireysel davranış yeteneğinin bilincinde olmalıdır.⁹⁹

Emrolunan davranışın yokluğu yönünden, ÇK md.7/4'de öngörülen "*karşılıksızdır işlemi*" açık ceza normu yani bir diğer ifadeyle çerçeve unsur (Blankettmerkmal *Alm*) niteliğinde olup, bu çerçeve unsurun içeriği "*karşılıksızdır işlemi*"nin nasıl yapılacağını öngören ÇK md.3/4 hükmü ile doldurulmaktadır. Bu bakımdan, ÇK md.3/4 hükmü, tamamlayıcı norm (Ausfüllungsnorm, *Alm*) niteliği taşımakla, suçun yasal tarifine dahil olmakta, böylelikle de haksızlık tipi içerisinde yer almaktadır. Buna göre de kastın varlığından bahsedilebilmesi için, banka görevlisinin karşılıksızdır işleminin nasıl yapılacağını bilmesi gerekir. Bu noktada, haksızlık tipinin kapsamına atıf yapılan normun kendisi değil, sadece ta-

⁹⁶ Normatif unsurlara ilişkin bkz. ÖLMEZ, Gökhan: Suçun Tanımlanabilir ve Değerlendirilebilir Unsurları, Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Temmuz 2020, Ankara, s.88 vd.

⁹⁷ Normatif unsurlar yönünden hata hükümlerinin uygulanmasına ilişkin bkz. AKBULUT, B., s.473 vd.; ÖLMEZ, G., s.90 ve 112 vd.

⁹⁸ JESCHECK, H.-H./WEIGEND, T., s.630; ROXIN, C., s.682, §31 kn.176.

⁹⁹ Gerçek ihmali suçlarda kastın kapsamına ilişkin bkz. bkz. ROXIN, C., s.685, §31 kn. 186.

mamlayıcı normun içeriği girmektedir. Bu nedenle, burada tamamlayıcı normun içeriğine ilişkin bilmeme halinde, unsur yanılığısı hükümleri uygulanacaktır. Buna karşın, atıf yapılan norm olan ÇK md.3/4 hükmünün kendisinin bilinmesi emir yanılığısı kapsamında ele alınabilecektir.¹⁰⁰

Öte yandan gerçek ihmali suçlarda objektif tipiklik kapsamına yalnızca tipe uygun fiili durum dahil olup, bu fiili durumdan kaynaklanan davranışta bulunma yükümlülüğü objektif tipikliğin kapsamına dahil değildir. Bu nedenle failin kendisinin böyle bir yükümlülüğü olduğunu bilmesi gerekmez.¹⁰¹ Failin kendi davranışta bulunma yükümlülüğünün varlığı konusunda yanılığısı, emir yanılığısı kapsamındadır.¹⁰²

VI. Hukuka Aykırılık

Bu suç hukuka aykırılık açısından önem arz etmez. Bu suç bakımından, somut olaya göre hakkın icrası, kanun hükmünü icra, yetkili merciinin emrini ifa gibi hukuka uygunluk sebepleri söz konusu olabilir.

Suçun yasal tarifinde, yükümlülüğü doğuran olay kapsamında ele alınan "*ta-lebe rağmen*" ifadesi yer aldığından ve benzer şekilde tamamlayıcı norm niteliğindeki ÇK md.3/4'de karşılıksızdır işlemi yapılırken banka görevlisi ile birlikte hamilin de imzasının aranacağı öngörüldüğünden ve nihayetinde imza bir irade beyanı niteliğinde olduğundan ötürü, burada hamilin rızası tipikliğe dahil edilmiştir. Bu nedenle, karşılıksızdır işlemine hamilin rıza göstermemesi, hukuka uygunluk sebebi olmayıp, tipikliği ortadan kaldırmaktadır.¹⁰³

İleri düzenleme tarihli çekler yönünden süresinden önce ibrazda, karşılıksızdır işleminin yapılamayacağına ilişkin düzenleme bulunduğundan, karşılıksızdır işleminin yapılabilmesi mümkün değildir (ÇK md.3/8). Bu durumda kanunun hükmünü icra, hukuka uygunluk sebebi olarak karşımıza çıkacaktır.

Bilindiği üzere, yasada karşılıksızdır işleminin ne zaman yapılacağı açıkça öngörülmüştür. Kendisine çek ibraz edilen muhatap banka görevlisi, çeki yalnızca -suçun hukuki konusunu oluşturduğu cihetle- ticaret hukuku anlamında TTK hükümlerine göre aranması gerekli şekil şartlarını karşılayan bir belge olup olması ile sınırlı olarak inceleyecektir. Şu hâlde, yetkili hamilin talebine rağmen,

¹⁰⁰ Çerçeve unsur ve tamamlayıcı unsur hakkındaki açıklamalar için bkz. FRİSTER, Helmut: Allgemeiner Teil, 5. Auflage, München 2011, s.141 ve 142, kn. 36 ila 38.

¹⁰¹ JESCHECK, H.-H./WEIGEND, T., s.636.

¹⁰² JESCHECK, H.-H./WEIGEND, T., s.636.

¹⁰³ Karşılıksızdır işleminin yapılmasının hamilin talebine bağlı olduğundan ötürü, mağdurun rızasının hukuka uygunluk sebebi teşkil edebileceği yönünde aksi yönde görüş için bkz. ARSLAN, Ç./KAYANÇIÇEK, M., s.865.

keşidecinin imzasının tutmaması ya da çeki ilişkin sahtecilik iddiasında bulunulması vb. gerekçelerle karşılıksız işlemi yapılmaması bu suç yönünden hukuka uygunluk sebebi teşkil etmez.¹⁰⁴ Nitekim bir senetle ilgili sahtecilik iddiasının incelemeye ve sübut konusunda karar vermeye yetkili mercii banka görevlileri değil bağımsız mahkemelerdir. Yargıtay, kanun yararına bozmaya konu bir başka kararında, bankaya ibraz edildiğinde, banka görevlerince keşideci imzasının tutmadığı gerekçesiyle “karşılıksızdır” işlemi yapılmaksızın çekin iade edilmesi halinde, karşılıksız işlemi yapmama suçunun oluşabileceğine işaret etmiştir.¹⁰⁵ Benzer şekilde bir başka kararında,¹⁰⁶ imzanın çek keşidecisine ait olmadığı hususunda gerekli ve yeterli araştırma yapılmaksızın ve soyut sebeplerle dava konusu çek hakkında karşılıksız işlemi yapılmaması halinde “karşılıksızdır” işlemi yapmama suçunun oluşacağına hükmetmiştir.

Bankaya ibraz edilen çek hakkında, çekin tehdit ya da cebir gibi sebeplerle rıza dışı elden çıkması halinde açılacak iptal davası kapsamında ödemenin yasağı öngören ihtiyati tedbir kararı verildiği hallerde, ödeme yapılamayacağı şüphesizdir.¹⁰⁷ Ancak doktrinde bu durumda karşılıksız işlemi yapıp yapılamayacağı ihtilaflidir. Özgenç,¹⁰⁸ ihtiyati tedbir kararının bankaya ibraz edilen çek nedeniyle verildiği hallerde ibraz edilen hamile ödeme yapılamayacağı gibi karşılıksız işlemine tabi tutulamayacağını ifade etmektedir. Aksi yönde görüş olarak, Arslan ve Kayaççek¹⁰⁹ ise ihtiyati tedbir kararının bankaya ibraz edilmiş çeki ilişkin olarak verilse dahi, karşılıksız işlemi yapılması gerektiği görüşündedir. Bozer ve Göle,¹¹⁰ hesaptaki para üstünde ihtiyati haciz, ihtiyati tedbir ya da rehin bulunduğu hallerde, çekin karşılıksız kalması halinin gündeme

¹⁰⁴ Y.19.CD. 27.01.2020 T., 2019/35817 E., 2020/415 K.: “(...) Çek hesabı sahibinin elinden rızası dışında çıktığı henüz bankaya bildirilmemişken ve sahte olarak düzenlenmemiş olan bir çekin süresinde, çek üzerinden yetkili hamil olduğu anlaşılabilir kişi tarafından bankaya ibrazı halinde; banka çalışanı tarafından “çek üzerindeki imzanın, keşidecinin imzasına benzetilemediği” gerekçesiyle “karşılıksızdır” işlemi yapılmadığının yazılması, 6102 sayılı TTK ve 5941 sayılı Çek Kanunu hükümlerine aykırılık oluşturmaktadır.

Hal böyleyken, alacaklı yetkili hamilin talebine rağmen, “keşideci imzasının tutmaması” veya benzeri şekilde meşru olmayan ve yasal dayanaktan yoksun nedenlerle “karşılıksızdır” işlemi yapılmadığı durumlarda, keşidecinin bu hususta çekin geçerliliğine veya imzaya dair bir itirazının bulunmaması yada imzanın keşideciye ait çıkması gibi hallerde banka görevlisinin cezai sorumluluğuna gidileceği de açıktır. (...)”; ŞEN, Ersan/SERDAR, Cem: “Banka Görevlisinin Talebe Rağmen Çeki Karşılıksız İşlemi Yapmaması”, <https://sen.av.tr/tr/makale/banka-gorevlisinin-talebe-ragmen-ceke-karsiliksizdir-islemi-yapmamasi>, (E.T.16.11.2023).

¹⁰⁵ Y.19.CD. 30.09.2020 T., 2020/3123 E., 2020/12023 K.

¹⁰⁶ Y.19.CD. 16.03.2017 T., 2015/8582 E., 2017/2348 K.

¹⁰⁷ ÖZDAMAR, M./GÖKTÜRK, K. CAN, M. Ç./KAŞAK, E., s.268; ÖZGENÇ, İ., Çek Kanunu, s.147.

¹⁰⁸ ÖZGENÇ, İ., Çek Kanunu, s.145.

¹⁰⁹ ARSLAN, Ç./KAYAÇÇEK, M., s.314 ve 318.

¹¹⁰ BOZER, A./GÖLE, C., s.406.

geleceğini ifade etmektedir. Yargıtay¹¹¹ da çekin rıza dışı elden çıkması halinde mahkemelerce tedbir kararı verilebileceğini, buna karşın karşılıksızdır işlemi yapılmaması yönünde bir karar verilemeyeceğini ifade etmektedir. Yargıtay'a¹¹² göre, ister keşidecinin imzasının belirsiz olduğu gibi sübjektif gerekçelerle ister bir yargı kararına dayanma gibi objektif gerekçelerle olsun banka görevlisi karşılıksızdır işlemi yapmaktan imtina edemez, karşılıksızdır işlemi tesis etmek zorundadır.

İhtiyati haciz kararı ile sadece ödemedenden men kararı verildiyse, banka görevlisi karşılıksızdır işlemi yapmak zorundadır. Buna karşın, ibraz yasağı ya da karşılıksızdır işlemi yapılmaması yönünde bir tedbir kararı varsa, mahkemenin böyle bir kararı verme yetkisi olup olmadığı tartışması bir yana, ortada mahkeme tarafından verilmiş bir yargı kararı mevcuttur ki banka görevlisinin bu kararın içeriğini, hukuka uygunluğunu denetleme yetkisi yoktur. Aksine bu durumda, 12.01.2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "*tedbire muhalefetin cezası*" kenar başlıklı 398. maddesi uyarınca, ihtiyati tedbir kararının uygulanmasına ilişkin emre uymaması veya tedbir kararına aykırı davranması halinde, altı aya kadar disiplin hapsine tabi tutulması mümkündür. Şu hâlde kanımızca, banka görevlisi açısından karşılıksızdır işlemi yapma yükümlülüğü ile ihtiyati tedbir kararına uyma yükümlülüğü aynı anda mevcut olduğundan, karşılıksızdır işlemi yapmaması halinde yükümlülükler çatışması hukuka uygunluk sebebinden yararlanabilecektir.

VII. Kusurluluk

Banka görevlisinin karşılıksızdır işlemi yapmaması nedeniyle sorumluluğunun doğması, işlem yapma imkanının varlığına bağlıdır.¹¹³ Cebir ya da tehdit etkisi altında olan banka görevlisinin kusuru ortadan kalkabilir. Ancak örneğin, banka yöneticisi tarafından karşılıksızdır işlemi yapılması halinde işine son verileceğinin beyan edilmesi üzerine ihmalde bulunulması, banka görevlisinin kusurunu orta-

¹¹¹ Y.19.CD. 27.01.2020 T., 2019/35817 E., 2020/415 K.: "*Banka tarafından bastırılan ve çek hesabı sahibine teslim edilen çeklerin, kaybolması, çalınması veya sahibinin elinden cebir, tehdit gibi yollarla iradesi sakatlanmak suretiyle rızası dışında düzenlenerek çıkması mümkün olabilir. (...) Yargı organları bu gibi durumlarda tedbir kararı benzeri kararlarla sahibinin elinden rızası dışında çıkan çeklerin "ödenmemesi" veya çek hesabındaki karşılığına durumun aslı aydınlatılana veya suç kovuşturması sonuçlanana kadar teminat olarak "çek hesabına bloke" konulması yönünde kararlar verebilir. Ancak bu durumda dahi yargı organları, 5941 sayılı Çek Kanunu'na açıkça aykırı olacak şekilde çek üzerinde "karşılıksızdır" işlemi yapılmaması yönünde kararlar veremez. Verilecek tedbir kararların da her durumda mevzuata uygun olması beklenir. Kanun hükmü veya mahkemenin verilen tedbir kararı gibi hallerde de bankaların 5941 sayılı Kanun'un 3/4. ve 7/4. maddeleri gereği "karşılıksızdır" işlemi yapması zorunludur."*

¹¹² Y.19.CD. 27.01.2020 T., 2019/35817 E., 2020/415 K.

¹¹³ ARSLAN, Ç./KAYANÇİÇEK, M., s.865.

dan kaldırmaz.¹¹⁴ Zira kusurun ortadan kalması için, failin alternatif hukuka uygun eylemde bulunma imkanının ortadan kalkması ya da kendisinden emrolunan yönünde hareket etmesinin beklenemiyor olması gerekir.

Son olarak, daha önce subjektif tipiklik konusunda ele alındığı üzere, banka görevlisinin karşılıksızdır işleminin şekil şartlarının açıkça ÇK md.3/4’de düzenlendiğini yani bizzat normun kendisinin varlığını bilmemesi ve kendisinin karşılıksızdır işlemi yapmakla yükümlü olmadığını sanması halinde emir yanılığısı gündeme gelebilir. ÇK md.3/4 hükmünün kendisinin bilinmesi emir yanılığısı kapsamında ele alınabilecektir.¹¹⁵

VIII. Suçun Özel Ortaya Çıkış Biçimleri

A. Teşebbüs

Bu suç daha önce ifade edildiği üzere saf ihmali suç niteliği arz etmektedir.¹¹⁶ Saf ihmali suçlar normatif açıdan teşebbüse elverişli olmadıklarından ötürü,¹¹⁷ bu suçta teşebbüs mümkün görünmemektedir.¹¹⁸

B. İştirak

Bu suç hem gerçek özgü suç hem de sırf ihmali suç niteliğinde olduğundan ötürü,¹¹⁹ iştirak hükümlerinin uygulanması yönünden özellik arz etmektedir. Suç, özgü suç olduğundan, muhatap banka görevlisi olmayan, banka mensubu sıfatını taşımayan kişiler fail değil ancak azmettiren ya da yardım eden olarak sorunlu olabilirler. İştirak açısından özellik arz eden haller yönünden özgü suçta ilişkin yapılan açıklamalar aynen geçerlidir. Söz gelimi, çekle işleyen hesabın sahibi gerçek kişi ya da tüzel kişi ise yetkili temsilcisi de banka görevlisini karşılıksızdır işlemini yapmaması için azmettirebilir.¹²⁰

¹¹⁴ ARSLAN, Ç./KAYANÇIÇEK, M., s.865.

¹¹⁵ Çerçeve unsur ve tamamlayıcı unsur hakkındaki açıklamalar için bkz. FRISTER, Helmut: Allgemeiner Teil, 5. Auflage, München 2011, s.141 ve 142, kn. 36 ila 38.fr.

¹¹⁶ Saf ihmali suçların teorik açıdan teşebbüse elverişli olup olmadıkları tartışmalıdır. Konuya ilişkin güncel tartışmalar için bkz. YURTLU, Fatih: İhmali Suçlar, 1. Baskı, Ankara 2022, s.319 vd. İhmali suçların tümüyle teşebbüse elverişli olmadıkları yönünde görüş için özellikle bkz. ÖZGENÇ, İ., Genel Hükümler, s.580 ve KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 15. Baskı, Ankara 2022, s.438.

¹¹⁷ AKBULUT, B., s.767.

¹¹⁸ ARSLAN, Ç./KAYANÇIÇEK, M., s.866.

¹¹⁹ Faillik ve şeriklik arasındaki ayrımın teorik sınırlarının çizilmesinin özellikle “özgü suçlar, ihmali suçlar ve yükümlülük suçları ile iştirak kurumu birleştiğinde” güçlük arz ettiği yönünde bkz. Müşterek faillik yönünden bkz. KEÇELİOĞLU, Elvan: “Alman Ceza Hukukunda Faillik”, TBB Dergisi, S.65, 2006, s.77 vd.

¹²⁰ İhmali ve özgü suçlara ilişkin azmettirme için bkz. ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/AL-ŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, KERİM: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş Gözden geçirilmiş 14. Baskı, Ankara Şubat 2020, s.747.

Benzer şekilde, yukarıda suçun failine ilişkin yapılan açıklamalar ışığında, suçun failinin yalnızca muhatap bankanın görevlileri olabileceği ve her somut olayda faillik alanının bankanın iç işleyiş esasları gözetilmek suretiyle görev tanımı ve tasarruf yetkisi itibariyle sınırlandırılması gerektiğinin kabulü altında, görev tanımı itibariyle çekle ilgili ve özellikle karşılıksızdır işlemi konusunda işlem tesis etme ve tasarrufta bulunma yetkisi tanınmayan muhatap banka görevlileri fail olarak nitelendirilemeyecektir. Şu hâlde, bu kişiler de gerek banka mensubu sıfatını taşımayan gerekse banka görevlisi olmakla birlikte muhatap banka görevlisi olmayan kişiler gibi fail olarak değil ancak azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu olabilirler.

Bu suç bakımından iştirak hükümlerinin uygulanması yönünden önem arz eden yetkilendirmenin nasıl yapılacağı, örneğin tek kişinin mi birden fazla kişinin mi birlikte işleme yetkili olacağı, kişilerin görev tanımları, işleme yetkili olup olmama ile ilgili kıstaslar, elbette bankanın iç işleyişiyle ilgili hususlardır. Buna göre de karşılıksızdır işlemi yapmama konulu bir suç isnadının varlığında, bu durumun banka yönetiminden sorulması ve iş bölümü gerekleri nazara alınarak failin tespit edilmesi ve buradan ulaşılabilecek sonuca göre de faillik ve şeriklik arasındaki sınırın korunması gerekir.

Öte yandan, söz gelimi karşılıksızdır işlemi yapmaya iki ayrı banka görevlisinin birlikte yetkili olduğu ve birbirleriyle uyumlu olarak eylemsizlikte buldukları hallerde, her ikisinin de müşterek fail olarak sorumlu tutulabilmeleri için suçun birlikte işlenmesi kararının yanında fiil üzerinde müşterek hakimiyet kurup kurmadıklarının tespiti gerekir.¹²¹ Aksi takdirde yan yana faillikten bahsetmek gerekecektir. Benzer şekilde fiil üzerinde müşterek hakimiyet kurulup kurulmadığı, çekin muhatap bankanın çekle işleyen hesabının bulunduğu şube dışında bir başka şubeye ibraz edilmesi açısından da önem arz etmektedir.

Yukarıda ifade olunan hususların somut bir örnek üzerinden iki varsayım altında değerlendirilmesi konuyu aydınlatmak açısından faydalı olacaktır. Örneğin bir bankada belirli miktarın üstündeki çekler ya da bankada belirli bir miktarın üstünde mevduatı olan banka müşterilerinin çekleri açısından işlem yapma yetkilisinin kendi üstü durumunda bulunan bir başka banka görevlisinden onay alması gerektiği varsayalım. Nitekim, bankada belirli bir miktarın üstünde mevduatı olan banka müşterilerinin kredibilitesini ya da ticari itibarını korumak veya salt banka ile arasındaki somut güven ilişkisine dayanarak, bankanın bu pek özel müşterilerine çekin düzenlendiği hesapta karşılığı olmamasına karşın, vekaletsiz

¹²¹ Saf ihmali suçlarda müşterek failliğin mümkün olduğu hususunda bkz. HAKERİ, Hakan: Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmal Suçların Çeşitleri, Ankara 2003.282.; Müşterek faillik yönünden bkz. KEÇELİOĞLU, E., s.83 vd.

iş görme esasları ya da keşidecinin bilgisi dahilinde, hesabından virman yapılmak hatta çek hesabı sahibi müşterisine kredi açmak suretiyle karşılıksız işlemi yapılması yerine yetkili hamile ödeme yapılmasını sağlaması mümkündür.¹²² Bu durumda da, çekin muhatapça ödenmesinin sonucu olarak, çek karşılıksız sayılmayacağından, karşılıksız işlemi yapmama suçu oluşmayacaktır.

Somut olay nazarında ilk olasılık olarak, karşılıksız işlemi yapmaya yetkili olan banka görevlisi, kendisine karşılığı bulunmayan bir çekin ibraz olduğunu üstü konumundaki diğer banka görevlisine bildirmeden ve kendisine ibraz olunan çeke ilişkin karşılıksız işlemi yapmadan, çeki yetkili hamile iade etmesi halinde; her ne kadar onun üstü konumunda bulunan banka görevlisi özgü faillik sıfatını taşıyacak ise de yükümlülüğü doğuran olayı bilmediğinden ve fakat kastının bu durumu kapsamaması gerektiğinden ötürü ceza sorumluluğu doğmayacaktır. Burada ceza sorumluluğunun doğmayışının dayanak noktası, faillik sıfatı değil yükümlülüğü doğuran olay yönünden kastının yokluğudur. Belirtmek gerekir ki, birlikte işlem yapma yetkisinin mevcut olduğu haller, iştirak hükümlerinin uygulanması açısından özellik arz edecektir. Zira özgü suçlara özel faillik sıfatını taşımayan kişiler ancak yardım eden ve azmettiren olarak iştirak edebilir. Buna göre, anılan örnek kapsamında her ne kadar üst konumunda bulunan banka görevlisi teorik olarak müşterek fail ya da dolayısıyla fail olabileceksede somut olay nazarında yükümlülüğü doğuran olayı bilmediğinden ötürü ceza sorumluluğu doğmayacaktır.

İkinci olasılıkta ise üst konumunda bulunan banka görevlisi, çeki alan işlem yetkili banka görevlisinin şartları oluşmasına rağmen karşılıksız işlemi yapmadığını bilmektedir. İhmali suça iştirak mümkün olduğundan ve kendisi de özgü faillik sıfatını taşıdığından ötürü birlikte suç işleme kararının varlığı halinde müşterek fail olarak ceza sorumluluğu doğacaktır.¹²³

¹²² REİSOĞLU, S., s.281; ÖZTAN, F., s.290. Bu durumda somut olayın şartlarına göre usulsüz kredi temini yönünden bankacılık zimmeti suçunun oluşup oluşmayacağı şüphesiz ayrı bir inceleme konusudur, bkz. ERMAN, S., s.131. Ayrıca usulsüz kredi kullandırmak suretiyle bankacılık zimmeti suçunun işlenebileceğine ilişkin ayrıntılı olarak bkz. ERTEM, B., 638 vd. Yeri gelmişken ifade etmek gerekir ki, bankanın bazı müşterilerine karşılığı olmayan çeklerle ilgili olarak kredi açarak ödeme yapılmasını sağlaması halinde, karşılıksız işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçundan ötürü ceza sorumluluğu doğmayacaktır (ÇK md.5). Zira somut olayda ödemenin gerçekleştirilmesi nedeniyle objektif cezalandırılabilme şartı olan karşılıksız işlemi yapılamayacaktır. Ancak anılan suç yönünden bankanın böyle bir inisiyatif kullanma yetkisinin mevcudiyeti, haksızlığın temellendirilmesi noktasından olmasa da suçun cezalandırılabilirliğine etki ediyor oluşu yönünden eşitlik ilkesi bağlamında eleştiriye açıktır. Selçuk'a göre, bankanın karşılığı olmadığı halde kredi açarak ödediği çek de karşılıksız çekti; zira çeke ilişkin güven sarsılmıştır. Fransız Yargıtay'ının da aynı yönde görüşü için bkz., SELÇUK, S., s.78 vd.

¹²³ ZAHİT, YILMAZ: "Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik Kurumlarının İhmali Suçlar Yönünden Değerlendirilmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 24, Sayı 1, Haziran 2018, s.125 ve 126.

C. İçtima

Banka görevlisinin yetkili hamilin farklı olduğu birden fazla çeke ilişkin yasanın aradığı şartlar oluşmasına rağmen karşılıksızdır işlemi yapmaması halinde, mağdur sayısı birden fazla olacağından ötürü gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır.¹²⁴ Buna karşın, birden fazla çekin ibraz edilmesi ve ibraz eden yetkili hamilin aynı kişi olması halinde, şartları oluşuyorsa fail hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.¹²⁵

Bu bağlamda, bankanın kanunen ödemekle yükümlü olduğu miktar dahil muhatap banka nezdinde çekin kısmi karşılığının bulunduğu hallerde, kısmi ödemenin hamil tarafından kabul ve hatta talep edilmesine karşın, banka görevlisince hem kısmi ödemede bulunulmaması hem de de karşılıksızdır işlemi yapılmaması söz konusu olabilir. Bu durumda, ÇK md.7/4'de düzenlenen karşılıksızdır işlemi yapmama suçu ile ÇK md.7/5'te düzenlenen "çekin muhatap banka nezdinde mevcut olan karşılığını ödememe suçu" arasında, tek bir ihmal fiili ile birden fazla farklı suçun oluşumuna sebebiyet verilmiş olma bakımından aynı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulama alanı bulup bulamayacağı sorunu gündeme gelebilir. Ancak, bu noktada, ihmali suça ilişkin dogmatik esaslar çerçevesinde, emrolunan her iki yükümlülüğün sadece tek bir hareketle yerine getirilebilmesi somut olayda mümkün olamayacağından ötürü ihmalin tekliğinden (*Unterlassungseinheit, Alm.*) bahsetmek, dolayısıyla da fikri içtima hükümlerine başvurmak mümkün görünmemektedir.¹²⁶ Nitekim burada ödeme yapma ve karşılıksızdır işlemi yapma şeklinde iki ayrı davranışta bulunma yükümlülüğü mevcut olup, bu durumda ihmaller birbirinden bağımsız, ayrılabilir nitelikte olduğundan ötürü ihmalin çokluğundan (*Unterlassungsmehrheit, Alm.*) bahsetmek ve gerçek içtima hükümlerini uygulamak yerinde olacaktır.¹²⁷

Arslan ve Kayaççek, karşılıksızdır işlemi yapmama suçunun, her ne kadar kolay olmasa da teorik olarak başka suç tipleriyle farklı nev'den fikri içtima ilişkisine girmesinin mümkün olduğu görüşündedir.¹²⁸

¹²⁴ ARSLAN, Ç./KAYANÇİÇEK, M., s.866.

¹²⁵ ARSLAN, Ç./KAYANÇİÇEK, M., s.866.

¹²⁶ ROXIN, C., s.685, §33 kn. 65.

¹²⁷ ROXIN, C., s.685, §33 kn. 62. İhmallerin birbirinden bağımsız, ayrılabilir nitelikte olduğu yönündeki kabulümüzün yerindeliği, söz gelimi karşılıksızdır işlemi yapmaya yetkili banka görevlisinin başka kişi, ödemeyi yapmaya yetkili banka görevlisinin başka kişi olduğu durumlarda daha net anlaşılmaktadır. Zira her iki işlemi de yapmaya aynı kişinin yetkili olduğu hallerde, önce karşılıksızdır işleminin tamamlaması sonrasında karşılığın tamamen ya da kısmen bulunmasına göre ödeme işlemi tamamlaması gerekecektir.

¹²⁸ ARSLAN, Ç./KAYANÇİÇEK, M., s.866.

IX. Yaptırım ve Muhakeme

Anılan suçun karşılığında yaptırım olarak bir aydan bir yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür (ÇK md.7/4; TCK md.49/1).¹²⁹ Buna göre de madde itibariyle yetkili mahkeme asliye ceza mahkemesidir. Yer itibariyle yetki ise kural olarak suçun işlendiği yer mahkemesi yetkili olacağına göre, çekin süresinde ödenmek üzere ibraz edildiği muhatap bankanın şubesinin bulunduğu yerdeki asliye ceza mahkemesine ait olacaktır.

Suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır. Şikâyet hakkı, suçtan zarar gören olarak çeki ibraz eden yetkili hamilindir. Bu suç, uzlaştırma, kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumlarının uygulanmasına elverişlidir.¹³⁰

İfade etmek gerekir ki, bu suçun ispatına en elverişli yöntem belgeyle ispattır. Buna göre örneğin, karşılıksızdır işleminin yapılamadığı ve böylelikle çek hakkında işlem yapılmaksızın iade edildiğinin açıkça yazıldığı durumlarda, ispat sorunu yaşanmayacaktır. Buna karşın, karşılıksızdır işlemi yapmayan banka görevlisince çekin ibraz edildiğini gösterir bir kayıt düşülmediğinde, suçun ispatı yönünden derhal ve özellikle ibraz süresi geçirilmeksizin durumun alternatif tespit şekilleriyle tevsiki ve konuya ilişkin şikâyet hakkının geciktirilmeksizin kullanılması yerinde olacaktır. Banka görevlisinin ibraz edilen çekle ilgili hiçbir işlem tesis etmeksizin iade ettiği hallerde, örneğin noter kanalıyla protesto çekilmesi gibi alternatif tespit çarelerinde dahi, ispat sorunu gündeme gelecektir. Bu durumda sadece tanık beyanı deliline dayanılabileceği düşünülebilir. Öte yandan noter kanalıyla protestoda, yalnızca çekin karşılıksızlığı ortaya konulabilecek olup, bu durum banka görevlisinin hamilin talebine karşın işlem yapmakta ihmal gösterdiğini ispata yetmeyecektir.

Yargıtay,¹³¹ çekin aslının şikayetçi tarafından sunulmadığı gerekçesiyle verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararının yerinde olmadığını, bu karara karşı başvuru ve kesinleşen itiraz neticesinde incelenen kanun yararına bozma isteminde tartışmış ve beyan delili elde edilme gerekliliğine ve diğer delillerin toplanması zorunluluğuna vurgu yapmıştır.¹³²

¹²⁹ ARSLAN, Ç./KAYANÇIÇEK, M., s.867; ŞEN, Ersan/SERDAR, Cem: "Banka Görevlisinin Talebe Rağmen Çeke Karşılıksızdır İşlemi Yapmaması", <https://sen.av.tr/tr/makale/banka-gorevlisinin-talebe-ragmen-ceke-karsiliksizdir-islemi-yapmaması>, (E.T.16.11.2023).

¹³⁰ ARSLAN, Ç./KAYANÇIÇEK, M., s.868.

¹³¹ Y.19.CD. 16.03.2017 T., 2015/8582 E., 2017/2348 K.

¹³² "Anonim Şirketi tarafından keşide edilmiş 07/12/2018 tanzim tarihli ve 50.000,00 Türk lirası bedelli çekin bankaya ibraz edildiğinde, banka görevlileri tarafından keşideci imzasının tutmadığı gerekçesiyle, "karşılıksızdır" işlemi yapılmadan bahse konu çekin iade edildiği iddiasıyla yapılan şikâyet üzerine başlatılan soruşturma kapsamında, söz konusu çek aslının dosyaya ibraz edilme-si için müşteki vekiline mesaj gönderilmesine rağmen ibraz edilmediğinden bahisle, herhangi bir

Sonuç

Çekin karşılığının yetkili hamil tarafından ibrazında muhatap banka nezdinde kısmen ya da tamamen hazır bulunmaması halinde, karşılıksızdır işleminin yapılması zorunludur (ÇK md.3). Bu durumu dikkate alan ceza yasa koyucusu, çeke ilişkin düzeninin de korunması da anlamında, özel bir görevi ihmal suçu şeklinde özgü suç olarak düzenlediği karşılıksızdır işlemini yapmama suçunu ihdas etmiştir (ÇK md.7/4).

Buna karşın, uygulamada, çekin üstündeki imzanın düzgün ya da belirli olmadığı, çekin işlediği hesapta haciz, tedbir ya da bloke kararı bulunması gibi gerekçelerle karşılıksızdır işleminin yapılmasından imtina edildiği görülmektedir. Bu durumda, banka görevlileri yükümlü oldukları doğrultuda hareket etmedikleri gibi, çoğu durumda kendi yetkilerini aşan nitelikte değerlendirmelerde bulunmaktadır. Böylelikle, karşılıksızdır işleminin yapılmaması, bir yandan karşılıksızdır işleminin yapılmasına sebebiyet verme suçundan ötürü cezalandırılabilirliğe (ÇK md.5), öte yandan çoğu kez yetkili çek hamilinin müracaat hakkını zamanında kullanmasına engel olmaktadır.

Karşılıksızdır işlemini yapmama suçunun etkin bir şekilde uygulanması (ÇK md.7/4), karşılıksızdır işleminin yapılmasına sebebiyet verme suçunun cezalandırılabilirliği (ÇK md.5) ve karşılıksız çeklerle ilgili müracaat hakkının etkin kullanımını yönünden önem arz etmektedir.

soruşturma işlemi yapılmaksızın İstanbul Anadolu Cumhuriyet Başsavcılığınca kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiş ise de; müşteki vekilinin ilgili çek aslını 14/03/2019 tarihinde Cumhuriyet Başsavcılığı zabıt katibi olduğunu iddia ettiği Türkan Ünal'a elden teslim ettiğine ilişkin belge suretini dosyaya ibraz ettiği ve söz konusu çekin de 2019/8290 sayı ile adli emanete alındığı nazara alındığında, müşteki vekilinin şikâyet dilekçesi üzerine başlatılan soruşturmada şüphelilerin beyanlarının dahi tespit edilmediğinin anlaşılması karşısında, soruşturmanın seyri açısından müşteki ve şüphelilerin ifadelerinin alınması gerektiği, toplanacak diğer deliller ve yapılacak etkin soruşturma sonucuna göre şüphelilerin hukukî durumunun tayin ve takdir edilmesi gerektiği gözetilmeden, eksik soruşturma sonucu verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair karara karşı yapılan itiraz üzerine soruşturmanın genişletilmesine karar verilmesi yerine, yazılı şekilde, itirazın reddine karar verilmesinde isabet görülmediği gerekçesiyle 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 309.maddesi uyarınca anılan kararın kanun yararına bozulması isteminde bulunulmakla, gereği görüldüğü düşünülür;

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname içeriği yerinde görüldüğünden, İstanbul Anadolu 1. Sulh Ceza Hakimliğinin 28/05/2019 tarihli ve 2019/3941 değişik iş sayılı kararının 5271 sayılı CMK'nin 309/4-a maddesi gereği KANUN YARARINA BOZULMASINA, yukarıda yazılı bozma nedenine göre; gerekli inceleme ve araştırma sonucunda yeniden bir karar vermek suretiyle müteakip işlemlerin mahallinde yapılmasına, 30/09/2020 tarihinde oy birliğiyle karar verildi."

Kaynakça

- AKBULUT, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 8. Baskı, Ankara 2021.
- ARSLAN, Çetin/KAYANÇIÇEK, Murat: 5941 Sayılı Çek Kanunu Şerhi: Hukuk- Ceza, Ankara 2010.
- BOZER, Ali/GÖLE, Celal: Kıymetli Evrak Hukuku, Son değişikliklerle Güncellenmiş ve Genişletilmiş Altınca bası, 6. Bası, Ankara 2017.
- CAN, Mertol: Kıymetli Evrak Hukuku (Ders Kitabı), Gözden Geçirilmiş Dördüncü Bası, Ankara 2019.
- DONAY, Süheyl: Gerekçeli ve Açıklamalı Çek Kanunu- 6273 sayılı Yasa ile Değiştirilmiş Şekli, 2. Baskı, İstanbul 2012.
- EBENROTH, Carsten Thomas/BOUJONG, Karlheinz/JOOST, Detlev/STROHN, Lutz: Handelsgesetzbuch, 4. Auflage 2020, Beck's Online.
- ERMAN, Sahir: "Karşılıksız Çek", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, S.2, Aralık 1981, ss.123-154.
- ERTEM, Burcu: "Ceza Hukukuna Hâkim Olan İlkeler Açısından Bankacılık Zimmeti Suçu", Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler, Ed.: İzzet ÖZGENÇ, Cumhur ŞAHİN, Faruk TURHAN, C: I, Ankara Kasım 2020, ss.665-705.
- ERTEM, Burcu/ERSOY, Uğur: "Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Sebepiyet Verme Suçunda Faillik Sorunu", ÇÜHFD, C.5, S.1, Nisan 2020, ss.1499-1518.
- FUCHS, Helmut: Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 7. überarbeitete Auflage, Austria 2008.
- FRİSTER, Helmut: Allgemeiner Teil, 5. Auflage, München 2011.
- HAKERİ, Hakan: "İhmalî Suçlar", Ceza Hukuku Dergisi, C.2, S.4, Ağustos 2007, ss.137-169.
- HAKERİ, Hakan: Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri, Ankara 2003.
- HÄUSER, Franz: Münchener Kommentar zum HGB, 4. Auflage 2019, Beck's Online.
- JESCHECK, Hans-Heinrich/WEİGEND, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5, vollständig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin 1996.
- KENDİGELEN, Abuzer/KIRCA, İsmail: Kıymetli Evrak Hukuku- Genel Esaslar Kambiyo Senetleri, 3. Basıdan 4. Tıpkı Bası, İstanbul 2020.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 15. Baskı, Ankara 2022 ("Genel Hükümler").
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: İzzet: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, Ankara 2022 ("Özel Hükümler").

- ÖLMEZ, Gökhan: Suçun Tanımlanabilir ve Değerlendirilebilir Unsurları, Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Temmuz 2020.
- ÖZDAMAR, Mehmet/GÖKTÜRK, Kürşat/CAN, Mehmet Çelebi/KAŞAK, Esra: Kıymetli Evrak Hukuku, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2022.
- ÖZGENÇ, İzzet: Çek Kanunu, 9. Bası, Ankara 2021 (“Çek Kanunu”).
- ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 18. Bası, Ankara 2022 (“Genel Hükümler”).
- ÖZTAN, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, Güncelleştirilmiş 24. Bası, Ankara 2020.
- PULAŞLI, Hasan: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara 2013.
- REİSOĞLU, Seza: Çek Hukuku, Ankara 2011.
- ROXIN, Claus/GRECO, Luis: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5. vollständig neu bearbeitete Auflage, München 2020.
- ROXIN, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II- Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 4. Auflage, München 2003 (“Allgemeiner Teil-II”).
- ROXIN, Claus: Täterschaft und Tatherrschaft, 10. Auflage, Berlin/Boston 2019 (“Täterschaft und Tatherrschaft”).
- SELÇUK, Sami: Çek Suçları, (Öğreti- Mevzuat- İctihat), Ankara 1993.
- ŞEN, Ersan/SERDAR, Cem: “Banka Görevlisinin Talebe Rağmen Çeke Karşılıksızdır İşlemi Yapmaması”, <https://sen.av.tr/tr/makale/banka-gorevlisinin-talebe-ragmen-ceke-karsiliksizdir-islemi-yapmaması>, E.T.16.11.2023.
- ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Hüseyin/KAYA, Arslan/ERTAN, F. NOMER: Kıymetli Evrak Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2019.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, KERİM: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş Gözden geçirilmiş 14. Baskı, Ankara Şubat 2020.
- ZAHİT, YILMAZ: “Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik Kurumlarının İhmali Suçlar Yönünden Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 24, Sayı 1, Haziran 2018, ss.122-131.
- KEÇELİOĞLU, Elvan: “Alman Ceza Hukukunda Faillik”, TBB Dergisi, S.65, 2006, ss.73-88.
- YURTLU, Fatih: İhmali Suçlar, 1. Baskı, Ankara 2022.

Devlet Türlerinde İdari Örgütlenme İlkeleri

Principles of Administrative Organisation in State Types

Dr. Öğr. Üyesi Çolpan MÜCAHİT KÜÇÜK (*)

Öz:

Ülkeler kendi tarihi, sosyokültürel, ekonomik ve etnik yapıları gereği kendi devlet modellerini şekillendirmişlerdir. Kimi devletlerde yerel yönetimlerin etkinliği görülürken bazı devletler merkezi yönetimin güçlendirilmesi ve güçlü kalmasından yana tavır koymuşlardır. İşte bu gerekçelerle günümüzde üniter devlet, bölgesel devlet ve federal devlet olmak üzere üç çeşit devlet biçimi gözlenmektedir. Demokratik yönetimlerin kaynağı olarak halka en yakın ve en hızlı yönetişimi getirme gayreti ile devletin birliğini korumak düşüncesi, devlet yönetimlerini birbirine yaklaştıracak fikirler öne sürülmesini temin etmiş ve bu çabalar her devlet türünü diğerinden ayırmakla birlikte bir dilemma olarak bir birine yaklaştıran yöntemler belirlenmesine sebebiyet vermiştir. Çalışmada önce söz konusu devlet türlerine yer verilecek ve sonrasında bahse konu devletlerin yönetimine ilişkin ilkeler ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler:

Üniter Devlet, Bölgesel Devlet, Federal Devlet, Merkezi Yönetim, Yerinden Yönetim.

Abstract:

Countries have shaped their own state models due to their historical, socio-cultural, economic and ethnic structures. While the effectiveness of local governments is seen in some states, some states have taken a stand in favour of strengthening the central government and keeping it strong. For these reasons, three types of states are observed today: unitary state, regional state and federal state. As the source of democratic governments, the endeavour to bring the closest and fastest governance to the people and the idea of protecting the unity of the state have led to ideas that will bring state governments closer to each other, and these efforts have led to the determination of methods that bring each type of state closer to each other as a dilemma, although separating each type of state from the other. In this study, firstly these types of states will be analysed and then the principles regarding the administration of these states will be discussed.

Keywords:

Unitary State, Regional State, Federal State, Central Government, Decentralisation.

(*) Çankırı Karatekin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, Çankırı - Türkiye,

E-posta: colpanmucahit@gmail.com; Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-7140-3451>.

Makale Geliş Tarihi: 05.11.2023 - Makale Kabul Tarihi: 13.12.2023.

Giriş

Devlet, kamu hukukunun ve siyaset biliminin temel kavramı olarak, sınırları belli bir kara parçasının içerisinde, kültürel ve tarihi bir birliğe sahip topluluk, halk veya millet açısından kurumsallaşmış ve egemenliği kabul edilen, kamu tüzel kişiliğine sahip bir iktidarı ifade eder.¹ Söz konusu iktidar, uluslararası hukuka uymak koşuluyla ülke sınırları dışında da en üst otorite ve muhataptır. Devlet, bu anlamda hukuken iç ve dış egemenliğe ve kudreti kullanma hakkına sahip, belli toprak parçası üzerindeki örgütlü hareket eden siyasal toplumdur.² Kamu kudretini hükümet aracılığı ile tatbik eden devlet, tekel olarak bir takım üstünlük ve ayrıcalıkları bünyesinde taşır. Bunun bilinen en önemli örnekleri, kamu yararının tesisi için kanuna saygı gösterilmesini sağlamak amacıyla zor kullanma, cezalandırma ve vergi toplama olarak gösterilebilir. Bahse konu örnekler devletin meşru güç kullanma tekelini elinde bulunduran güç olduğunun göstergesidir.

Devletin faaliyetleri ve işlemlerindeki değişim ve artışa paralel olarak kurumsal yapısı ve yürüttüğü faaliyetlerin tamamında bir gelişim söz konusudur. Başka bir deyişle devlet bir yandan siyasal politikaları belirlemede diğer yandan yürütme erki vasıtasıyla mevzuata ve bu politikalara uygun biçimde hareket edilmesini temin etmektedir. Bu noktada devlete ait üstünlük ve ayrıcalıklar bakanlıklar, bölge teşkilatları, valilikler gibi idari birimlere ayrılarak yetki aktarımı ile etkinleştirilmektedir. Bu kapsamda hem hukuk sistemimizde hem de mukayeseli hukukta devlet kavramının çeşitli anlamlarda kullanıldığı gözlemlenmektedir. Bir diğer söyleyişle ülkemiz açısından önem arz eden devlet ve bununla bağlantılı kavramların belli başlıları bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Bu bağlamda öncelikle ulus devlet (üniter devlet, milli devlet, tekçi devlet) kavramı siyasi çevrelerde ve hukuk literatüründe sık sık dile getirilmektedir. Hatta bu kavram Anayasa'nın temel kavramı olma hüviyetini taşır ve Anayasa da yapılması öngörülen değişiklik tartışmalarında ön plana çıkar.

Devletin hukuki türleri, devlet içerisindeki örgütlenme biçimini ifade eder. Bu husus aynı zamanda devlet içerisinde örgütlenen topluluklar ile devlet arasın-

¹ "Filhakika Türkçemizdeki Devlet kelimesinin çok dikkate değer eski bir mânası vardır. Bu kelime (müdavele) ve (tedavül) kelimeleriyle müşterek bir maddeden, (devi) maddesinden çıkmıştır. Ve lügat mânasile tedavül eden yani elden ele geçen kuvvet, iktidar, mevki ve itibar demektir. Eski Arapçada, harbeden iki ordudan kâh birine, kâh ötekine geçen galibiyet ve zafere (devlet) denildiği gibi; servet, makam, nüfuz ve ' itibar sahibi kimselerin bu hal ve vaziyetine de (devlet) denilirdi. (Tercüme-i kamusa bakınız). Kelime bize Arapça dan bu asıl ve lügat mâ nafille geçmiş ve bu mânayı yakın zamanlara kadar da muhafaza etmiş ve dikkat edersek, hâlâ kısmen muhafaza etmektedir" Başgil, Ali, "Devlet Nedir? Realist Bir Tarif Denemesi", Journal of Istanbul University Law Faculty 12 (1946): 981-990 <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9165/114804>.

² GERMEÇ TANRIVERDİ, Ezgi, Sosyolojik Açından Küreselleşme ve Ulus Devlet (Giddens, Bauman ve Habermas Örneği), Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s.67.

daki ilişkinin nasıl olması gerekeceği sorusuna da cevap arar. Devletlerin yapıları ülkesi üzerindeki siyasal erklerin paylaşılması ile ifade edilir ve devlet yetkilerinin devleti oluşturan unsurlar ve bazen de otonom devletler arasındaki paylaşımı olarak gündeme gelirler. Devletin yapısı ve idari anlamdaki örgütlenmesi, ilgili devletin anayasasında zaman içerisinde çeşitli etkilere bağlı olarak oluşur. Bu bağlamda devletlerin yapısal anlamda farklılığından söz edilir. Bu noktada yapısallık bakımından devlet kavramı analiz edildiğinde üç devlet türünden söz etmek mümkündür: Üniter devlet (Fr. Etat unitaire, tekçi devlet ya da basit devlet), bölgesel devlet (Fr. Etat régional; öğretilerdeki bir anlayış uyarınca uzunca bir süre bir geçiş dönemi devlet türü olarak tanımlanmıştır) ve birleşik devlet (Fr. Etat composé, mürekkep devlet; konfederasyon ve günümüzdeki bilinen ve en yaygın örneği federal devlet). Görüleceği üzere hukuki yapılarına göre devlet türleri, devletin yönetim şeklini değil, devlette yasama, yürütme ve yargı erklerini içeren egemenlik olgusunun tek mi yoksa birden fazla mı olduğuyla ilgilidir. Bu durumda hukuki yapılarına göre devlet türleri için yetki paylaşımının varlığı ve yoğunluğuna göre ayırım yapılabilecektir.

Ulusal topraklar üzerinde siyasal erklerin kullanımının paylaşımına ilişkin devletlerin yapıları ülkemizin içerisinde bulunduğu Kıta Avrupası'nda ve dünyanın diğer ülkelerinde önemli ölçüde değişkenlik gösterir. Bu anlamda genel yönelim yerinden yönetime ağırlık verilmesi biçiminde olsa da; devlet türü olarak federal yapının hem Avrupa kıtasında hem de dünyanın diğer kısımlarında istisnai olma özelliği gözlemlenmektedir. Konfederasyonun artık uygulama kabiliyeti bulunmayan tarihi bir bileşik devlet modeli olduğu rahatlıkla söylenebilir.

Avrupa'da üniter devletin tarihsel modelleri merkezîyetçiliğin az çok muhafaza edilmesi şeklinde hâkimiyetini muhafaza etmekte olup Avrupa Birliği bünyesindeki üye devletlerden Almanya, Avusturya ve Belçika haricindeki ülkelerce üniter yapı kabul edilmiştir. İtalya ve İspanya'da da üniter yapı ile birlikte bölgesel devlet modeli uygulanmaktadır. Bahsi geçen istisnalar tarihsel bir geçmişe dayanmaktadır. Almanya ve Avusturya'da federal cumhuriyetlerin oluşumu II. Dünya Savaşı sonrasına denk gelmektedir ve bu iki devlet ittifaklarla şekillenmiştir. Bu şekillenmede 20. yüzyılda Orta Avrupa'da hâkim olan federal ve konfederal yapı etkilidir. Bu anlamda İtalya'daki yerinden yönetim süreci de tarihsel bir geçmişe sahiptir. İtalya'da uzun süre prensliklerle yönetilen, ticarete dayalı site yönetimleri 19. yüzyıl sonlarında bir araya gelerek devlete dönüşmüştür.

Aynı devletin bünyesinde birçok ulusun varlığı federalizmi ya da yerinden yönetimi teşvik eder. Bunun örneği Belçika'da Flaman ve Walonlar arasında

görülmüştür. Birleşik Krallık içinse Kuzey İrlanda, Galler ve İskoçya açısından 1990 sonrasındaki hükümet oluşturma politikaları etkili olmuştur. İspanya'da ise Bask ve Katalan milliyetçilerinin taleplerinin karşılanması bu topluluklara özerklik verilmesine imkân tanımıştır.³ Bu arada tekrarla vurgulamak gerekir ki Avrupa ülkelerinde demokrasiyi sağlamak üzere siyasal örgütlenme modeli olarak ve Avrupa Birliği'ne uyum sağlama süreçlerini oturtabilmek adına yerinden yönetim eğiliminin ağır bastığı gözlenmektedir. Bu durumun kanıtı olarak Maastricht Anlaşması ile öngörülen sübzidiyarite (subsitarité) ilkesi⁴ ile kararların alınmasında mahalli ölçeğin ön planda tutulması ve hükümetler üzerindeki ölçeğin çok etkili olmaması gösterilebilir. Nitekim bu durumun Avrupa'nın oluşumundaki kozmopolit yapıdan kaynaklandığı da bilinmektedir.⁵ Bu arada belirtmek gerekir ki Avrupa Birliği, ne gerçek anlamda konfederasyon ne de federasyondur; hybrid (melez, sui generis) bir yapıdır. Bu kapsamda Birliğin yapısının belirli ölçüde federatif modele yaklaştığı görülmektedir. Birliği kuran anlaşmalar bir anayasa ve ulusal hukukların üstünde yer alan Avrupa Birliği vatandaşlarına doğrudan doğruya uygulama kabiliyetine haiz bir Avrupa Birliği hukuku oluşturmuştur. Birlik içerisinde yasama yetkisi birçok kademedede paylaşılmış ve üye devletler egemenliklerinin paylaşılmasını kabul etmişlerdir. Ancak hâlihazır Avrupa Birliği'nin üye devletler üzerinde doğrudan yaptırım uygulayabileceği kolluk güçleri ya da zorla yerine getirme mekanizması bulunmamaktadır.⁶

³ KALFA, Eda/DİNÇ, Cengiz, "İskoç ve Katalan Bağımsızlık Hareketlerinin Tarihsel Kökenleri ve Güncel Bir Karşılaştırması", İstanbul Gelişim Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 10 (1), Nisan 2023, s.396.

⁴ Kamu hukukunda kamu tüzel kişileri arasında mevcut ve coğrafi alan bakımından etkinliği ifade eden bir basamaklandırma mevcuttur. Sübzidiyarite ilkesine göre bu basamaklandırmada ancak alt basamaktaki kamu tüzel kişisi bir sorunu çözmekte yetersiz kalıyorsa, onun bir üst basamağındaki kamu tüzel kişisi sorunu çözmekte yetkili hâle gelmekte olup yetki normal olarak öncelikle alt basamakta kamu tüzel kişisi tarafından kullanılmalıdır. Bu yetki yetersiz kalırsa, aynı konuda karar alma yetkisi artık bir üst basamaktaki kamu tüzel kişisine geçer (GÖZLER, Kemal, Mahalli İdareler, Ekin Yayınevi, Bursa 2018, s.114.

⁵ ATATORUN, Mustafa, KAYMAZ, Ebru Derya, "Federalizm ve Avrupa Birliği (AB) Bölgesel Politikası Belçika'da Etnik Milliyetçiliği Nasıl Etkiledi?", Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi, Yıl: 2022, Cilt: 13, Sayı: 34, s.435.

⁶ Doktrinde Avrupa Birliği'nin (AB) sınırları belirlenmiş bir AB bölgesi oluşturmak için tek tek ulusal bölgeleri bir araya getirdiği belirtilmektedir. AB, devletçi bölgeselliği taklit etmez. Yani, dünyanın ayrı bir parçası üzerinde nihai otorite iddiasında bulunmaz. Bunun yerine, AB'nin amacı ulusal bölgeleri açmak ve geçişken, karşılıklı olarak bütünleşen ve yine de sınırlandırılmış bir alan yaratmaktır. Ulusal yönetimi kayda değer ölçüde bölgeselleştirir ve AB düzeyinde bölgesel yönetimin farklı bir versiyonunu yeniden bölgeselleştirir. Özetle, halklar, yer ve güç arasındaki belirgin bir uluslararası normatif ilişki olarak bölgesellik, AB'nin otorite iddiasının bir parçasını oluşturmaktadır. Bir başka deyişle: Avrupa Birliği'nin ölkeselliği modern devletlerinkinden çok farklıdır, ancak Avrupa entegrasyonu kesinlikle bölgeselliğin sonu değildir (Weinzierl, Josef. "Territoriality beyond the State: The EU's Territorial Claims and the Search for Their Legitimacy." German Law Journal, vol.22, no.4, June 2021, s.672).

I. Devlet Türleri

A. Basit (Üniter, Tekçi, Ulus)⁷ Devlet (Fr. Etat Unitaire, İng. Unitary state/government)

Üniter devlet kavramını en basit biçimde, ortak bir kimlik işlevini tanımlamada devlet ile millet kavramının bir arada kullanılması ve millet meşruiyetinin tanınması ve tanımlanması olarak ifade etmek mümkündür. Bu anlamda tekçi devlet ülkesi üzerinde egemenlikten kaynaklanan yetkilerin tamamının siyasi anlamda tek elde toplandığı, tek bir hukuki örgütlenmenin bulunduğu devlettir. Üniter devletler, yürütme organlarının merkezilik derecesine göre merkezi veya yerinden yönetim (âdem-i merkezi); taşra yönetim sistemine göre ise bölgesel sistem ve il sistemi şeklinde ikiye ayrılmaktadır.⁸ Üniter devletler böylece anayasal yetkilerin tamamının vatandaşların tabi oldukları tek bir normatif erke sahip olan hükümet seviyesinde elde bulundurulması şeklinde ifade edilir. Bu devlet türü günümüz dünyasında en fazla görülen ve uygulanan devlet şeklidir. Türkiye, Fransa, İrlanda, Çin, Endonezya gibi ülkeler tekçi devletlerdir. İtalya ve İspanya ise güçlü bir bölgeciliğin uygulandığı tekçi devletlerdendir. Bir başka ifade ile tekçi devlet tek bir seviyede siyasi erklerin yoğunlaşmış halidir ve yerinden yönetim uygulamalarının derecelerine bağlı olmak üzere az çok bir esneklik gösterecek şekilde uygulanabilmektedir. Merkezi devlet, tek bir seviyede erkin merkezileştirilmesi suretiyle ülkenin tamamı üzerinde mevcut yasal düzenlemelerin ilgililere uygulanmasını ve tüm ülkede gerekli güvenceleri oluşturmasını temin eder. Yer bakımından yerinden yönetim kuruluşlarının özerkliği oldukça zayıftır. Hukuki bakış açısıyla kamu hukuku tüzel kişisi tektir ve bu ancak devlettir. Merkezi bir devlet içinde yerinden yönetim devletin temsilcileri olarak adlandırılan ve devlet adına yetki ve güç kullanabilen idari bölümlerinin coğrafi anlamdaki sınırlarını ifade eder. Merkezîyetçi devlet anlayışı olumlu tarafları olsa da günümüzde sık sık eleştirilmekte ve modern devletlerde yerinden yönetimin etkinli-

⁷ Ulus devletler, Fransız İhtilali ve Sanayi Devrimi sonrasındaki modernleşme sürecinin sonucunda ortaya çıkmaya başlamış ve özellikle de geniş topraklar üzerine yayılan imparatorlukların parçalanması, bu grup devletlerin sayısının artmasında en önemli etmen olmuştur. Ulus devlet kavramı ile birlikte hem ülkemizde hem de diğer ülkelerde devlet kavramı açısından üzerinde çeşitli görüşlerin dile getirildiği bir kavram olarak **sosyal devlet** kavramı ön plana çıkmaktadır. Bu kavram zenginliklerin (gayri safi milli hasılanın) dağıtılması alanında özel bir önemi özellikle vurgulamakta ve aynı zamanda ekonominin regülasyonunun, toplumda yardıma muhtaç sınıfların hayat standardının belli bir seviyeye ulaştırılması toplumsal ihtiyaçların mümkün olan en üst seviyede giderilmesine ilişkin yol ve yöntemlerin belirlenmesinde öne çıkmaktadır.

⁸ Üniter devlet ikiye ayrılarak da incelenebilir: Klasik/Merkezi Üniter Devlet: Klasik ya da merkezi üniter devlet, idari veya siyasi herhangi bir yetki devrini bulunmaksızın, tüm yetkinin merkezde olduğu üniter devlettir. Bu devlet yapılanmasına tarihsel süreç içerisinde ve özellikle şehir devletlerinde rastlanmıştır.

Adem-i Merkezileşen Üniter Devlet: yerel düzeydeki ihtiyaçları gözeterek merkeze ait bir kısım yetkinin idari adem-i merkezileşme ile alt düzeydeki idari teşkilata bırakılmasıyla daha demokratik ve işlevsel bir yönetim sergilenmesi anlamını taşımaktadır.

ğine doğru bir eğilim görülmektedir. Ancak bu eğilim yerinden yönetimlerin çok güçlenmesi halinde ülkenin bölünmezliği ve bütünlüğüne ilişkin bir tehdit olarak algılanabilmekte ve bu husus da merkezi devlet örgütlenme modeline daha sıkı bağlanılmasına yol açabilmektedir.

Üniter devlet türünde kurumların teklifi ve bir aradalığı söz konusudur. Hukuk ve siyasal düzen tek bir anayasaya dayanır. Tek bir hükümet halkın tamamı üzerinde ve ülkenin tamamında örgütlenmiştir. Devlet ile yerinden yönetim kuruluşları arasındaki yetki paylaşımında nihai olarak ulusal çıkarın söz konusu olduğu her durumda, merkezi otoritenin son sözü söylemesi ve iradesini empoze etmesi söz konusudur. Başlangıçta bir devlet türünün oluşumu genellikle devletin ortaya çıkmasıyla aynı zamana tekabül eder. Ülkemiz örneği ile birlikte kıta Avrupa'sında Fransa, İtalya ve hatta Almanya'nın durumu buna örnek gösterilebilir. Bu ülkelerde devlet türünün oluşumu bazen sarsıntılı bir birleşme, bazen de toprak parçalarının bir araya getirilmesi veya belirli bir kişi ya da hanedanlığın bu alandaki etkisiyle olmuştur.

Genç devletler bu anlamda daha ziyade dekolonizasyondan doğmuşlardır. Bu tip devletlerin oluşumunun temelinde merkezi güce yönelik endişe olgusunun varlığı kuşkusuzdur. Dolayısıyla bunların denetlenmesi, birleştirilmesi ve ılımlı bir şekil alması gerekmiştir. Diğer bir ifade ile tekçi devlet, halefiyetin engellenmesi ve ulusun birlikteliğinin güçlenmesine imkân tanır. Birden çok gücün etkisi mutlak üniter yapıda (merkezileşmiş tekçi bir devlette) varlığını sürdürülemez. Mutlak tekçilik, ülke üzerinde halkın tamamı için kararları uygulanmasına imkân tanır. Bu ise mutlak merkezîyetçilik fikrini ortaya koyar ki mutlak tekçi yapının modern devlet anlayışı ile uyum içerisinde olduğunu söylemek mümkün değildir.⁹ Böyle bir durum en azından iki sorunu gündeme getirmektedir: Bunlardan ilki geniş bir alanda gerçekleştirilmesi gereken çok çeşitli faaliyetlerin sürdürülemez oluşuyla merkezi otoritenin felç olması ya da çok hantallaşmasıdır. İkinci ise aynı otoritelerin ülke yanında kararlar almasından kaynaklanan ve somut olaylar bakımından ortaya çıkabilecek eşitlik, adalet ve hakkaniyete aykırı uygulamalara yol açma ihtimalidir. Bu durumda en net ifade ile merkezi erkin, yürütmenin görevi kapsamındaki her türlü faaliyeti tek bir elden yürütebilmesi, tüm kararları alabilmesi ve aldığı kararları ülkenin tamamında uygulamaya koymak sureti ile riayeti sağlaması fiilen mümkün değildir. Bu durum ise birtakım yetkilerle donatılmış kişilerin tutum ve davranışlarının asıl amacın dışına çıkmaya başlayarak ayrı bir güce dönüşmesine sebebiyet vererek tekçi devletin varlığını tehdit edebilir. Bu sebeple merkezîyetçi

⁹ EVLİYAOĞLU, Selçuk Abdullah, «Üniter Devlet Biçiminin Kronik Değişimi ve Tanımda Zorluklar: Anayasa Hukuku Çerçevesinde Karşılaştırmalı Bir Analiz», EKEV Akademi Dergisi, Yıl 25, Sayı 85, Kış 2021, s.404.

bir devlette merkeziyetçilik her zaman için yetki genişliğinin mevcudiyetini de gerektirir. Tedrici olarak merkezi otorite mahalli idarelere karar yetkilerinin bir kısmını transfer eder ve bu durum da üniter devlet uygulaması yerinden yönetim ilkesi olarak adlandırılır. Her hâlükârda unutmamak gerekir ki üniter devlette aynı zamanda yetki genişliği ve yerinden yönetim ilkesi uygulanmaktadır. Söz konusu ilkeler, ülkemiz ve Fransa başta olmak üzere günümüzde demokratik rejimin görüldüğü birçok ülkede uygulanmaktadır.

Tekçi devlet federe ve konfedere devletler ile egemenliğin paylaşıldığı federasyon ve konfederasyonun karşısı bir devlet türüdür. Bu devlette üye devletler söz konusu olmayıp uygulamada merkezi erkin mahalli seviyedeki uygulaması anlamında ülkenin alt seviyedeki bölümleri söz konusu olabilmektedir. Bu seviyedeki bölümler devletin denetimi altında olup yasama yetkisi bulunmamaktadır ve sınırlı veya herhangi bir otonomisi olmaksızın idari bir bütünlüğü oluştururlar. Bu kapsamda tekçi devlet, merkezi erk ile vatandaşlar arasındaki bölgesel anlamdaki bölünmüşlüğü bünyesinde barındıran yerinden yönetimi dışlamamakta, reddetmemektedir. Dolayısıyla belirli bir tarzdaki otonomi (özerklik) bu bölgesel bölünmelere tanınabilir. Devlet tekçi olma özelliğini yargı yetkisinin devredilmemesi halinde muhafaza etmeye devam eder. Aksi anlamda devletin bu tür yetkisinin devri egemenlik yetkisinin devri manasına geleceğinden üniter devletin federal devlete dönüşmesi anlamı taşır.

B. Bölgesel Devlet (Karmaşık Üniter Devlet, Bölgeli Devlet, Fr. Etat Régional, Etat Unitaire Complexe, Etat régionalisé, İng. Regionalized state)

Bu devlet şekli, kurumsal ve siyasi anlamda gerçek bir otonominin özellikle normatif anlamdaki bölgelere tanınması ile karakterize edilmektedir. Federal devletin aksine bölgesel devlet üniter devletin yapısal niteliğini muhafaza eder. Bölgesel devletin amacı aynı zamanda bölgelerin kurumsal bir organizasyon içinde ve devletin bölünmezliği özelliğinin muhafaza edilmek suretiyle coğrafya, ekonomi, kültür, etnik yapı, dil gibi belirli özgünlüklerinin dikkate alınmasıdır. İspanya ve İtalya, bölgelere geniş ölçüde otonomi tanımak suretiyle üniter devlet olma özellikleri ile birlikte bölgesel devlet gibi değerlendirilmektedir.

Bölgesel devlet, tekçi devlet ile federal devlet arasındaki bir devlet şeklidir. Ancak belirtmek gerekir ki, bölgesel devlet yerinden yönetim politikalarının güçlü bir şekilde uygulanmasından kaynaklanan, üniter devletin bir türü olarak bütün nitelikleri ile federal sistem gibi nitelendirilmeyen, fakat federal devlet sistemine yaklaşan bir devlet modeli olarak tanımlanabilir.¹⁰ Bu modelde bölgeler,

¹⁰ METİN Yüksel, ERECE Burak, «Bölgeli Devlet ve Federal Devlet Mukayesesi: İspanya ve Federal Almanya Örneği. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Vol.1, No.7, 2016, s.690.

yerinden yönetim ünitelerinin idari anlamdaki basit rollerinin ötesinde yetkilere ve belirli siyasi özerkliklere sahiptirler. Bölgelerde, bazı hususlar için devletin kontrolü altında bulunmak şartı ile sınırlı bir yasama yetkisinin kullanılması da söz konusu olabilmektedir. Ancak vurgulamak gerekir ki, bölgesel devletlerin kendilerine özgü bir anayasaları ve özel bir hukuki düzenleri olmaz ve ulusal ölçekteki kararların alınmasına katılmalarından da söz edilemez. Nihayetinde bölgeler arasında özerkliğin kapsamı bakımından farklılıklar gözlemlenebilmektedir.

Bölgesel devlet ifadesi, bölgelerin yerinden yönetimin sınırlarını aşması ile tekçi devlet yapılanmasında meydana gelen yetki paylaşımı farklılığını vurgulamak üzere yapılan bir adlandırmadır. Bu sınırların çok daha ötesine gidilmesi halinde bileşik (mürekkep) devlet nitelendirmesi gündeme gelecektir. Bölgesel devlet, anayasal düzenlemelerde getirilen devletin teklifi ve birliği özelliğinin (niteliğinin) kaybedilmediği üniter bir devlettir. Bu devlette yasamanın, idari yapının ve bazen de yargısal yapının farklılıkları söz konusu olabilmektedir. Böylece anayasa, ülkenin bölgesel anlamda sadece idari özerkliğini değil; belirli ölçüde yasama özerkliğini de tanımaktadır. Her bölge kendine özgü mahalli bir mecliste kararlar alabilir ve kendine özgü bir yürütme organına da sahiptir. Bazı alanlarda yasama erkinin kullanılması dahi söz konusu olabilmektedir. Bu kapsamda oluşturulan normlar, “mahalli kanunlar” olarak anılır. Bunlar bahsi geçen bölgede merkezi otorite tarafından oluşturulan kanunlarla aynı değere sahiptir. Mevcut durumda bölgesel değerler sebebiyle farklı nitelendirmeler de yapılabilmektedir. Ancak normlar hiyerarşisi bakımından bir tek anayasanın bulunması ve mahalli kanunların işbu anayasaya uygun olarak şekillenmesi; söz konusu mahalli normların belirlenme uygulanmasında anayasadan hareket edilmesi tek bir devletin örgütlenmesi modeli gibi değerlendirilecek şekilde anlaşılır (ultra yerinden yönetimi olan tekçi devlet). Ancak bazı alanlarda bölgelere tanınan yasama özerkliği federal anayasalarda gözlemlenecek hususlarla benzerlik göstermektedir. Özellik gösteren bu nitelikler öğretilerde bazı yazarları bu bölgesel devletlerin geçici veya gelişmekte olan bir federal devlet türü oluşturduğu görüşünü savunmaya sevk etmiştir.¹¹ Bu görüş üniter devletlerin hukuki yapısındaki değişimin engellenemez şekilde federasyona doğru bir yönelim içinde olduğunu ifade etmektedir. Belirtmek gerekir ki, zaman içerisinde bu analiz doğrulanamamıştır.¹² Gerçekten de tarihsel anlamda bölgesel devlete örnek gösterilen İtalya veya otonom devlet olarak nitelendirilen özerk toplulukların bölgesel erklerine yapılan yollama sebebiyle özerk devlet olarak tanımlanan İspanya, birçok

¹¹ WATTS, Roland L. “Typologies of Federalism”, Routledge Handbook of Regionalism and Federalism, Ed. by John Loughlin, John Kincaid, Wilfried Swenden, London and New York, Routledge, 2013, s.22, 26.

¹² BEAUD, Olivier, “Conceptions of the State”, The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Ed by Michael Rosenfeld, András Sajó, New York, Oxford University Press, 2012, s.275.

değişiklikler ve bu anlamdaki birçok girişime rağmen gerçek anlamda federasyon tarzı bir gelişim göstermemiştir. 1978 tarihinden bu yana İspanya, 1947 tarihinden itibaren İtalya'da tekçi anayasal sistem varlığını sürdürmeye devam etmektedir. Böyle bir durum söz konusu iki ülkenin siyasi tarihinde açık bir kırılmaya işaret etmektedir. Gerçekten de yeni bir devlet şekli ortaya koyan ve üniter bir devletin parçalanması endişesini rehber edinmekle birlikte özerklik ve bölgesellik hususunu içeren anayasal model esaslı bir şekilde yenilenmiştir.¹³ İspanya veya İtalya'da bölgesel devlet kavramı aynı zamanda belirli bir ölçüde demokrasi fikri ve gereklilik üzerine inşa edilmiştir. Hatta kurucuların asli amaçlarının daha da güçlendirilecek bir demokrasiyi inşa etme yönünde olduğu söylenebilir. Kanunun gerçek anlamda genel iradeyi temsil ettiği fikri, mahalli temsilcilerin iradelerinin de ortaya konması ile söz konusu olabilir. Bu durumda zımnen, genel çıkara mahalli çıkarların da zorunlu bir şekilde dikkate alınması gerekmekte olup bölgesel devlet bu yönüyle özgün bir nitelik arz eder.

Öte yandan hem İspanya hem İtalya örneklerinde ülkelere has farklara rağmen bir yandan üniter devlet şeklinin emredici yönü korunurken diğer yandan yerinden yönetimlerin özerkliğinin iradi anlamda uyumlaştırılması zorunlu bir şekilde söz konusu olmuştur. Elbette bölgesel devletlerde yerel yönetimlerin özerkliği mevcut çizgiyi aşarak federalizme yakınlaşacak olursa ülkenin parçalanmasına kadar gidebilecektir. Ancak İtalya ve İspanya örnekleri incelendiğinde bu iki ülkenin yakın tarihi Frankocu ve faşist dönemler ile geniş bir ölçüde halkta iz bırakmıştır. Bu sebeple bölgesel devlet bir çözüm olarak ortaya çıkmış ve yeniden bir otoriter rejimin ortaya çıkma riskini sınırlandırmak düşüncesi ağır basmıştır. Bu durumda denilebilir ki Faşist ve Franko rejiminin merkezîyetçi ve tekçi tecrübesinden çıkan İtalya ve İspanya, devletin birliğini muhafaza etmek suretiyle çoğulculuğun varlığını da kabul eden idari bir örgütlenmeyi oluşturmayı amaçlamışlardır. Bu sebeple bu iki devletin birliği ve bölünmezliğinin muhafaza edilmek suretiyle bazı bölgelerin lehine siyasal özerklik hakkı tanımaları söz konusu olmuştur. Böylelikle yeni, özgün, yarı yarıya federal ve üniter devlet özellikleri taşıyan bir devlet şeklinin ortaya çıkmasına yol açılmıştır. Bu adlandırma İtalya için bölgelerden oluşmayı, İspanya için özerkliğin nitelendirilmesi anlamı taşımaktadır. Böylelikle üniter devlet ile federal devlet arasında üçüncü bir devlet tipi olarak bölgesel devletin ortaya çıktığından söz edilmektedir.¹⁴ Bu

¹³ GUASTAFERRO, Barbara. "Territorial Representation in Unitary States. Reforming National Legislatures in Italy and in the United Kingdom", *Italian Journal of Public Law*, vol.11, no.1, 2019, s.149.

¹⁴ PATRASCU, Cristina. "Administrative Organization in Several European States: Territorial Levels and the Distribution of Competences according to Their Constitutions." *Jurnalul de Studii Juridice*, vol.14, no.3-4, 2019, s.30, 31 (İtalyan Anayasası devletin münhasıran yetkili olduğu alanları 117. maddesinde belirlemiş ve uluslararası ilişkiler, güvenlik, eğitim politikası, seçim yasama ve yargı yetkisi gibi yetkilerin merkezi devlete ait olduğu vurgulanmıştır, bkz s.31).

anlamda öğretinin yeni bir devlet şekli veya tam aksine bir geçiş dönemi federeasyona yönelmiş bir süreç olarak bir devlet modelinin varlığını ifade eden farklı görüşler söz konusudur. Bu yeni devlet modelinin örneğin Portekiz ve Belçika’da olduğu gibi devletlerin yapısı üzerinde etki göstermeye başladığı da rahatlıkla ileri sürülmektedir.¹⁵ “Devlet altındaki topluluklara özerklik tanınması” olarak ifade edilebilecek bir bölgesel devlet bünyesinde özerkliğin topluluklara tanınması basit bir yerinden yönetim uygulamasının çok ötesinde bir anlam ifade eder. Bu durumda gerçek bir özerkliğin (siyasi ve normatif) varlığı söz konusudur ve merkezi devletin anayasası ile güvence altına alınan mahalli yasama yetkisinin varlığından söz edilir. 24 Aralık 1947 tarihli İtalyan Anayasası’nın 5. maddesinde İtalyan Cumhuriyetinin bölünmez bütünlük arz eden niteliği ile birlikte mahalli özerklikleri teşvik edip tanınmasından söz edilmektedir. Anayasada 20 bölgenin tanındığı ve bunlardan beşinin özerkliğinin güçlendirildiği bilinmektedir.¹⁶ Anayasada öngörülen bu paylaşım sonucunda bölgelere ait yetkiler devlete ait yetkilerin bir kısmıdır ve İtalyan Anayasa Mahkemesi, bölgeler ile devlet arasındaki bu yatay yetki paylaşımının güvencesini oluşturur. Ayrıca 27 Aralık 1978 İspanyol Anayasasının 2. maddesinde de bölgelerin ve ulusların özerklik hakları tanınmış ve güvence altına alınmış, devleti oluşturan bu parçalara özerk topluluklar oluşturma imkânı verilmiştir. İtalya’dan farklı olarak İspanya Anayasasında özerk bölgelerin listesi belirtilmemiş anayasal bu düzenlemeden hareketle 17 özerk topluluk oluşturulmuştur. İspanyol Anayasasında öngörülen düzenleme uyarınca 148. maddede özerk topluluklarının yetkisinin listesi 149. maddede ise münhasıran devlete ait olan yetkilerin listesi belirtilmiştir. İspanyol Anayasasında getirilen sistem İtalya Anayasasında öngörülen sistemden farklı bir şekilde ilkesel bazda, yetkinin devlete ait olduğu özerk bölgelerin tanınan yetkilerle sınırlı bir imkânâna sahip olduğunu vurgulanmıştır. İspanyol Anayasa Mahkemesi özerk topluluklar ile devlet arasındaki bu yatay paylaşımın güvencesidir.¹⁷

C. Birleşik Devletler (Karma Devlet, Mürekkep Devlet, Fr. *Etat Composé*): Günümüzdeki Uygulaması Federal Devlet

Federalizm, etimolojik anlamda Latince kökenli bir kavram olup, anlaşma, (antlaşma) birlik oluşturmayı ifade eder.¹⁸ Federalizm, geniş bir özerkliğin üye ül-

¹⁵ JANASHVILI, Lela/GOGIASHVILI, Giorgi. “Problems with the Modern State Territorial Organization.” *Journal of Law (TSU)*, vol.2016, no.2, 2016, 45.

¹⁶ İtalyan Anayasası için bkz. https://www.adaletbiz.com/images/dosyalarim/TALYA_ANAYASASI.pdf, (E.T.18.09.2023).

¹⁷ İspanya Anayasası için bkz. <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/bitstream/handle/11543/2654/201200726.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (E.T.18.09.2023).

¹⁸ “(Bağlaşmak (ittifak yapmak) anlamında Lât. *Federo* ve bağlaşıklık (mittefik) *federatus* sözcüğünden)”. *Kamu Yönetimi Sözlüğü*, Ankara 1998, s.83.

kelerine tanındığı; üyelerin yetkilerinin bir kısmının merkezi örgütlenmeye devredildiği örgütlenme türüdür. Yasama, yürütme ve yargı organlarına sahip ayrı devletleri bünyesinde barındıran, birden fazla anayasa ve hukuk düzeninin bulunduğu söz konusu devletlerin kendi aralarında çeşitli düzeylerdeki bağlarla birleşmelerinden meydana gelen birleşik devletler, devlet birlikleri ve devlet toplulukları şeklinde ikiye ayrılır. Devlet birlikleri günümüzde örnekleri bulunmayan, şahsi birlik ve hakiki birlik olarak; devlet toplulukları ise federasyon ve konfederasyon¹⁹ şeklinde iki farklı yapıya ayrılır. Aynı şekilde günümüzde konfederasyon özelliklerine sahip hiçbir ülke olmadığından, birleşik devlet olarak birçok ülkede uygulanan federasyon açısından konuya yaklaşılması yerinde olacaktır. Federasyonda, üye devletler ortak ve münferiden kararlara katılırlar. Bu kavram devlet birliklerinde olduğu gibi gruplar ve dernekler (sendika, siyasi parti vs.) içinde kullanılmaktadır. Bu devlet modelinde yasama, yargı ve yürütmenin (idarenin) yetkilerinin federal bir hükümet ile federe devletlerin hükümetleri arasında paylaşılmaktadır. Söz konusu devletlere Amerika Birleşik Devletleri, Almanya, İsviçre, Rusya Federasyonu, Belçika ve Hindistan örnek verilebilir. Tarihsel olarak Montesquieu antik Yunan sitelerinde bir türünü gözlemlediği federasyon 1291 yılında modern şekli ile ilk kez ortaya çıkmış ve bu oluşum İsviçre kantonlarında savunma anlaşması imzalanması ile gündeme gelerek İsviçre konfederasyonunun orijini oluşturmuştur.

Federalizm kavramı kısaca, merkezi ve bölgesel yönetim unsurları arasındaki güvenceli bir iktidar bölüşümü olup, bu tür devletler coğrafi anlamda hükmü şahsiyetleri bulunan ve geniş seviyede özerkliğe sahip, federal bir ölçekte erklerin paylaşılması ilkesine saygı gösterilmek suretiyle tamamlanmış bir devlet organizasyonunu ifade eder.²⁰ Federasyonun her bir üyesinin kendine özgü bir hükümeti, federal anayasa ile güvence altına alınmış erkleri ve statüsü söz konusudur. Ancak federal hükümete bütün üyelerin üzerinde bir otorite tanınmıştır.²¹ Federasyonu oluşturan devletler uluslararası politika alanında herhangi bir

¹⁹ Konfederasyon esasında bir devlet yapısını değil, bir örgütlenme biçimini tanımlar ve günümüzde uluslararası örgütlerin çoğu birer konfederal yapıdır. Uluslararası anlaşma ile kurulan uluslararası tüzel kişiliğe sahip konfederasyonlardan kurucu veya daha sonra üye olan iç ne de dış egemenliklerini yitirmeyen devletler kuruluşlarının bir uluslararası anlaşmaya bağlı olmasından diledikleri zaman ayrılabilirler. Bir başka ifadeyle konfederasyon, birden fazla bağımsız devletin uluslararası hukuki yapılarını muhafaza etmek şartıyla belli bir amaçla, özellikle ortak savunma amacıyla kurdukları bir devlet topluluğu şeklindedir.

²⁰ ÇELİK ULUSOY, Demet, «Federal Sistemlerde Hükümetler Arası Eğilimler», Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 64 (4) 2015, s.1072.

²¹ «Federal sistemlerde devlet fonksiyonları, federal ve federe yönetimler arasında bölüştürülmüş olup; federal yönetimin yetki alanı, ülkenin tamamını ve yurttaşların bütününe kapsarken; federe yönetimlerin yetki alanı, ülkenin belirli bölgeleri veya yurttaşların belirli bir kısmı ile sınırlıdır...Belirtilen özellikleri bakımından federasyon; yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarının tek bir birimde toplandığı üniter devlet sistemlerinden ayrıldığı gibi; genel yönetim düzeyinde alınan kararların,

yetkiye sahip değildir ve uluslararası anlamda bağımsız devlet statüsü bulunmamaktadır. Bunların tek taraflı olarak federatif yapıya son verme hakları söz konusu değildir. Federal devlet örgütlenme şekli federalizm olarak adlandırılır ve tekçi devletin karşısıdır.

Federal devletler, ayrılma (üniter bir devletin bölünmesi) veya birleşme (federal bir yapı içerisinde birleşmeye karar veren birden fazla üniter devletin bir araya gelmesiyle) yoluyla oluşurlar. Ayrılma yoluyla oluşan federal devletlere Belçika, Avusturya ve Rusya örnek gösterilebilir. Birleşme yoluyla oluşan federal devletlere ise Amerika Birleşik Devletleri ve İsviçre örnek verilebilir.²²

Bu noktada kısaca değinilen yapısal devlet türleri açısından geçerli idari örgütlenmenin temel ilkelerinden de söz etmek gerekecektir.

II. İdari Örgütlenmeye İlişkin Merkezden Yönetim İlkesi ve Bu İlkenin Uygulanmaya Yansıyan Alt Yöntemleri

Merkezden yönetim, kamu hizmetlerinde birlik ve bütünlüğü temin için, bu hizmetlere ilişkin süreçlerin merkezi hükümet ve onun hiyerarşik yapısı dâhilindeki örgütler tarafından yerine getirilmesini ifade eder. Merkezden yönetimi siyasi ve idari olarak ikiye ayırmak mümkündür. Siyasi merkezden yönetim; devlet erklerinin tek elde toplanması olarak adlandırılabilir. İdari merkezîyetçilik ise kamu otoritesinin merkezileştirilmesi manasına gelmekte olup, kamu hizmetiyle ilgili genel politikaların belirlenmesi ve ülke genelinde karar alma yetkisi merkezi idarede toplanmaktadır. İdari merkezîyetçilik, siyasi merkezîyetçiliğin sonucudur.²³

İç hukukumuzda anayasal bir ilke olarak 1961 ve 1982 Anayasalarında merkezden yönetim ilkesine yer verilmiş olup; 1982 Anayasası'nın 123/2. maddesinde "İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır." Hükmü vaz olunmuştur. Söz konusu ifade idare edilenlere

doğrudan vatandaşlar üzerinde bağlayıcı olmadığı konfederal sistemlerden de ayrılmaktadır. Bunun dışında federasyonda yetkilerin kaynağı anayasa olup, yetki bölüşümüne ilişkin değişiklik için federal ve federe yönetimlerin birlikte hareket etmeleri gerekmektedir. Her iki yönetim kendi yetki alanlarına giren konular bakımından nihai karar verme yetkisine sahip olmakla birlikte, uluslararası hukuk bakımından federal devleti oluşturan siyasi birimler egemen devlet statüsünde olmayıp; egemen olan, federal ve federe yönetimlerden oluşan bütün, yani federal devlet olmaktadır.» (SUNAY, Reyhan, "AB Bütünleşmesinin Biçimi Üzerine Farklı Yaklaşımlar: Federal Yaklaşım (I)", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 14 (2006), s.187, 188.

²² ÇAĞDAŞ, Tülin, «Federal ve Üniter Devletlerin Yerinden Yönetim Birimlerinin Benzerlik ve Farklılıkları Açısından İncelenmesi», *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6. 1, (2019), s.164, 165.

²³ ANBARLI BOZATAY, Şeniz, KIZILKAYA, Kemal "Merkezden Yönetim-Yerinden Yönetim Tartışmalarının Odağında Bir Düzenleme: 6360 Sayılı Yasa Hakkındaki Değerlendirmeler", Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 6 (2016), s.611.

sunulacak kamu hizmetlerinin ülkenin tamamında tek tip ve bir merkezden -yani devlet tüzel kişiliği tarafından- bu hizmetleri yürütecek idari birimlerle hiyerarşik bir bağ tesis edilmek suretiyle yürütülmesini ifade etmek üzere formüle edilmiştir. Anayasada yer alması kanun koyucuya bu ilkeyi idari örgütlenmede dikkate alma zorunluluğu ve bu ilkeyi ortadan kaldıracak ya da işlevsizleştirecek düzenlemelerden uzak durma yükümlülüğü getirir. İlke idari anlamda ülke tarihinde örgütlenmeyi zorunlu kılar ve bu anlamda merkezde ihtisas ilkesi uyarınca cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle belirlenebilecek (Anayasa, mad.106/son) bakanlıklar şeklinde ortaya çıkan örgütlenmenin uzantısı olarak taşra örgütü oluşturulur.

Kamu hizmetlerinin tek bir merkez tarafından planlanıp, kararlaştırılıp uygulanıyor olması demek; harcamaların tek bir bütçeden gerçekleştirilmesi, hizmetlerin merkezi idarenin bünyesinde hiyerarşi ilişkisi kurularak istihdam edilen personel eliyle görülmesi ve hizmetlerin yürütülmesinden kaynaklanan idari, mali, hukuki sorumluluğun temel olarak merkezden yönetimine ait olması demektir.

Merkezden yönetim ilkesinin birçok açıdan güçlü bir devlet yönetimi sağlaması, bölgeler arasında oluşabilecek eşitsizliklerin giderme imkânının ve mali denetimin daha rahat gerçekleştirilebilmesi ve kamu görevlilerinin yerel etki ve baskılara maruz kalmaması şeklinde özetlenen faydalı (olumlu, güçlü yanları) mevcuttur. Ancak bürokrasi ve kırtasiyeciliğe yol açması, hizmetlerin yerel (mahalli) ortak ihtiyaçlara cevap verecek şekilde yürütülmemesi ve demokratik ilkelere uygun olmayışı sakıncalı (olumsuz, zayıf yanları) yönlerini oluşturur.²⁴

A. Merkeziyetçilik (Fr. Centralisation) ve Bölgeselcilik

Merkeziyetçilik kural olarak üniter devletlerde uygulama alanı bulan bir yöntemdir. Kavram yoğunlaşmayı (konsantre olma, odaklanma) ve belirli bir merkezde tek bir otoritenin altında toplanmayı ifade eder. Merkeziyetçilik merkezileşme etkinliğini ve bunun sonucunu ifade eder. Burada kast edilen hiyerarşik bir örgütlenme içinde en üst seviyede karar alma yetkisine ilişkin sürecin merkezileştirilmesidir. Merkeziyetçilik mali, idari ve siyasi anlamda karar yetkilerinin (üstünlük ve ayrıcalıkların) ve kamu kudretinden kaynaklanan yetkilerin tamamının tek elde toplandığı devlet örgütlenmesine ilişkin bir modeldir. Mahalli düzeyde merkezi seviyeye bağlılık tamdır. Merkeziyetçilik devletin tepesinde tek bir irade şeklinde ortaya çıkar ve hiyerarşize ve birleştirilmiş bir idare ile ülkenin tamamına yaygınlaştırılmış olmayı ifade eder. Merkeziyetçilik bu kapsamda genel bir ifade ile taşraya oranla merkeze öncelik tanımaya ilişkin bir doktrindir.

²⁴ ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2023, s.198.

Siyasi ve ekonomik anlamda merkezîyet önemli kararların ve yetkilerin merkezîleştirilmesine ilişkin bir eğilimdir. Merkezîcilik devlet örgütlenmesinin bir şekli olarak bu yapı içerisinde kararların yetki aktarımı söz konusu olmaksızın tek bir merkez bünyesine alınmasıdır. Merkezîyetçi bir devlette, idarenin bütünsellik göstermesi fiilen işleyebilmesi için zorunludur.

Ülkenin coğrafi anlamdaki çeşitli bölümleri (bölgeler, il ilçe köy vb.) merkezî idareye mali açıdan bağımlıdır ve ancak bu merkezî erkin mahalli bir bölümünü ifade eder. Ülkemiz gibi merkezîyetçiliği ön plana alan devletlere 1980 yılına kadar yerinden yönetime dair kanunlar öncesine ilişkin olarak Fransa, Japonya, Portekiz ve Lüksemburg örnek gösterilebilir. Ülkemizde önemli sorunların temel olduğu ve demokrasinin önünde bir engel teşkil ettiği dile getirilen merkezîyetçilik kavramı, hâkim olan mevcut anlayış dışındaki eğilimlerin dile getirilmesini ve somutlaştırılmasını engellediği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Görüleceği üzere bu yönleriyle kavram federalizm kavramının aksini ifade eder.²⁵ İdari ve sosyal bir sistem veya siyasi bir doktrin olarak bölgeselcilik ise bir milletin bünyesinde bölgelerin kimliklerinin ve özelliklerinin savunulması ve bunlara değer izafe edilmesi arayışını ifade eder ve söz konusu bölgelere siyasi veya ekonomik anlamda belirli ölçüde özerklik tanır. Ancak yukarıda değinildiği üzere bölgeselcilik kavramı aşırı bir yerinden yönetim modelinin tanımlanması anlamında kullanılmaktadır. Federal devletlerle bir takım ortak niteliklerin varlığı bölgesel yöntemin üniter devlet olma özelliğini ortadan kaldırmamaktadır. Bölgeler böyle bir durumda devletin merkezî gücü ile mahalli kurumlar arasında bir ölçeği oluşturur. Bu bağlamda bölgeselcilik coğrafi anlamda bölgelerin lehine gerçekleştirilen yerinden yönetim şeklidir. Bölgelere devletin idari özerklik tanınması ve bir takım üstünlük ve ayrıcalıkları transferi söz konusudur.

B. Yetki Genişliği (Ademi Temerküz, Tevsi-İ Mezuniyet, Fr. Déconcentration)²⁶

Merkezî güç için yetki genişliği yetkilerin bir kısmının merkezî güç tarafından atanan görevlilere transfer edilmesi, merkezî otorite tarafından denetlenmesi ve yetkilendirilen görevlilerin merkezî otoriteye tamamıyla bağlı kılınmasıdır.²⁷ Ülkenin merkezî idaresi dışına, başka deyişle taşraya gönderilen görevliler merkezî idarenin adına karar verebilme yetkisiyle donatılacaklardır. Yine merkezî otorite

²⁵ SADIOĞLU, Uğur/ÇİFCİ Yasemin, "Avrupa'da Yerel Yönetimler Reformu Sonrasında Türk Yerel Yöntemleri İçin Bir Tipoloji Belirleme Çalışması", Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, Cilt.20, No.1 (Yıl.2021), s.258.

²⁶ İngilizcede bu terimin karşılığı, kurumun Anglo-Sakson yönetim yapılarında mevcut olmayışı nedeniyle yoktur. Ancak kimi sözlüklerde, genel olarak yerinden yönetimin bir kipini kuşatan ademi merkezîyeti belirten **decentralization** ile yerel yönetimlere yetki devrini anlatan **devolution** sözcükleri karşılığı olarak verilmektedir.", Kamu Yönetimi Sözlüğü, s.263.

²⁷ TAN, Turgut, BAYAZIT Bahar, İdare Hukuku, Turhan Yayınevi, Ankara 2021, s.96.

kararlarıyla birlikte merkezi idare adına yetki genişliği ilkesine dayanılarak alınan kararlara uyulması gerekecektir. Bu teknik merkezi otoriteyi zayıflatmaz. Görevliler, vatandaş ile merkezi güç arasındaki bir ara istasyon gibidir. Yetki genişliğinin önemi tarihsel anlamda ün kazanan formül ile tanımlanmaktadır. Bu kapsamda valilerin yetkilerini güçlendiren durum “uzaktan hükümet edilmek ancak yakından idare edilmek” olarak ifade olunabilir. Bu durum, Fransız hukukunda konuya ilişkin eserlerde Odillon BARROT’a atıfla “*her zaman için aynı çekiş vurmakta, sadece çekicinin sapı kısalmıştır*” biçiminde aktarılmaktadır.²⁸ Bu anlamda tarihsel süreçte 1789 tarihli Fransız İhtilali ile birlikte bölgeler oluşturulmuş, sayıları, sınırları ve isimlerine 1790 tarihinde karar verilmiştir. Resmi olarak bölgelerin sınırları ve genişliği bölgede yaşayanların sayısıya başa baş gitmiştir. Uygulamada bölgelerin kullanımı diğer bir anlama hizmet etmiştir. Merkezi erkin kararlarının bölgenin tamamında hızlı bir şekilde yayılabilmesi zorunluluğu bu duruma işaret eder. Uygulanan yöntem eskiye dayanmaktadır ve yetki genişliğinin asgari seviyesinin gerekliliğini ifade eder. İlke olarak yetki genişliği basit devlet örgütlenmesinin bir türü olan yerinden yönetim ilkesinin de karşılığıdır ifade eder.

Yetki genişliği sayesinde merkezi idarenin iş yükünün bir kısmı alt birimlere ve başkent dışındaki kuruluşlara aktarılır ve bu yolla merkezi idarenin üstlendiği işlevlerinin daha verimli ve etkin bir şekilde yürütülmesi sağlanır. Bu yetki sayesinde taşradaki yöneticiler, hizmetlerin verimli ve etkin yürütülmesi amacı çerçevesinde mahalli sorunların çözümü konusunda mahalli şartları göz önünde bulundurmaya suretiyle esnek bir uygulamada bulunabilirler.

Merkezi yönetimin katı bürokratik yapısını yumuşatmayı amaçlayan yetki genişliği ilkesi, merkezin denetimi altında ve yetkinin kullanılmasından kaynaklı gelir ve giderler de merkeze ait olmak üzere, sadece illere ve il yönetimini başı olan valiye²⁹ tanımış anayasal (Anayasa, mad.126/2) bir ilkedir. Dolayısıyla bu yetki mahalli idarelere veya hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşlarına ait bir yetkinin kullanılmasına imkân tanımaz.

C. Yerinden Yönetim (Âdem-î Merkeziyetçilik, Fr. *Décentralisation*, İng. *Decentralization*)

Yerinden yönetim, “bir bölgesel otoriteye (bölgesel yerinden yönetim) veya bir hizmete (teknik yerinden yönetim) tüzel kişilik, kendi yetkileri ve kaynakları verilerek Devletin kontrolü altında kendi kendini yönetmesine izin verilme-

²⁸ Bkz. <https://www.doc-du-juriste.com/droit-public-et-international/droit-administratif/dissertation/services-deconcentres-etat-france-repondent-objectifs-attendus-celui-634869.html>, (E.T.17.09.2023), https://www.persee.fr/doc/juro_0990-1027_1992_hos_5_1_1960, (E.T.17.09.2023), <https://bibliodnumeric-univparakou.bj/items/ae872714-f80f-463b-a6f5-eda39869c85d> (E.T.15.09.2023).

²⁹ Söz konusu yetki ilçelerde kaymakam veya merkezi yönetimi temsil eden herhangi bir kamu görevlisince kullanılamayacaktır.

sinden oluşan bir yönetim sistemi” olarak tanımlanabilir. Dolayısıyla bu tanım, yalnızca yerinden yönetimli bölgesel makamları ilgilendiren bölgesel yerinden yönetim ile kamu kuruluşlarına - daha geniş anlamda uzmanlaşmış kurumlara - uygulanan teknik veya hizmet yerinden yönetim arasında yapılması gereken ayrımı ortaya koymaktadır. Böylece, adem-i merkeziyetçilik sadece iktidarı, yani siyasi kararların alındığı yerleri vatandaşlara yaklaştırmak değil, aynı zamanda vatandaşları ve adem-i merkeziyetçi bölgesel makamları kendi geleceklerinin efendileri ve aktörleri haline getirmek anlamına gelir.³⁰

Yerinden yönetimlere ilişkin mahalli düzeyde veya teknik ya da işlevsel yerinden yönetim (hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları) şeklinde bir ayırım yapılmaktadır. Birinci gurup yerinden yönetim seçimiyle belirlenen temsilcileri vasıtasıyla bir takım idari işlerin çözümlenmesine imkân tanır. Böylece Fransa’da olduğu gibi ülkemizde de mevzuatımızda görüldüğü üzere vali mahalli otoriteler tarafından alınan kararların hukuka uygunluğunu denetleme yetkisi ile donatılmıştır. Hizmet bakımından yerinden yönetim yönteminde ise kamu kurumlarına idari birtakım özerklikler tanır ve bunların kendilerine özgü karar organları ile özerk bütçeleri söz konusudur. Yerinden yönetimin belli başlı avantajlarından birisi halka en yakın olan birim nezdinde kamusal bir politikanın uyumlu uygulanabilmesine imkân tanınmasıdır. Bu sayede farklı siyasal tercihler ve kaynakların eşit olmayan tarzdaki dağılımının sebebiyet verdiği ulusal ölçekte yeni dengelerin oluşması sağlanabilir.³¹

Yerinden yönetimin çeşitli siyasi, ekonomik ve sosyal amaçları vardır. Siyasi amaç, birliği korumak ve çeşitliliği muhafaza etmektir. Bu, bölgesel tekelcilikleri bastırması muhtemel olan Jakoben devletçilik ile merkezi otoritelerin benimsemekten nefret ettiği federalizm arasında yeni bir yoldur. Çünkü birlik için herhangi bir gerekliliğe ters düşer ve bölünme veya ayrılma riskleri ortaya çıkarır. Ademi merkeziyetçiliğin bir diğer amacı da ekonomiktir. Güç ya da otoritenin vatandaşa yakınlığı bir verimlilik kaynağı olacağından ekonomik kalkınmayı optimize etme kaygısına cevap verir. Yerinden yönetimin üçüncü amacı sosyaldır. Bu amaç, merkezi gücü halka yaklaştırmak ve mevcut araçları dikkate alarak nüfusun açık veya gizli ihtiyaçlarına uyarlanmış zamanında çözümler bularak toplumu üyelerinin çıkarları doğrultusunda yönetmek olarak izah edilebilir. Katılım-

³⁰ <https://biblionumeric-univparakou.bj/items/ae872714-f80f-463b-a6f5-eda39869c85d>, (E.T.15.09.2023).

³¹ Fransa’da 1980’lerden bu yana adem-i merkeziyetçiliğin başarısız olduğu eleştirileri de yapılmakta ve bunun gerekçeleri kötü tanımlanmış hedeflerin varlığı ve işlevsiz ilkeler biçiminde özetlenmektedir. Bu sebeple yerinden yönetimin organizasyonunun gözden geçirilmesi gerektiği, daha fazla yerel yakınlık ve daha fazla ulusal verimlilik elde etmek için yetkilerin yeniden dağıtılması ile yerel özerkliğin güçlendirilmesi ve yerel demokrasinin desteklenmesi gerektiği belirtilmektedir (<https://institut-rousseau.fr/decentralisation-et-organisation-territoriale-vers-un-retour-a-letat/>).

cı politikası sayesinde ademi merkeziyetçilik, kendisine yöneltilen eleştirilerin üstesinden gelmeyi mümkün kılar. Çünkü ademi merkeziyetçilikte kararlar her zaman Devlet adına onun temsilcilerinden biri tarafından alınır.³²

Yerinden yönetim, merkezi erk ile mahalli otoriteler arasında karar yetkisinin paylaşımı olarak analiz edilebilir. Mahalli otoriteler bu durumda belirli bir ölçüde özerklikten yararlanır. Bu özerklik sınırları belirlenmiş bir alanda bağımsız bir şekilde karar alabilme yetkisini ifade eder. Hiç kuşkusuz bu özerklik yerinden yönetim üyelerinin mahalli otoritelerce serbestçe seçilebilmesine imkân tanır. Buna ülkemizdeki mahalli idarelerden belirli ölçüde idari özerkliğe sahip büyükşehir belediyesi, il özel idaresi ve köyler örnek gösterilebilir. Paralel bir düzenleme 1958 tarihli Fransız Anayasasının 72. maddesinde de yer almıştır. Maddede kanunla öngörülen şartlar dahilinde yerinden yönetimler seçimle belirlenmiş konseyler tarafından ve bağımsız bir şekilde yönetilirler. Yetkilerinin uygulamaya aktarılması için düzenleme yapma yetkileri de bulunmaktadır. Bu tanımlama özerkliğin sınırı ve niteliklerinin belirlenmesine imkân sağlamaktadır. İdari özerklik mahalli otoritelerin işlevlerinin kanuna uygunluğunun *a posteriori* denetiminin merkezi otorite tarafından yapılması anlamını taşır. Bu denetim yetkisi her şeyden önce yoğunluğu azaltılmış bir yetkiyi ifade eder. Zira il idarelerinin yetkili birimleri hukuka uygunluk denetimini gerçekleştirir ancak devletin temsilcilerinin mahalli idarelerin işlemlerini iptal etme yetkileri bulunmaz. Sadece idari yargıç devletin talebi üzerine bunu gerçekleştirir (belirtilen bu husus Fransız hukukunda halen geçerli olup, ülkemizde ilgili kanun hükmü Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir).³³ Bilindiği üzere ülkemizde ve idari re-

³² <https://biblionumeric-univparakou.bj/items/ae872714-f80f-463b-a6f5-eda39869c85d>, (E.T.15.09.2023).

³³ Anayasa Mahkemesi 04.02.2010 tarihli kararı ile belediye meclis kararlarına karşı mülki amire tanınan iptal davası açma yetkisini öngören 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 23. maddesinin 5. fıkrasını iptal etmiştir (04.02.2010, E.2008/27, K.2010/29, RG, 22.06.2010, S.27619). Mahkeme "mülki idare amiri hukuka aykırı gördüğü kararlar aleyhine idari yargıya başvurabilir" şeklindeki fıkranın merkezi idarece Anayasasının 127. maddesince çizilen çerçevede içinde kullanılması gereken, idarenin bütünlüğü ilkesinin gerektirdiği vesayet yetkisini kısıtladığı kararına varmıştır. Yüksek Mahkeme gerekçeli kararında; Anayasa'nın 123. maddesinde, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği öngörüldükten sonra, idarenin kuruluş ve görevlerinin, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandığı hükme bağlandığı ve idari yapı içinde yer alan kurumların bir bütünlük içerisinde çalışmasının öngörüldüğü tespitini yapmıştır. Bu kurumların, idarenin bütünlüğü ilkesinin gereği olarak denetlenmeleri hiyerarşik denetim ve idari vesayet yoluyla gerçekleştirilebilmekte ve burada geçen "idare" kavramı da sadece merkezi idareyi ve onun taşradaki uzantılarını değil, yerel yönetimleri ve kamu tüzel kişiliğine sahip çeşitli kamu kurumlarını ve bütün bu teşkilatın personelini de kapsadığını belirtmiştir. Yüksek Mahkemeye göre; idarenin bütünlüğü, tekil devlet modelinin yönetim alanındaki temel ilkesidir. İdarenin bütünlüğü, merkezin denetimi ve gözetimi ile hayata geçirilmekte ve yönetimde bütünlüğü sağlamak için başlıca üç hukuksal araç, hiyerarşi, yetki genişliği ve idari vesayet kullanılmaktadır. Bunlardan idari vesayet, merkezi yönetim ile yerinden yönetim kuruluşları arasındaki bütünleşmeyi sağlamakta, ayrışmayı, farklılaşmayı ve kopmayı önlemektedir. Bu

Jimin beşiği olan Fransa'da yetki genişliği ve yerinden yönetim uygulamaları bir arada gerçekleştirilmektedir. Bazı hallerde aynı kişiler yerinden yönetim ajanları gibi bazen de devletin temsilcileri gibi hareket etmektedirler. Bu anlamda örnek vermek gerekir ise; belediye başkanı resmi olarak kişisel durumlarda değişikliğe imkân tanıyan evlilik akdini yapma yetkisi ile donatılmıştır. Burada belediye başkanının merkezi idare anlamında bir yetkiyi kullanmasından söz edilmektedir.³⁴

Yerinden yönetim yerinden yönetme olgusu veya merkezîyetçiliğin aksi olarak tanımlanabilmektedir. Kavram belirli bir bölgede bazı hizmetlerin merkezi idareden yerinden yönetimlere transfer edilmesi şeklindeki bir örgütlenme yöntemidir. Yerinden yönetim yönteminin amacı merkezi idarenin tıkanıklıklarının giderilmesi ve yerel düzeyde karar alınmasının hızlandırılmasını etkin bir şekilde iyileştirmektir.³⁵

Üniter bir devletin diğer kamu hukuku tüzel kişilerine yetkilerinin bir kısmını transfer etmesi ve bu kamu tüzel kişilerinin mahalli düzeyde seçilmiş organlar aracılığıyla kendi adına yetkiler kullanması halinde coğrafi planda yerinden yönetim ilkesinin varlığından söz edilir. Devletin üniter niteliği bununla birlikte yerinden yönetimler üzerinde az çok katı bir şekilde gözetimde bulunmayı zorunlu kılar. Fransa gibi ülkemizin de yerinden yönetim ilkesini benimseyen üniter bir devlet olması nedeniyle birçok yetki kanunen yerinden yönetim kuruluşlarına devredilmiştir. Bu ise yerel yönetim açısından seçilenler ve işlemleri üzerinde devletin denetim varlığını zorunlu kılmaktadır. Burada belirtmek gerekir ki, devlet hiyerarşisi altında alınan kararların yerine getirilmesi yetkisinin, mahalli düzeyde uygulandığı ayrı bir kamu tüzel kişiliği bulunmaksızın, başka deyişle merkeze bağlı biçimde hareket eden idari otoritelere transferi, yetki genişliğine işaret eder. Bu anlamda hem ülkemiz hem de Fransa, üniter devlet olmakla birlikte yetki genişliği ve yerinden yönetim ilkesinin bir arada uygulanmasına örnek gösterilebilir.

Yerinden yönetim ve federal devlet ilişkisinde, yerinden yönetimin üniter devlet bünyesinde mevcut siyasal kurumlarca desteklenmesi söz konusudur. Bu anlamda yerinden yönetim kuruluşları idari kuruluşlardır. Egemenliğin hiçbir

çerçevede Anayasa'nın 127. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan hükme göre merkezi idarenin yerel yönetimler üzerinde vesayet yetkisini kullanıp kullanmayacağı kanun koyucunun takdirine bırakılmamıştır. Ayrıca fıkradaki idari vesayet yetkisinin, hukuka uygunluk denetiminin yanında yerindelik denetimini de içerdiği açıktır. Karardan anlaşıldığı üzere, Anayasa Mahkemesi yargıya başvurmayı, idari vesayet yetkisinin dışında görmektedir. Mahkeme'ye göre idari vesayet yetkisi, mülki amirin yerel yönetim işlemlerini doğrudan denetlemesi ile kullanılabilir. Karardaki ifade ile: "Vesayet makamınca vesayet yetkisi kullanılır iken, işlemler üzerinde iptal, onama, erteleme, izin, tekrar görüşülmesini isteme, düzeltme gibi çeşitli denetim usulleri ile uygulanmalıdır." Bunun dışında bir yetki vesayet denetimi olarak nitelendirilmemektedir.

³⁴ ATAY, s.200 vd.

³⁵ BERKÜN, Sanem, «Kamu Açısından Yönetim», Hak İş Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi, Yıl 6, Sayı 16, 2017, s.647, 648.

parçasının kendilerine tevdi edilmesinin bahse konu edilmediği idari yetkilerle donatılmıştır. Buna karşılık federal devlet diğer devletlerin bir araya gelmesi ve üst seviyedeki siyasal ve kurumsal bir yapılanmayı ifade eder. Federe devletler federal devlet gibi basit siyasal ve kurumsal bir yapıya dayanır ve bu anlamda yasama yürütme ve yargı yetkileri mevcuttur. Yerinden yönetim ve bölgesel devlet ilişkisinde bazı devletlerin üniter hüviyetini muhafaza etmek suretiyle yargı yetkileri de dahil olmak üzere birçok yetkisinin önemli ölçüde bir özerkliğe sahip yerinden yönetim kuruluşlarına devri gözlemlenmektedir. Bu husus belirtildiği üzere İtalya'daki bölgelerde ve İspanya'daki özerk topluluklarda görülmektedir. Bunun sonucu olarak devletin tam anlamıyla üniter hüviyetinden söz edilemez. Çünkü devletin yasama yetkisi topluluklar ile paylaşılmıştır. Ancak burada tam anlamıyla bir federal yapıdan da söz edilemez. Zira asli kurucu güç olma özelliği yerinden yönetimlere tanınmamıştır ve bunlar üzerinde bir denetim söz konusudur. Bölgesel devler federalizmden ödünç alınmış veya esinlenmiş ileri seviyedeki bir yerinden yönetim örgütlenme biçimidir.

Yöntemin uygulanmasında idari rejimi benimseyen ülkelerde ve Avrupa Birliği üyesi ülkelerde sübzidiyarite ilkesine dayandırma esastır.³⁶ Bu ilke gereğince yetki ve yükümlülükler öncelikle en yakın olduğu seviyede yerine getirilir. Yani söz konusu yetki ve yükümlülüklerin ifası mümkün olduğu en üst seviyede en yakın olduğu birim esasına göre gerçekleştirilir.

Yerinden yönetim modelinde yönetim işlevlerinin bazıları ile karar alma yetkilerinin bir kısmı üniter devletin hiyerarşisi altında bulunan valiliklere ve kaymakamlıklara tanınmaktadır. Burada her zaman devlet karar alır, alınan bu kararlara uygun biçimde mahalli düzeyde valilik veya kaymakamlıkça da karar alınabilmesi imkânı vardır. Yetki genişliğinin yerinden yönetimden farkı, yerinden yönetim kapsamındaki hizmetlerin doğrudan merkezi erkten kaynaklanması ve bu merkezi erkin aynı tüzel kişiliğin bir parçasını oluşturmasıdır. Merkeziyetçiliğin bir teknik düzenlemesi gibi değerlendirilen yetki genişliği devletin modernizasyonuna yönelme için yetersiz görülmektedir. Nihayetinde kanun koyucu yetki genişliğini kendilerine özgü tüzel kişilikleri haiz mahalli idarelere doğru geliştirmektedir.

Tüm bu izah edilenlerden sonra yerinden yönetim kavramı, devletin yetkilerinin bir kısmının mali özerklik ve hukuki yetkiye sahip kılınan kamusal kurumlara veya yerel yönetimlere transferi politikası olarak tanımlanabilir. Bu yetkilerin transferi devletim gözetimi altındadır ve söz konusu kurumlara merkezi yükümlülüklerin bir kısmı verilir ve sorumluluklar yüklenir. Yerinden yönetimin tanımı

³⁶ DEMİRKALE, Sezgi/KARABURÇ Ökkeş/ÖZTÜRK Lamia "Yerel Yönetimlerde Subsidiyarite İlkesinin Etkileri ve Uygulanabilirliği", <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/2244984>.

bir başka şekilde ifade edilecek olursa mahalli idarelere özgün yetkiler verilmesi ve bunların devlete ait yetkilerden farklı kılınması ile halk tarafından organlarının seçimle belirlendiği ve ülkenin tamamı üzerinde yetkilerin en iyi bir şekilde dengelenmesinin sağlanmasının amaçlandığı idari örgütlenme şeklidir denilebilir. Bu anlamda söz konusu modelde vatandaşların karar alma sürecine katılması demokrasiye mümkün olduğu ölçüde yaklaşılmasının teşvik edildiğinde söz edilir. Bunun içindir ki klasik bir ifade ile mahalli idarelerin demokrasilerin okulu olduğu söylenmektedir. Bu kapsamda tekraren ifade etmek gerekir ki, yetki genişliği yerinden yönetimden farklı bir kavramdır ve mahalli yetkilere (valiler, bölgesel düzeydeki örgütlenmelerin başları ve onların altında yer alan birimler) merkezi seviyedeki idari yetkilerin bir kısmının transfer edilmek suretiyle devletin faaliyetlerinin etkinliğinin iyileştirilmesi amaçlanır.

Sonuç

En belirgin özelliği devletin unsurlarının ve organlarının tekliği ile aynı hukuk düzeninin geçerli olduğu üniter devlette ülke, millet, egemenlik unsurları ile yasama, yürütme ve yargı organları bakımından teklik söz konusu olup, egemenlik tek ve bölünmez nitelik taşır. Bu husus Anayasamızda idarenin bütünlüğü ilkesinin varlığına vücut vermiştir. Bu ilkenin idarenin örgütlenmesine ilişkin diğer ilkelere ilişkin düzenlemelerde ve uygulamalarda hassasiyetle ve öncelikle dikkate alınması anayasal bir zorunluktur.

Üniter devletin temeli olarak kabul edilen devletin ülkesi ve milleti ile (devletin ve cumhuriyetin) bölünmez bütünlüğü ilkesi belli ölçüde diğer devlet türleri içinde geçerlidir. Her devlet türünde hedeflenen amaç devletin birlik ve sürekliliğinin sağlanmasıdır. Bu amacın gerçekleştirilebilmesine yardımcı olmak için ülkenin yönetiminde geçerli olması gereken ilkelerin neler olması gerektiği arayışına girilir ve bunun sonucunda idari örgütlenmeye ilişkin ilkeler gündeme gelir. Bu ilkelerin hiçbirinin mutlak anlamda uygulanması mümkün değildir.

Ülkemiz Anayasal düzeninde de, Federal Almanya Cumhuriyeti ve Fransa'da olduğu gibi devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğüne vurgu yapılmıştır. Bu durum Avrupa kıtasında bölgeselciliğin ön plana çıktığı ülkelerin idari ve siyasi örgütlenmesinde de gözlemlenir. Öncelikle üniter devletin Asya, Afrika ve Avrupa'da önemli ölçüde uygulama alanı bulan bir devlet şekli olduğu ve siyasi ve toprak anlamında birliğin genel bir şekilde ifadesi olarak somutlaştığı rahatlıkla söylenebilir. Bu devlet türünde devlet yetkisinin tamamının veya en azından büyük bir bölümünün merkezi otorite elinde toplandığını, ülkenin tamamında tek tip olarak uygulanması söz konusu olmaktadır. Devletin birliği ilkesi, belirli bir ölçüde yerinden yönetim uygulamalarının ya da yetki genişliğinin varlığına

engel olarak tanımlanamaz. Bu kapsamda bir ihtimal olarak da yerinden yönetim idarelerinin temsilcilerinin mahalli ölçekte seçimle belirlenmesi bu kapsamdaki kamu hizmetlerinin sevk ve idaresinin devletin vesayeti altında yürütülmesi söz konusudur. Bununla birlikte söz konusu durum merkezi devletin bunlara tanıdığı yetkiler olarak değerlendirilir. Ancak bu yetkilerin kendilerine özgü yasama organlarınınca belirlendiği anlamı çıkarılamaz.

Bu ilke ülkemizde olduğu gibi üniter devletlerde ve özellikle Fransa'da sık sık kullanılmakta ve tek devlet, tek halk (millet) ve ülkenin tamamında maddi anlamda tatbik edilen hukuk birliği, kanun önünde eşitlik yani vatandaşlar arasına herhangi bir ayırım yapılmaması, milli egemenliğin temsilcilerinin oluşturulduğu millet meclisinin tek bir yer olarak kanunların hazırlandığı ve kamusal yaşamda vatandaşların kesin bir surette uygulanmasından yararlandığı hukuki ve siyasi bir model ifade eder. Cumhuriyetin veya devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğü Anayasamızda yer alan değiştirilmesi mümkün olmayan ve değiştirilmesi teklif edilemeyen bir ilke olup, benzer bir düzenleme 1958 tarihli Fransız 5. Cumhuriyet Anayasa'sının 1. maddesinin 1. fıkrasında yer almaktadır. Bu maddede Fransa'nın demokratik laik ve sosyal nitelikte bölünmez bir cumhuriyet olduğu; din, ırk veya orijin ayrımı yapılmaksızın bütün vatandaşların kanun önünde eşitliğinin güvence altına alındığı, her türlü inanca saygı gösterildiği, örgütlenmesinin yerinden yönetime dayanan bir devlet olduğu ifade edilmektedir.³⁷ Bu düzenleme ülkemizin anayasal düzeninde olduğu gibi tekçi devleti ifade eder ve federasyonun karşıtlığı anlamını taşır. Cumhuriyetin devleti ülkesi milleti ile bölünmezliği bazen özellikle aşağıdaki hususların gündeme getirilmesi eleştiri konusu olabilmektedir. Bunlar;

1. Ülkenin yerinden yönetim örgütlenmesi tarzının güçlü bir şekilde uygulamaya aktarılması,
2. Yerinden yönetimlere bazı konularda deneme yani tecrübe etme yöntemi kullanılmak suretiyle hak tanınması,
3. Fransa örneğinde olduğu gibi deniz aşırı ülkeler gibi özellik arz eden bölgelere özgün statü tanınması gerekliliği,
4. Ulusal azınlıklara (örneği bölgesel dil) bazı ayrıcalıklı hakların tanınması,
5. Pozitif ayrımcılık olarak sıralanabilir.

Devletin bölünmezliği anayasa hukukunda bütün rejimlerde cumhuriyet kavramının genelliğini ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Kavramı bölünebilir devletten ayıran sınırı, özerk kural koyma yetkisinin varlığı ya da yokluğuyla tayin etmek mümkündür.

³⁷ <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/l-unite-et-la-diversite-dans-la-republique>.

Yetki genişliği ve yerinden yönetim kavramları hukuki anlamda birbirinden farklıdır. Ancak siyasi planda eşit seviyededirler. Yetki genişliği siyasi bir teknik olarak nötr olmayı ifade eder. Bir başka deyişle kavram hem liberal hem de otoriter rejimlerde kullanılmaktadır. Amacı birtakım idari etkinliklerin güvence altına alınmasıdır. Hatta uygulamada merkezi erkin güçlendirilmesine yardımcı olduğu bilinmektedir. Alt-ulusal makamlara kendilerine ait geniş karar alma yetkileri verilmesi, kaçınılmaz olarak ulusal birlik ve Devletin otoritesi sorununu gündeme getirir. Yetki genişliği merkezîyetçilikten sapmanın temel risklerini düzeltir. Yerel olarak seçilen temsilcilerin yanı sıra otoritenin emanetçisi olarak hareket eden Devlet temsilcilerinin varlığı, Devletin genel tutarlılığının korunmasını sağlarken, yerel ihtiyaçlara uyarlanmasına da izin verir. Yerinden yönetim ise daha ziyade demokratik ve liberal felsefenin ürünüdür. Gerçekten de kavram belirli bir idari özerkliği gerekli kılar ve yönetilenlerin karar alma yetkisine mahalli seçimler aracılığı ile katılmasına imkân tanır. Bu olgu birçok liberal demokratik anayasaların durumunu ortaya koyar. Söz konusu anayasalarda şu ya da bu şekilde yerinden yönetime yollamada bulunmaktadır. Bu anlamda bahsi geçen anayasaların mahalli idarelerin varlığını veya özerkliklerini tanımasından söz edilir. Devletlerin bir kısmında basit bir idari anlamdaki yerinden yönetimin ötesinde uygulamalar üniter yapı içerisinde kalmak suretiyle gerçekleştirilebilmektedir. Belirtilen bu nokta bölgesel devletlerin durumunu izah etmektedir.

Ülkelerin üniter veya federalizm devlet şeklini kabulünde ve uygulamasında, ilgili ülkenin içerisinde bulunduğu tarihi, coğrafi ve siyasi şartlar önemli ölçüde rol oynar ve bu anlamda ülkenin geniş bir coğrafyaya sahip olduğu ülkelerde federalizme; toplumsal yapısı itibarıyla daha homojen nitelik taşıyan ve coğrafi olarak küçük bir alanda yer alan ülkeler, üniter sisteme sahip olabilmektedir. Her iki devlet şeklinin de birbirinden üstün ve zayıf yönleri (avantaj ve dezavantajları) olduğu kabul edilmektedir.

Gerçekten de üniter bir devlette Devletin ve idarenin kurumsal üstünlüğü sorgulanmamaktadır. Hem Anayasa hem de yasalarda Devlet, genel menfaatin garantörü olarak görülmektedir. Bu durumda Devlet yerel yönetimlere yetki devrederse, bunu kendi inisiyatifiyle yapar. Devletin kamu hizmetleri, bir bütün olarak nüfus için gerekli olan faaliyet sektörlerinde kurulur ve merkezin belirlemelerine uygun biçimde işletilebilir. Özünde bu devlet türünün mevcut eleştirileri en aza indirmek üzere temel iki hedefi bulunmaktadır. Bu hedefler, idareleri seçmenlere yaklaştırmak ve pasif bir yönetilene aktif bir hizmet alanla değiştirmektir. Ancak bu hedefe ulaşmak için üniter devletlerin çok sayıda kamu kurum ve kuruluşu oluşturma yoluna gittikleri görülmektedir. Bu durum ise kamunun iş yükünü artırmakta kamu kuruluşlarına ilişkin bir enflasyona yol

açmaktadır. Her ne kadar kimi yönleriyle şeffaflık ve katılımçılık ilkelerine katkı sağlasa da özünde kamu kurumlarını artırmak merkezi daha güçlendiren ve mevcut hantallığı artıran bir etki de yaratmaktadır. Bu durumda idari aygıtta iki değişken kesişir: dikey değişken merkezi (ya da ulusal) organlar ile diğerleri arasındaki karşılığa karşılık gelir; yatay değişken ise her düzeyde hizmete ilişkin uzmanlık ve çok yönlülük ile ilişkilidir. Bu değişkenler açısından ideal kesişme çizgisi, merkezin demokratik gerekleri göz ardı etmeyen yoğun denetimi altında, hızlı karar alabilen, yerel etkileri gözetebilen uzman kurumlarca idari hizmetlerin gerçekleştirilebilmesi noktasına gelmesidir.

Devlet türleri anlamında yerinden yönetim ilkesinin idari örgütlenme ilkesi olarak üniter bir devletin toprakları üzerinde yetkilerin paylaşımını ifade ettiği kuşkusuzdur. Böylelikle yerinden yönetimde devletin idari yetkilerinin tüzel kişiliği haiz ve mahalli düzeydeki seçmenlerin belirlediği organlar aracılığı ile kararlarını devletin denetimi altında vermesi söz konusudur. Üniter bir devlet bünyesinde yerinden yönetim merkezi devletin idari yetkilerinin merkezden atanmış hiyerarşik yetkisine tabi temsilcilik hüviyetiyle merkezi otoritenin kararlarını idari taksimatında hukuki bir kişiliği olmaksızın tatbik etmek durumundaki mahalli idarelere devredildiği yetki genişliğinden ayırt etmek gerekir. Yerinden yönetim ilkesini benimsemiş üniter bir devlette siyasal kurumların tek bir seviyesi söz konusudur. Yerinden yönetim kuruluşları idari nitelikteki yetkilerin elinde bulundurulduğu idari kurum dışında başka bir özelliğe sahip değildir. Ancak yerinden yönetim kuruluşları bakımından da ülke seviyesinde eşitliğe aykırı uygulamaların oluşma ihtimali, partizanca uygulamalara dönüşme riski sürekli bir denetimi zorunlu kılmaktadır. Ne var ki bu denetimin sınırları belli ve demokratik yapıyı ihlal etmeyecek nitelikte olması gerekmektedir. Oysa bugün hem kanun koyucu hem de idarece getirilen düzenlemelerin sayısındaki artış yalnızca ülkemizde değil Fransa'da da eleştiri konusu olmuştur. Hatta "yasama ve idari düzenleme metinlerinin birikimi" ile yazılı hukukun yeri o kadar artmıştır ki, idare hukukunun içtihadı olmaktan çıktığı eleştirileri getirilmiştir. Nitekim Fransız Danıştayı yılda onbeş bini bulabilen genellere ademi merkezîyet ve yerinden yönetim yapılanmalarını baltaladığı biçiminde tespitler yapmıştır.

Federal bir devlette siyasal kurumların üst üste yapılanması söz konusudur. Bu anlamda federal devlet ve federe devletler bir araya gelmiştir. Yeniden yönetim kuruluşlarının aksine her federe devlette bir kurucu güç yasama yürütme yargı federal devlette olduğu gibi mevcuttur. Özerk veya bölgesel devlet olarak adlandırılan devletler yasama yetkisinin bir bölümünün bazı bölgelere transferinin yapıldığı devletleri ifade eder. Uygulamada bir devletin bu kategorilerden birine veya diğerine oturtmak zor olabilecektir. Yerinden yönetim ilkesinin uy-

gülandığı üniter bir devlet federalizmden kaynaklanan bazı özellikleri bünyesinde barındırabilecek veya tam aksine yerinden yönetimlerin çok sıkı bir denetim altında tutulduğu durumlarda sınırlandırılmış bir yerinden yönetim uygulanması olacaktır. Bu sonuncu durum yerinden yönetim kuruluşlarına nitelik itibarıyla az yetki tanınması halinde de gündeme gelebilecektir.

Federalizm bir yapısal bir fark mıdır yoksa sadece yetkiler arasında bir kademelendirme farkı mıdır sorusunun yanıtı federe devletlerin sahip olduğu yetkiler bağlamında tümüyle bir yapılanma farkı olduğu şeklinde yanıtlanabilecektir. Ancak bölgesel devletler her iki yönetimi birbirine yaklaştıran bir metot izlemektedirler. Bölgesel devlet yapılanmalarının en temel gerekçesi bir yandan ülke bütünlüğünü korurken bir yandan diktatörel eğilimlere izin vermemektir. Ancak bu yönetim biçimleri açısından da tüm bölgelere eşit bir uygulamalarla eşit haklar tanınıp tanınamayacağı, bu yetkilerin suiistimale açık olup olmadığı, bölgelerin gerçek birer bölgesel otorite olmasının mı yetkilerinin merkez tarafından belirlenen hizmetlerle sınırlı kalmasının mı yararlı olacağı, çok genel yetkilerle mi yoksa spesifik yetkilerle mi donatılması gerekeceği, denetimin sınırlarının ne olduğu hususları tartışılmaktadır. Yine bu yapılanmanın tüm ülkelere uygun olmayacağı ve bir kısmı açısından parçalanma tehdidi olarak algılanacağı açıktır.

Görüleceği üzere hem üniter devletler hem bölgesel devletler hem de federal devletler tarihi, kültürel, ekonomik ve sosyolojik faktörlerden etkilenerek şekillenmişlerdir. Her ne kadar yönetim biçimlerinden birinin en doğru yönetim olduğunu yahut bir diğerine oranla gelecekte daha çok kullanılacağını ifade etmek çok mümkün değilse de tüm bu devlet türlerinin demokratik yönetim biçimini oluşturarak meşruiyetine dayanak teşkil etmeye çalıştığı görülmektedir. Öte yandan globalleşen dünyada mevcut tekçi ülke yapılanmalarının dışında bir de uluslararası yapılanmalar gündeme gelmiştir. Bu hususta büyük bir güç olarak Avrupa Birliği örnek olarak verilebilecektir. Başından beri siyasi karar alıcılar, siyaset bilimciler ve vatandaşlar bu yeni güç kullanma yönteminin gerçek doğasını merak etmişlerdir. Bazıları bir Avrupa federal devleti hayal ederken, diğerleri bunun en azından federal bir süreç olduğuna inanmakta ve yine diğerleri Üye Devletlerin egemenliklerinden feragat etmediklerine inanmak istemektedir. Hukuki açıdan bakıldığında, Topluluğun yapısı kesinlikle önceden var olan tüm kategorilere meydan okumaktadır. Avrupa Birliği ne federal bir devlet ne de gelecekteki bir uluslararası örgüttür; Üye Devletler hem egemendirler hem de uluslar üstü bir örgütle bütünleşmişlerdir. Bu durumda bir yandan temel insan hakları bir yandan ise ortak gümrük, tarım, hammadde ve ticaret politikaları belirlemeyi zorunlu kılan ekonomik kaygılar ile oluşturulan birliğin benzerini oluşturmak konusunda çabalar sürmektedir. Ancak bunun için güçlü devletlerin bir araya gel-

mesi gerekmekte olup Avrupa Birliğinin bu hususta hem stratejik hem ekonomik avantajlarını kullandığı söylenebilecektir. Ne var ki bundan sonraki süreçleri devletlerarası işbirliği politikalarının yönlendireceğini söylemek yanlış olmayacaktır. Öte yandan bu işbirliği politikalarından ve gerek sıcak gerek soğuk savaş tehdit ve tehlikelerinden zarar görmemek adına merkezi yönetimlerin güçlenmek isteyişinin de vatandaşları tarafından daha meşru görülmeye başlandığı söylenebilecektir. Şu halde geleceğin devlet yapılanmalarının içerisinde yerel yönetimler üzerindeki denetim yetkilerini hukukilikten yerindeliğe kaydıran ve merkezin hak, yetki ve görevlerini artırarak daha merkeziyetçi, dışarıda ise işbirliğine dönük biçimde şekillenmesi olasıdır. Bu esnada demokratik hukuk devleti ilkesinin işlerliği için yetki dağılımının net çizgilerle gerçekleştiği, yerel yönetimlere müdahalelerin azaltıldığı, üzerlerindeki hukuki denetimin ise mutlak biçimde gerçekleştirildiği bir süreç inşa etmek faydalı olacaktır.

Kaynakça

- ANBARLI BOZATAY, Şeniz/KIZILKAYA, Kemal, “Merkezden Yönetim-Yerinden Yönetim Tartışmalarının Odağında Bir Düzenleme: 6360 Sayılı Yasa Hakkındaki Değerlendirmeler”, Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 6 (2016): 609-637.
- ATATORUN, Mustafa/KAYMAZ, Ebru Derya, “Federalizm ve Avrupa Birliği (AB) Bölgesel Politikası Belçika’da Etnik Milliyetçiliği Nasıl Etkiledi?”, Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi, Yıl: 2022, Cilt: 13, Sayı: 34, 426-439.
- ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2023.
- BASGIL, Ali, “Devlet Nedir?: Realist Bir Tarif Denemesi”, Journal of Istanbul University Law Faculty 12 (1946): 981-990 <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9165/114804>.
- BEAUD, Olivier, “Conceptions of the State”, The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Ed by Michael Rosenfeld, András Sajó, New York, Oxford University Press, 2012: 269-282.
- BERKÜN, Sanem, «Kamu Açısından Yönetim», Hak İş Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi, Yıl 6, Sayı 16, 2017: 638-664.
- ÇAĞDAŞ, Tülin, Federal ve Üniter Devletlerin Yerinden Yönetim Birimlerinin Benzerlik ve Farklılıkları Açısından İncelenmesi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6.1, (2019): 161-179.
- ÇELİK ULUSOY, Demet, «Federal Sistemlerde Hükümetler Arası Eğilimler», Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 64 (4) 2015: 1071-1112.
- DEMİRKALE, Sezgi/KARABURÇ Ökkes/ÖZTÜRK Lamiha “Yerel Yönetimlerde Subsidiarite İlkesinin Etkileri ve Uygulanabilirliği”, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/2244984>.
- EVLİYAOĞLU, Selçuk Abdullah, «Üniter Devlet Biçiminin Kronik Değişimi ve Tanımda Zorluklar: Anayasa Hukuku Çerçevesinde Karşılaştırmalı Bir Analiz», EKEV Akademi Dergisi, Yıl 25, Sayı 85, Kış 2021, 401-416.
- GERMEÇ TANRIVERDİ, Ezgi, Sosyolojik Açından Küreselleşme ve Ulus Devlet (Giddens, Bauman ve Habermas Örneği), Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.
- GÖZLER, Kemal, Mahalli İdareler, Ekin yayınevi, Bursa 2018.
- GUASTAFERRO, Barbara. “Territorial Representation in Unitary States. Reforming National Legislatures in Italy and in the United Kingdom.” Italian Journal of Public Law, vol.11, no.1, 2019:147-195.
- JANASHVILI, Lela/GOGIASHVILI, Giorgi. “Problems with the Modern State Territorial Organization.” Journal of Law (TSU), vol.2016, no.2, 2016:41-54.
- KALFA, Eda/DİNÇ, Cengiz, “İskoç ve Katalan Bağımsızlık Hareketlerinin Tarihsel Kökenleri ve Güncel Bir Karşılaştırması”, İstanbul Gelişim Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 10 (1), Nisan 2023, ss.387-411.

- METIN Yüksel/ERECE Burak, «Bölgeli Devlet ve Federal Devlet Mukayesesi: İspanya ve Federal Almanya Örneği. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Vol.1, No.7, 2016:687-720.
- PATRASCU, Cristina. “Administrative Organization in Several European States: Territorial Levels and the Distribution of Competences according to Their Constitutions.” Jurnalul de Studii Juridice, vol.14, no.3-4, 2019: 21-38.
- SADİOĞLU, Uğur/ÇİFCİ Yasemin, “Avrupa’da Yerel Yönetimler Reformu Sonrasında Türk Yerel Yöntemleri İçin Bir Tipoloji Belirleme Çalışması”, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi Cilt.20, No.1 (Yıl.2021):255-292.
- SUNAY, Reyhan “AB Bütünleşmesinin Biçimi Üzerine Farklı Yaklaşımlar: Federal Yaklaşım (I)”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 14 (2006):185-222.
- TAN, Turgut/BAYAZIT Bahar, İdare Hukuku, Tırhan Yayınevi, Ankara 2021.
- WATTS, Roland L. “Typologies of Federalism”, Routledge Handbook of Regionalism and Federalism, Ed. by John Loughlin, John Kincaid, Wilfried Swenden, London and New York, Routledge, 2013:19-33.
- WEINZIERL, Josef. “Territoriality beyond the State: The EU’s Territorial Claims and the Search for Their Legitimacy.” German Law Journal, vol.22, no.4, June 2021:650-672.

Yargı Kararlarının “Kesinleştikten Sonra” Uygulanmasını Öngören Yasal Düzenlemelerin Anayasallığı Sorunu: Anayasa Mahkemesi’nin Bir Kararının Değerlendirilmesi ve Düşündürdükleri

Constitutionality Problem of Legislative Regulations Set Forth for Execution of the Court Decisions “After the Judgment Becomes Final”: Evaluation and Thoughts on a Decision of the Turkish Constitutional Court

Dr. Öğr. Üyesi Serdar YILMAZ (*)

Öz:

İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 28. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü (son) cümlesinde yer alan, “Ancak, haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir.” hükmünün; idarenin tek taraflı iradesiyle tesis edilen -kamu alacaklarının tahsili hukukundaki- haciz ve ihtiyati haciz işlemlerinin, idari yargı yerlerince hukuka aykırı bulunarak iptal edilmesine rağmen, bu kararların gereği yerine getirilmeyerek söz konusu hukuka aykırılığın kararın kesinleşmesine kadar devam etmesine olanak tanınması nedeniyle, Anayasa’nın 2., 15., 35., 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülerek Anayasa Mahkemesi’ne başvurulmuş; Mahkeme de, itiraz konusu yasa kuralını, Anayasa’nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırı bularak, anılan hükmün iptaline karar vermiştir.

İlk bakışta son derece teknik ve tekil bir Anayasa’ya aykırılık sorununa ilişkin bir iptal kararı olduğu izlenimi uyandıracabilecek olan bu kararın, aslında ülkemizin güncelliğini hiç yitirmeyen, “kronik” problemlerinden “idari yargı kararlarının uygulanmaması sorunu” ile ilgili olarak hukuk literatürümüzün “köşe taşı” kararlarından olmaya namzet, önemli ve temel bir karar niteliği taşıdığı anlaşılmaktadır.

İşte bu makalede de, önemine binaen, Mahkeme’nin anılan kararından yola çıkılmakta ve bu bağlamda, bir yandan kararda “yer verilen” ve belki daha da önemlisi “yer verilmeyen” gerekçeler irdelenirken, diğer yandan Mahkeme’nin ortaya koyduğu yaklaşımın olası etki ve sonuçlarından hareketle, Anayasa’nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasının anlam ve kapsamı üzerine bir “deneme” mahiyetinde olmak üzere, “yargı kararlarının uygulanması”na ilişkin yasal düzenlemelerin yapılmasında yasama organının yetkisinin hukuksal çerçevesi açıklığa kavuşturulmaya çalışılmaktadır. Makalenin sistematik çatısı, Anayasa Mahkemesi’nin anılan kararının eleştirisi bağlamında, karar esas alınarak

(*) Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, Ankara - Türkiye, E-posta: serdar.yilmaz@law.ankara.edu.tr; Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-5617-9690>.
Makale Geliş Tarihi: 15.12.2023 - Makale Kabul Tarihi: 19.12.2023.

oluşturulmuş olsa da; makalede salt karar incelemesi ve değerlendirmesiyle yetinilmemekte, aynı zamanda kararın “düşündürdükleri”nden hareketle, konuyla bağlantılı sorunlara da değinilerek, yargı kararlarının “kesinleştikten sonra” uygulanması sonucunu doğuran ve pozitif hukukumuzda çokça örneği bulunan yasal düzenlemelerin Anayasal temeli bulunup bulunmadığı hususu, genel bir yargılama hukuku sorunu olarak tartışmaya açılmaktadır.

Anahtar Kelimeler:

Yargı Kararlarının Gereği Gibi Uygulanması, İdari Yargı Kararlarının Uygulanması, Gecikmeksizin Uygulama, Derhâl Uygulama, Haciz, İhtiyati Haciz.

Abstract:

Turkish Constitutional Court annulled the expression in the third (last) sentence of the first paragraph of article 28 of the Procedure of Administrative Justice Code (“*However, in the actions concerning the execution of seizure and precautionary seizure, the act shall be executed by the administration after the judgment becomes final.*”), as it was found contrary to the articles 2, 36 and 125 of the Constitution. Because, according to this regulation, although the seizure and precautionary seizure procedures -in the Collection of Public Claims Law- established by the unilateral will of the administration were nullified by the administrative courts as they were unlawful, these decisions were not executed until the decision became final.

At first sight, this decision gives the impression of being an annulment decision on a highly technical and singular issue concerning unconstitutionality. On the other hand, it is understood that this decision is an important and fundamental decision, which is a candidate to become one of the “cornerstone” decisions of our legal literature regarding the “*problem of non-execution of administrative judicial decisions*”, which is one of the “chronic” problems of our country that never loses its actuality.

In this article, due to its importance, the aforementioned decision of the Court is taken as a starting point. Then, firstly, the reasons “given” and, perhaps more importantly, “not given” in the decision are examined, and secondly, starting from the possible effects and consequences of the Court’s approach, the meaning and scope of the fourth paragraph of article 138 of the Turkish Constitution is analyzed. In this way, it is tried to seek to clarify the legal framework of the legislature’s power to enact legislation on the “*execution of judicial decisions*”. Although the systematic framework of the article is the criticism of the aforementioned decision of the Constitutional Court, this contribution goes beyond a mere review and evaluation of the Court’s decision. In this study, the problems related to this subject are also scrutinized. In this regard, as a general problem of procedural law, it is open to debate whether legal provisions which cause judicial decisions to be executed “after they become final” has a constitutional basis.

Keywords:

Properly Execution of Judicial Decisions, Execution of Administrative Court Decisions, Execution Without Delay, Immediate Execution, Seizure, Precautionary Seizure.

I. Giriş

İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun¹ (İYUK) 28. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü (son) cümlesinde yer alan, “*Ancak, haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir.*” hükmü,² İstanbul 5. Vergi Mahkemesi’nde gö-

¹ 06/01/1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (RG: T.20/01/1982, S.17580).

² Hükmün ilk hâli, “*Ancak, haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili vergi davalarında vergi mahkemelerince verilen kararlar hakkında, bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir.*” biçiminde olup; 10/06/1994 tarih ve 4001 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun’un (RG: T.18/06/1994, S.21964) 13. maddesiy-

rülmekte olan bir davada ileri sürülen Anayasa’ya aykırılık iddiasının ciddi bulunması üzerine, *itiraz yoluyla* Anayasa Mahkemesi’nin önüne götürülmüştür. Anayasa’nın³ 2., 15., 35., 36. ve 125. maddelerini dayanak gösteren İstanbul 5. Vergi Mahkemesi’nin başvuru kararı üzerine gerekli incelemeyi yapan Anayasa Mahkemesi; İYUK m.28/1’in son cümlesi hükmünü, Anayasa’nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırı bularak, anılan hükmün iptaline, oybirliğiyle karar vermiştir.⁴

Daha önce, bir makalemizde⁵ etraflıca irdelediğimiz anılan hükmün [İYUK m.28/1’in -o dönem itibarıyla- üçüncü (son)⁶ cümlesinin], *-idarenin tek yanlı*

le yapılan değişiklik ile, düzenlemedeki “vergi davası” ve “vergi mahkemesi” ibareleri çıkarılmıştır. Böylece, “vergi mahkemeleri”nin yanı sıra, “idare mahkemeleri”nde görülen haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili idari davalarda verilen kararlar da, “kesinleştikten sonra” uygulanacak kararların kapsamına alınmak suretiyle, mezkûr istisna hükmünün kapsamı genişletilmiştir. Ayrıca bkz. *infra.*, dn.19-20.

³ 07/11/1982 tarih ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (RG: T.09/11/1982, S.17863-Mükerrer). [Bu Anayasa; Kurucu Meclis tarafından 18/10/1982’te halkoylamasına sunulmak üzere kabul edilmiş ve 20/10/1982 tarih ve 17844 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmış; 07/11/1982’de halkoylamasına sunulduktan sonra, 09/11/1982 tarih ve 17863-Mükerrer sayılı Resmî Gazete’de yeniden yayımlanmıştır.]

⁴ AYM: E.2012/107, K.2013/90, T.10/07/2013 (RG: T.22/11/2013, S.28829).

⁵ Bkz. Serdar YILMAZ (2012), “Kamu Alacaklarının Tahsil Hukukunda İhtiyati Haciz Müessesesi ve İhtiyati Hacze Karşı Açılan Davalarda İdari Yargı Yerlerince Verilen Kararların Uygulanması -Yargı Pratiğinde ve Öğretide Gözden Kaçan Bir Anayasa’ya Aykırılık Sorunu (mu?)-”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.61, S.4, s.1437-1503.

⁶ İnceleme konumuzunu oluşturan Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edilen, “Ancak, haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir.” hükmü, -o dönemde- üç cümleden müteşekkil olan İYUK m.28/1’in son cümlesinde yer almaktaydı. Bu nedenle, gerek Anayasa Mahkemesi’nin söz konusu kararında gerek bu makalede; İYUK’un anılan hükmü, ekseriyetle, İYUK m.28/1’in “üçüncü cümlesi” yerine, “son cümlesi” biçiminde ifade edilmiştir. Fakat Anayasa Mahkemesi’nin söz konusu iptal kararı sonrasında; 21/02/2014 tarih ve 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un (RG: T.06/03/2014, S.28933-Mükerrer) 18. maddesiyle, İYUK m.28/1’e, “Kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, görevden alma, göreve son verme, naklen veya vekâleten atama, yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleriyle ilgili olarak verilen iptal ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının gereği; dava konusu edilen kadronun boş olması hâlinde bu kadroya, boş olmaması hâlinde ise aynı kurumda kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanmak suretiyle yerine getirilir. Eski kadro ile atandığı yeni kadro arasında mali haklar bakımından bir fark bulunması durumunda, bu fark 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 91 inci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen usul ve esaslar çerçevesinde ödenir.” şeklinde iki cümle eklenmiş (bkz. *infra.*, dn.99); ardından ise, eklenen bu iki cümle (-yeni- üçüncü ve dördüncü cümleler), 10/09/2014 tarih ve 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun’un (RG: T.11/09/2014, S.29116-Mükerrer) 97. maddesiyle, “Ancak, 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna ekli (1) ve (2) sayılı cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tabi olsalar dâhi daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerde ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirilir. Bu görevler hakkındaki mezkûr işlemlerin uygulanması, tafafisi güç veya imkânsız zararları doğuran hâllerden sayılmaz.” şeklinde değiştirilmiş ve ayrıca anılan fıkraya, “Bu fıkraya

iradesiyle tesis etmiş olduğu idari işlemlerin (kamu alacaklarının tahsili hukukundaki “haciz” ve “ihtiyati haciz” işlemlerinin), idari yargı yerlerince verilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarına rağmen etkisini sürdürmesine yol açması nedeniyle- Anayasa’ya açıkça aykırı olduğuna ve Anayasa Mahkemesi’nin önüne götürülmesi hâlinde, iptal yönünde karar çıkmasının kuvvetle muhtemel görüldüğüne yönelik öngörümüzü doğrulayan Anayasa Mahkemesi’nin bu iptal kararı, kanaatimizce hukuk literatürümüzün “köşe taşı” kararlarından olmaya namzettir.

İlk bakışta, son derece “teknik” ve “tekil” bir Anayasa’ya aykırılık sorunu-na ilişkin bir iptal kararı olduğu izlenimi uyandırabilecek olan bu kararın, aslında ülkemizin “kronik” problemleri arasında yer alan “idari yargı kararlarının uygulanmaması sorunu”yla⁷ ve dolayısıyla -daha geniş bir perspektifle- “hukuk devleti ilkesi”yle⁸ ilgili sonuçları bulunan önemli ve temel bir karar olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi’nin söz konusu kararında dayandığı gerekçelerin ve izlediği argümantasyon çerçevesinde ulaştığı sonucun, başvuru kararında ileri sürülen hususlar da göz önüne alınarak (II) irdelenmesinde fayda olacağı düşünülmektedir. İşte bu çalışmada, Anayasa Mahkemesi’nin kararında “yer verdiği” ve -daha da önemlisi- “yer vermediği” gerekçeler ile Anayasa kural-ları, Mahkeme’nin izlediği argümantasyon bağlamında, eleştirel bir bakışla çeşitli yönlerden tetkik ve tahlil edilmektedir (III). Bu kapsamda, Mahkeme’nin “yer

nın üçüncü cümlesinde belirtilen işlemlerle ilgili mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemez; ancak disiplin hükümleri saklıdır.” şeklinde yeni bir cümle (beşinci cümle olarak) ilave edilmiştir (bkz. *infra.*, dn.121). Bilahare, Anayasa Mahkemesi, İYUK m.28/1 hükmüne ilişkin işbu değişiklik ve ilavelerle ilgili iki ayrı iptal kararı vermiştir [İYUK m.28/1’de, 6552 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ve ekleme hakkında verilen iptal kararı için bkz. AYM: E.2014/149, K.2014/151, T.02/10/2014 (RG: T.01/01/2015, S.29223); 6526 sayılı Kanun ile yapılan ekleme hakkında verilen iptal kararı için ise bkz. AYM: E.2014/86, K.2015/109, T.25/11/2015 (RG: T.08/01/2016, S.29587)]. Böylece, İYUK m.28/1; “*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez. ancak disiplin hükümleri saklıdır.*” şeklindeki, bugün yürürlükte olan hâlini almış ve Anayasa Mahkemesi’nin az önce künyeleri verilen iptal kararları neticesinde, mezkûr fıkranın son cümlesinde, -enteresan biçimde- sadece, “*ancak disiplin hükümleri saklıdır.*” ibaresi kalmıştır. Bu itibarla, İYUK m.28/1’in güncel hâlindeki “son cümle” ile ya da “üçüncü cümle” ile, incelememizin odağındaki hükmün Anayasa Mahkemesi’nin önüne götürüldüğü dönemdeki üçüncü (son) cümlenin farklılaştığının, karışıklığa mahal vermemek amacıyla, peşinen altını çizmek isteriz.

⁷ İdari yargı kararlarının uygulanmaması sorunu ve bu soruna ilişkin çözüm önerileri konusunda bkz. Serdar YILMAZ (2009), *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Zorunluluğu ve Bu Kararların Uygulanmamasına Karşı Öngörülen Hukuksal Önlemler*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Anabilim Dalı, Ankara.

⁸ “Hukuk devleti” konusunda kuramsal bir çalışma için bkz. Jacques CHEVALLIER (2010), *Hukuk Devleti*, (Çev.: Ertuğrul Cenk GÜRCAN), Ankara, İmaj Yay. “Hukuk devleti”nin teori ve uygulamasını örnekleyen yazılardan oluşan bir çalışma için bkz. Ali Rıza ÇOBAN/Bilal CANATAN/Adnan KÜÇÜK <Ed.> (2008), *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal*, Ankara, Adres Yay.

vermediği” gerekçelerin irdelenmesinde, “olması gereken”e dair salt bir Mahkeme kararı eleştirisiyle yetinilmemekte; aynı zamanda Mahkeme’nin ortaya koymuş olduğu yaklaşımın olası sonuçları bağlamında, kuramsal bir “deneme” de gerçekleştirilmektedir. Bu noktada ise, aslında çok “göz önünde” olmasına karşın, “teknik” ve “pratik” sonuçları üzerinde pek de durulmayan, Anayasa’nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasının anlam ve kapsamının belirlenmesine yoğunlaşmakta; böylelikle, genel olarak “yargı kararlarının uygulanması”na ilişkin yasal düzenlemelerin yapılmasında yasama organının yetkisinin hukuksal çerçevesi, açıklığa kavuşturulmaya çalışılmaktadır.⁹

II. Anayasa Mahkemesi’ne Başvuru Kararının ve Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararının Gerekçeleri

Aracı üzerine konulan ihtiyati haciz işleminin, İstanbul 10. Vergi Mahkemesi tarafından önce yürütülmesinin durdurulması ve ardından da iptali yönünde karar verilmesi üzerine, bu kararların uygulanması için davalı idareye yapılan başvurunun reddine dair işleme karşı açılan davada, “uygulanacak kural” olan İYUK m.28’in birinci fıkrasının son cümlesindeki, “*Ancak, haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir.*” hükmünün Anayasa’ya aykırılığını ileri süren davacının iddiasını ciddi bulan İstanbul 5. Vergi Mahkemesi; Anayasa’nın 2., 15., 35., 36. ve 125. maddelerine dayanarak, İYUK’un anılan hükmünün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi’ne başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi de, Anayasa’nın 2., 36. ve 125. maddelerine dayanarak, anılan hükmün iptaline karar vermiştir.¹⁰

Başvuru kararında, Anayasa’ya aykırılık sebeplerini, Anayasa’nın anılan maddeleri yönünden ayrı ayrı gerekçelendiren İstanbul 5. Vergi Mahkemesi’nin vurguladığı temel noktalar, Anayasa Mahkemesi kararının değerlendirilmesi bakımından önem arz ettiğinden, aşağıda, öncelikle başvuru kararında ileri sürülen itiraz gerekçelerinde öne çıkan hususlara değinilerek itiraz gerekçelerinin özü ortaya konulmakta (A), ardından ise Anayasa Mahkemesi’nin iptal gerekçelerine yer verilmektedir (B). Başvuru kararında ileri sürülen gerekçeler ile Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararının gerekçeleri, burada -ilkini- herhangi bir yoruma yer verilmeksizin aktarılmakta; böylece karara ilişkin olarak aşağıdaki müstakil ana başlıkta¹¹ yapılan değerlendirmenin nesnel temel çerçevesi oluşturulmaya çalışılmaktadır.

⁹ Bkz. *infra.*, III. başlık kapsamında, “B. Başvuru Kararında İleri Sürülmeyen, Anayasa’nın ‘Yargı Kararlarının Gecikmeksizin (Derhâl) Uygulanması’ Zorunluluğunu Öngören 138. Maddesi Yönünden Değerlendirme”.

¹⁰ Bkz. *supra.*, dn.4.

¹¹ Bkz. *infra.*, “III. ANAYASA MAHKEMESİ’NİN İPTAL KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ”.

A. Anayasa Mahkemesi'ne Başvuru Kararında Dayanak Gösterilen Anayasa Kuralları (İtiraz Gereççeleri)

Aracı üzerine konulan ihtiyati haciz işleminin, İstanbul 10. Vergi Mahkemesi tarafından önce yürütülmesinin durdurulması ve ardından da iptali yönünde karar verilmesi üzerine, bu kararların uygulanması için davalı idareye yapılan başvurunun reddine dair işleme karşı açılan davada, “uygulanacak kural” olan İYUK m.28’in birinci fıkrasının son cümlesindeki, “*Ancak, haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir.*” hükmünün Anayasa’ya aykırılığını iddia eden davacının iddiasını ciddi bulan İstanbul 5. Vergi Mahkemesi; Anayasa’nın 2., 15., 35., 36. ve 125. maddelerini dayanak göstererek ve bu maddeler bakımından ayrı ayrı gereççeleri ileri sürerek, İYUK’un anılan hükmünün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi’ne başvurmuştur.¹²

Bu bağlamda, ilk olarak, Anayasa’nın 2. maddesi yönünden irdeleme yapan İstanbul 5. Vergi Mahkemesi; haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında bu kararların “kesinleşmesinden sonra” işlem tesis edilmesini öngören İYUK m.28/1’in son cümlesi hükmünün, hukuk düzeninin koruması altında bulunan kişilerin hukuki güvencelerini zayıflattığını belirttiğinden sonra; “*Devletin, yargı denetimine tabi tutulmuş ve yine yargı organlarınca hukuka aykırı olduğu yönünde karar verilmiş bir işlemi uygulamaya devam etmesi, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek açılan bir dava ile ilgili verilen yargı kararlarının kesinleşmesine kadar uygulanmaması, davayı açan ve lehine karar verilen kişiye ait hakkın teslimini engellemektedir.*” demiş ve “*(a)yrıca, hukuk devleti olmanın olmazsa olmaz şartlarından biri de, kuvvetler ayrılığı prensibidir. Bu prensip gereği, yasama, yürütme ve yargı erkleri arasındaki dengelerin bozulmaması gerekmektedir. Ancak, hukuka aykırı olduğu yönünde karar verilen işlemin hâlen yürürlükte olması ile yargı kararlarının idare tarafından işlevsizleştirilmesi, yürütmenin yargı karşısında üstün bir konuma taşınması sonucunu ortaya çıkaracaktır. Hâlbuki, anılan yasa hükmüyle yürütmenin yargı kararlarını uygulamaması, kuvvetler ayrılığı prensibine dayalı bir hukuk devletinde mümkün olmamalıdır.*” ifadelerine yer vererek, anılan yasa hükmünün Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan “hukuk devleti” ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

¹² Burada, İstanbul 5. Vergi Mahkemesi, Anayasa’nın 152. maddesinde öngörülen şartlar çerçevesinde, “*itiraz yolu*”yla (somut norm denetimi) Anayasa Mahkemesi’ne başvurmuştur. Somut norm denetimi konusunda bkz. Metin KIRATLI (1966), *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu)*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yay.; Erdal ONAR (2003), *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülke-mizde Öncüler*, Ankara, s.152 vd.; Merih ÖDEN (2023), *Türk Anayasa Yargısında Norm Denetimi*, Ankara, Yetkin Yay., s.148 vd.

İkinci olarak, Anayasa’nın 15. maddesi yönünden irdelemede bulunan Mahkeme; “temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması” kenar başlığını taşıyan bu maddede yer alan hükümlerin, temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının hangi hâllerde nasıl durdurulacağını açıkça ortaya koyduğunu; İYUK m.28/1’in son cümlesi hükmünün ise, hukuka aykırı olduğundan bahisle yargı kararı ile iptal edilmiş bir işlemin uygulanmasına devam edilmesi sonucuna yol açmak suretiyle, ancak savaş, seferberlik, sıkıyönetim¹³ veya olağanüstü hâllerde ve sadece durumun gerektirdiği ölçüde kısmen veya tamamen durdurulabilecek temel bir hak olan “mülkiyet hakkı”nın durdurulması sonucunu doğurduğunu; dolayısıyla -“mülkiyet hakkı” ile kurduğu bağlantıdan hareketle- anılan yasa hükmünün Anayasa’nın 15. maddesine de aykırılığı sebebiyle iptal edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Üçüncü olarak, Anayasa’nın 35. maddesi yönünden değerlendirme yapan Mahkeme; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne (AİHS) Ek 1 No.lu Protokol’ün,¹⁴ “mülkiyetin korunması”na ilişkin 1. maddesine de atıfta bulunarak; idarenin haciz veya ihtiyati haciz uygulamalarının, kişilerin malvarlıkları üzerinde etkileri bulunduğunun açık olduğunu, yasalarla idareye verilen haciz ve ihtiyati haciz uygulama yetkisi sınırsız olmadığından, ancak yasalarda öngörülen şartların gerçekleşmesi hâlinde bu yetkinin kullanılabileceğini, dolayısıyla, haciz veya ihtiyati haciz işlemlerinin iptali istemiyle açılan dava neticesinde verilen karar ile yasalarda öngörülen şartların gerçekleşmediği ya da işlemin açıkça hukuka aykırı olduğu sonucuna varılması karşısında, haciz veya ihtiyati haciz uygulamalarının devam etmesi hâlinde Anayasa’nın 35. maddesinde güvence altına alınan “mülkiyet hakkı”nın ihlalinin gündeme geleceğini belirtmiş ve İYUK m.28/1’in son cümlesi hükmü, kişilerin temel hakkı olan “mülkiyet hakkı”nın kullanılmasını engellediğinden, bu hükmün Anayasa’nın 35. maddesine de aykırılığı sebebiyle iptali gerektiğini ifade etmiştir.

Dördüncü olarak, Anayasa’nın 36. maddesi yönünden değerlendirmede bulunan Mahkeme; “(y)argılamayı yapan mahkeme tarafından verilen kararın dikkate alınmaması, bu kararın kesinleşmesine kadar beklenilmesi adil yargılanma hakkının açıkça ihlalidir. Bu durum, aleyhine karar verilen idareye birey karşısında haksız bir üstünlük sağlayacaktır ki, adil yargılamanın temel şartı olan tarafların

¹³ İnceleme konumuzun temelini oluşturan Anayasa Mahkemesi kararının verildiği tarihten sonra; 16/04/2017 tarihli halkoylamasıyla kabul edilen 21/01/2017 tarih ve 6771 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” (RG: T.11/02/2017, S.29976) ile gerçekleştirilen *Anayasa Değişikliği*yle, Anayasa’nın 15. maddesindeki “sıkıyönetim” ibaresinin, madde metninden çıkarıldığı burada not düşülmelidir.

¹⁴ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 1 No’lu Protokol, 10/03/1954 tarih ve 6366 sayılı İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun ile onaylanmıştır (RG: T.19/03/1954, S.8662).

eşitliği, yargılama daha başlamadan bozulmuş olacaktır.” dedikten sonra, İYUK m.28/1’in son cümlesi hükmünün; hakkında haciz veya ihtiyati haciz kararı alınıp uygulanan kişilerin, işleme karşı yargı yoluna başvurmaları neticesinde işlemin yürütülmesinin durdurulması veya iptal edilmesi, yani kendisinin haklı, idarenin haksız, işlemin de hukuka aykırı olduğu sonucuna varılması durumlarında dahi bu kişilerin mağduriyetlerinin devam etmesine, dolayısıyla kişilerin temel hakkı olan “adil yargılanma hakkı”nın kullanılmasının engellenmesine yol açması nedeniyle, Anayasa’nın 36. maddesine de aykırı olduğunu öne sürmüştür.

Nihayet, beşinci olarak, Anayasa’nın 125. maddesi yönünden incelemede bulunan Mahkeme; bu maddenin birinci fıkrasındaki, “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” hükmünün “hukuk devleti” ilkesinin bir gereği olduğunu belirttikten sonra; İYUK m.28/1’in son cümlesinde yer alan, “(...) haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir.” hükmü ile “hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar verilen yürürlükteki işleme karşı, mahkeme tarafından verilen kararın kesinleşmesine kadar yargı yolu kapalı olacaktır. Bu durumda, haciz veya ihtiyati haciz uygulamalarına ilişkin yargı yolunun açık olması sadece şekilden ibaret olacaktır.” sonucuna ulaşmış ve itiraz konusu İYUK hükmünün, Anayasa’nın, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunu düzenleyen 125. maddesine aykırı olduğu kanaatine varmıştır.

İstanbul 5. Vergi Mahkemesi’nin, Anayasa’nın bu beş maddesi yönünden ayrı ayrı yaptığı değerlendirme neticesinde İYUK m.28/1’in son cümlesinde yer alan “Ancak, haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir.” hükmünün Anayasa’ya aykırı olduğunu ileri sürerek, anılan hükmün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi’ne yaptığı başvuruda öne çıkan noktalar bu şekilde özetlendikten sonra; söz konusu başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi’nin nasıl bir inceleme gerçekleştirdiği ve hangi gerekçelere dayanarak hüküm kurduğu ise aşağıdaki başlıkta (B) ortaya konulmaktadır.

B. Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararının Gereğeleri

İstanbul 5. Vergi Mahkemesi’nin itiraz başvurusu üzerine, Anayasa Mahkemesi tarafından 03/10/2012 tarihinde yapılan *ilk inceleme*¹⁵ toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından, işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar

¹⁵ Anayasa yargısında *soyut norm denetiminde* ve *somut norm denetiminde* “ilk inceleme” evresine ilişkin olarak bkz. Selin ESEN (1996), *İptal Davası ve İtiraz Yolunda Anayasa Mahkemesi’nin Yaptığı İlk İnceleme*, Ankara, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yay.; Özen ÜLGEN (2013), *İptal ve İtiraz Başvuruları Bakımından Anayasa Yargısında İlk İnceleme*, İstanbul, Beta Yay.; ÖDEN (2023), s.138-148 ve s.216-223.

verildikten sonra, esasın incelenmesine geçilmiş; bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, idarenin tek taraflı iradesiyle tesis edilen ihtiyati haciz ve haciz işlemlerinin, idari yargı yerlerince hukuka aykırı bulunarak iptal edilmesine rağmen bu kararların gereği yerine getirilmeyerek söz konusu hukuka aykırı uygulamaların kararın kesinleşmesine kadar devam etmesine olanak tanıyan itiraz konusu İYUK m.28/1’in son cümlesi hükmünün, Anayasa’nın 2., 15., 35., 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğunun ileri sürüldüğü “başvuru kararı”ndan hareketle, aşağıda belirtilen irdeleme ve değerlendirmelerde bulunmuştur.

Öncelikle, İYUK m.28/1’in birinci ve ikinci cümlelerinde, idari yargı yerlerince verilen esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararların, “kesinleşmesi beklenmeksizin” ve “en geç 30 gün içinde” uygulanacağını belirtildiğini, itiraz konusu üçüncü (son) cümlesinde ise bu kurallara bir “istisna” getirilerek haciz veya ihtiyati haciz ile ilgili davalarda verilen kararların “kesinleştikten sonra” uygulanacağını hükme bağlandığını ortaya koyan Anayasa Mahkemesi; “idari yargı kararlarının uygulanması”na ilişkin İYUK m.28’in birinci fıkrasının anlam ve kapsamını bu şekilde izah ettikten sonra, Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan “hukuk devleti”ni; “*eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan devlet*” biçiminde tanımlamıştır.

Ardından, bununla bağlantılı olarak, “hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğü”ne değinen Mahkeme, hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğünün sağlanabilmesi için, devletin her türlü eylem ve işlemlerinin yargı denetimine açık olması gerekliliğine vurgu yapmış; nitekim bu hususun, Anayasa’nın 125. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde yer alan, “*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.*” hükmü ile Anayasal güvenceye kavuşturulduğunu belirtmiştir. Ancak bu noktada, yalnızca yargı denetiminin açık tutulmasının yeterli olmadığını ve yargı mercileri tarafından verilen kararların “gecikmeksizin” uygulanmasının da gerektiğinin altını çizdikten sonra; “*(b)ir işlemin hukuka aykırı olduğu yapılan yargısal denetim neticesinde tespit edilmesine rağmen işlemin iptali yönündeki yargısal kararın uygulanmaması, devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulmasını anlamsız hâle getirir. Zira, hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğü sadece hukuka aykırılıkların tespit edilmesiyle değil bunların tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasıyla sağlanabilir.*” ifadeleriyle anılan hususu pekiştiren Mahkeme; İYUK m.28/1’in birinci ve ikinci cümleleriyle idari yargı kararlarının “gecikmeksizin uygulanması” prensibinin yasal düzeyde de benimsendiğini, ancak itiraz konusu kuralda (İYUK m.28/1-

son cümle) bu prensibe bir “istisna” getirilerek haciz veya ihtiyati haciz ile ilgili davalarda verilen kararların *kesinleştikten sonra* idarece uygulanacağı belirtilmek suretiyle, “*bir kamu borçlusunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisinin hukuka aykırı bir haciz veya ihtiyati haciz işlemiyle sınırlandırılması nedeniyle mahkemelerce işlemin iptali ve yürütmesinin durdurulması kararı verildiğinde, bu karar uygulanmayacak ve kararın kesinleşmesine kadar idarenin tek taraflı iradesiyle tesis ettiği hukuka aykırı işlem varlığını sürdürecektir.*” gerekçesiyle; itiraz konusu kuralın, idarenin tüm işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık olması minvalindeki Anayasa m.125 hükmünü etkisiz hâle getirerek bireyin “hukuk güvenliği”ni açık şekilde zedelediğini ve yargısal denetim aracılığıyla hukukun üstünlüğünün sağlanması amacına zarar verdiğini kaydetmiştir.

Ayrıca, yine bununla bağlantılı olarak, Mahkeme; Anayasa’nın “hak arama hürriyeti” kenar başlığını taşıyan 36. maddesinin birinci fıkrasındaki, “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*” hükmü ile kişilere etkili hak arama imkânı sağlayan güvencelerin tanındığını ve kişilerin “hukuki güvenlik”lerinin etkin bir koruma mekanizmasına kavuşturulduğunu, “hukuk devleti” bağlamında ortaya koymuştur.

Diğer yandan, itiraz konusu kuralın, haciz veya ihtiyati hacze ilişkin idari işlemlerin yürütülmesinin durdurulması yönündeki mahkeme kararlarını da kapsadığını ve yürütmenin durdurulması kararlarının derhâl yerine getirilmesi zorunluluğunu ortadan kaldırması nedeniyle kişilerin telafisi güç veya imkânsız zararlarla karşılaşmalarına yol açabilecek nitelikte olduğunu belirten Anayasa Mahkemesi; “*(i) dari yargıda yürütmenin durdurulması kararıyla güdülen amacın kişilerin hak arama özgürlüklerini daha etkili biçimde kullanabilmelerini sağlamak olduğu gözetildiğinde, böyle bir durumun yürütmenin durdurulması kararlarıyla gerçekleştirilmek istenen hukuksal yararı olumsuz yönde etkileyeceği ve hak arama özgürlüğünü zedeleyeceği açıktır.*” demiş ve idari işlemin uygulanmasıyla telafisi güç veya imkânsız zararların doğacağı durumlarda, mahkemelere yürütmenin durdurulması kararı verme yetkisi tanıyarak kişilere hak arama özgürlüklerini daha etkili biçimde kullanabilme olanağı sağlayan Anayasa’nın 125. maddesinin beşinci fıkrasıyla da bağlantı kurmuştur.

Neticede, gerçekleştirdiği “somut norm denetimi”nde¹⁶ bu gerekçelerden hareket eden Anayasa Mahkemesi; itiraz konusu kuralın, Anayasa’nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğunu belirterek *iptaline* karar vermiş; kural, Anayasa’nın anılan maddelerine aykırı bulunarak iptal edildiğinden, Anayasa’nın

¹⁶ Bkz. *supra.*, dn.12.

35. maddesi yönünden ayrıca inceleme yapılmasına gerek görülmediğini belirtmiş ve kuralın Anayasa’nın 15. maddesiyle ilgisi görülmediğini de ekleyerek, başvuru kararında dayarılan bu iki Anayasa hükmü (AY m.15 ve m.35) yönünden inceleme yapılmamış olmasının “nedeni”ni ortaya koymuştur.

III. Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararının Değerlendirilmesi

Haciz¹⁷ veya ihtiyati haciz¹⁸ uygulamalarıyla ilgili davalarda verilen kararların gereklerinin bu kararlar *kesinleştikten sonra* yerine getirilmesini öngören¹⁹ İYUK m.28/1’in son cümlesi hükmünün,²⁰ yukarıda belirtilen gerekçelerle, Anayasa’nın

¹⁷ *Haciz*; kamu alacağını ödememekte direnen kamu borçlusunun belli mallarının, yetkili tahsil dairesi tarafından, usulü çerçevesinde paraya çevrilerek bedelinin kamu alacaklısına verilmesi amacıyla, kamu borçlusunun bu malvarlığı unsurları üzerindeki zilyetliğinin kaldırılarak, tahsil dairesi zilyetliğinin tesis edilmesi işlemidir. Bkz. Sıddık Sami ONAR (1966b), *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.III, 3. Bası, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, s.1665; Yusuf KARAKOÇ (2000), *Kamu Alacaklarının Tahsil Aşamasında Ortaya Çıkan ve Vergi Yargısında Çözömlenen Uyuşmazlıklar*, Ankara, Yetkin Yay., s.163.

¹⁸ *İhtiyati haciz*; kamu alacağının tahsilini güvence altına almak amacıyla, kanunda belirtilen sebeplere dayanılarak, kamu borçlusunun bazı mal, alacak ve haklarına, önceden ve geçici olarak, idari bir kararla el konulmasıdır. Bkz. Recai DÖNMEZ (1998), *Vergi İcra Hukukunda İhtiyati Haciz*, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yay., s.13. Ayrıca bkz. KARAKOÇ (2000), s.75; ONAR (1966b), s.1655-1656.

¹⁹ Hükmün, “Ancak, haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili vergi davalarında vergi mahkemelerince verilen kararlar hakkında, bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir.” biçimindeki ilk hâlinin (bkz. *supra.*, dn.2) Millî Güvenlik Konseyi görüşmelerinde, Adalet Komisyonu Sözcüsü Hava Hâkim Albay Zeki GÜNGÖR tarafından yapılan, “Komisyon olarak biz, buraya haciz ve ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili vergi davalarında, vergi mahkemelerince verilen kararlar hakkında, bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece yerine getirilmesi şartını getirdik. (...) Vergi davalarının özelliğine binaen bunu getirmiş bulunuyoruz ki, idareye bir takdir hakkı bırakıyoruz.” yolundaki açıklamada (Bkz. Millî Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, C.6, 91. Birleşim, T.06/01/1982, s.34), anılan davalarda verilen kararların kesinleştikten sonra uygulanması bakımından idareye “takdir hakkı” bırakıldığına ilişkin ifade; idarenin, bu davalarda verilen kararları, dilerse “kesinleşmeyi beklemeksizin”, dilerse “kesinleştikten sonra” uygulayabileceği gibi bir intiba uyandırsa da, hükmün gerek ilk şeklinde gerek 10/06/1994 tarih ve 4001 sayılı sayılı Kanun ile değiştirildikten sonraki son şeklinde, bu konuda idareye herhangi bir serbesti tanınmadığı açıkça görölmektedir. Bu itibarla, İYUK’un anılan hükmünün, söz konusu kararların uygulanabilmesi için, bu kararların kesinleşmesinin beklenilmesini zorunlu kıldığı anlaşılmaktadır. Hatta bu davalarda verilen kararların, “kesinleşmesi beklenmeden” uygulanması durumunda, başkaca “sorumluluk” sorunlarının gündeme gelebileceği de açıktır.

²⁰ Tasarı’da, İYUK m.28/1’e ilişkin olarak Hükümetin teklifi, “Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin kesinleşen kararlarının icaplarına göre idare, altmış gün içinde işlem veya eylem tesis etmeye mecburdur.” şeklinde iken (bkz. Millî Güvenlik Konseyi Sıra Sayısı: 312, s.20); Adalet Komisyonu, önce, anılan fıkraya, “yürütmenin durdurulması” kararlarını ekleyip, kararların “kesinleşmiş olma” şartını metinden çıkardıktan sonra (bkz. Millî Güvenlik Konseyi Sıra Sayısı: 312, s.4 ve s.21), “ek rapor”da, söz konusu fıkraya, “vergi davalarının özelliğine binaen” (bkz. *supra.*, dn.19), “Ancak, haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili vergi davalarında vergi mahkemelerince verilen kararlar hakkında, bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir.” cümlesinin eklenmesini kabul etmiştir (bkz. Millî Güvenlik Konseyi Sıra Sayısı: 312’ye 1. Ek, s.19). Hükmün bu şekilde yasalastıktan epeyce sonra, 10/06/1994 tarih ve 4001 sayılı Kanun’un 13. maddesiyle yapılan değişiklik ile; 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un (bkz. *infra.*, dn.45) sadece “vergi davaları”nda değil, diğer “idari davalar”da

2., 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğuna ve iptaline karar veren Anayasa Mahkemesi'nin bu iptal kararının analizinde; öncelikle Mahkeme'nin izlemiş olduğu argümantasyona "yakından bakıp", analitik ve sistematik metotla, kararda "yer verdiği" ve -daha da önemlisi- "yer vermediği" gerekçelerin eleştirel bir yaklaşımla ele alınması gerekmektedir.

Bu bağlamda, Mahkeme, öncelikle itiraz konusu kuralın anlam ve kapsamını, kuralın içinde bulunduğu bağlamı gözeterek, bütünsel bir bakış açısıyla tespit etmektedir. Daha açık bir deyişle, itiraz konusu kural, İYUK'un 28. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi olmakla birlikte; Mahkeme, anılan birinci fıkranın tamamını -fıkra da yer alan üç cümlelin tümünü izah ederek- açıklığa kavuşturma cihetine gitmektedir. Böylece Mahkeme, haciz veya ihtiyati haciz ile ilgili davalarda verilen kararların *kesinleştikten sonra* uygulanacağını öngören hükmün, idari yargı yerlerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının kesinleşmesi beklenmeksizin ve en geç 30 gün içinde uygulanması kuralının bir *istisnası* olduğunun bütünsellik içerisinde görülebilmesini sağlamaktadır.

Ardından, "başvuru kararı"nda dayanılan "hukuk devleti" ilkesini, -eleştiriye açık olmakla birlikte- artık "klasikleşen" tanımıyla²¹ ifade eden Mahkeme; "hukuk güvenliği" ve "hukukun üstünlüğü"ne vurgu yapmakta, bunun için de, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olması gerekliliğine işaret ederek, Anayasa'nın 125. maddesiyle bağlantı kurmaktadır. Bu noktada,

da tatbik olunduğu gerekçesiyle, anılan hükmün yalnızca vergi mahkemelerinde verilen kararlarla sınırlı düzenlemesi, konuyla ilgili davalarda idare mahkemelerince verilen kararlara da teşmil edilerek, hükmün, "idare ve vergi mahkemelerinin kararlarında" uygulanabilecek hâle getirilmesi amacıyla, düzenlemedeki "vergi davası" ve "vergi mahkemesi" ibareleri çıkarılmış (bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Dönem: 19, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 409, s.5 ve s.16-17) ve hükmün -inceleme konusu AYM kararına konu- son hâli şöyle olmuştur: "*Ancak, haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir.*"

Ayrıca burada belirtmek gerekir ki, 06/01/1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'na takaddüm eden, idari yargıya ilişkin -mülga- kanunların hiçbirinde, idari yargı kararlarının "kesinleştikten sonra" uygulanmasını öngören -İYUK m.28/1'in son cümlesi benzeri bir hüküm mevcut değildir. Gerçekten, ne 24/12/1964 tarih ve 521 sayılı Danıştay Kanunu'nda (RG: T.31/12/1964, S.11896) ne 21/12/1938 tarih ve 3546 sayılı Devlet Şûrası Kanunu'nda (RG: T.30/12/1938, S.4098) ne de 23/11/1925 tarih ve 669 sayılı Şûrayı Devlet Kanunu'nda (RG: T.07/12/1925, S.238), -davanın türü ve konusu fark etmeksizin- idari yargı kararlarının "kesinleştikten sonra" uygulanacağına dair bir düzenlemeye rastlanamamaktadır.

²¹ Anayasa Mahkemesi, birçok kararında olduğu gibi, inceleme konumuzu oluşturan bu kararda da, "hukuk devleti"ni; "*eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan devlet*" biçiminde tanımlamış olup ["hukuk devleti" ilkesi hakkında, Anayasa Mahkemesi'nin yapmış olduğu tanımlar için bkz. Ömer İZGİ/Zafer GÖREN (2002), *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu*, C.1, Ankara, Türkiye Büyük Millet Meclisi Basımevi, s.14 vd.]; aslında "totojik" nitelikteki tanımını yinelemiş bulunmaktadır.

“hukuk güvenliğinin ve hukukun üstünlüğünün sağlanması için devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulması yeterli olmayıp yargı mercileri tarafından verilen kararların gecikmeksizin uygulanması da gerekir. Bir işlemin hukuka aykırı olduğu yapılan yargısal denetim neticesinde tespit edilmesine rağmen işlemin iptali yönündeki yargısal kararın uygulanmaması, devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulmasını anlamsız hâle getirir. Zira, hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğü sadece hukuka aykırılıkların tespit edilmesiyle değil bunların tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasıyla sağlanabilir.” ifadelerine yer veren Mahkeme; esasen, Anayasa’nın 125. maddesinin birinci fıkrasında yer alan, “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” kuralını, yargısal denetim sürecinde ve sonucunda verilecek kararların -gereği gibi- uygulanmasını da kapsayacak biçimde yorumlamaktadır.²²

Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan “hukuk devleti” ilkesinden hareketle, “hukuk güvenliği”²³ ve “hukukun üstünlüğü”nün sağlanması bağlamında, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olmasına yönelik Anayasa hükmünü, yargı denetiminde mahkemelerce verilen kararların “uygulanması aşaması”nı da kapsayacak genişlikte “okuyan” Mahkeme; idari işlemlere ilişkin

²² Bu konuda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) 6. maddesinde düzenlenen “adil yargılanma hakkı” bağlamında benzer bir yorum yapmaktadır. Mahkeme’nin bu konudaki yaklaşımını sergilediği pek çok kararı (örneğin bkz. *infra.*, dn.93) bulunmakla birlikte, diğer kararlarında da referans gösterdiği en meşhur kararı için bkz. AİHM: “*Hornsby v. Yunanistan Kararı*”, B.N.18357/91, T.19/03/1997 (HUDOC).

²³ Anayasa Mahkemesi’nin, bu kararında da, önceki kararlarında olduğu gibi, “hukuk güvenliği” ile “hukuki güvenlik” terimlerini birbirinin yerine kullandığı müşahade edilmektedir. Zira kararın bir yerinde, “hukuk güvenliği” terimi kullanılırken; başka bir yerinde, “hukuki güvenlik” teriminin tercih edildiği görülmektedir (bkz. ve karş. *infra.*, dn.24). Anılan iki terimin, birbirinin yerine, özdeş olarak kullanılması, anlam ve sonuç itibarıyla önemli bir farklılığa yol açmasa da; karardaki “terminolojik yeknesaklığı” zedelemektedir. Kanımızca “hukuki güvenlik” teriminin tercih edilmesi daha isabetli olmakla birlikte; “terminolojik tutarlılık ve yeknesaklık” sağlandığı müddetçe, “hukuk güvenliği” teriminin kullanılması da yanlış olmayacaktır. Bu noktada, *Kamu Hukukçuları Platformu* tarafından “Hukuk Güvenliği” konusunda, 2013 yılında düzenlenmiş olan bilimsel toplantıda da anılan “terim sorunu” açısından farklı yaklaşımlar ortaya çıktığından, hangi terimin tercih edilmesi gerektiği hususunda öğretide de görüş birliğinin bulunmadığı tespit edilebilir. Bu bağlamda, BAŞARAN YA-VAŞLAR [bkz. Funda BAŞARAN YA-VAŞLAR (2015), “Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Alt İlkesi Olarak Vergi Hukukunda Yasallık İlkesi”, *Kamu Hukukçuları Platformu 4. Toplantısı (Hukuk Güvenliği)*, 8-9 Kasım 2013, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yay., s.189-238], anılan toplantıda sunmuş olduğu bildirinin başlığında “hukuki güvenlik” terimini kullanmış olmakla birlikte; bildiri metninde, herhangi bir terminoloji tartışmasına girmeksizin, “hukuki güvenlik” ile “hukuk güvenliği” terimlerini, özdeş terimler olarak kabul ettiğini ifade ederken (s.189, dn.1); ÇAĞLAR [bkz. Selda ÇAĞLAR (2015), “Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik - Hukuk Güvenliği İlişkisi”, *Kamu Hukukçuları Platformu 4. Toplantısı (Hukuk Güvenliği)*, 8-9 Kasım 2013, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yay., s.25-139], bildiri başlığında, toplantının konu başlığında tercih edilen terime koşut biçimde “hukuk güvenliği” deyimini kullanmakla birlikte, metinde hem “hukuki güvenlik” hem de “hukuk güvenliği” terimlerine yer vermiş; KATOĞLU ise [bkz. Tuğrul KATOĞLU (2015), “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Hukuki Güvenlik İlkesi”, *Kamu Hukukçuları Platformu 4. Toplantısı (Hukuk Güvenliği)*, 8-9 Kasım 2013, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yay., s.141-183], bildirisinin başlığında ve metninde, “hukuki güvenlik” terimini kullanmayı yeğlediğini açıklamıştır (s.145).

mahkeme kararlarının *gecikmeksizin* uygulanması prensibinin, İYUK m.28/1'in birinci ve ikinci cümleleri ile yasal düzeyde de benimsendiğini; ancak haciz veya ihtiyati haciz ile ilgili davalarda verilen kararlar bakımından bu kurala bir *istisna* getirilerek anılan kararların *kesinleştikten sonra* uygulanmasını öngören İYUK m.28/1'in son cümlesi hükmünün, idarenin tüm işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık olmasına yönelik Anayasa m.125 hükmünü etkisiz kıldığını ifade etmektedir. Mahkeme burada, Anayasa'nın anılan hükmünü etkisiz hâle getirdiği belirtilen itiraz konusu kuralın, bu suretle, bireyin hukuk güvenliğini açıkça zedelediğini ve yargısal denetim aracılığıyla hukukun üstünlüğünün sağlanması amacıyla zarar verdiğini belirterek, "hukuk devleti" ilkesiyle bağlantıyı sürdürmektedir.

Yine "hukuk devleti ilkesi"nden hareketle, "hukuk devleti"nde kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin sağlanması ve korunması esas olduğundan, kişilere etkili hak arama olanağı sağlayan güvencelerin de tanınması gerekliliğini belirten Mahkeme; Anayasa'nın "hak arama hürriyeti"ni teminat altına alan 36. maddeyle, kişilerin "hukuki güvenlik"lerinin²⁴ etkin bir koruma mekanizmasına kavuşturulduğunu ifade etmektedir.

Öte yandan, Anayasa'nın 125. maddesinin beşinci fıkrasında düzenlenen "yürütmenin durdurulması" müessesesinin, kişilere, hak arama özgürlüklerini daha etkili biçimde kullanabilme olanağı sağladığını belirten Mahkeme; itiraz konusu İYUK m.28/1'in son cümlesi hükmünün, haciz veya ihtiyati hacze ilişkin idari işlemlerin yürütülmesinin durdurulmasına yönelik mahkeme kararlarının *derhâl* uygulanma zorunluluğunu bertaraf etmek suretiyle, kişilerin telafisi güç veya imkânsız zararlarla karşılaşmalarına yol açabileceğini ortaya koymaktadır. Bu tespit çerçevesinde, itiraz konusu kuralın, haciz veya ihtiyati hacze karşı açılan davalarda verilen yalnızca "iptal" kararlarını değil, "yürütmenin durdurulması" kararlarını da kapsadığını kabul ettiği anlaşılan Anayasa Mahkemesi; itiraz konusu kuralın, yürütmenin durdurulması kararıyla gerçekleştirilmek istenen hukuksal yararı olumsuz yönde etkileyeceğinin ve hak arama özgürlüğünü zedeleyeceğinin altını çizmektedir.

Hukuk devleti, yargı yolu ve hak arama özgürlüğü ekseninde yapmış olduğu bu değerlendirmeler neticesinde, itiraz konusu İYUK m.28/1'in son cümlesi hükmünün Anayasa'nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğu sonucuna ulaşan Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu iptal kararına, buraya kadar izah olunan gerekçeler bakımından, -"takdim tehir", bağlantıların daha iyi ve sistematik kurgulanması gibi kararın kaleme alınışına ve argümantasyondaki mantık örgüsüne ilişkin bazı ufak "teknik detaylar" olarak adlandırılabilir tekil görüş

²⁴ Kararda "hukuk güvenliği" ve "hukuki güvenlik" terimlerinin bir arada kullanılmış olması nedeniyle "terminoloji birliği"nin sağlanamadığı yönünde bkz. *supra.*, dn.23.

ayrılıkları dışında²⁵ genel olarak katıldığımızı belirtmek isteriz. Bununla birlikte, başvuru kararında ileri sürülen Anayasa’nın 35. maddesine aykırılık iddiası yönünden ayrıca inceleme yapılmamış olması ile itiraz konusu kuralın Anayasa’nın 15. maddesiyle ilgisi görülmediğinin belirtilmesiyle yetinilmiş bulunulmasının eleştiriye açık olduğunu düşündüğümüzün ve daha da önemlisi, itiraz konusu kural ile doğrudan bağlantılı olmasına karşın, Anayasa’nın 138. maddesi ile irtibat kurulmamış ve bu yönden irdeleme yapılmamış olması nedeniyle kararın “teknik” açıdan “eksik” olduğu kanısına vardığımızın da altını çizmek isteriz. Bu bağlamda, başvuru kararında ileri sürülen Anayasa’ya aykırılık iddiaları çerçevesinde *Anayasa’nın 15. ve 35. maddeleri (A)* ile başvuru kararında da değinilmeyen *Anayasa’nın 138. maddesi (B)* yönünden karara ilişkin görüş ve eleştirilerimizi, kararın “düşündürdükleri”nden hareketle, bağlantılı sorunlarla da “genişleterek” ve “genelleştirerek”/“soyutlayarak”, sistematik biçimde aşağıdaki alt başlıklarda ayrı ayrı izah etmekteyiz.

A. Başvuru Kararında Dayanak Gösterilen, Anayasa’nın 15. ve 35. Maddeleri Yönünden Değerlendirme

Anayasa Mahkemesi’ne başvuru kararında; haciz ve ihtiyati haciz işlemlerinin ve bu işlemlere karşı açılan davalarda verilen kararların *kesinleştikten sonra* uygulanmasının “mülkiyet hakkı”nı durdurduğundan hareketle, itiraz konusu İYUK m.28/1-son cümle hükmünün, Anayasa’nın “temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması” kenar başlığını taşıyan 15. maddesi ile “mülkiyet hakkı”nı güvence altına alan 35. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi, bu dayanaklardan ilkini, “*itiraz konusu kural ile ilgisi bulunmadığı*”ndan; ikincisini ise, ileri sürülen diğer dayanaklar çerçevesinde “*hükmün zaten iptal edilmiş olduğu*”ndan bahisle incelememiştir. Mahkeme’nin, “kararın gerekçelendirilmesi” açısından eleştiriye açık olduğunu düşündüğümüz bu yaklaşımı, bahse konu Anayasa hükümleri yönünden aşağıda ayrı ayrı (**§A.1** ve **§A.2**) değerlendirilmektedir.

²⁵ Örneğin; kararda, “*yargı mercileri tarafından verilen kararların gecikmeksizin uygulanması*” zorunluluğunun, esasen Anayasa’nın yalnızca 125. maddesine dayandırıldığı biçiminde anlaşılma-ya müsait kaleme alınış tarzı yerine; Anayasa’nın 2. maddesindeki “hukuk devleti ilkesi” ile 36. maddesindeki “adil yargılanma hakkı” dolayısıyla, idari işlem ve eylemlere karşı yargı yolunun açık olduğunu düzenleyen 125. maddeyle irtibatlandırmaya gidilmesi daha isabetli olabilirdi. [Tabii bu noktada, esas olarak AY m.138/4 yönünden inceleme yapılmasının gerekli olduğu yönündeki görüşümüz için bkz. *infra.*, III. başlık kapsamında, “B. Başvuru Kararında İleri Sürülmeyen, Anayasa’nın ‘Yargı Kararlarının Gecikmeksizin (Derhâl) Uygulanması’ Zorunluluğunu Öngören 138. Maddesi Yönünden Değerlendirme”]. Keza, kararda “terminolojik yeknesaklığı” sağlamak amacıyla, “hukuki güvenlik” ve “hukuk güvenliği” terimlerinin bir arada kullanılması yerine, daha uygun olduğunu düşündüğümüz “hukuki güvenlik” terimi tercih edilebilirdi. Bkz. *supra.*, dn.23-24.

ŞA.1. Anayasa'nın "Temel Hak ve Hürriyetlerin Kullanılmasının Durdurulması"na İlişkin 15. Maddesi Yönünden Değerlendirme

Anayasa Mahkemesi'ne başvuru kararında; Anayasa'nın "temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması" kenar başlığını taşıyan 15. maddesinde yer alan hükümlerin, temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının hangi hâllerde, nasıl durdurulacağını açıkça ortaya koyduğu belirtilmiş; İYUK m.28/1'in son cümlesi hükmünün ise, hukuka aykırı olduğundan bahisle yargı kararı ile iptal edilmiş bir işlemin uygulanmasına devam edilmesi sonucuna yol açmak suretiyle, ancak olağanüstü yönetim usullerinde ve sadece durumun gerektirdiği ölçüde kısmen veya tamamen durdurulabilecek bir temel hak olan "mülkiyet hakkı"nın durdurulması sonucunu doğurduğu, dolayısıyla anılan yasa hükmününün Anayasa'nın 15. maddesi-ne de aykırılığı sebebiyle iptal edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi ise, itiraz konusu İYUK m.28/1'in son cümlesi hükmününün Anayasa'nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğunu, bahsi geçen Anayasa kuralı çerçevesinde ayrı ayrı irdeleyip gerekçelendirdikten sonra; İYUK'un itiraza konu mezkûr hükmününün, Anayasa'nın 15. maddesiyle "ilgisi görülmediği"ni belirtmekle yetinmiştir. Başka bir ifadeyle, başvuru kararında ileri sürülen Anayasa'nın 15. maddesine aykırılık iddiasını, -aslında herhangi bir gerekçe de göstermeksizin değerlendirmemiştir. Her ne kadar, itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 15. maddesiyle ilgisinin görülmediği yolundaki sonuç, -biraz aşağıda izah olunduğu üzere- kanımızca da doğru ise de, kuralın anılan madde ile "neden ilgisi görülmediği"nin de en azından birkaç cümle ile izah edilmesi isabetli olurdu. Zira mahkeme kararlarının gerekçeli olması Anayasal bir kural (AY m.141/3 ve m.153/1) olduğundan; Anayasa Mahkemesi'nin, kararlarını kaleme alırken, hangi hukuki gerekçe ile sonuca ulaştığını tatmin edici biçimde ortaya koyması zorunludur. Hâliyle, kararda yer alan, "*Kuralın Anayasa'nın 15. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.*" yolundaki ifadenin; "gerekçe" olarak nitelendirilmesi oldukça güçtür, hatta olanaksızdır. Zira "gerekçe"; hükmün dayanaklarının, akla, hukuka ve dosya içeriğine uygun biçimde açıklanması²⁶ ve yargı kararının saygınlığının, tatmin ediciliğinin, inandırıcılığının ve yargıcın muhakemesinin, nesnelleşecek metinlere yansımalarıdır.²⁷

Tabii, Anayasa Mahkemesi'nin, İYUK m.28/1'in son cümlesinin Anayasallık denetiminde, "*(k)uralın Anayasa'nın 15. maddesiyle ilgisi görülme(diği)*" yolundaki belirlemeyle yetinerek, ayrıntılı bir irdeleme yapmamış olması; yoğun iş yükü altında bulunan Mahkeme'nin birçok kararında görülmeye alışık olunan bir yaklaşım

²⁶ YCGK: E.1991/8-320, K.1991/347, T.09/12/1991 (KİBB).

²⁷ Yıldızhan YAYLA (1994), "İdari Yargı Kararlarına Üslup ve İçerik Yönlerinden Eleştirel Bir Yaklaşım", *Inan Kıraç'a Armağan*, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yay., s.348. "Gerekçe" kavramına ilişkin olarak doktrinde yapılan çeşitli tanımlar için bkz. Zühal Aysun SUNAY (2016), *İptal Davalarında Gerekçeli Karar Hakkı*, Ankara, Seçkin Yay., s.23-24.

sayılabileceğinden, aslında şaşırtıcı değildir. Başka bir deyişle, Anayasa Mahkemesi, Anayasa’ya uygunluk denetimini gerçekleştirirken, genellikle ileri sürülen bütün Anayasa’ya aykırılık savlarını ayrıntılı biçimde karşılamayabilmektedir. Üstelik kimi zaman Mahkeme’den aksini beklemek de, Anayasa Mahkemesi’nin “yargısal pratiği” gözetildiğinde, hayatın olağan akışı içerisinde pek gerçekçi olmayabilmektedir. Her ne kadar, genel olarak yargı kararlarının “gerekçe” kısmında; ileri sürülen tüm iddiaların, tek tek, ayrıntılı biçimde karşılanmasına gerek bulunmadığı ve esasen yalnızca davanın temeline ilişkin, sonuca etkili, esaslı iddiaların irdelenmesinin yeterli olduğu kabul edilse de;²⁸ anayasa yargısında norm denetiminin işlevi açısından, Anayasa Mahkemesi kararının “gerekçe”sinde, başvuru kararında belirtilen tüm iddiaların tüketici biçimde tartışılmasına ihtiyaç bulunduğu düşünteilebilir. Dolayısıyla, İYUK m.28/1’in son cümlesi hükmünün Anayasa’nın 15. maddesi yönünden incelenmesinde izlenecek yöntem ve gerekçelendirmenin içeriğinin nasıl olması gerektiği de başlı başına tartışma konusudur. Hâl böyle olunca, Mahkeme’nin söz konusu kararda sergilediği yaklaşımının ötesinde, itiraz konusu kuralın Anayasa’nın 15. maddesiyle neden ilgisinin bulunmadığının -kısaca da olsa- izahında yarar vardır.

Bu noktada, Anayasa’nın 15. maddesinde (maddenin inceleme konusu Anayasa Mahkemesi kararının verildiği tarihteki hâlinde) yer alan;

“Savaş, seferberlik, sıkıyönetim²⁹ veya olağanüstü hâllerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler³⁰ dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanınca kadar kimse suçlu sayılamaz.”

²⁸ Örneğin, Anayasa Mahkemesi’ne göre; “Mahkeme kararlarının gerekçeli olması adil yargılanma hakkının unsurlarından birisi olmakla beraber, bu hak yargılamada ileri sürülen her türlü iddia ve savunmaya ayrıntılı şekilde yanıt verilmesi şeklinde anlaşılabilir. Bu nedenle, gerekçe gösterme zorunluluğunun kapsamı kararın niteliğine göre değişebilir. Bununla birlikte başvurucağının ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren usul veya esasa dair iddialarının cevapsız bırakılmış olması bir hak ihaline neden olacaktır.” Bkz. AYM: “Aziz Turhan Başvurusu”, B.N.2012/1269, T.08/05/2014 (RG: T.18/07/2014, S.29064). Ayrıca bkz. AYM: E.2020/70, K.2023/106, T.01/06/2023 (RG: T.03/10/2023, S.32328).

²⁹ Anayasa’nın 15. maddesindeki “sıkıyönetim” ibaresinin, daha sonra madde metninden çıkarıldığı hususunda bkz. *supra.*, dn.13.

³⁰ Burada, maddenin ikinci fıkrasının ilk şeklinde yer alan “ile, ölüm cezalarının infazı” ibaresi, 07/05/2004 tarih ve 5170 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun’un (RG: T.22/05/2004, S.25469) 2. maddesi hükmü uyarınca madde metninden çıkartılmıştır.

hükümünün; savaş, seferberlik ve sıkıyönetim³¹ veya olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasına yönelik kısıtlamaları kapsadığı görüldüğünden, söz konusu hâllere özgü bir düzenleme içermediği açık olan İYUK m.28/1'in son cümlesinin, bu maddeyle ilgisi bulunmamaktadır. Açıkçası, başvuru kararında yer verilen; “2577 sayılı *İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan 'Ancak, haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir.'* hükmü (...), hukuka aykırı olduğu gerekçesini haiz yargı kararı ile iptal edilmiş bir işlemin uygulanmasına devam edilmesi sonucuna neden olmakta, böylelikle, ancak savaş, seferberlik, sıkıyönetim³² veya olağanüstü hâllerde ve sadece durumun gerektirdiği ölçüde kısmen veya tamamen durdurulabilecek olan temel bir hakkın, yani mülkiyet hakkının durdurulması durumu ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, anılan yasa hükmününün Anayasa'nın 15. maddesine de aykırılığı sebebiyle iptali gerekmektedir.” yolundaki argümantasyon isabetli değildir.

Haciz ve ihtiyati haciz işlemlerinin “mülkiyet hakkı”nı kısıtlamasından hareketle, bu işlemlere karşı açılan davalarda verilen kararların gereklerinin, anılan kararlar *kesinleştikten sonra* yerine getirilmesinin, hukuka aykırılığı mahkeme kararıyla tespit edilen bahse konu işlemlerin *-karar kesinleşene kadar-* uygulanmaya devam olunmasına yol açması nedeniyle, itiraz konusu İYUK m.28/1'in son cümlesi hükümünün; ancak savaş, seferberlik, sıkıyönetim³³ veya olağanüstü hâllerde ve durumun gerektirdiği ölçüde durdurulabilecek olan “mülkiyet hakkı”nın “olağan dönemler”de de “durdurulması”nı sonuçladığından bahisle, Anayasa'nın 15. maddesine aykırı olduğunun ileri sürülebilmesi teknik açıdan mümkün görünmemektedir. Zira itiraz konusu kuralın (İYUK m.28/1-son cümle), “mülkiyet hakkı”nı “durdurması”nın değil, “sınırlaması”nın söz konusu olduğu;³⁴ dolayısıyla burada, “sınırlama”yı aşan bir kavram olduğu Anayasa Mahkemesi'nce de kabul edilen³⁵

³¹ Bkz. *supra.*, dn.13.

³² Bkz. *supra.*, dn.13.

³³ Bkz. *supra.*, dn.13.

³⁴ Temel hak ve hürriyetler konusunda “sınırlama” ve “durdurma” kavramları hakkında bkz. Fazıl SAĞLAM (1982), *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yay., s.180-182; Yılmaz ALİEFENDİOĞLU (1996), *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Ankara, Yetkin Yay., s.94-95; Kemal GÖZLER (2000), *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa, Ekin Kitabevi Yay., s.254; Tekin AKILLIOĞLU (1988b), “Temel Hakların Durdurulması”, *Bahri Savcı'ya Armağan*, Ankara, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yay., s.58-62.

³⁵ AYM: E.1992/36, K.1993/4, T.20/01/1993 (RG: T.19/03/1993, S.21529). Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararında, “sınırlama” ile “durdurma” kavramları, karşılaştırmalı olarak şöyle izah edilmektedir: “Sınırlama, belirli bir temel hak ve özgürlüğün Anayasa'da öngörülen ya da belirlenen alanı içinde kişiye sağlanan olanakların Yasa koyucu tarafından daraltılmasıdır. Başka bir anlatımla, sınırlamada, belirli bir temel hak ve özgürlüğün kullanım olanakları sınırlamadan sonra da devam eder. Buna karşılık, temel hak ve özgürlüklerin durdurulması, bunlardan belirli bir süre içinde yararlanılma veya kullanılmalarının olanaksızlığını anlatır. Bu nedenle, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını dur-

“durdurma” kavramı kullanılmak suretiyle, Anayasa’nın 15. maddesinde öngörülen “rejim”e aykırılık bulunduğu savlanmış olmasının isabetli sayılmayacağı düşünülebilir.³⁶ Kaldı ki, *-esasen pek de belirgin olmayan “sınırlama” ile “durdurma” ayırımından daha önce-* başvuru kararında yer alan akıl yürütme çerçevesinde ortaya çıkan irtibatlandırma sonucunda, temel hak ve özgürlükleri kısmen veya tamamen “durduran” bütün kanunlar, temel hak ve özgürlüğü düzenleyen ilgili Anayasa hükmünün yanı sıra, Anayasa’nın 15. maddesine de doğrudan doğruya aykırı olmuş olacaktır. Oysa Anayasa’nın 15. maddesi, yalnızca maddede belirtilen “olağanüstü dönemler”e ilişkin olup; temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının/ durdurulmasının istisnai/özel bir rejime tabi olduğu durumlara münhasır bir düzenleme getirmektedir. Dolayısıyla, Anayasa’nın 15. maddesi, ancak “olağanüstü dönemler”de temel hak ve özgürlüklerin kullanımına ilişkin yasa hükümlerinin Anayasallık denetiminde “ölçü norm” olarak kullanılabilir.³⁷ İtiraz konusu kuralın

durma, onları sınırlamanın ötesinde ve onu aşan bir kavramdır. Temel hak ve özgürlüğü ortadan kaldırmaksızın veya kullanılmaz duruma getirmeksizin bunlardan yararlanılmasının ertelenmesi durdurmadır. Adından da anlaşılacağı gibi, durdurma sürelidir. Diğer yönden yaşam hakkı, kişi ve konut dokunulmazlığı, işkence ve eziyet yasağı, sansür yasağı, gibi kimi hak ve özgürlüklerin durdurulmaları bunların nitelikleri gereği olanaksızdır. Toplantı ve gösteri yürüyüşü, seyahat özgürlüğü, grev gibi belli tekrarlar biçiminde kullanılabilen kimi hak ve özgürlükler durdurulabilir.” Ayrıca, Anayasa Mahkemesi, “olağanüstü hâl düzenlemelerinin yargısal denetimi” bağlamında; Anayasa’nın 15. maddesinde yer verilen “durdurma” kavramının, o hakkın “tamamen kullanılamaz hâle gelmesi” değil, onun kullanımının “geçici olarak askıya alınması” anlamına geldiğini belirtmektedir. Örneğin bkz. AYM: E.2016/205, K.2019/63, T.24/07/2019 (RG: T.31/10/2019, S.30934); AYM: E.2021/104, K.2021/87, T.11/11/2021 (RG: T.25/03/2022, S.31789). GÖZLER’in de tespit ettiği üzere; “durdurma” kavramı, “geçici” nitelik taşıamakla birlikte, “sınırlama”ya nazaran daha ağırdır. Bkz. GÖZLER (2000), s.254.

³⁶ Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin -yukarıdaki dipnotta (bkz. *supra.*, dn.35) ikisine atıf verilen- yakın tarihli kararlarında; “Anayasa(’nın), temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin olarak olağan ve olağanüstü dönemler için iki ayrı hukuki rejim öngör(düğü); (o)lağan dönemde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi Anayasa’nın 13. maddesinde düzenlenmişken olağanüstü dönemde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ya da kullanılmasının durdurulması rejimi(nin) Anayasa’nın 15. maddesinde düzenlen(diğini)” ifade ettiği gözlemlenmektedir. Örneğin bkz. AYM: E.2016/205, K.2019/63, T.24/07/2019 (RG: T.31/10/2019, S.30934); AYM: E.2021/104, K.2021/87, T.11/11/2021 (RG: T.25/03/2022, S.31789). Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi’nin, yine yukarıdaki dipnotta (bkz. *supra.*, dn.35) aynen alıntılanan eski tarihli bir kararında ise; 13/06/1952 tarih ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun (RG: T.20/06/1952, S.8140) ile, dinî bayramların belirli günlerinde günlük gazetelerin basımı ve yayımının yasaklanması olmasının, “olağanüstü durum söz konusu olmaksızın olağan dönemler için kimi hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulması” olarak değerlendirildiği ve Anayasa’nın 15. maddesindeki koşullar bulunmadığından, bu maddeye aykırılık nedeniyle iptal kararı verildiği müşahade edilmektedir. Bkz. AYM: E.1992/36, K.1993/4, T.20/01/1993 (RG: T.19/03/1993, S.21529). Dolayısıyla, her ne kadar biz aksi görüşte olsak da, Anayasa Mahkemesi’nin eski tarihli kararında sergilemiş olduğu bu yaklaşım karşısında; “olağan dönemler”e ilişkin yasa kurallarının da, Anayasa’nın 15. maddesine uygunluk yönünden denetlenilmesi ihtimal dâhilinde görülebilir. Ayrıca bkz. ve karşı. *infra.*, dn.37.

³⁷ ALİEFENDİOĞLU da, yukarıdaki dipnotta (bkz. *supra.*, dn.35) yer verilen eski tarihli Anayasa Mahkemesi kararını eleştirerek; Anayasa’nın 15. maddesinin, sadece maddede sayılan savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulmasıyla ilgili olduğunu ve bu madde, sayılan koşulların dışında, normal Anayasal denetimde uygulanmaması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. ALİEFENDİOĞLU (1996), s.95.

yer aldığı İYUK'ta olduğu gibi, olağan dönem yasalarının Anayasallık denetiminde ise, Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen "sınırlama rejimi"ne uygunluk açısından denetim yapılmak gerekir. Bu anlamda olmak üzere, başvuru kararında itiraz konusu kuralın "mülkiyet hakkı" ile bağlantılandırılması, Anayasa'nın 15. maddesinde "olağanüstü dönemler"e mahsus olarak öngörülen temel hak ve özgürlüklere ilişkin "ayrık (ve daraltılmış) güvence rejimi" kapsamında değil; Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen "genel güvence rejimi" kapsamındaki "ölçülülük ilkesi"³⁸ yönünden yapılabilirdi. Ne var ki başvuru kararında, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının hukuksal rejimi bağlamında Anayasa'nın 13. maddesine hiç değinilmemiş; buna karşılık, "olağanüstü dönemler"e mahsus özel ve ayrık bir rejim öngören 15. madde yönünden irdeleme yapılarak, bu yönden Anayasa'ya aykırılık savında bulunulmuştur.

Bu itibarla, Anayasa Mahkemesi'nin, "*Kuralın Anayasa'nın 15. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.*" yolundaki tespiti, sonuç olarak isabetli olmakla birlikte; anılan tespiti/vargısını doyurucu biçimde gerekçelendirmemiş olması, yani İYUK m.28/1-son cümle hükmünün neden Anayasa'nın 15. maddesiyle ilgisi görülmediğini izah etmemiş olması, aslında başvuru kararında ileri sürülen söz konusu aykırılık iddiası yönünden bir irdeleme yapılmamış olması anlamına geldiğinden ve gerekçeli karar verme zorunluluğu kuralı ile bağdaştırılması güç bir tabloya yol açtığından, eleştiriye açıktır.

ŞA.2. Anayasa'nın "Mülkiyet Hakkı"na İlişkin 35. Maddesi Yönünden Değerlendirme

Anayasa Mahkemesi'ne başvuru kararında; idarenin haciz veya ihtiyati haciz uygulamalarının, kişilerin malvarlıkları üzerinde etkileri bulunduğu açık olduğu, yasalarla idareye verilen haciz veya ihtiyati haciz uygulama yetkisi sınırsız olmadığından, ancak yasalarda öngörülen şartların gerçekleşmesi hâlinde bu yetkinin kullanılabilceği, dolayısıyla haciz veya ihtiyati haciz işlemlerinin iptali istemiyle açılan dava neticesinde verilen karar ile yasalarda öngörülen şartların gerçekleş-

³⁸ "Ölçülülük ilkesi"; sınırlamada başvurulan aracın, sınırlama amacını gerçekleştirmeye *elverişli* olmasını; bu aracın, sınırlama amacı açısından *gerekli* olmasını ve araçla amacın *orantılı* olmasını ifade etmektedir. Bkz. Ergun ÖZBUDUN (2021), *Türk Anayasa Hukuku*, 21. Baskı, Ankara, Yetkin Yay., s.114-115. Ayrıca bkz. Yücel OĞURLU (2002), *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Ankara, Seçkin Yay., s.21 vd. Anayasa Mahkemesi'ne göre, "ölçülülük"; "amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir." Bkz. AYM: E.2013/67, K.2013/164, T.26/12/2013 (RG: T.27/03/2014, S.28954); AYM: E.2015/41, K.2017/98, T.04/05/2017 (RG: T.03/08/2017, S.30143). Ayrıca, "ölçülülük ilkesi"nin "alt ilkeleri" olan *gereklilik*, *elverişlilik* ve *orantılılık* konusunda bkz. AYM: E.2013/158, K.2014/68, T.27/03/2014 (RG: T.09/04/2014, S.28967); AYM: E.2023/97, K.2023/192, T.08/11/2023 (RG: T.08/12/2023, S.32393).

mediği ya da işlemin açıkça hukuka aykırı olduğu sonucuna varılması karşısında, haciz veya ihtiyati haciz uygulamalarının devam etmesi durumunda, Anayasa’nın 35. maddesinde güvence altına alınan “mülkiyet hakkı”nın ihlalinin gündeme geleceği belirtilmiş ve İYUK m.28/1’in son cümlesi hükmü, kişilerin temel hakkı olan “mülkiyet hakkı”nın kullanılmasını engellediğinden, bu hükmün Anayasa’nın 35. maddesine de aykırılığı sebebiyle iptali gerektiği ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi ise, itiraz konusu İYUK m.28/1’in son cümlesi hükmünün Anayasa’nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğunu, bahsi geçen Anayasa kuralları çerçevesinde ayrı ayrı irdeleyip gerekçelendirdikten sonra; İYUK’un itiraza konu anılan hükmünün, Anayasa’nın zikredilen maddelerine aykırı bulunarak iptal edildiğinden bahisle, Anayasa’nın 35. maddesi yönünden ayrıca inceleme yapılmasına gerek görülmediğini belirtmiştir. Gerçekten itiraz konusu kural, zaten Anayasa’ya aykırı bulunarak iptal edilmiş olduğundan, Anayasa’nın 35. maddesi açısından yapılacak incelemenin, kararın sonucuna etkisi olmayacağı açık olmakla birlikte; başvuru kararında dayanak gösterilmesi nedeniyle bu iddianın da karşılanması ve “gerekçelendirme” bakımından, konuyla doğrudan ilintili olan AY m.35 yönünden de irdeleme yapılması daha isabetli olabilirdi.³⁹

Zira “mülkiyet hakkı”na bir sınırlama getirdiği açık olan haciz ve ihtiyati haciz işlemlerine karşı açılan davalarda verilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarının *kesinleşmesinden sonra* idarece işlem tesis edilmesini öngören itiraz konusu kural nedeniyle; hukuka aykırı olduğu mahkeme kararıyla tespit edilmiş olmasına rağmen, haczin ve ihtiyati haczin kaldırılmaması, kişinin malvarlığı üzerindeki tasarruf hakkının kısıtlanmasının devamına yol açmakla, “mülkiyet hakkı”nın sınırlanması bakımından Anayasa’nın 13. ve 35. maddelerinde öngörülen “güvence rejimi” açısından da sorgulanmayı hak etmektedir.⁴⁰ Bu bağlamda, Anayasa’nın 13. maddesi uyarınca; temel hak ve özgürlüklerin, “özlerine dokunulmaksızın”, “yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak” ve “ancak kanunla” sınırlanabileceği ve bu sınırlamaların, “Anayasa’nın sözüne ve ruhuna”, “demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine” ve “ölçülülük ilkesine” aykırı olamayacağı açık olup,⁴¹ Anayasa’nın 35. maddesinde güvence altına alınan “mülkiyet hakkı” da, bu çerçevede tahlil edilmelidir.

³⁹ Hatta başvuru kararında ileri sürülmemiş olsaydı dahi, itiraz konusu hükmün “mülkiyet hakkı” ile doğrudan ilintisi nedeniyle, burada Mahkeme’nin, kendiliğinden (bkz. *infra.*, dn.157), Anayasa’nın 35. maddesine uygunluğu da denetlemesinin gerekliliğinden bahsolunabilir. Bkz. *infra.*, dn.51.

⁴⁰ Bu konuda bkz. YILMAZ (2012), s.1447-1451.

⁴¹ Anayasa’nın “temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması” başlığını taşıyan 13. maddesinde öngörülen unsurları ve “*sınırlamanın sınırları*”nı, Anayasa Mahkemesi’nin konuyla ilgili kararları çerçevesinde somutlaştıran açıklamalar için bkz. ÖZBUDUN (2021), s.109 vd.

Anayasa'nın 35. maddesi, herkesin "mülkiyet hakkı"na sahip olduğunu belirttiğinden sonra; bu hakkın, ancak "kamu yararı"⁴² amacıyla ve "kanun"la sınırlanabileceğini ortaya koymaktadır.⁴³ O hâlde, "mülkiyet hakkı"na bir sınırlama getirdiği açık olan "haciz" ve "ihtiyati haciz" işlemlerine karşı açılan davalarda verilen kararların *kesinleştikten sonra* uygulanmasını öngören İYUK m.28/1-son cümle hükmünün, Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerinde öngörülen "güvence rejimi" ile bağdaşp bağdaşmadığı sorunu, sınırlamanın ancak "kanun"la yapılabilmesi ve bu sınırlamanın "ölçülülük" ilkesine aykırı olamaması noktalarına yoğunlaşarak ele alınmalıdır.⁴⁴ Bunun için ise, öncelikle haciz ve ihtiyati haciz müesseselerinin bizatihi kendilerinin, ardından hacze veya ihtiyati hacze karşı açılan davalarda verilen kararların *kesinleştikten sonra* uygulanmasının, "mülkiyet hakkı"nın teminat altına alan AY m.35 ve dolayısıyla AY m.13 çerçevesinde irdelenmesi gerekmektedir.

Bu bağlamda, haczin ve ihtiyati haczin idari işlemle tesis edilmesinin, ilk bakışta, temel hak ve özgürlüklerin yalnızca "kanun"la sınırlanabilmesi ilkesine aykırılık taşıdığı düşünülebilir de; haciz ve ihtiyati haciz müesseselerinin usul ve esaslarının Kanun'da [Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun (AATUHK)]⁴⁵ öngörülmüş olması nedeniyle, bu açıdan bir aykırılık bulunmadığı söylenebilir.⁴⁶ Başka bir ifadeyle, haciz ve ihtiyati haciz müesseseleri, kanuni

⁴² Muğlak bir kavram olan "kamu yararı" ile ilgili olarak bkz. Tekin AKILLIOĞLU (1988a), "Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* (Prof. Dr. Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı), Y.9, S.1-3, s.11-22. Ayrıca, "kamu yararı" kavramını, sınırlanamamak amacıyla, yine muğlak bir kavramla tanımlayarak, "(k)amu yararı, kamu esenliğinin sağlanmasıdır." diyen (s. 16) KAYA'nın, Danıştay'ın bu kavrama bakış açısını ele aldığı çalışması için bkz. Cemil KAYA (2011), *Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı*, İstanbul, On İki Levha Yay. 1982 Anayasası'nın "kamu yararı" anlayışı ve Anayasa Mahkemesi'nin "kamu yararı" olgusuna bakışı konusunda bkz. N. Münci ÇAKMAK (2013), *İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı*, Ankara, Seçkin Yay., s.408 vd.

⁴³ Buna benzer bir düzenleme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 1 No'lu Protokol'ün, "mülkiyetin korunması"na ilişkin 1. maddesinde de yer almaktadır.

⁴⁴ Burada *Anayasa'ya uygunluk* yönünden yapmış olduğumuz irdelemeyi anılan iki hususa özgülememizin nedeni, kamu alacaklarının tahsili hukukundaki haciz ve ihtiyati haciz müesseselerinin, Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerinde öngörülen *güvence rejiminin* diğer unsurları yönünden açıkça sorun teşkil eden ve bu nedenle de ayrıca tartışılması gereken bir yönünün bulunmamasıdır.

⁴⁵ 21/07/1953 tarih ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun (RG: T.28/07/1953, S.8469). Bkz. AATUHK m.13 vd. ile m.62 vd.

⁴⁶ Gerçekten, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının ancak "kanun"la mümkün olmasından kasıt; bu hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının usul ve esaslarının mutlaka kanunda öngörülmesi olup; anılan kural, her bir kısıtlayıcı ve sınırlayıcı tasarruf için münferiden kanun çıkartılması zarureti bulunduğu anlamına gelmez. Zaten, aksi takdirde, idari işleyişteki temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlayıcı nitelikteki en ufak bir işlem için bile kişiye/duruma özel bir kanun çıkartılması gerekir ki, böyle bir yorum, her şeyden önce "kanunların genelliği ilkesi"ne ve işin doğasına aykırı olacağından, kabul edilemez. Ayrıca, böyle bir ön kabul, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasını -gerekli/zorunlu hâllerde bile- neredeyse olanaksız kılar. Nitekim *kamulaştırma işlemleri*, *imar planları*, *idari yaptırım kararları*, *vergilendirme işlemleri* ve *kolluk işlemleri* gibi idari işlemlerde de,

(yasal) bir dayanağa sahip olduğundan ve 6183 sayılı Kanun’da bu müesseselerin uygulanma şartları etraflıca düzenlenmiş bulunduğundan, bir temel hak ve özgürlük olan “mülkiyet hakkı”nın sınırlanmasının yasal çerçevesi çizilmekte ve böylece adı geçen müessese, Anayasa’nın, temel hak ve özgürlüklerin “ancak kanunla” sınırlanabileceği yolundaki kuralına (m.13) uygun düşmektedir.

Temel hak ve özgürlüklerin ancak “kanun”la sınırlanabileceği kuralına ilişkin bu açıklamadan sonra; diğer yandan, haciz veya ihtiyati haciz müesseseleriyle “mülkiyet hakkı”na getirilen sınırlamanın, Anayasa’da (m.13) öngörülen “ölçülülük ilkesi”ne aykırılık taşıyıp taşımadığına bakıldığında da; genel olarak, haciz ve ihtiyati haciz sebeplerinin, sınırlama amacı açısından “gerekli”, amacı gerçekleştirmeye “elverişli” ve amaçla “orantılı” olduğu söylenebileceğinden; bu bakımdan da bir Anayasa’ya aykırılığın söz konusu olmadığı saptamasında bulunulabilir. Başka bir ifadeyle, “ölçülülük ilkesi”nin alt unsurları olarak kabul edilen; “gereklilik”, “elverişlilik” ve “orantılılık” öğeleri⁴⁷ itibarıyla, haciz ve ihtiyati haciz müesseselerinin, “mülkiyet hakkı”na ilişkin -kuramsal olarak- “ölçülü” bir sınırlama teşkil ettiği söylenebilir.⁴⁸

Fakat İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 28. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde yer alan, “(...) haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir.” yolundaki hüküm karşısında; idarece tesis edilmiş bulunan haciz veya ihtiyati haciz işleminin, “yargı kararına rağmen” etkisini sürdürebilmesinin olanaklı ve hatta zorunlu olması, bu müesseselerin, “mülkiyet hakkı”nı “ölçüsüz” olarak sınırladığı biçiminde yorumlanmaya da elverişlidir.⁴⁹ Zira, haciz veya

“mülkiyet hakkı” başta olmak üzere bazı temel hak ve özgürlüklerin, neticede idari işlem ile sınırlandırılmasına karşın; bu işlemler, ilgili kanunların uygulanması suretiyle, yani bir kanuna dayanılarak tesis edildiklerinden, burada “genel” bir Anayasa’ya aykırılık probleminden bahs olunamaz.

⁴⁷ Bu konuda bkz. SAĞLAM (1982), s.110 vd. Ayrıca bkz. *supra.*, dn.38.

⁴⁸ Her ne kadar haciz ve ihtiyati haczin, *soyut ve kuramsal olarak*, “ölçülülük” ilkesine aykırı olmadığı söylenebilirse de; her bir somut olayda tesis edilen haciz veya ihtiyati haciz işlemlerinin -tekil olarak- “ölçülülük” ilkesi yönünden ayrıca sorgulanabilir olduğu ve bu anlamda, diğer idari işlemler gibi yargısal denetime tabi bulunduğu da unutulmamalıdır. Dolayısıyla, “ölçülülük” konusundaki görüşümüz, haciz ve ihtiyati haciz işlemlerinin tamamının, her hâlükârda “ölçülü” olduğunu ve olaçağın peşinen kabul ettiğimiz biçiminde yorumlanmamalıdır. Başka bir deyişle, haciz ve ihtiyati haciz işlemlerinin ölçülü bir sınırlama teşkil ettiğine ilişkin kanaatimiz, adı geçen müesseselerin bizatihi kendilerine ilişkin olup; her bir haciz veya ihtiyati haciz işlemini, tekil olarak kapsamamaktadır. Yani ölçülülüğe değgin bu saptamamız, “müessese” bazındadır ve tekil uygulamaları, genelgeçer mahiyette içermemektedir. Nitekim tesis edilen her haciz veya ihtiyati haciz işlemine karşı açılan davada, haciz veya ihtiyati haciz işleminin hukuka uygunluğu, “ölçülülük” yönünden de denetlenerek ve müesseselerin kendisine yönelik saptamamızdan sapmalar (ölçüsüzlükler) ortaya çıkabileceklerdir.

⁴⁹ Burada hemen belirtmek gerekir ki; haciz ve ihtiyati haczin, “mülkiyet hakkı”nı “ölçüsüz” biçimde sınırladığına yönelik saptama, haciz ve ihtiyati haciz müessesesini düzenleyen AATUHK hükümlerinden kaynaklanmamakta; hacze veya ihtiyati hacze karşı açılan davalarda verilen kararların, *kesinleştikten sonra* uygulanacağını öngören İYUK m.28/1 hükmünden doğmaktadır. Nitekim bu

ihtiyati haciz işlemi hukuka aykırı bulunarak iptal edilmiş olsa dahi, davalı idarece bu iptal kararına karşı kanun yoluna başvurulması hâlinde, karar kesinleşmemiş olacağından, haciz veya ihtiyati haciz kaldırılmayacak; bu durum ise, kamu borçlusunun “mülkiyet hakkı”nın, nihai nitelikteki bir yargı kararı olan iptal kararına rağmen sınırlanması sonucunu doğuracaktır. Böyle bir sonucun ise, temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların “ölçülülük” ilkesine aykırı olamayacağı yolundaki Anayasal kural ile bağdaştırılması oldukça güç görünmektedir.⁵⁰

Bu itibarla, haciz ve ihtiyati haciz müesseselerinin bizatihi kendileri Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen “mülkiyet hakkı”nın “güvence rejimi”ne aykırılık oluşturmasa da; haciz veya ihtiyati haciz işlemlerine karşı açılan davalarda idari yargı yerlerince verilen kararların *kesinleştikten sonra* uygulanmasını öngören İYUK m.28/1'in son cümlesi hükmünün, idarenin tek yanlı iradesiyle tesis edilen haciz ve ihtiyati haciz işlemlerinin, hukuka aykırılık tespiti içeren “yargı kararına rağmen” etkisini sürdürebilmesini olanaklı ve hatta zorunlu kılması nedeniyle, “mülkiyet hakkı”nı “ölçüsüz” olarak sınırladığı ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin “Anayasal güvence rejimi”ni işlevsizleştirdiği gerekçesiyle, Anayasa'nın 35. maddesine aykırı olduğu sonucuna ulaşılabilir. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 35. maddesine uygunluğu tartışmasına girmemiş ve başvuru kararının bu yöndeki iddiasını karşılamamıştır. Mahkeme'nin burada, aslında yargılama sürecine dair benzeri konulardaki genel eğilimine paralel biçimde, konuyu bir “yargılama usulü” sorunu olarak algıladığı ve dava konusu yapılan hak ve menfaatin korunması açısından, haciz ve ihtiyati haczin ilişkili olduğu -esas hak- “mülkiyet hakkı” bağlamında değerlendirme yapmaktan kaçındığı görülmektedir.⁵¹ Dolayısıyla kararın bu açıdan göze çarpan eksikliği, kararı eleştiriye açık kılmaktadır.

çalışmadaki inceleme konumuzu oluşturan Anayasa Mahkemesi kararında da, haciz ve ihtiyati haciz müesseselerini düzenleyen AATUHK hükümlerinin değil; haciz veya ihtiyati haciz işlemlerine karşı açılan davalarda verilen kararların uygulanma rejimini düzenleyen İYUK m.28/1-son cümle hükmünün Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesi söz konusudur.

⁵⁰ Konuya AİHS perspektifinden bakıldığında; İYUK m.28/1-son cümle hükmü bakımından, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesiyle güvence altına alınan “mülkiyet hakkı”nın -“orantılılık” yönünden- ihlalinin de söz konusu olabileceği düşünülebilir. [“Mülkiyet hakkı”na müdahalede “orantılılık” ve “adil denge” konusunda ayrıntılı bilgi ve AİHM'nin konuyla ilgili kararlarından örnekler için bkz. A. Şeref GÖZÜBÜYÜK/Feyyaz GÖLCÜKLÜ (2013), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 10. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi Yay., s.425 vd.]

⁵¹ Benzer yönde bkz. M. Ayhan TEKİNSOY (2013), *İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması*, Ankara, Savaş Yay., s.148-149. TEKİNSOY, Anayasa Mahkemesi'nin “yürütmenin durdurulması” müessesesine yaklaşımını tahlil ederken; Mahkeme'nin konuya ilişkin kararlarında ortaya çıkan genel eğilimi, “yürütmenin durdurulması”nın “sıradan bir usul sorunu olarak algılanması” ve “kişilerin hak ve menfaatleriyle ilgili olmayan bir ara karar gibi değerlendirilmesi” yönünde saptamış ve Anayasa Mahkemesi'nin bu yaklaşımını, “yürütmenin durdurulması”nın, bir yandan hak arama özgürlüğünün etkin kullanımının bir parçasıyken, bir yandan da dava konusu yapılan hak veya menfaatin korunması açısından etkili bir araç olması nedeniyle eleştirmiştir (s. 148). TEKİNSOY'un,

B. Başvuru Kararında İleri Sürülmeyen, Anayasa’nın “Yargı Kararlarının Gecikmeksizin (Derhâl) Uygulanması” Zorunluluğunu Öngören 138. Maddesi Yönünden Değerlendirme

Haciz veya ihtiyati haciz işlemlerine karşı açılan “idari davalar” da⁵² verilen kararların *kesinleştikten sonra* uygulanmasını öngören İYUK m.28/1’in son cümlesi hükmünün Anayasallık denetimi bakımından, kararın eleştirilmesi bağlamında yukarıda değinilen AY m.15 ve m.35’ten de önemlisi, AY m.138’dir. Zira Anayasa’nın 138. maddesinin dördüncü (son) fıkrası, yargı kararlarının *gecikmeksizin (derhâl)* uygulanması zorunluluğunu ayrıca ve açıkça belirtmektedir. Gerçekten, “*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştire-*

Anayasa Mahkemesi’nin “yürütmenin durdurulması” müessesesine yönelik genel yaklaşımına ilişkin bu tespit ve değerlendirmesi, kanaatimizce “haciz” veya “ihtiyati haciz” ile ilgili idari yargı kararlarının “kesinleştikten sonra” uygulanmasını öngören inceleme konusu İYUK m.28/1-son cümle hükmüne ilişkin Anayasa Mahkemesi kararı açısından da geçerlidir. Zira idari yargı kararlarının “derhâl” uygulanması yolundaki genel kuralın, salt “haciz veya ihtiyati haciz ile ilgili idari yargı kararları” bakımından istisnasına yer verilen yasa hükmünün (İYUK m.28/1-son cümle) Anayasa’ya uygunluğunun denetlenmesinde, esas hak ile bağlantının kurulması gerekliliği çok daha belirgindir. Bu husus, inceleme konusu yasa hükmü açısından (bir faraziyeyle) şöyle somutlaştırabilir: Şayet idari yargı kararlarının -genel olarak- tümünün “kesinleştikten sonra” uygulanmasına yönelik bir yasa kuralının Anayasa’ya uygunluğu denetleniyor olsaydı; bu takdirde, dava konuları itibarıyla çeşitli hak kategorileri ile -nispeten soyut- iribatlandırmalar gündeme gelebileceğinden, Anayasa Mahkemesi’nin, esas hak(lar) ile bağlantı kurması gerekli ve olanaklı olmayabilirdi. Buna karşılık, inceleme konusu kararda olduğu gibi, tüm idari yargı kararlarının değil; yalnızca haciz veya ihtiyati hacze ilişkin idari yargı kararlarının “kesinleştikten sonra” uygulanmasını öngören yasa hükmünün Anayasallık denetiminde, somut ve açık bağlantı bulunan esas hak -“mülkiyet hakkı”- ile de iribat ortaya konulmak suretiyle, bu yönden de inceleme yapılması gerektiği düşünülmektedir. Nitekim, gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin gerek Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru kapsamındaki kararlarında; yargı kararının uygulanmamasının, “adil yargılanma hakkı”nın yanı sıra, “mülkiyet hakkı”nın da ihlaline yol açtığı sonucuna vardığı gözlemlenmektedir. Örneğin bkz. AİHM: “*Burdov v. Rusya Kararı*”, B.N.59498/00, T.07/05/2002 (HUDOC); AYM: “*Davut Yıldız Başvurusu*”, B.N.2020/12623, T.05/09/2023 (RG: T.29/11/2023, S.32384).

⁵² Haciz veya ihtiyati haciz işlemlerine karşı, gerek vergi mahkemelerinde gerek idare mahkemelerinde açılan davaların, aslında “*idari davalar*”dan, “iptal davası” kategorisine dâhil edilmesinin gerektiği kanısında olsak da; vergi mahkemesinde açılan davaları “vergi davası” olarak ayrıca sınıflandıran yaklaşımlar nedeniyle [“vergi davaları”nın hukuki niteliği ve hangi dava kategorisi kapsamında sınıflandırılması gerektiği konusundaki tartışmalar için bkz. Ahmet G. KUMRULU (1989), *Vergi Yargılama Hukukunun Kuramsal Temelleri*, Ankara, s.103 vd.; Civan TURMANGİL (1982-1987), “Vergi Davasının Hukuksal Niteliği”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.39, S.1-4, s.125-156; Metin TEKGÜNDÜZ (1983), “İdari Dava Türleri ve Vergi Davası”, *Danıştay Dergisi*, Y.13, S.50-51, s.56-59; Turgut CANDAN (1984), “Vergi Uyuşmazlıkları ve İdari Davalar”, *Danıştay Dergisi*, Y.14, S.54-55, s.31-40; Lütfi DURAN (1988), “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararıyla Vergi Davalarının Çözümü (II)”, *Amme İdaresi Dergisi*, C.21, S.1, s.63-77; K. Burak ÖZTÜRK (2009), “İdari Yargılama Hukuku Yönünden Vergi Davası Kavramına İlişkin Kısa Bir Değerlendirme”, *Prof. Dr. Mualla Öncel’e Armağan*, C.II, Ankara, Ankara Üniversitesi Yay., s.1111-1124; Münci ÇAKMAK (2021), *İdari Yargılama Usulünde Vergi Davaları*, Ankara, Seçkin Yay., s.37-52]; burada, genel ve kapsayıcı nitelikteki -idari fonksiyondan doğan ve idari yargıda görülen davaları ifade eden- “*idari dava*” deyimini kullanmayı yeğlemiş bulunuyoruz. [“İdari dava” deyiminin; idarenin, idare hukukuna dayanarak yaptığı eylem ve işlemlerden kaynaklanan ve idari yargıda görülen dava anlamına geldiği yönünde bkz. A. Şeref GÖZÜBÜYÜK/Turgut TAN (2017), *İdare Hukuku*, C.II: İdari Yargılama Hukuku, 9. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi Yay., s.257].

mez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.” kuralını havi AY m.138/4’te; “yasama” ve “yürütme” organları ile “idare”nin, mahkeme kararlarına “uymak” zorunda olduğu belirtilmiş ve mahkeme kararlarının hiçbir suretle “değiştirilemeyeceği” ve bunların yerine getirilmesinin “geciktirilemeyeceği” vurgulanmıştır. Bu itibarla, “Ancak, haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir.” yolundaki itiraz konusu kuralın doğrudan doğruya bağlantılı olduğu Anayasa hükmü, görüldüğü gibi, 138. maddede yer almaktadır. Dolayısıyla, itiraz konusu kuralın Anayasa’ya uygunluğunun denetiminde ilk olarak 138. madde yönünden inceleme yapılması gerekir. Lakin, ne Anayasa Mahkemesi’ne başvuruda bulunan İstanbul 5. Vergi Mahkemesi 138. maddeye aykırılığı ileri sürmüş ne de Anayasa Mahkemesi Anayasa’nın bahsi geçen hükmü yönünden bir değerlendirme yapmıştır.⁵³ İşte bu nedenle, inceleme konusu Anayasa Mahkemesi kararında ki en önemli eksikliğin, anılan noktada yoğunlaştığı düşünülmektedir.

Hâl böyle olunca, itiraz konusu kuralın Anayasallık denetiminde en “temel” ve “doğrudan” ölçü norm konumunda bulunduğunu düşündüğümüz AY m.138/4 hükmünün anlam ve kapsamını izah etmek suretiyle, İYUK m.28/1’in son cümlesinin Anayasa’nın anılan hükmüne aykırılığı meselesinin, bağlantılı konu ve sorunlarla birlikte irdelenmesi gerekmektedir. Bu anlamda, aşağıda öncelikle AY m.138/4’ün içeriği ortaya konulduktan (**§B.1**) sonra, İYUK m.28/1-son cümle hükmü bağlamında, idari yargı kararlarının “kesinleştikten sonra” uygulanmasına ilişkin yasa hükümlerinin AY m.138/4’e aykırılığı üzerinde durulmakta (**§B.2**) ve hemen ardından, konunun/sorunun bir başka boyutunu teşkil eden, diğer yargı kollarındaki kararların “kesinleştikten sonra” uygulanmasına ilişkin yasa hükümlerinin AY m.138/4’e aykırı olup olmadığı tartışılmakta (**§B.3**) ve nihayet, inceleme konusu Anayasa Mahkemesi kararında AY m.138/4’e hiç değinilmemiş olması nedeniyle, norm denetim tekniği açısından yapılan eleştiri (**§B.4**) ile genel olarak yargı kararlarının uygulanması rejiminin Anayasa’nın m.138/4 hükmü ile irtibatı, bilhassa sorunlu noktalara odaklanılarak, çeşitli açılardan değerlendirilmektedir.

§B.1. Anayasa’nın m.138/4 Hükmünün Anlam ve Kapsamı

Anayasa’nın, “mahkemelerin bağımsızlığı” kenar başlığını taşıyan 138. maddesinin, “Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.” şeklindeki dördüncü fıkrasının; *Devlet organlarının, yargı kararlarına uyması zorunluluğunun altını çizdiği*

⁵³ Bkz. *infra.*, dn.157.

ve Devlet organlarının, yargı kararlarını uygularken, kararları değiştirmesini ve uygulamayı geciktirmesini yasakladığı görülmektedir. Dolayısıyla Anayasa’nın anılan hükmü, “Devlet organlarına hitap eden” “tüm yargı kararları”nın, ilgili organ tarafından “değiştirilmeksizin” ve “geciktirilmeksizin” uygulanmasını emretmektedir. İlk bakışta son derece açık ve net bir düzenleme getirdiği izlenimi uyandıran bahse konu hüküm, ayrıntılı olarak incelendiğinde, kapsamı ve sonuçları itibarıyla çetrefil sorunlara gebe görünmektedir.

Gerçekten, bu noktada mezkûr hükme ilişkin olarak pek çok soru(n) akla gelebilir. Söz gelimi, anılan hükmün metninde diğer Devlet organları açıkça zikredilmişken, *yargı organının* sayılmamış olmasının pratik sonucu var mıdır?⁵⁴ Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı konusunda düzenleme getiren AY m.153/6’nın, *tüm Devlet organlarının* yanı sıra, *gerçek ve tüzel kişileri* de -yani özel hukuk kişilerini de- kapsayan lafzından farklı olarak; m.138/4’te “*yasama ve yürütme organları ile idare*” ibaresiyle yetinilmiş olması, sonuç itibarıyla herhangi bir farklılığa yol açar mı?⁵⁵ AY m.138/4, “*yasama ve yürütme organları ile idare*”nin, yalnızca *bizzat davalı konumunda* buldukları davalarda verilen kararları uygulama zorunluluklarına ilişkin bir kural mı getirmektedir; yoksa *bizzat davalı konumunda bulunmayan Devlet organının* da, -duruma göre- davalı konumundaki diğer bir Devlet organı hakkında verilen kararı uygulamasını da mı kapsamaktadır?⁵⁶ Sayıları artırılabilir olan bu soru(n)lardan,⁵⁷ zikredilen sonuncusu; esasen, idarenin davalı konumunda bulunduğu davalarda verilen kararların idarece uygulanması aşamasına ilişkin olarak *yasal düzenleme yapılması* bağlamında, m.138/4’ün, yasa koyucu için de herhangi bir sınır çizip çizmediğinin ve yasama organına da bir yükümlülük yükleyip yüklenmediğinin saptanması açısından mühimdir. Yasa koyucunun, kural olarak, herhangi bir davada verilen -somut- karara müdahale etmesinin, örneğin verilmiş bir “kesin hükmü” ortadan kaldırmaya yahut etkisiz kılmaya yönelik bir kanun çıkarmasının mümkün olamayacağı AY m.138/4’ten hareketle rahatlıkla savunulabilir olmakla birlikte; m.138/4’ün, yasa koyucunun, genel olarak yargı kararlarının uygulanması aşamasına yönelik olarak yapabileceği düzenlemeler ile getirebileceği ilke ve kurallar açısından “sınırı”nın ne olduğunun tespiti çok kolay değildir. Bu durum, bilhassa,

⁵⁴ Bkz. *infra.*, i.

⁵⁵ Bkz. *infra.*, ii.

⁵⁶ Bkz. *infra.*, ii.

⁵⁷ Örneğin; “AY m.138/4’te geçen ‘mahkeme kararları’ ibaresi, bütün yargı kollarını ve yargı yerlerinde verilen bütün kararları kapsamakta mıdır?” (Bkz. *infra.*, iii.); “anılan hükümde yer alan, ‘mahkeme kararlarının hiçbir suretle değiştirilemeyeceği’ yolundaki kural ne anlama gelmektedir?” (Bkz. *infra.*, iv.); “anılan hükmün, ‘mahkeme kararlarının yerine getirilmesinin geciktirilemeyeceği’ne ilişkin düzenlemesinin anlamı ve sonucu nedir?” (Bkz. *infra.*, v.) gibi soru(n)lar da, AY m.138/4’teki düzenlemenin izahı açısından önem arz etmektedir.

yargı kararının “kesinleştikten sonra” uygulanmasını öngören yasa kurallarının, AY m.138/4’te öngörülen “*gecikmeksizin (derhâl) uygulama*” kuralı ile bağdaşık bağdaşmadığı sorunu yönünden önem kazanmaktadır. Bu nedenle, Anayasa’nın anılan hükmünün, yasa koyucunun, yargı kararlarının “kesinleştikten sonra” uygulanmasına yönelik düzenleme(ler) getirip getiremeyeceği sorunu bağlamında ele alınması, inceleme konumuzu oluşturan Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edilen İYUK m.28/1’in son cümlesi hükmü açısından elzemdir. Bu bağlamda, Anayasa’nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasının anlam ve kapsamını, yukarıda belirtilen soru(n)lar ekseninde -esas olarak “*gecikmeksizin uygulama*” ilkesinin sonuçlarına özgüleyerek-⁵⁸ açıklığa kavuşturabilmek amacıyla, aşağıda yer alan (*i ila v*) ve her biri ayrıca derin analize tabi tutulması gerekip tartışmaya değer görülen beş temel belirlemede bulunulabilir:

- i. AY m.138/4, yargı kararlarının uygulanması bağlamında, *tüm Devlet organlarına* yükümlülük getirmektedir.⁵⁹ Başka bir deyişle, *yasama, yürütme* -bu bağlamda *idare-* ve *yargı* organları, normun (AY m.138/4’ün) muhatabı konumunda olup; kendilerine “hitap eden” yargı kararlarını uygulamak (karar gereklerini yerine getirmek) zorundadır. Her ne kadar madde metninde “*yargı organı*” açıkça zikredilmemiş olsa da,⁶⁰ yargı organının da *idari fonksiyona*⁶¹ dâhil işlem ve eylemleri bulunduğundan, yargı organına hitap eden yargı kararları bağlamında, madde metnindeki “idare” kavramının *organ* değil de *fonksiyon* olarak anlaşılması yahut yargının asli ve özgün fonksiyonu olan yargı fonksiyonu dışında kalan (idari fonksiyon ya da özel hukuk alanındaki) işlem ve eylemleri bakımından “idare” olarak değerlendirilmesi;

⁵⁸ İnceleme konumuzu teşkil eden Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edilen yasa hükmü (İYUK m.28/1-son cümle), haciz veya ihtiyati haciz işlemleri hakkındaki idari yargı kararlarının “kesinleştikten sonra” uygulanmasına ilişkin olduğundan; hareket noktamız, AY m.138/4’ün, sayılan Devlet organlarının yargı kararlarının “*uygulanmasını geciktiremeyeceği*”ne özgü boyutudur. Her ne kadar, “gecikmeksizin uygulama”nın anlamının ve sonuçlarının kavranabilmesi bakımından, -hükmün bütüncül bir yaklaşımla ele alınması gerekliliği göz ardı edilemeyeceğinden- burada anılan hükmün diğer boyutlarına da değinilmekteyse de; hükmün anlam ve kapsamına dair tüm açıklama ve tespitlerimizin, aslında inceleme konumuzun odağında yer alan “kesinleştikten sonra uygulama” sorunsalı etrafında/bağlamında temellendirildiğinin de, peşinen altı çizilmelidir.

⁵⁹ ULER de, 1961 Anayasası döneminde yazmış olduğu eserinde; 1961 Anayasası’nın -günümüzde 1982 Anayasası’nın 138. maddesine tekabül eden- 132. maddesinde (f.3) yer alan, “*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır (...)*” hükmünün, yargı kararlarının “bağlayıcılığı”nı ve “uygulanmaları gereği”ni, bütün Devlet organları için belirtmiş olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Yıldırım ULER (1970), *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., s.80.

⁶⁰ Bkz. *infra.*, dn.74.

⁶¹ “İdari fonksiyon”; yasama ve yargı fonksiyonları ile yürütme organının salt siyasal nitelikli faaliyetleri dışında, devletin gündelik toplumsal gereksinmelerini karşılamak amacıyla yürütülen tüm kamusal faaliyetlerden oluşmaktadır. Bkz. Metin GÜNDAY (2011), *İdare Hukuku*, 10. Baskı, Ankara, İmaj Yay., s.14.

böylece yargı organının da kendisine hitap eden yargı kararlarını uygulama zorunluluğunun bulunduğu kabul edilmesi gerekmektedir.⁶² Tabii burada hemen, yargı organının “yargı fonksiyonu”nun madde kapsamında olmadığına da altını çizmek gerekir. Zira, “yargı bağımsızlığı”nı düzenleyen ve “kuvvetler ayrılığı” bağlamında buna ilişkin güvenceler öngören AY m.138 hükmünün, yargılama faaliyeti içerisinde verilen kararların uygulanmasına da teşmili mümkün görünmemektedir. Bu itibarla, söz gelimi temyiz merciinin bozma kararının bölge idare mahkemesi tarafından uygulanmasının, yargı fonksiyonu kapsamındaki kararın yargılama süreci içerisinde -kural olarak- yargı organına hitap etmesi nedeniyle, AY m.138/4 kapsamına girmediği söylenebilir. Nitekim aksi takdirde, bölge idare mahkemesinin temyiz incelemesi neticesinde verilen bozma kararına direnebilmesini (ısrar kararı verebilmesini) öngören yasa kurallarının, kararın “aynen” ve “derhâl” uygulanmasını emreden AY m.138/4 hükmü ile bağdaştırılabilmesi mümkün olamaz.⁶³ Aynı yargı kolu içerisinde kararların uygulanması açısından -AY m.138/4’ün kapsamına dâhil olmadığı yolunda- yapmış olduğumuz bu belirleme, farklı yargı kolları arasında da kabul edilmek gerekir.⁶⁴ O hâlde, AY

⁶² Nitekim Anayasa’nın 125. maddesinde yer alan, “*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.*” hükmünde, esasen salt “idare” zikredilmiş olmakla birlikte; “yasama organı” ve “yargı organı” da, kendilerine münhasır olan asli fonksiyonları -yasama fonksiyonu ve yargı fonksiyonu- içerisindeki işlem ve eylemleri dışında, anılan maddenin kapsamı dâhilinde kabul edilmekte ve dolayısıyla, *Devlet organlarının* “idari fonksiyon” içerisindeki işlem ve eylemleri ile “özel hukuk” alanındaki etkinliklerinin, yargısal denetime tabi olacağı sonucuna ulaşılmaktadır. O hâlde, Anayasa’nın 125. maddesinden hareketle, yargı organının kendi asli fonksiyonu -yargı fonksiyonu- dışındaki işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu benimsendiğine göre; yargı organının bu işlem ve eylemlerinin yargısal denetiminde verilen kararların uygulanması bakımından, yargı organının da, Anayasa’nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasının muhatabı konumunda bulunduğu kabul edilmesi, “tutarlılık” açısından elzemdir.

⁶³ Örneğin, idari yargı kolu açısından, İYUK m.50/3; Danıştay’ın temyiz incelemesi sonucunda vermiş olduğu bozma kararı bölge idare mahkemesine gönderildiğinde, mahkemenin bu bozma kararına “uyabileceği” gibi, bozma kararına uymayarak eski kararında “ısrar” da edebileceğini düzenlemektedir. Burada, “ısrar (direnme) kararı”, aslında, temyiz merciinin kararının, bölge idare mahkemesince, “aynen” ve “derhâl” uygulanmaması anlamına gelmektedir. Ama bu durum, Anayasa koyucunun m.138/4’te “yargı”yı açıkça saymamış/belirtmemiş olmasının, “yargı fonksiyonu”nun kendi içerisinde (yargılama süreci içerisinde), mahkemelerin birbirine hitap eden kararlarının uygulanmasını dışlaması sonucunu doğurduğu biçiminde yorumlanmasını gerektirdiğinden, Anayasa’nın m.138/4 hükmüne aykırılık taşımamaktadır. İdari yargıda bölge idare mahkemesinin “ısrar kararı” verebilmesini olanaklı kılan yasa kuralları yönünden yapmış olduğumuz bu değerlendirme, aynı öncüllerden hareketle, diğer yargı kolları açısından da geçerlidir. Başka bir deyişle, gerek idari yargı kolunda gerek diğer yargı kollarında öngörülen “ısrar kararı” müessesesi Anayasa’ya aykırı değildir.

⁶⁴ Karş. Bahtiyar AKYILMAZ/Murat SEZGİNER/Cemil KAYA (2023), *Türk İdare Hukuku*, 17. Basıkı, Ankara, Seçkin Yay., s.90-92. Anayasa’nın 138. maddesini, yargı kararlarının “bağlayıcılığı” yönünden değerlendiren AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA; anılan maddede, “yasama ve yürütme organları ile idare”nin sayılmış olmasına karşın; bir başka Devlet erki olan “yargı organı”na yer verilmemiş olmasının “bilinçli” bir tercih olduğunu ve fakat bu durumun, kesinlikle bir yargı kararının bir başka yargı organını bağlamayacağı anlamına gelmediğini ifade etmekte; nitekim, tarafları

m.138/4 hükmünün, yasama organı, yürütme organı ve idareyi tüm fonksiyonları bakımından; yargı organını ise, yargı fonksiyonu dışındaki fonksiyonları bakımından kapsamına aldığı sonucuna ulaşılabilir.

- ii.** AY m.138/4 hükmünün, kural olarak, *tüm Devlet organlarına*, yargı kararlarının uygulama zorunluluğu getirdiği yönündeki saptamanın *-esasen aşağıda⁶⁵ çeşitli olasılıklar çerçevesinde etraflıca tartışılan, ama burada da anılan hükmün anlam ve kapsamının belirlenmesi bağlamında, tartışmanın temel eksenini ortaya koymak amacıyla değinilmesi gereken, aslında tereddüde sevk edebilecek-* iki sonucu bulunmaktadır:

Birincisi, bu organların işlem ve eylemlerine yönelik yargı kararları, *ilgili organ tarafından* yerine getirilmek zorundadır. Bu noktada somut olarak, yargı kararının gereğini yerine getirme yükümlülüğü, her ne kadar -kural olarak- *davalı* konumundaki Devlet organına ait olsa da, bu konuda her zaman bir örtüşme bulunmayabileceği hatırdta tutulmalıdır. Yani *“ilgili organ/kuruluş/birim/makam”*, her zaman davalı taraf konumundaki *“organ/kuruluş/birim/makam”* olmayabilir.⁶⁶ Nitekim yukarıda -davanın taraflarından hareketle- *“davalı”* ibaresini kullanmak yerine, -karar gereklerinden hareketle- *“hitap eden”* ibaresini kullanmayı tercih etmemizin sebebi de, normun, bu örtüşmenin olmayabileceği durumları da kapsadığını düşünmemizdir. O hâlde, AY m.138/4 hükmünün, bir yandan Devlet organlarının, *bizzat davalı konumunda* buldukları davalarda verilen kararları uygulama zorunluluklarına ilişkin bir kural getirirken; diğer yandan bizzat davalı konumunda olmayan Devlet organının da, davalı konumundaki diğer bir Devlet organı hakkında verilen kararı uygulamasını kapsayıcı mahiyet arz ettiği savunulabilir. Bu noktada yürütme ve yasama organlarının, konum ve yetkileri dolayısıyla özel bir önemi bulunmaktadır. Sahiden, *“yürütme organı”*nın, yargı kararlarının uygulanmasını engelleyecek mahiyette kararlar alması, söz gelimi geçmişteki

ve konusu aynı olan ve farklı yargı yerlerinde dava konusu edilen hukuki uyumsuzluklarda, yargılama faaliyeti, aynı maddi sebeplerin ve aynı ihlalin araştırılması niteliğinde ise, bir yargı yeri tarafından verilen kararın, öteki yargı yerini bağlayacağını belirtmektedirler (s. 92). Yine adı geçen müellifler; Anayasa'nın 138. maddesinde, mahkeme kararlarına uymak zorunda olanlar arasında *“yargı organı”*nın sayılmamış olmasını, ilkin, Anayasa'nın, yargı organının *“bağımsızlığı”*na büyük önem vermesi ve hâkimlerin *“kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre”* hüküm vereceklerinin belirlenmiş olmasından; ikinci olarak ise, her biri farklı hukuki yararları koruyan ve aralarında işbölümü bulunan yargı kollarının bağlantılı oldukları maddi hukuk dalları yönünden, tarafları ve konusu aynı olan uyumsuzlukların bazen farklı değerlendirmelere tabi tutulabilmelerinden kaynaklandığını ifade etmektedirler (s. 91-92). Ayrıca bkz. ve karşı. *infra.*, dn.75.

⁶⁵ Bkz. *infra.*, *“Ş.B.3. İdari Yargı Dışındaki Yargı Kollarında Verilen Kararların ‘Kesinleştikten Sonra’ Uygulanmasına İlişkin Yasa Hükümlerinin Anayasa'nın m.138/4 Hükmüne Aykırılığı Sorunu”*.

⁶⁶ Keza davalı konumunda bulunan Devlet organı dışındaki Devlet organlarının da, karar gereklerini doğrudan yerine getirme yükümlülüğü olmasa da, karar gereklerinin yerine getirilmesini engellemeye yükümlülüğünün mevcudiyetinde duraksanamaz.

Bakanlar Kurulu⁶⁷ “prensip kararı” örneklerinde⁶⁸ olduğu gibi, idarenin, -somut ya da soyut olarak- yargı kararlarını uygulamasına müdahale edebilmesi mümkün olmadığı gibi; “yasama organı”nın da, aynı şekilde, -somut yahut soyut olarak- yargı kararlarının uygulanmasını engelleme olanağı bulunmadığı belirtilmelidir. Bu açıdan, yargı kararlarının uygulanması aşamasına ilişkin teknik ve ayrıntılı yasal düzenlemeler yapma yetkisini haiz bulunan yasama organının, ancak AY m.138/4’te öngörülen çerçeve dâhilinde norm koyabileceğinin altını çizmek gerekir.⁶⁹ Daha açık bir ifadeyle, *idarenin*, davalı konumunda bulunduğu bir davada verilen iptal ya da yürütmenin durdurulması kararının gereklerini yerine getirme yükümlülüğünün yanı sıra; *yasama organının* da, idarenin bu kararın gereklerini yerine getirmesine engel olmama yükümlülüğü⁷⁰ bulunmaktadır ki; *yasama organının* bu yükümlülüğü, bir yandan somut yargı kararına müdahale etmeme ve yasa çıkartarak kararı

⁶⁷ Burada belirtmek gerekir ki, 16/04/2017 tarihli halkoylamasıyla kabul edilen 21/01/2017 tarih ve 6771 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” (RG: T.11/02/2017, S.29976) ile gerçekleştirilen *Anayasa Değişikliğiyle*, “Bakanlar Kurulu” müessesesi lağvedilmiştir.

⁶⁸ ÇİTOSAN ve USAŞ’ın yabancılara blok satış yöntemiyle özelleştirilmesine ilişkin Yüksek Planlama Kurulu kararlarının iptaline ilişkin idari yargı kararlarının uygulanmasının hukuken mümkün olmadığı yönündeki 27/04/1992 tarihli “Bakanlar Kurulu Prensip Kararı” için bkz. GÖZÜBÜYÜK/TAN (2017), s.602-603, dn.846.

Anılan “Prensip Kararı”nın iptali istemiyle Türkiye Barolar Birliği tarafından açılan davada, Danıştay 10. Dairesi’nin, söz konusu “Prensip Kararı”nın hukuka aykırı olduğundan bahisle vermiş olduğu iptal kararı için bkz. D.10.D: E.2002/4061, K.2004/5219, T.28/05/2004 (KİBB). [Danıştay 10. Dairesi’nin bu kararı, İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından onanmış <bkz. DİDDK: E.2005/161, K.2006/554, T.08/06/2006 (KİBB)> ve karar düzeltme istemi de reddedilmek suretiyle <bkz. DİDDK: E.2006/4531, K.2008/1898, T.06/11/2008 (KİBB)> kesinleşmiştir.]

⁶⁹ Nitekim, Anayasa Mahkemesi’ne göre; Anayasa’nın m.138/4 hükmü uyarınca, “*yürütme organı ile idarenin yanı sıra yasama organı da yargı kararlarına uymak zorunda olup anılan kararların yerine getirilmesini geciktiremez. Bu itibarla mahkeme kararlarının icra edilmemesine veya icra edilmesini geciktirmeye yönelik yasal düzenlemeler Anayasa’nın 138. maddesiyle de bağdaşmayacaktır.*” Bkz. AYM: E.2019/93, K.2023/87, T.04/05/2023 (RG: T.28/07/2023, S.32262). Ayrıca, Anayasa’nın, “mahkemelerin bağımsızlığı” kenar başlığını taşıyan 138. maddesini bütünsel biçimde ele alan Anayasa Mahkemesi [bkz. AYM: E.2009/89, K.2011/40, T.10/02/2011 (RG: T.07/02/2012, S.28197); AYM: E.2004/56, K.2007/26, T.15/03/2007 (RG: T.29/05/2007, S.26536)]; anılan kuralla, “*yargı yetkisinin kullanılmasının herhangi bir şekilde engellenmesi veya etki altına alınması(nın) önlenmek isten(diğini)*” belirtmek suretiyle, “yargısal denetim”in *gereği gibi* gerçekleşmesi perspektifinden bir değerlendirme yapmakla; yasama organının da, “yargı yetkisinin kullanılmasını herhangi bir şekilde engellemek” ve “yargının etki altına alınmasını önlemek” bakımından yükümlülüğünü örtülü biçimde de olsa kabul etmiş olmakta ve kanımızca, yargısal denetimin gereği gibi gerçekleşmesinin doğal sonucu ve ayrılmaz parçasını teşkil eden “kararların uygulanması” aşamasına yönelik yasal düzenlemeler yaparken, AY m.138’de öngörülen ilkelerle “sınırlı” olduğu yönündeki saptamamızı -belki biraz dolaylı da olsa- destekler bir yaklaşım ortaya koymaktadır. Bu saptamamızı çok daha güçlü biçimde destekleyen, görece daha yakın tarihli Anayasa Mahkemesi kararları da vardır: Bkz. *infra.*, dn.73.

⁷⁰ Yasama organının yargı kararlarıyla bağılılığı, daha çok edilgendir (pasiftir). Bkz. ULER (1970), s.80.

ortadan kaldırmama zorunluluğunu,^{71,72} bir yandan da genel olarak yargı kararlarının uygulanması aşamasına ilişkin yasal düzenlemeler yaparken, yargı kararlarının “gereği gibi” uygulanmasını sağlama ölçütünden hareket etme ödevini ifade etmektedir.⁷³

⁷¹ Anayasa Mahkemesi'ne göre; “*Yasama organının mahkeme kararlarını değiştirememesi ilkesi, yasama organının kesinleşmiş olan mahkeme kararlarını kanun yoluyla ortadan kaldıramaması anlamına gelir. Mahkeme kararının kanun yoluyla değiştirilememesi ilkesi, maddi hukukta herhangi bir değişiklik yapmaksızın sadece somut mahkeme kararlarının kanun yoluyla değiştirilmesi ya da uygulanmasının engellenmesi hâlleri için söz konusu olacaktır.*” Bkz. AYM: E.2015/88, K.2016/156, T.07/09/2016 (RG: T.19/10/2016, S.29862). Aynı yönde bkz. AYM: E.2014/92, K.2016/6, T.28/01/2016 (RG: T.03/03/2016, S.29642).

⁷² Bu noktada, yargı organı tarafından iptal edilen bir işleme, yasama organı tarafından yasa çıkartılmak suretiyle “geçerlilik” sağlanması olarak -kabaca- tanımlayabileceğimiz “yasal geçerlik sağlama” ya da bir başka ifadeyle “yasayla geçerlik sağlama/yasayla geçerli kılma” (*validation législative*) yöntemine başvurulabilmesi de, AY m.138/4 karşısında, kural olarak mümkün görünmemektedir. Aynı yönde bkz. Ramazan ÇAĞLAYAN (2004), *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, 3. Baskı, Ankara, Asil Yay., s.205. Ayrıca bkz. Ahmet Şükrü ÖZEREN/Taci BAYHAN (1992), *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması*, Ankara, s.63 vd. Bu konuda, GÖZÜBÜYÜK/TAN da; yasama yoluyla yargı kararlarını etkisiz kılma olanağı bulunmadığını; yasama organının, ancak yargı kararının yerine getirilmesini kolaylaştırmak veya iptal kararından doğan boşluğu doldurmak için müdahale edebileceğini belirterek; “yasayla geçerlik sağlama” yönteminin, “kuvvetler ayrılığı” ve “kesin hükme saygı” ilkesiyle bağdaşmadığını, isabette ileri sürmektedir. Bkz. GÖZÜBÜYÜK/TAN (2017), s.597. Diğer yandan, Fransız Anayasa Konseyi'nin (*Conseil constitutionnel*) “yasayla geçerlik sağlama” konusundaki içtihadına bakıldığında; iptal edilen işlemin geçmişe etkili olarak geçerli hâle getirilmesi amacıyla yapılan yasal düzenlemelerin; “*kamu yararına uygun bir amaca yönelik olması*”, “*kesin hüküm niteliğindeki yargı kararları ile ceza ve yaptırımların geriye yürümezliği prensibine riayet edilmesi*”, “*geçerli kılınan işlemin başkaca bir anayasa kuralına aykırılığı olmaması*” ve “*kapsamının açık bir biçimde belirlenmiş bulunması*” koşuluyla, Anayasa Konseyi tarafından Anayasa'ya uygun sayıldığı görüldüğünden [Anayasa Konseyi'nin geliştirmiş olduğu bu içtihat konusunda bkz. K. Burak ÖZTÜRK (2013), “Fransız Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi”, *Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan*, C.II, Ankara, Ankara Üniversitesi Yay., s.1197, dn.32]; Fransız Hukukunda da, bu yolun çok istisnai durumlarda kabul edilebileceği söylenebilir.

⁷³ Özelleştirme uygulamaları sonucunda kuruluşların nihai devir sözleşmelerinin imzalanarak devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasından sonra özelleştirme işlemlerinin bütün sonuçlarıyla birlikte tamamlanmış bulunması durumunda, söz konusu kuruluşları devralanlar tarafından üretim, yatırım, modernizasyon, istihdam ve bunlara bağlı her türlü hukuki, ticari ve mali tasarruflarda bulunması nedeniyle oluşacak “fiilî imkânsızlık” karşısında geri dönülemeyecek bir yapının ortaya çıkması hâlinde; yargı kararlarının uygulanmasına yönelik olarak, “Bakanlar Kurulu'nun tesis edilecek iş ve işlemler konusunda karar almaya yetkili olduğunu belirterek, özelleştirme işlemlerinin bütün sonuçlarıyla birlikte tamamlanması suretiyle özelleştirme uygulamaları sona eren kuruluşlar hakkında verilen yargı kararlarının uygulanması konusunda “yürütme organı”na yetki verilmesini öngören 26/04/2012 tarih ve 6300 sayılı Bazı Kanunlar ile Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararınameye Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un (RG: T.10/05/2012, S.28288) 10. maddesiyle 24/11/1994 tarih ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'a (RG: T.27/11/1994, S.22124) [24/11/1994 tarih ve 4046 sayılı Kanun'un adı, “Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” iken, 03/07/2005 tarih ve 5398 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'da ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un (RG: T.21/07/2005, S.25882) 1. maddesi uyarınca, “Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun” olarak değiştirilmiştir.] ilave edilen ek 5. maddenin, “(...) özelleştirme uygulamaları sonucunda kuruluşların nihai devir sözleşmelerinin imzalanarak devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasından sonra özelleştirme işlemlerinin bütün sonuçlarıyla

İkinci sonuç ise, aslında ilk belirlemenin mefhumu muhalifinden de anlaşılacağı üzere; normun (AY m.138/4), *Devlet organlarına hitap etmeyen (daha doğrusu Devlet organlarının -doğrudan- tarafı olmadıkları davalarda verilen) yargı kararlarının uygulanmasını kapsamamasıdır.* Açıkçası, özel hukuk kişileri arasındaki uyumsuzluklarda verilen adli yargı kararlarının gereklerinin yerine getirilmesi -kural olarak- davanın taraflarına (özel hukuk kişilerine) düşen bir ödev olduğundan; Anayasa’nın, -“Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı” bakımından, *Devlet organlarının yanı sıra özel hukuk kişilerini de kapsayan bir formülasyona sahip m.153/6⁷⁴ hükmünün lafzından*

birlikte tamamlanmış bulunması, söz konusu kuruluşları devralanlar tarafından üretim, yatırım, modernizasyon, istihdam ve bunlara bağlı her türlü hukuki, ticari ve mali tasarruflarda bulunulması nedeniyle oluşacak fiili imkânsızlık karşısında geri dönülemeyecek bir yapının ortaya çıkması hâlinde yargı kararlarının (...)” bölümünün, Anayasa Mahkemesi’nce, Anayasa’nın 2., 125. ve 138. maddelerine aykırı görülerek iptal edilmiş olması da; yasama organının, yargı kararlarının uygulanmasına ilişkin olarak “dilediği gibi” düzenleme yapma yetkisi bulunmadığını açıkça ortaya koymaktadır. Bkz. AYM: E.2012/73, K.2013/107, T.03/10/2013 (RG: T.27/03/2014, S.28954).

Bilahare, 10/09/2014 tarih ve 6552 sayılı Kanun’un 109. maddesiyle 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun’a eklenen, “*Bu maddenin yayımı tarihi itibarıyla devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasının üzerinden beş yıl geçmiş olan özelleştirmeler hakkında verilmiş olan yargı kararları ile ilgili olarak sözleşmelerinde belirtilen hâller dışında bu kuruluşların geri alınması yönünde herhangi bir işlem tesis edilmez.*” şeklindeki geçici 26. maddenin, Anayasa’nın 2., 125. ve 138. maddelerine aykırı olduğundan bahisle verilen iptal kararı da, bu minvaldedir. Bkz. AYM: E.2014/149, K.2014/151, T.02/10/2014 (RG: T.01/01/2015, S.29223).

Anayasa Mahkemesi’nin aynı kararında; İYUK m.28/1’in, 6552 sayılı Kanun’un 97. maddesiyle değiştirilen üçüncü cümlesinde yer alan, “*Ancak, 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna ekli (1) ve (2) sayılı cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tabi olsalar dâhi daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açılan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirilir.*” şeklindeki hüküm, Anayasa’nın 2., 36. ve 138. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilirken yapılan, “*Dava konusu kuralda, birtakım unvanlı görevler ile kolluk teşkilatlarının (sivil memurlar hariç) kadroları hakkında tesis edilen atama, görevden alma gibi bazı idari işlemler hakkında verilen yargı kararlarının uygulanması için ilgilinin iki yıl içinde başka bir kadroya atanmasına ilişkin düzenlemeler getirilmektedir. Böylece, anılan işlemlere ilişkin uygulamalar sonucunda verilen yargı kararlarının ilgili idarelerce aynen ve gecikmeksizin yerine getirilmesinin yolu kapatılmış ve söz konusu kişiler hakkında idari yargı mercilerine verilmiş olan mahkeme kararlarının sonuçsuz kalmasının yolu açılmıştır. (...) İdarenin, mahkeme kararlarını yerine getirmesi, Anayasa’nın 138. maddesinde öngörülen bağlayıcılık ilkesi gereği temel bir ödevi olup kararları geciktirme ya da uygulamama gibi bir tercih hakkı bulunmamaktadır.*” yolundaki değerlendirmeler de; yargı kararlarının uygulanmasına ilişkin yasal düzenlemelerin tesisinde, yasama organının sahip olduğu yetkinin Anayasal sınırlarını işaret etmektedir. Bkz. AYM: E.2014/149, K.2014/151, T.02/10/2014 (RG: T.01/01/2015, S.29223). Ayrıca bkz. AYM: E.2014/86, K.2015/109, T.25/11/2015 (RG: T.08/01/2016, S.29587); AYM: E.2014/92, K.2016/6, T.28/01/2016 (RG: T.03/03/2016, S.29642).

⁷⁴ Anayasa’nın, “Anayasa Mahkemesinin kararları” kenar başlığını taşıyan 153. maddesinin altıncı (son) fıkrası uyarınca; “*Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar.*” Görüldüğü üzere, Anayasa’nın bu hükmü; kapsam, formülasyon ve kullanılan kavramlar itibarıyla, m.138/4’ten farklıdır. Anayasa, *Anayasa Mahkemesi’nce verilen kararların bağlayıcılığı*

farklı olarak- yalnızca Devlet organlarını muhatap alan mezkûr m.138/4 hükmünün, bu kararların uygulanmasını kapsamadığı ileri sürülebilir.⁷⁵ Gerçi

(m.153/6) ile *diğer mahkemelerce verilen kararların bağlayıcılığını* (m.138/4), kapsamı yönünden farklı düzenlemiş ve bunlardan ilkinin kapsamını ikincisine nazaran geniş tutmuştur. Ayrıca söz konusu hükümlerin kaleme alınış biçimleri ile tercih edilen kavramlar da dikkate alındığında, “yargı kararlarının bağlayıcılığı ve uygulanması”nı düzenleyen m.138/4 hükmü “genel kural” iken; “Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ve uygulanması”nı düzenleyen m.153/6 hükmünün -salt Anayasa Mahkemesi kararlarına hasredilmiş- “özel kural” niteliğini haiz olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, bir kararında, AY m.138/4’ün, mahkeme kararlarının bağlayıcılığına ilişkin *genel* bir düzenleme olduğunu; Anayasa Mahkemesi kararlarının yerine getirilmesi zorunluluğuna ise, AY m.153/6’da *özel* olarak yer verildiğini belirtmek suretiyle, bu hususa temas etmiştir [Bkz. AYM: E.1995/44, K.1995/44, T.19/09/1995 (RG: T.03/11/1995, S.22452)].

Bu noktada, bağlayıcılığın “kapsam”ı bakımından yapılan “genel kural - özel kural” ayrımında, “özel kural”ın, “genel kural”ı “dışlaması” değil; aksine, kararın uygulanmasında geçerli olan ilkeler bağlamında, “genel kural” ile birlikte tatbik olunması gerekliliği unutulmamalıdır. Daha açık bir deyişle, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı bakımından “gerçek ve tüzel kişileri” de kapsayıcı genişlikteki “özel kural” (AY m.153/6 hükmü), genel olarak yargı kararlarının “değiştirilmeksizin” (aynen) ve “geciktirilmeksizin” (derhâl) uygulanmasını öngören “genel kural” (AY m.138/4) ile birlikte değerlendirilmeli; yani, m.153/6 uyarınca “*yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri*” bağlayan Anayasa Mahkemesi kararlarının da, diğer yargı kollarındaki yargısal kararlar gibi, m.138/4 uyarınca “aynen” ve “derhâl” uygulanmasının zorunlu olduğu göz ardı edilmemelidir. Tabii, eklemek gerekir ki; anayasa yargısının farklı ve özgün niteliği gereği, “aynen” ve “derhâl” uygulamanın, burada daha farklı bir boyutu olacağı da hatırdta tutulmalıdır.

⁷⁵ ULER, 1961 Anayasası döneminde yazmış olduğu eserinde; 1961 Anayasası’nın -günümüzde 1982 Anayasası’nın 138. maddesine tekabül eden- 132. maddesinde (f.3) yer alan, “*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır (...)*” hükmünde, “kişiler”in ve “yargı organları”nın yargı kararlarıyla bağlı olacağına ayrıca zikredilmemiş bulunmasının bir eksiklik sayılamayacağını ifade etmekte ve bu bağlamda, kişilerin yargı kararına uymalarını sağlamanın, Devlet yetkisi içinde olduğunu belirttikten sonra, eski tarihli bir Danıştay kararını da referans göstermek suretiyle, kesin hükümlerin yargı yerlerince ihmal edilemeyeceğinin ise, hukukun ana prensipleri icabı olduğunu ileri sürmektedir. Öte yandan, “soyut bağlılık” değil de, uygulanacak ve uyulacak bir “norm” söz konusu olunca, 1961 Anayasası’nın -günümüzde 1982 Anayasası’nın (sırasıyla) 11. ve 153. maddelerine tekabül eden- 8. ve 152. maddelerinde, “kişiler”in ve “yargı organları”nın da bağlılığının ayrıca belirtildiğini ifade etmektedir. Bkz. ULER (1970), s.80-81, dn.3.

ULER’in 1961 Anayasası döneminde, “genel olarak yargı kararlarının bağlayıcılığı” ile “norm ile bağlılık” bakımından farklı formülasyonların tercih edilmiş olduğu yönündeki bu saptaması, günümüzde 1982 Anayasası açısından da geçerli olup; Anayasa’nın 11. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, *Anayasa hükümlerinin, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağla(dığı)*” kuralı ile Anayasa’nın 153. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan, *Anayasa Mahkemesi kararlarının, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağla(dığı)*” kuralı arasındaki korelasyon ve formülasyondaki tutarlılık, her iki durumun da, “norm ile bağlılığa (normların bağlayıcılığına)” ilişkin olduğu yönündeki yaklaşımı doğrulamakta; bu anlamda, ULER’in bu yaklaşımı, başka bir perspektifle, Avusturyalı hukukçu Hans KELSEN’in, “pozitif yasa koyucu” (*positive legislator*) olarak nitelendirdiği parlamentoların çıkardığı yasaların anayasaya uygunluğunu denetleyen anayasa mahkemeleri için -yasaları iptal etme yetkisi bağlamında- kullanmış olduğu “negatif yasa koyucu” (*negative legislator*) nitelemesini -Anayasa’nın anılan iki hükmü arasındaki bağıntıyı “norm” kavramı çatısı altında izahla- âdeta teyit etmektedir. Tabii burada, ULER’in, sadece bir dipnotta kısaca yapmış olduğu bu saptamadan hareketle, KELSEN’in anayasa mahkemeleri için kullandığı “negatif yasa koyucu” vasıflandırmasını, bütün sonuçlarıyla birlikte benimseydiği gibi bir çıkarsamada bulunulmasının mümkün görünmediğinin de altı çizilmelidir. [KELSEN’in, bir kanunu iptal etme ile kanunu oluşturmayı aynı

davalı tarafın, karar gereklerini yerine getirmemesi durumunda davacının -Devlet teşkilatına ilişkin klasik kategoriler içerisinde idare teşkilatına dâhil (organik anlamda idare/idare organı)⁷⁶ sayılması gereken- *icra dairelerini*⁷⁷ harekete geçirme (ilamlı icraya başvurma) olanağı bağlamında, karar gereklerinin yerine getirilmesinde (mahkeme kararının uygulanmasında) idarenin de devreye girebileceği söylenebilir de; burada “kararı uygulama yükümlülüğü”, esasen davalı konumunda bulunan özel kişiye ait olmaya devam ettiğinden, bu tür davalarda verilen kararların uygulanması açısından, -icra daireleri yönünden- AY m.138/4 hükmünün tatbik kabiliyeti bulunmadığı da düşünülebilir.⁷⁸ Aslında burada bir “nüans” a dikkat çekmek gerekir. Şöyle ki; iki özel hukuk kişisi arasındaki bir uyuşmazlığı konu alan davada verilen karar, -idareden bir bilgi veya belgenin istenmesine yönelik ara kararlarındaki gibi istisnalar bir yana bırakıldığında- doğrudan Devlet organlarına hitap etmiyorsa (somut kararın gereğinin doğrudan ve bizzat bir Devlet organı tarafından yerine getirilmesi söz konusu değilse), özel kişi olan davalı tarafın karar gereğini yerine getirmediğinden bahisle icra dairesine başvurulduktan sonra⁷⁹ icra dairesinin görevi, AY m.138/4 kapsamında “yargı kararının gereğini bizzat ve doğrudan doğruya yerine getirmek” değil; “davalı tarafından yargı kararının gereğinin yerine getirilmesi için gerekli işlem ve eylemleri

nitelikte görerek, kanunu iptal etmenin “negatif” yasama yetkisi olduğundan bahisle, anayasa mahkemelerini “negatif yasa koyucu” olarak nitelenmesi ile ilgili olarak bkz. Hans Kelsen (1945), *General Theory of Law and State*, (Translated by: Anders Wedberg), Cambridge, Harvard University Press, p. 268-269].

⁷⁶ “Organik anlamda idare” veya “idare organı”; Devletin yürütme organının Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanlar dışında kalan kısmı ile Devlet dışındaki diğer kamu tüzel kişilerini kapsamaktadır. Bkz. Kemal GÖZLER/Gürsel KAPLAN (2023), *İdare Hukuku Dersleri*, 25. Baskı, Bursa, Ekin Kitabevi Yay., s.16.

⁷⁷ Esasen idare hukuku alanındaki eserleriyle tanınan, ancak hukukun diğer pek çok alanında da önemli eserleri bulunan ONAR, icra hukukuna ilişkin kitabında [Siddık Sami ONAR (1968), *İcra Hukukunda Temel Bilgiler*, İstanbul, Kutulmuş Matbaası, s.52 vd.]; *icra ve iflas dairelerini*, “adalet teşkilatı”nın “yardımcı teşkilatı” başlığı altında incelemekte ve gerçekte “idari” olan bu yardımcı teşkilatın, yargı teşkilatına girmediğini; ancak, adli yargı ile yakın ilgisi göz önünde tutularak adalet teşkilatı içerisinde ele alındığını ve idare ile adliye arasındaki ayrılık da dikkate alınarak bazı hususlarda diğer idari teşkilattan ayrı birtakım hükümlere tabi tutulduğunu belirtmektedir.

⁷⁸ Bu noktada, Anayasa Mahkemesi’nin; “Anayasa’nın (5. ve 35.) maddeleri uyarınca devletin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde -özel kişiler arası uyuşmazlıklarla ilgili olsun ya da olmasın- yargı kararlarının uygulanması ve kişilerin alacaklarına kavuşması bakımından etkili bir icra sistemi kurma sorumluluğu bulunmaktadır. Özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklarda devletin mülkiyet hakkına ilişkin pozitif yükümlülükleri, karşılıklı hak ve menfaatler dengesine dayanmaktadır.” şeklindeki değerlendirmesine de dikkat çekilmelidir. Bkz. AYM: E.2019/59, K.2020/61, T.22/10/2020 (RG: T.01/12/2020, S.31321).

⁷⁹ Yargı kararının gereği yerine getirilmediği takdirde, icra dairesinin *kendiliğinden/doğrudan/otomatikman* harekete geçmemesi; yani ancak *başvuru/talep üzerine* faaliyet gösterebilmesi de, bu argümantasyonu destekler nitelikte görülebilir. İcra dairesinin görevleri hakkında bkz. Baki KURU/Ramazan ARSLAN/Ejder YILMAZ (2013a), *İcra ve İflas Hukuku*, 27. Baskı, Ankara, Yetkin Yay., s.55.

gerçekleştirmek”tir. Bu ise, yargı kararının gereğinin yerine getirilmesi için yürütülen ve “zor kullanma yetkisi”ni de içeren bir tür “aracılık”/“icbar” faaliyeti niteliğindedir. Yani icra dairelerinin görevi, “yargı kararını uygulamak” değil; “uygulamak”tır.⁸⁰ Başka bir deyişle, icra dairelerinin görev ve fonksiyonu, “yargı kararının uygulanmasını sağlamak” ve “yargı kararının uygulanmasına aracılık etmek”ten ibarettir. Ama icra dairelerinin bu fonksiyonunun da, -bir “kelime oyunu”nu andırabilecek “uygulatma-uygulama” ayrımı bir kenara bırakıldığında- geniş anlamda “yargı kararının uygulanması yükümlülüğü” kapsamında değerlendirilebileceği de açıktır.

Öte yandan, *idari rejimi* benimseyen ülkemizde, idareye hitap eden kararlar kural olarak “idari yargı” yerlerince verilmekteyse de, istisnaen idarenin “adli yargı”da taraf olduğu davalar da bulunduğu;⁸¹ bu tür davalarda verilen kararlar bağlamında, idarenin muhatabı olduğu karar gereklerini yerine getirmesi, kararı doğrudan uygulamak kendi görevi olduğundan, AY m.138/4’ün kapsamına dâhil görünmektedir.⁸² Tabii burada, idarenin, adli yargıda davalı konumunda yer aldığı davalarda, idarenin “kamu gücü” kullanımının denetimi söz konusu olmadığından, özel hukuk kişisi ile aynı (eşit) konumda bulunduğu ve bu nedenle, adli yargı kararlarının idarece uygulanması bakımından AY m.138/4’ün tatbik olu-

⁸⁰ Karş. ONAR (1968), s.57. ONAR, icra dairelerinin görevlerini izah ederken; “*Hukuk işlerinde hak-kın müeyyidesini doğrudan doğruya zor kullanarak uygul(a)yacak olan devlet teşkilatı icra daireleridir. Bu daireler, bir uyuşmazlığı yargı yolları ile çözmezler, icra kanununu uygulamak suretiyle mahkeme hükümlerini, yani kazaî tasarrufun hükümlerini yerine getirir veya uyuşmazlık olm(a) yan hâllerde bir alacağın tahsilini sağlarlar.*” ifadelerine yer vermekle; aslında herhangi bir tartışmaya girmeksizin, icra dairelerinin görevini, “yargı kararlarını yerine getirmek” biçiminde belirtmiş olmaktadır.

Tabii, hemen vurgulamak gerekir ki, ONAR tarafından yazılan yukarıdaki satırların içinde bulunduğu “bağlam”dan hareketle; bu çalışmada, başka bir “bağlam”da, Anayasa’nın 138. maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında yapmış olduğumuz belirlemeyle ilgili çıkarımların tam anlamıyla sağlıklı olmayacağı da açıktır.

⁸¹ Adli yargı düzeninde görülen idari uyuşmazlıklar hakkında bkz. A. Vahap DARENDELİ (2004), *Yargıtay, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi İçtihatları Işığında Adli Yargı Yerlerinde Görülen İdari Uyuşmazlıklar ve Davalar*, Ankara, Yetkin Yay.

⁸² Ayrıca, bu noktada; adli ve idari yargı mercileri arasında çıkan “hüküm uyuşmazlığı” üzerine, *uyuşmazlığın esasına ilişkin olarak* “Uyuşmazlık Mahkemesi”nce verilen kararın da, idareye hitap edebileceğine ve idarece uygulanması gerekebileceğine dikkat çekilmelidir. Zira, 12/06/1979 tarih ve 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun’un (RG: T.22/06/1979, S.16674) 25. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, “hüküm uyuşmazlıkları”nda, Uyuşmazlık Mahkemesi’nin, İYUK’un 2247 sayılı Kanun’a aykırı olmayan hükümlerini uygulamak suretiyle anlaşmazlığın esasını da karara bağlayacağı öngörüldükten sonra; 28. maddesinin ikinci fıkrasında, “(i)lgili yargı mercileri ile bütün makam, kuruluş ve kişiler; mahkeme kararlarına uymak, geciktirmeksizin onları uygulamakla ödevlidirler.” denilmiştir. Dolayısıyla, idarenin taraf olduğu davalar bakımından, adli ve idari yargı mercileri arasında çıkan “hüküm uyuşmazlıkları” üzerine, “Uyuşmazlık Mahkemesi”nce *uyuşmazlığın esasına ilişkin olarak* verilen kararların ilgili idarelerce uygulanması da, AY m.138/4 kapsamında itihaz edilebilir.

namayacağı da ileri sürülebilirse de; Anayasa’nın anılan hükmü “kamu gücü” kullanımı ve idarenin üstün/ayrıcalıklı konumuna göre bir ayırım yapmadığından, Devlet organları ve bu meyanda idareye hitap eden -yargı kolu önem taşımaksızın- tüm yargı kararlarının uygulanmasının Anayasa’nın anılan hükmüne tabi olması gerektiği düşünülebilir. Esasen bu kuramsal yorumlama ile, aşağıda tartışılan “yargı kararlarının ‘derhâl uygulanması’ kuralı” bağlamında; hukuk yargılamasında (medeni yargılama hukukunda) bazı davalar bakımından -istisnaen- öngörülen “*kesinleştikten sonra icra*”ya ilişkin yasa hükümleri ve hatta bunun ötesinde, ceza yargılamasında (ceza muhakemesi hukukunda) verilen mahkûmiyet kararları bakımından öngörülen “*kesinleştikten sonra infaz*”a ilişkin yasa hükümleri ile hesap yargısında (hesap yargılama hukukunda) Sayıştay ilamlarının “*kesinleştikten sonra yerine getirilmesi*”ni öngören yasa hükümlerinin *Anayasa’ya uygunluklarının* da sorgulanabilirliği açısından pratik değeri de bulunan bir sonuca ulaşılabilmektedir.

iii. AY m.138/4, “mahkeme kararlarına uyma zorunluluğu”nu hükme bağlar-ken, *mahkemeler* bakımından veya *mahkemelerin kararları* bakımından herhangi bir ayırıma gitmemiştir. Başka bir ifadeyle, Anayasa, bu düzenleme ile adli yargı, idari yargı veya diğer yargı kolları tarafından verilen kararlar arasında ayırım gözetmeksizin, *herhangi bir yargı kolu içerisindeki bir yargı yeri (mahkeme) tarafından*, yargılama süreci ve sonucunda verilebilecek *her türlü yargı kararının*⁸³ uygulanması zorunluluğunu getirmiştir. O hâlde, burada da iki hususun altını çizmek gerekir:

Birincisi, Devlet organlarına hitap eden kararlar, *idari yargı* yerlerince verilmiş olabileceği gibi, *adli yargı* yerlerince de verilmiş olabilir. Hatta *anayasa yargısı*⁸⁴ gibi diğer yargı kolları⁸⁵ tarafından verilen kararlar da, Devletin ilgili organı tarafından uygulanma yükümlülüğü kapsamına dâhil olabilir.

⁸³ Yalnız kesin hükümlerin değil, bütün yargı kararlarının bağlayıcılığı ve infaz zorunluluğu vardır. Bkz. Orhan ÖZDEŞ (1977), “Danıştay Kararlarının Yerine Getirilmesi Zorunluluğu”, *Danıştay Dergisi*, Y.6, S.20-21, s.32.

⁸⁴ Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ve uygulanması bakımından, AY m.138/4 karşısında “özel hüküm” niteliği taşıyan AY m.153/6 ile ilgili olarak bkz. *supra.*, dn.74. İlaveten, AY m.153/6’da, m.138/4’ten farklı olarak, Anayasa Mahkemesi kararlarının “yargı organları” yönünden de “bağlayıcı” olduğunun ifade edildiğini vurgulayan, dolayısıyla “bireysel başvuru”ya ilişkin olanlar da dâhil olmak üzere Anayasa Mahkemesi kararlarının “bağlayıcılığı”na dair herhangi bir tereddüt bulunmadığını belirten bir Anayasa Mahkemesi kararındaki ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. AYM: “*Kadri Enis Berberoğlu Başvurusu (3)*” <GK>, B.N.2020/32949, T.21/01/2021 (RG: T.03/02/2021, S.31384).

⁸⁵ Örneğin bkz. *supra.*, dn.82.

İkincisi ise, madde metninde *kesin hüküm*,⁸⁶ *esasa ilişkin nihai karar*,⁸⁷ *usule ilişkin nihai karar*,⁸⁸ *ara kararı*,⁸⁹ *yürütmenin durdurulması kararı*⁹⁰ gibi bir ayrıma gidilmeyip; “mahkeme kararları” ifadesiyle yetinildiği için, yargılama sürecinde ve tabii sonucunda verilen -elbette teknik olarak “uygulanma kabiliyetini haiz” olmak kaydıyla- tüm yargısal kararlar, AY m.138/4 kapsamına girmektedir.⁹¹ Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi’nin norm denetimine ilişkin bazı kararlarının gerekçesi, yalnızca “kesin/kesinleşmiş” mahke-

⁸⁶ Bir yargı kararının, yasalarda belirlenen usullere uygun olarak verildikten sonra, yasalarda öngörülen olağan kanun yollarından geçmesi yahut bunlara ilişkin başvuru sürelerinin sona ermesiyle kesinleşmesi neticesinde kazanmış olduğu değişmezlik kuvvet ve niteliğine, “kesin hüküm” (*muhkem kaziye*) denilmektedir. Bkz. Siddık Sami ONAR (1966a), *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.1, 3. Bası, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, s.346; Semih Tekin TELLİ (1980), “İdari Yargıda Kesin Hüküm”, *İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler III*, Ankara, s.103; Ramazan ÇAĞLAYAN (1999), “İdari Yargıda Kesin Hüküm”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.3, S.1, s.123.

⁸⁷ *Esasa ilişkin nihai kararlar*, taraflar arasındaki maddi uyumsuzluğu sona erdiren ve davaya bakan yargı yerinin davadan elini çekmesi sonucunu doğuran, nihai nitelikteki kararlardır. Bkz. Turgut CANDAN (1991a), “İdari Yargı Kararlarının Uygulanması - I”, *Maliye Postası Dergisi*, Y.12, S.253, s.45. Ayrıca bkz. L. Şanal GÖRGÜN/Levent BÖRÜ/Mehmet KODAKOĞLU (2023), *Medeni Usul Hukuku*, 12. Baskı, Ankara, Yetkin Yay., s.600.

⁸⁸ *Usule ilişkin nihai kararlar*, dava konusu (talep sonucu) ile ilgili olmayan ve taraflar arasındaki uyumsuzluğu sona erdirmeyen ve fakat davaya bakan yargı yerinin davadan elini çekmesi sonucunu doğuran, nihai kararlardır. Bkz. Baki KURU/Ramazan ARSLAN/Ejder YILMAZ (2013b), *Medeni Usul Hukuku*, 24. Baskı, Ankara, Yetkin Yay., s.451-452.

⁸⁹ *Ara kararları*, yargılamaya (davaya) son vermeyen; aksine, onu yürütmeye ve iletmeye yarayan kararlardır. Bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ (2013b), s.449; Ramazan ARSLAN/Ejder YILMAZ/ Sema TAŞPINAR AYVAZ/Emel HANAĞASI (2022), *Medeni Usul Hukuku*, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yay., s.526.

⁹⁰ *Yürütmenin durdurulması kararı*, dava konusu idari işlemin “uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması” ve bu idari işlemin “açıkça hukuka aykırı olması” şartlarının birlikte gerçekleşmesi ve Kanun’da öngörülen diğer koşulların da mevcudiyeti durumunda, davaya bakan idari yargı yerinin, dava konusu idari işlemin hukuka uygunluk karinesini geçici olarak askıya almak suretiyle, işlemin icrasını durdurmasına yönelik, kendine özgü (*sui generis*) nitelikte bir karardır. Bkz. İl Han ÖZAY (2004), *Günışığında Yönetim II: Yargısal Korunma*, İstanbul, Filiz Kitabevi, s.214-215. Ayrıca, yürütmenin durdurulması kararının hukuki niteliği bağlamında; yürütmenin durdurulması kararları ile iptal kararları, ihtiyatî tedbir ve ara kararlarının benzer ve farklı yönlerini ortaya koyan bir karşılaştırma için bkz. Zehreddin ASLAN (2001), *İdari Yargı’da Yürütmenin Durdurulması*, 2. Basım, İstanbul, Alfa Yay., s.27-39.

⁹¹ Anayasa’nın bu hükmünde “mahkeme kararı” deyiminin kullanılmasının tesadüfi değil, kasti olduğunu belirten ÖZYÖRÜK; “*muhkem kaziye*” (kesin hüküm) yerine, “*mahkeme kararı*” deyiminin tercih edilmesinin, Anayasa teminatının, mahkemelerin her türlü kararına teşmil edilmesi amacına matuf olduğu biçiminde yorumlamaktadır. 1961 Anayasası’nın, -*günümüzde 1982 Anayasası’nın 138. maddesinin dördüncü fıkrası hükmünü aynen içeren*- 132. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci (son) cümlesi bakımından ÖZYÖRÜK tarafından isabetle ileri sürülen bu görüş için bkz. Mukbil ÖZYÖRÜK (1966), “Doç. Dr. Mukbil ÖZYÖRÜK’ün Konuşması”, *Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması*, Türk Hukuk Kurumu Yay., s.145-146. Ayrıca, “*istişari*” değil; “*kazai*” (*yargısal*) nitelikteki “*mahkeme kararları*”nın, -“nihai karar” olup olmaması fark etmeksizin- uygulanmasının zorunlu olduğu yönünde bkz. Turhan FEYZİOĞLU (1966), “Prof. Dr. Turhan FEYZİOĞLU’nun Konuşması”, *Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması*, Türk Hukuk Kurumu Yay., s.150-151.

me kararlarının AY m.138/4 kapsamında değerlendirildiği;⁹² keza bireysel başvurulara ilişkin kararlarının -AİHM içtihadına⁹³ koşut- gerekçesi de, salt “nihai” ve “kesin” nitelik taşıyan mahkeme kararlarının “adil yargılanma hakkı”nın unsurlarından olan “mahkemeye erişim hakkı” bağlamındaki “kararın icrası hakkı” kapsamında değerlendirildiği⁹⁴ intibai uyandırmaktadır. Lakin, AY m.36’da güvenceye kavuşturulan “adil yargılanma hakkı”nın kapsamının belirlenmesinde de gözetilmesi gereken AY m.138/4’ün,⁹⁵ salt “ke-

⁹² Örneğin, Anayasa Mahkemesi; AY m.138/4 bağlamında, “(y)asama organının mahkeme kararlarını değiştirememesi ilkesi(nin), yasama organının kesinleşmiş olan mahkeme kararlarını kanun yoluyla ortadan kaldıramaması anlamına gel(diğini)” ifade etmiştir. AYM: E.2015/88, K.2016/156, T.07/09/2016 (RG: T.19/10/2016, S.29862); AYM: E.2014/92, K.2016/6, T.28/01/2016 (RG: T.03/03/2016, S.29642). Ayrıca bkz. AYM: E.2023/76, K.2023/155, T.13/09/2023 (RG: T.12/10/2023, S.32337).

⁹³ Bkz. AİHM: “Hornsby v. Yunanistan Kararı”, B.N.18357/91, T.19/03/1997 (HUDOC); AİHM: “Ahmet Kılıç v. Türkiye Kararı”, B.N.38473/02, T.25/07/2006 (HUDOC); AİHM: “Büker v. Türkiye Kararı”, B.N.29921/96, T.24/10/2000 (HUDOC); AİHM: “Süzer ve Eksen Holding A.Ş. v. Türkiye Kararı”, B.N.6334/05, T.23/10/2012 (HUDOC); AİHM: “Apostol v. Gürcistan Kararı”, B.N.40765/02, T.28/11/2006 (HUDOC); AİHM: “Burdov v. Rusya Kararı”, B.N.59498/00, T.07/05/2002 (HUDOC); AİHM: “Kyratos v. Yunanistan Kararı”, B.N.41666/98, T.22/05/2003 (HUDOC); AİHM: “Scordino v. İtalya Kararı”, B.N.36813/97, T.29/03/2006 (HUDOC).

⁹⁴ Örneğin, Anayasa Mahkemesi’nin, “kararın icrası hakkı”nın ihlal edildiğinden bahisle yapılan bireysel başvurulara ilişkin müstakar içtihadî yaklaşımına göre; “yürütmenin durdurulması kurumu anayasal bir değer ve öneme sahip olmakla birlikte adil yargılanma hakkı, kural olarak uyumsuzluk bakımından nihai ve kesin nitelik taşıyan yargı kararlarının sonucuna erişmeyi güvence altına almakta olup yürütmenin durdurulması kararlarının böyle bir niteliği bulunmamaktadır. Yürütmenin durdurulması kararlarının icra edilmemesinin de diğer ara kararlarında olduğu gibi ancak adil yargılanma hakkına hâkim olan ilkelere dayanarak yargılanmanın bütününe adil olmaktan çıkması ilkesi dikkate alınarak mahkemeye erişim hakkı kapsamında incelenmesi gerekmektedir. Buna göre yargılama bakımından nihai nitelik taşımayan yürütmenin durdurulması kararlarının icra edilmemesine ilişkin şikâyetlerde adil yargılanma hakkı yönünden bakılacak husus, yürütmenin durdurulması kurumunun niteliği gereği bu kararın uygulanmamasının ileride başvurucu lehine verilecek muhtemel nihai kararın icra edilmesini imkânsız hâle getirecek veya aşırı derecede zorlaştıracak nitelikte olup olmadığıdır. Bu hususun ise her somut olayın koşulları dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekir.” Bkz. AYM: “Arif Canlı Başvurusu” <GK>, B.N.2014/7152, T.01/12/2016 (RG: T.30/12/2016, S.29934); AYM: “Hakan Yıldız Başvurusu” <GK>, B.N.2014/8804, T.01/12/2016 (RG: T.30/12/2016, S.29934); AYM: “Bülent Türk Başvurusu” <GK>, B.N.2014/7002, T.01/12/2016 (RG: T.30/12/2016, S.29934); AYM: “Adem Öğüt ve Diğerleri Başvurusu”, B.N.2014/20527, T.22/11/2017 (RG: T.22/12/2017, S.30278). Ayrıca bkz. AYM: “Arman Mazman Başvurusu”, B.N.2013/1752, T.26/06/2014 (RG: T.11/09/2014, S.29116); AYM: “S.S. Yeni Foça Asmadere Konut Yapı Kooperatifi Başvurusu”, B.N.2015/14525, T.10/10/2019 (RG: T.07/11/2019, S.30941); AYM: “Bediha Altun Başvurusu”, B.N.2015/6354, T.23/10/2019 (RG: T.13/12/2019, S.30977).

⁹⁵ Anayasa Mahkemesi’ne göre; “Anayasa’nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Anılan maddeyle güvence altına alınan adil yargılanma hakkı, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan etkili güvencelerden biridir. Bu bağlamda Anayasa’nın, yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uyma zorunluluğunu ve mahkeme kararlarının değiştirilemeyeceği ile uygulanmasının geciktirilemeyeceğini ifade eden 138. maddesinin de, adil yargılanma hakkının kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gerektiği açıktır.” Bkz. AYM: “Arman Mazman Başvurusu”, B.N.2013/1752, T.26/06/2014 (RG: T.11/09/2014, S.29116). Aynı yönde bkz. AYM: “Ebru Çıtak ve Fazilet Demirbaş Başvurusu”, B.N.2017/37573, T.02/12/2020 (RG: T.16/02/2021, S.31397).

sin hüküm”e özgü bir düzenleme içermemesi karşısında; yargı mercilerince verilen tüm yargısal kararların, AY m.138/4’te öngörülen kuralın/rejimin kapsamına dâhil olduğu mülahaza edilmektedir.

- iv.* AY m.138/4, Devlet organlarının, yargı kararlarını hiçbir suretle *değiştiremeyeceğini* vurgulayarak; yargı kararlarının “aynen” uygulanması yükümlülüğüne işaret etmektedir. Buna göre, yargı kararının hüküm fıkrası ve gerekçesinin içeriğine uygun bir uygulama yapılması ve yargı kararının gerektirdiğinden farklı bir uygulamaya gidilmemesi gerekmektedir.⁹⁶ Dolayısıyla, Devlet organlarının, yargı kararlarını “aynen” uygulamaktan başka seçeneği yoktur. Diğer bir ifadeyle, Devlet organları yargı kararlarını “sorgulamaksızın”, “aynen” uygulamak zorundadırlar. Bu konuda “takdir yetkileri” mevcut değildir; yani yetkileri “bağlı”dır.

Diğer taraftan, yukarıda da belirtildiği gibi,⁹⁷ AY m.138/4, yasama organına, doğrudan davalı konumunda bulunmadığı davalar bakımından da hitap ettiğinden (ödev yüklediğinden); yasa koyucunun, genel olarak yargı kararlarının uygulanma biçim ve usulü ile ilke ve kurallarını belirleyen teknik ve ayrıntılı düzenlemeler getirirken, yargı kararlarının “gereği gibi (aynen) uygulanması ilkesi”ni de dikkate alması zorunludur. Başka bir ifadeyle, davalısı bizzat kendisi olmamakla birlikte, diğer bir Devlet organının davalı konumunda bulunduğu davalarda da, somut kararı “*by-pass*” etmeye yönelik müdahalelerde bulunamayacak olan yasa koyucu; genel olarak yargı kararlarının “gereği gibi” uygulanmasına (yerine getirilmesine) hâle getirebilecek yasal düzenlemeler de yapamayacaktır.⁹⁸ Bu itibarla, davalı konumunda bulunan Devlet organları, gereklerini bizzat yerine getirmekle yükümlü oldukları somut yargı kararlarının “tevilî” anlamına gelebilecek bir “uygulama” yapamayacakları gibi; yasama organı da, Devlet organlarıncı karar gereklerinin yerine getirilmesi bakımından -aynı şekilde- “tevilî” sonucunu doğurmaya müsait normlar getirmekten kaçınmak zorundadır.⁹⁹

⁹⁶ “Kararın uygulanması mecburiyeti”ni, “adil yargılanma hakkı”na anlam kazandıran bir “güvence” olarak niteleyen Anayasa Mahkemesi de; “kararın icrası hakkının gerçek bir güvence sağlaması, yargı kararının şeklen değil gerekçesi ve icapları doğrultusunda uygulanmasını gerektirir.” demektedir. Bkz. AYM: “*Hasan Gün Başvurusu*”, B.N.2018/9459, T.19/11/2020 (RG: T.17/02/2021, S.31398). Diğer yandan, Anayasa Mahkemesi’ne göre; “*yargı kararlarının aynen icrasının önünde aşılabilir bir engelin varlığı saptanmışsa dahi idarenin başvuruca mevzuat durumunun özelliklerine uygun olarak eski hâle getirmeye denk düşecek en uygun alternatif çözümü teklif etme yükümlülüğü bulunmaktadır.*” Bkz. AYM: “*Erol Aksoy Başvurusu (2)*” <GK>, B.N.2016/11026, T.12/12/2019 (RG: T.21/02/2020, S.31046).

⁹⁷ Bkz. *supra.*, ii.

⁹⁸ Bu konuda bkz. *supra.*, dn.73.

⁹⁹ Bu açıdan, 21/02/2014 tarih ve 6526 sayılı Kanun’un 18. maddesiyle, İYUK m.28’in birinci fıkrasına eklenen, “*Kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, görevden alma, göreve son verme,*

- v. Nihayet, AY m.138/4, Devlet organlarının, yargı kararlarının yerine getirilmesini *geciktiremeyeceğinin* de altını çizmekte; böylece yargı kararlarının “derhâl” uygulanması zorunluluğunu açıkça ifade etmiş olmaktadır.¹⁰⁰ Ancak anılan hükümde, yargı kararlarının uygulanması bakımından “azami süre”ye ilişkin somut/spesifik bir belirleme yapılmamıştır. Yani AY m.138/4, -yasa- ma organına da hitap etmekle- bu belirlemenin yapılması hususunu kanun koyucuya bırakmıştır. Dolayısıyla kanun koyucunun “uygulama süresi”ni belirleme-belirlememe konusunda “takdir yetkisi” bulunmaktadır ve bu yetki çerçevesinde kanun koyucu, yargı kararlarının “hangi süre” içinde uygulanması gerektiğine ilişkin herhangi bir yasal düzenleme yapmayabileceği gibi, yargı kararlarının gecikmeksizin uygulanması zorunluluğunun içeriğini somutlaştırmak anlamında, “makul” bir “azami süre” belirlemeyi de tercih edebilir. Kanun koyucunun, yargı kararlarının uygulanması için azami bir süre (*ya da yargı kolları, dava türleri ve konularının özelliklerine göre farklılık arz eden azami süreler*)¹⁰¹ öngörmeyi tercih etmesi durumunda; bu

naklen veya vekâleten atama, yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleriyle ilgili olarak verilen iptal ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının gereği; dava konusu edilen kadronun boş olması hâlinde bu kadroya, boş olmaması hâlinde ise aynı kurumda kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanmak suretiyle yerine getirilir. Eski kadro ile atandığı yeni kadro arasında mali haklar bakımından bir fark bulunması durumunda, bu fark 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 91 inci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen usul ve esaslar çerçevesinde ödenir.” şeklindeki cümlelerin, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş olduğuna dikkat çekilmelidir. Bu noktada, itiraz konusu üçüncü cümlenin, Anayasa’nın 2., 13., 36. ve 138. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiği; itiraz konusu üçüncü cümle iptal edildiğinden, uygulanma kabiliyeti kalmayan dördüncü cümlenin de iptaline karar verildiği belirtilmelidir. AY m.138/4’ün öngördüğü “yargı kararlarının ‘gereği gibi (aynen)’ uygulanması zorunluluğu” kuralı ile bağdaşmayan mezkûr hükümlerin iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. AYM: E.2014/86, K.2015/109, T.25/11/2015 (RG: T.08/01/2016, S.29587). Bu hususla bağlantılı olarak ayrıca bkz. *supra.*, dn.73 ve *infra.*, dn.121.

¹⁰⁰ Bu noktada belirtilmelidir ki, Anayasa Mahkemesi; “(y)argı kararının geciktirilmeksizin uygulanması(nın), Anayasa’nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasında mahkemelerin bağımsızlığının bir parçası olarak görül(düğünü) ve Devlete yargı kararlarını değiştirmeden ve geciktirmeden uygulama yükümlülüğü getiril(diğini)” kaydetmektedir. Bkz. AYM: E.2014/149, K.2014/151, T.02/10/2014 (RG: T.01/01/2015, S.29223); AYM: “Arman Mazman Başvurusu”, B.N.2013/1752, T.26/06/2014 (RG: T.11/09/2014, S.29116).

¹⁰¹ Örneğin; 16/04/2017 tarihli halkoylamasıyla kabul edilen 21/01/2017 tarih ve 6771 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” (RG: T.11/02/2017, S.29976) ile gerçekleştirilen Anayasa Değişikliğiyle “Askerî Yüksek İdare Mahkemesi” lağvedilmeden önce, yani “askerî idari yargı - sivil idari yargı” ayırımının mevcut olduğu dönemde; “askerî idari yargı” kolunda verilen kararların uygulanmasına ilişkin azami süre farklılaşmıştı. Şöyle ki; 10/06/1994 tarih ve 4001 sayılı Kanun ile İYUK m.28/1’de yapılan değişiklik sonrasında, “sivil idari yargı yerleri”nce verilen esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararların idare tarafından uygulanması için öngörülen süre “60 gün”den “30 gün”e indirilmesine karşılık; -(mülga) 04/07/1972 tarih ve 1602 sayılı Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu (RG: T.20/07/1972, S.14251) [1602 sayılı Kanun, 15/08/2017 tarih ve 694 sayılı Olağanüstü Hâl Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname (RG: T.25/08/2017, S.30165) m.203 ile yürürlükten kaldırılmıştır.] m.63/2’de, İYUK m.28/1’dekine koşut bir değişikliğe gidilmediğinden- “Askerî Yüksek İdare Mahkemesi”nce

süreyi/süreleri belirlerken, bürokratik kurallar, yazışma süreçleri ve olanakları gözeterek “kamu yararı” gerekleri doğrultusunda düzenlemeye gitmesi gerekir. Zira bu yetki, kanun koyucuya “sınırsız” bir serbestî tanımamaktadır.¹⁰² O hâlde, AY m.138/4’teki “gecikmeksizin uygulama” kuralının içeriği, “gecikmeksizin uygulama” yolundaki Anayasal teminata hâlel getirmeyecek şekilde, kanun koyucunun esasen “kamu yararı” ile sınırlı olan “takdir yetkisi” çerçevesinde belirlenecektir. Kanun koyucu tarafından böyle bir belirleme yapılmaması durumunda ise, son tahlilde yargı organı,¹⁰³ Anayasa’nın öngördüğü “derhâl uygulama ilkesi” ışığında, yargı kararlarının uygulanması konusunda “makul süre”yi takdir edecektir.¹⁰⁴

ŞB.2. İYUK m.28/1-son cümle Hükmü Bağlamında İdari Yargı Kararlarının “Kesinleştikten Sonra” Uygulanmasına İlişkin Yasa Hükümlerinin Anayasa’nın m.138/4 Hükmüne Aykırılığı Sorunu¹⁰⁵

Anayasa’nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasının anlam ve kapsamını *-esasen her bir paragrafta ana hatlarıyla ortaya konulan sorunlar çerçevesinde tartışmaya açık görüşlerle-* yukarıdaki şekilde açıklığa kavuşturduktan *-daha doğrusu öne çıktığını düşündüğümüz sorunlu noktalara projeksiyon tutarak hükmün “olası” anlamlandırması üzerine kısa bir “deneme” yaptıktan-* sonra; yargı kara-

verilen esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararların idare tarafından uygulanması için öngörülen azami süre “60 gün” olarak kalmış; böylece, 1994 ila 2017 yılları arasında, iki ayrı yargı kolunca verilen esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararların idare tarafından uygulanması bakımından farklı azami süreler söz konusu olmuştu.

¹⁰² Nitekim, İYUK m.28/1’in, 10/09/2014 tarih ve 6552 sayılı Kanun’un 97. maddesiyle değiştirilen üçüncü cümlesinde yer alan, “Ancak, 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna ekli (1) ve (2) sayılı cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tabi olsalar dâhi daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle *iki yıl içinde yerine getirilir.*” şeklindeki hüküm; Anayasa Mahkemesi’nce, Anayasa’nın 2., 36. ve 138. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Hükmün, belirtilen yargı kararlarının gereğinin “2 yıl içinde” yerine getirilmesini öngören kısmının, “yargı kararlarının ‘derhâl’ uygulanması zorunluluğu” ile bağdaşmadığı açık olup; “yargı kararlarının ‘gereği gibi (aynen)’ uygulanması zorunluluğu” kuralı ile bağdaşmayan başkaca yönleri de bulunduğundan; hükmün iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi kararı önem arz etmektedir. Bkz. AYM: E.2014/149, K.2014/151, T.02/10/2014 (RG: T.01/01/2015, S.29223); *supra.*, dn.73 ve *infra.*, dn.121.

¹⁰³ Kanunda yargı kararlarının uygulanması için “azami süre” öngörülmediği takdirde, uygulama süresinin son tahlilde yargı organı tarafından gerçekleştirilecek denetimde -somut uyumsuzluk bazında- belirleneceğinde kuşku bulunmamakla birlikte; yine bu durumda, AY m.138/4’ün, idare açısından da “doğrudan uygulanması zorunlu” bir norm olması nedeniyle, başta idarenin, yargı kararının gereklerini, AY m.138/4 çerçevesinde “derhâl” ve “aynen” yerine getirme zorunluluğu bulunacağını da vurgulamak gerekir.

¹⁰⁴ Bkz. *infra.*, dn.111.

¹⁰⁵ Bu konuda bkz. YILMAZ (2012), s.1471 vd.

rının “gecikmeksizin” uygulanması zorunluluğunun içeriğini doldurmada, kanun koyucunun “takdir yetkisi” ni, idari yargı kararlarının idarece uygulanması yönünden İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 28. maddesinin birinci fıkrasında somutlaştırdığını, bu anlamda; *-esasa veya yürütmenin durdurulmasına ilişkin-* kararın idareye tebliğinden itibaren en geç “30 gün”¹⁰⁶ içerisinde karar gereklerinin yerine getirilmesi yükümlülüğünü hükme bağlamak suretiyle, yargı kararlarının uygulanma süresi bakımından “üst sınır”ı çizdiğini belirtmek gerekir.¹⁰⁷

Bu noktada hemen vurgulanmalıdır ki, İYUK m.28/1’de öngörülen 30 günlük süre, kararı uygulamak bakımından idareye tanınan bir “hak” olmadığından; kararın, kural olarak “*derhâl*” uygulanması gerekecek ve idarenin, kararı uygulamak için bu sürenin sonuna kadar beklemesi düşünülemeyecektir.¹⁰⁸ Zira bu süre, idareye, uygulanması zaman alabilecek kararlar için tanınan *azami süre* olup; imkân bulunduğu takdirde, idarenin bu sürenin sonuna kadar beklememesi gerekir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, anılan 30 günlük sürenin, *azami bir süreye* işaret ettiğini vurgulayarak, “(h)ukuk devletinde yargı kararının uygulanması, yalnızca şeklen bir yerine getirmeyi değil, objektif koşullar altında, olabilecek en kısa süre içinde, tespit edilen hukuka aykırılığın giderilmesini gerektirir.” demektedir ve “*derhâl uygulama*” zorunluluğunun altını çizmektedir.¹⁰⁹ Keza Danıştay da, maddi koşullar elverdiği ölçüde “*derhâl uygulama*” zorunluluğunun devam ettiğini ve bu sürenin sonuna kadar beklemenin idare için bir hak olmadığını öteden beri ifade etmektedir.¹¹⁰

¹⁰⁶ Bu süre, 10/06/1994 tarih ve 4001 sayılı Kanun ile İYUK m.28/1’de yapılan değişiklikten önce, “60 gün” olarak düzenlenmişti. Diğer yandan, 2017 yılında yapılan *Anayasa Değişikliği* ile lağvedilen “Askerî Yüksek İdare Mahkemesi”nce verilen kararların uygulanması için *-(mülga) 1602 sayılı Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu m.63/2 hükmünde-* öngörülen azami süre de “60 gün” idi. Bkz. *supra.*, dn.101.

¹⁰⁷ Karş. Tahir TEKİN (2003), “İdarenin, Yargı Kararlarını Uygulama Zorunluluğu ve Uygulamamasının Sonuçları”, *Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi*, C.8, S.7, s.8. TEKİN; İYUK m.28/1’de öngörülen 30 günlük sürenin, kararın uygulanması yönündeki azami süre olmayıp, idarenin yargı kararını uygulamak üzere işlem tesis etmeye başlaması için tanınan bir süre olduğunu ileri sürmekte ve bu süre içerisinde idarenin işlem tesis etmeye başlaması gerektiğini ve fakat bundan sonra ise kararın yerine getirilme süresinin, işin mahiyetine göre 30 günü aşabileceğini savunmaktadır. Kanımızca, yargı kararlarının idarenin elinde sürüncemede kalmasına yol açabilecek böyle bir yoruma katılma olanağı bulunmamaktadır. Kaldı ki, bu tarz bir yorum, kanun koyucunun idare açısından böyle bir sınırlayıcı süre öngörmesinin amacı ile de bağdaşmamaktadır.

¹⁰⁸ Bkz. Turgut CANDAN (1991b), “İdari Yargı Kararlarının Uygulanması - V”, *Maliye Postası Dergisi*, Y.12, S.257, s.43.

¹⁰⁹ Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı’nın, “twitter.com” isimli internet sitesine erişimin engellenmesine dair işlemi nedeniyle, Anayasa’nın 26., 27., 40. ve 67. maddelerinin ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne yapılan bireysel başvuruya ilişkin olarak, Mahkeme’nin “kabul edilebilirlik” yönünden yaptığı değerlendirmede ortaya koymuş olduğu bu yaklaşım için bkz. AYM: “*Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu*”, B.N.2014/3986, T.02/04/2014 (RG: T.03/04/2014, S.28961).

¹¹⁰ Örneğin bkz. D.5.D: E.1988/2913, K.1991/627, T.28/03/1991 (KİBB); D.1.D: E.1990/211, K.1990/256, T.10/10/1990. (KİBB); D.10.D: E.2004/13990, K.2007/739, T.27/02/2007 (DKA); D.13.D: E.2014/3359, K.2018/1887, T.28/05/2018 (DKA).

Bununla birlikte, her kararın uygulanma biçimi farklılık arz ettiğinden; “*derhâl uygulama*”nın, ne kadar bir süre içerisinde uygulama yapmayı gerektirdiğini, bütün idari yargı kararları bakımından yeknesak biçimde belirlemek de mümkün değildir. Bu noktada, “*derhâl uygulama*” ilkesinin, her kararın uygulanması için gereken “*makul süre*” ölçütü çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.¹¹¹ Ancak her karar açısından farklı olabilecek olan bu “*makul süre*”nin, İYUK m.28/1 uyarınca, *en fazla 30 gün ile sınırlı* olduğu da unutulmamalıdır. Keza, yargı kararlarının uygulanması için, kural olarak, *kesinleşmelerinin* beklenmesine lüzum bulunmadığından;¹¹² bu 30 günlük sürenin, kararın idareye tebliğinden itibaren işlemeye başlayacağı da göz önünde tutulmalıdır.

Anılan maddede öngörülen 30 günlük süre, bürokratik kurallar ve bazı olumsuzluklar sebebiyle karar gereklerinin hemen yerine getirilmesinin beklenebileceği durumlar gözetilerek; idarenin, bu nedenle sorumlu olmadan gecikebileceği makul süre olarak kabul edilmiş bulunmaktadır.¹¹³ Başka bir anlatımla, bahsi geçen maddede bir süre öngörülmüş olması, yargı kararı üzerine eski fiilî ve hukuki durumu geri getirmeye (*restitutio in integrum*) yönelik işlemler yapmak

¹¹¹ Bugün için yürürlükte olmayan 24/12/1964 tarih ve 521 sayılı Danıştay Kanunu'nda, kararın uygulanması için belirli bir süre bulunmamasından yola çıkan Danıştay; yargı kararının ışığı altında, kararın amaç ve gereklerine uygun bir işlem tesis etmesi ve/veya eylemde bulunması için, idareye “makul bir süre” tanınması gerektiğini belirtiyordu. Bkz. D.5.D: E.1982/4514, K.1985/941, T.11/04/1985 (KİBB). Bununla birlikte, “makul süre”nin üst sınırı yasada öngörülmediği için uygulamada tartışmalar yaşanıyordu. İşte 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinde 30 günlük süre öngörülmesi (10/06/1994 tarih ve 4001 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce, bu süre 60 gün olarak belirlenmişti), uygulama için gerekli olan sürenin azami haddini belirlemekle, bu konudaki tartışmalara son vermiştir.

¹¹² Karara karşı kanun yollarına başvurulmuş olması, kararın uygulanmasını etkilemez; uygulamanın geri bırakılmasına yol açmaz. Bkz. Sabri COŞKUN (1993), *İptal Davası*, Ankara, Danıştay Yay., s.43. Nitekim İYUK m.28 ve m.52 de, bunun kanıtıdır. Ancak, İYUK m.28/1'in son cümlesinde yer alan ve işbu makedeki inceleme konumuzu oluşturan haciz veya ihtiyati hacze karşı açılan davalarda verilen kararlar, bu kuralın bir *istisnasını* oluşturmaktaydı. Zira İYUK m.28/1'in son cümlesi uyarınca, haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda idari yargı yerlerince verilen kararlar hakkında, bu kararların *kesinleşmesinden sonra* idarece işlem tesis edilmesi gerekmektedir. Fakat, inceleme konumuzu oluşturan Anayasa Mahkemesi kararıyla, haciz veya ihtiyati hacze karşı açılan davalarda verilen kararlar bakımından ayrıksı bir uygulama rejimi öngören İYUK m.28/1-son cümle hükmü iptal edildiğinden, anılan *istisna* bugün için ortadan kalkmış bulunmaktadır.

¹¹³ Evren ALTAY (2004), *İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar*, Ankara, Turhan Kitabevi Yay., s.305. Diğer ülkelerde de, idari yargı kararlarını yerine getirmekle yükümlü idareye, pratik ihtiyaçlarla, belli bir süre tanınmaktadır. Ancak, bu süre, her ülkede farklılık gösterebilmektedir. Örneğin; Fransa'da bu sürenin “3 ay” olduğu belirtilirken [Ali ULUSOY (2012), “Conseil d'Etat ve Danıştay İçtihatlarında İdari Yargı Kararlarının Etki ve Sonuçları”, *İdari Yargı Kararlarının Hukuk Düzenindeki Etkileri ve Uygulamadaki Sorunlar Sempozyumu*, Ankara, s.15]; Kolombiya İdari Yargılama Kodu'nda, kararın yerine getirilmesi için öngörülen maksimum sürenin -bugün ülkemizde olduğu gibi- “30 gün” olarak düzenlendiği ifade edilmektedir [Jaime Vidal PERDOME (1982), “Kolombiya İdari Yargısı”, (Çev.: Turgut CANDAN), *Danıştay Dergisi*, Y.12, S.46-47, s.14].

veya eylemlerde bulunmakla yükümlü olan idarenin, makul bir zamana ihtiyaç duyması gerçeğinden kaynaklanmaktadır.¹¹⁴

Bu bağlamda, idare, kendisine tebliğ edilen yargı kararını, söz konusu kararın uygulanabilmesi bakımından gerekli hazırlık muamelelerini tamamlamak gibi hususlar için geçecek süreyi de hesaba katarak, makul süre içinde uygulamalı; ancak bu makul sürenin, hiçbir zaman 30 günü aşamayacağını da göz önünde tutmalıdır. Örneğin; 8 günde uygulanması mümkün bulunan bir kararın 30. günde uygulanması hâlinde, makul sürenin geçirilmiş olması nedeniyle, idare, “*derhâl uygulama*” ilkesine aykırı hareket etmiş sayılmalı ve sorumlu tutulmalıdır.¹¹⁵

Bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere, İYUK m.28/1’deki (birinci ve ikinci cümleler) “*genel kural*” uyarınca, yargı kararını uygulamakla yükümlü olan idare, söz konusu kararın özelliklerini de dikkate alarak, azami 30 gün olabilecek “*makul bir süre*” içerisinde kararı uyguladığı takdirde, “*derhâl*” uygulamış sayılacaktır. Bu noktada Anayasa’nın 138. maddesiyle bir bağdaşmazlıktan söz edilemez.

Oysa, -işbu çalışmanın temel konusunu oluşturan- İYUK m.28/1’in -genel kuralın *istisnası* niteliğindeki- son cümlesi, haciz veya ihtiyati hacze karşı açılan davalarda idari yargı yerlerince verilen kararların uygulanması bakımından getirdiği “*kesinleşme*” ölçütü ile *derhâl uygulama ilkesinden* sapmakta ve esasen, bu kararların “*geç*” uygulanmasına yol açmak suretiyle, anılan kararların “etkililiği”ni büyük ölçüde azaltmakta; belki de bu kararları “işlevsiz” ve hatta “anlamsız” hâle getirmektedir. Her ne kadar, Anayasa’nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasında, yargı kararlarının uygulanması için açıkça bir azami süre öngörülmemiş olduğu ve yalnızca bu kararların “geciksiz” yerine getirileceği ifadesiyle yetinildiği, dolayısıyla kanun koyucunun “uygulama süresi”ni belirleme konusunda *takdir yetkisinin* bulunduğu ileri sürülebilirse de; bu yetkinin, kanun koyucuya “sınırsız” bir serbesti tanıyamayacağı da açıktır. Başka bir deyişle, kanun koyucunun, Anayasa’nın bahsi geçen maddesinden hareketle, “geciksizin” uygulama zorunluluğunun içeriğini somutlaştırmak anlamında, yargı kararının hangi süre içinde uygulanması gerektiğini (*makul süreyi*) belirlerken “takdir yetkisi” bulursa da; bu yetkinin, Anayasa’da öngörülen “geciksizin uygulama zorunluluğu”na yönelik güvencenin “içini boşaltacak” biçimde kullanılmayacağında duraksana-

¹¹⁴ Rüstem KARABATAK (1997), “Yargı Kararlarının Uygulanması”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C.71, S.10-11-12, s.766.

¹¹⁵ Karş. Onur KARAHANOGULLARI (2019), *İdari Yargı: İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, Ankara, Turhan Kitabevi Yay., s.780. Bu noktada, KARAHANOGULLARI; İYUK m.28/1’de öngörülen 30 günlük sürenin, “uygulama süresi” değil, “yaptırıma uğrama süresi” olduğunu ileri sürmekte ve anılan süre aşıldığı zaman, idarenin ve kamu görevlisinin yaptırıma tabi olacağını vurgulamaktadır (s. 780).

maz.¹¹⁶ Hâl böyle olunca, kanun koyucunun, İYUK m.28/1'in son cümlesindeki davalarda verilen kararların uygulanmasını, bu kararların “kesinleşmesi”ne bağlayan düzenlemesiyle, Anayasa'nın kanun koyucuya tanıdığı serbestiyi aştığı ve “*yargı kararlarının derhâl uygulanması ilkesi*”ni bertaraf ettiği rahatlıkla söylenebilir.

Zira, haciz veya ihtiyati hacze karşı açılan davalarda verilen kararların uygulanması bakımından İYUK m.28/1'in son cümlesinde öngörülen “kesinleşme” ölçütünün, “makul” bir süreye tekabül etmediği ve *derhâl uygulama* yolundaki Anayasal teminatla bağdaşmadığı ortadadır. Nitekim, bir yargı kararının *kesinleştikten sonra* uygulanması, aslında o kararın “geç” uygulanması ve dolayısıyla da “gereği gibi” uygulanmaması anlamına gelmektedir. Sahiden, “makul” bir süre içerisinde yapılmayan bir uygulama, “gerçek” bir uygulama sayılmamak gerekir. Çünkü, yargı kararının “geç” uygulanması, çoğu kez, karardan beklenen faydanın gerçekleşmesini zora sokmakta ya da bunu önemli ölçüde azaltmaktadır. Kaldı ki, yargı kararının geç uygulanmasından doğan zararların idarece karşılanması da,¹¹⁷ karardan beklenen faydanın tam anlamıyla yerine gelmesini temin etmeye yetmemektedir.¹¹⁸

¹¹⁶ Burada, Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasındaki “geciktiksizin” uygulama zorunluluğunun içeriğini doldurmak bağlamında kanun koyucunun “takdir yetkisi”nin bulunduğunu ve yargı kararlarının idarece yerine getirilmesi bakımından azami süreyi, Anayasal güvenceye halel getirmemek kaydıyla, kanun koyucunun belirleyebileceğini ifade ederken; aslında İYUK'un, 1982 Anayasası'ndan daha önce kabul edilmiş ve Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olmasından kaynaklı olarak ortaya çıkan enteresan tabloya da temas edilmelidir. Şöyle ki; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 06/01/1982 tarihinde kabul edilmiş ve 20/01/1982 tarihli Resmî Gazete'de (S.17580) yayımlanarak yürürlüğe girmiş iken; 1982 Anayasası, -İYUK'tan on ay sonra- 07/11/1982 tarihinde halkoyu ile kabul edilmiş ve 09/11/1982 tarihli Resmî Gazete'de (S.17863-Mükerrer) yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Açıkçası, önce İYUK'un 28. maddesinde yargı kararlarının “uygulanma süresi” öngörülmüş ve daha sonra 1982 Anayasası'nın 138. maddesindeki “geciktiksizin uygulama zorunluluğu” güvencesi getirilerek; yukarıda bahsetmiş olduğumuz *geciktiksizin uygulamanın* “içeriğini doldurma” ve “somutlaştırma” bakımından, aslında bir “anakronizm” söz konusu olmuştur. Ancak, bu noktada hemen belirtelim ki, İYUK m.28/1'in son cümlesinde yer alan ve haciz veya ihtiyati hacze karşı açılan davalarda verilen kararların *kesinleştikten sonra* uygulanacağına ilişkin hükmün, Anayasa'nın 138. maddesindeki *geciktiksizin uygulama zorunluluğu* kuralıyla bağdaşmazlığının da, bu anakronizmden dolayı “gözden kaçmış” olabileceği gibi bir düşünce, aynı kuralın (*geciktiksizin uygulama zorunluluğunun*) 1961 Anayasası'nda da (m.132/3) mevcut olması karşısında, pek de isabetli sayılamaz.

¹¹⁷ İptal kararını geç uygulayan idarenin, ilgilinin bu nedenle uğramış olduğu zararları tazmin etmesi zorunluluğu hakkında bkz. D.5.D: E.1988/2913, K.1991/627, T.28/03/1991 (KİBB).

¹¹⁸ Üstelik, İYUK m.28/1'in son cümlesi uyarınca verilen kararların *kesinleştikten sonra* uygulanmasında, *geç uygulamadan* dolayı ilgilinin uğradığı zararların tazmin edilmesi ya da geç uygulama hâlinde gündeme gelebilecek diğer yaptırım mekanizmalarının işletilebilmesi de olanaklı görünmemektedir. Zira buradaki geç uygulama hâli, “kanun”dan (İYUK m.28/1'in son cümlesinden) kaynaklandığı için, idareye atfı kabul bir kusur barındırmamaktadır. Hâliyle, Kanun'un, kararın geç uygulanmasına cevaz veren, hatta geç uygulamayı emreden hükmü karşısında, idareyi ve/veya kamu görevlilerini, idari yargı kararlarının uygulanmamasına bağlanan yaptırımlara maruz bırakmak, hukuken kabul edilemez. Bununla birlikte, Kanun'un anılan hükmü dolayısıyla, kanun koyucunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki bazı güvencelerin içeriğini boşalttığı gerekçesiyle, burada olsa olsa, Devlet'in Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında mali sorumluluğuna ilişkin yaptırım mekanizmasının işlerlik kazanabileceğinden bahs olunabilir.

Öte yandan, AY m.138/4, bir yargı kararının ne zaman “uygulanabilir” hâle geldiğini açıkça belirtmemiş olduğundan; anılan Anayasa hükmündeki “gecikmeksizin uygulama” zorunluluğunun, kararın teknik olarak “uygulanabilir hâle gelmesinden itibaren gecikmeksizin (*derhâl*) uygulama” olarak algılanması bağlamında; kararın ne zaman (*hangi aşamada*) uygulanabilir hâle geleceğinin saptanmasında, yasama organının “kesinleşme” gibi bir ölçüt belirlemesinin -kural olarak- mümkün olamayacağına da altını çizmek gerekir. Zira yargısal denetim sürecinde verilen kararların ne zaman “uygulanabilir” hâle geldiğinin tespiti, her bir yargı kolunun kendine özgü nitelikleri çerçevesinde yasa koyucu tarafından ayrı ayrı tespit edilebilirse de; genel olarak bir yargı kararının, ilgilisi hakkında sonuç doğurabilmesi bakımından, “kesinleşmesi”nin aranması gibi teknik bir zorunluluk mevcut değildir. Nitekim yargılama hukukunda, yargı kararlarının uygulanabilirliği, kural olarak “kesinleşme” şartına bağlanmamıştır. Yani genel olarak yargılama hukukunda, yargı kararlarının “uygulanabilir” hâle gelmesi, kural olarak, “kesinleşmeleri” ile ilgili değildir.

Bu noktada belki hukuk yargısında -aile hukukuna ilişkin ilamlar gibi- istisnaen öngörülen “kesinleştikten sonra” icra edilebilirliğe ilişkin hükümler bakımından, “kamu düzeninin korunması” gibi gerekçelerle, bazı kararların uygulanabilir hâle gelmesinin, “kesinleşme” ile mümkün olabileceği ileri sürülebilirse de; konuya idari yargılama hukuku perspektifinden bakıldığında, iptal ve yürütmenin durdurulması kararlarının “uygulanabilir” hâle gelmesi için “kesinleşme”lerinin beklenilmesi gibi bir teknik gereklilikten bahsolunamaz. Aksine, “yürütmenin durdurulması” müessesesinin öngörülmüş olması, idari yargı kararlarının uygulanabilirliğinin hiçbir şekilde “kesinleşme”ye bağlı olmadığına en önemli kanıttır. Zira yürütmenin durdurulması kararının, nihai kararın (iptal kararının) *kesinleşmesinden sonra* uygulanması, müessesenin varlık sebebinin inkârı anlamına geleceğinden; yürütmenin durdurulması kararlarının derhâl uygulanmasının zorunlu olması kaidesi, aslında izahtan varestedir. Hâliyle, hukuka aykırılık tespitini içeren “geçici” bir karar olan yürütmenin durdurulması kararı dahi idare tarafından derhâl uygulanmak zorunda olduğuna göre; idari işlemin hukuka aykırılığını ortaya koyan “nihai” bir karar olan iptal kararının, -kesinleşmesi beklenmeksizin- derhâl uygulanma kabiliyeti ve zorunluluğu bulunduğu duraksanamaz. Bu durumda, idari yargıda iptal ve yürütmenin durdurulması kararlarının “kesinleştikten sonra ‘*derhâl*’ (!) uygulanması”, yürütmenin durdurulması müessesesinin işlevini yitirmesine ve idari davalar yoluyla yargısal denetimin etkililiğinin azalmasına yol açmakla, “hukuk devleti”ne aykırı bir sonuç doğuracağından, asla kabul edilemez.¹¹⁹

¹¹⁹ Kaldı ki, idari yargı kararlarının uygulanması bakımından, Anayasa’nın (m.138/4) emrettiği “gecikmeksizin (*derhâl*)” uygulama yükümlülüğünü, “karar kesinleştikten sonra” gecikmeksizin (*derhâl*)” biçiminde “okumak”, normun amacıyla da bağdaşmaz. Zira böyle bir yorum, kararın “gecikerek” uygulanmasının kabulü anlamına gelir ki, AY m.138/4, bunu açıkça yasaklamaktadır.

Ayrıca, idari işlemlerin “hukuka uygunluk karinesi”ni, hukuka aykırılık tespitiyle *askıya alan* (yürütmenin durdurulması kararı) ya da *çürüten* (iptal kararı) yargısal kararların “kesinleştikten sonra” uygulanması, mantıksal açıdan tutarlı da olmaz. Zira idarenin, -işlemin muhatabının rıza ve muvafakatini almaksızın- tek yanlı iradesiyle doğurduğu hukuki sonucun, “hukuka uygun olduğu varsayımı”, aksi yöndeki yargı kararıyla askıya alınmış ya da çürütülmüş iken; tarafsız ve bağımsız yargı yerlerinin kararı yerine, idarenin tek yanlı iradesiyle tesis ettiği işlemi uygulamaya devam etmek, “yargısal denetim”in mantığıyla çelişir.

Bu açıklamalara ilaveten, burada son olarak vurgulanması gereken nokta; İYUK m.28/1’de idari yargı kararlarının uygulanması bakımından azami bir süre öngörülmemiş olsaydı da, idarenin, kararı uygularken dayanak alması gereken bir pozitif hukuk kuralı olan AY m.138/4’ün mevcudiyetidir. Bunu biraz açmak gerekirse; İYUK m.28/1’de, idari yargı kararlarının en geç 30 gün içinde uygulanacağını öngören bir düzenleme bulunmamış olsa idi; idare bu kez, AY m.138/4’ten hareketle, kararı “gecikmeksizin” uygulamak zorunda kalacak ve bu noktada, kararın “kesinleşmesini” beklemeyi öne süremeyecekti.¹²⁰ Zira bir idari yargı kararının -teknik açıdan- “uygulanabilir” hâle gelebilmesi için, “kesinleşmesi”ne gereksinim bulunmadığı aşikârdır. Üstelik aksi yöndeki anlayış, yürütmenin durdurulması kararlarının uygulanmasını “ötelemekle”, bu müesseseyi anlamsız hâle getirebilecek; keza, iptal kararının da “etkililiği”ni büyük ölçüde yitirmesine yol açabilecektir. Hâl böyle olunca, yasama organının da; “kesinleşme” ölçütü getirmek suretiyle, idarenin, idari yargı kararını *kesinleştikten sonra* uygulamasına yönelik bir düzenleme yapamayacağını kabulü gerekmektedir.

Özetle; AY m.138/4, bir yandan idareye, yargı kararını “gecikmeksizin uygulama”yı emrederken, bir yandan da yasama organının, “gecikmeksizin uygulamayı engellemesi” zorunluluğunu ortaya koymakla; yasa ile yargı kararının “geç” uygulanması anlamına gelebilecek düzenleme yapılmasını (norm konulmasını) da yasaklamış olmak-

¹²⁰ Nitekim mülga 521 sayılı Danıştay Kanunu’nun, “Danıştay kararlarının sonuçları”na ilişkin 95. maddesinde (f.2), hâlen yürürlükte olan 2577 sayılı İYUK m.28’den farklı olarak; *idarenin, o dönem yürürlükte olan 1961 Anayasası’nın -bugün için 1982 Anayasası’nın 138. maddesine tekabül eden- 132. maddesi gereğince, Danıştay ilamlarının icaplarına göre işlem veya eylem tesis etmeye mecbur olduğunun* öngörülmüş olması da, bu argümanımızı destekler nitelikte görülebilir. Bu hususta ULER, yalnızca “kesin hükümler” değil, uygulanmaları gerekli her türlü yargı kararları uygulanacaktır, dedikten sonra; -bugün için 1982 Anayasası’nın 138. maddesine karşılık gelen- 1961 Anayasası’nın 132. maddesinden hareketle, yargı kararlarının “*yerine getirilmesi(nin) geciktirileme(yeçeğini)*” vurgulamakla [bkz. ULER (1970), s.80]; aslında kanunda düzenleme olmadığı takdirde, Anayasa’nın ilgili hükmünün “doğrudan uygulanacağını” ortaya koymakta; böylece, ULER’in görüşü de, Anayasa’nın, idari yargı kararlarının “kesinleştikten sonra” uygulanmasına cevaz vermediği yönündeki argümanımızı güçlendirebilecek bir görüş olarak telakki edilebilmektedir.

tadır.¹²¹ Şu hâlde, yasa koyucu, yargı kararının uygulanması için idareye azami bir süre tanıyan norm koyarken (kanun çıkartırken), “gecikmeksizin uygulama”yı emreden Anayasa hükmü ile “bağlı” ve dolayısıyla “sınırlı” olduğundan; idari yargı kararlarının “kesinleştikten sonra” uygulanmasına yönelik düzenleme yapamaz.

Bu itibarla, haciz veya ihtiyati hacze karşı açılan davalarda verilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarının *kesinleştikten sonra* uygulanmasını öngören İYUK m.28/1-son cümle hükmü, Anayasa’nın 138. maddesinin dördüncü fıkrası

¹²¹ Bu noktada, 10/09/2014 tarih ve 6552 sayılı Kanun’un 97. maddesiyle, İYUK m.28/1’de yapılan değişiklik ve eklemenin, idari yargı kararlarının “geç uygulanması” açısından da Anayasa’ya (m.138/4) aykırılık oluşturduğuna ve Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildiğine dikkat çekilmelidir: Gerçekten, 6552 sayılı Kanun’la, İYUK m.28/1’in üçüncü ve dördüncü cümlelerinde, “*Ancak, 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna ekli (1) ve (2) sayılı cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tabi olsalar dâhi daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirilir. Bu görevliler hakkındaki mezkûr işlemlerin uygulanması, telifsi güç veya imkânsız zararları doğuran hâllerden sayılmaz.*” şeklinde değişikliği gidilerek; bir yandan belirtilen yargı kararlarının gereğinin, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun “başka bir kadroya atanması suretiyle” (tevil ettiği için “aynen uygulamama”) ve “2 yıl içinde” (makul süre olmadığı için “derhâl uygulamama”) yerine getirileceğinin öngörülmüş olması nedeniyle yargı kararının “tevili” ve “geç uygulanması”, yani *gereği gibi uygulanmaması* sonucunu doğuran düzenlemelere yer verilmesi ile diğer yandan da, belirtilen kamu görevlilerine ilişkin söz konusu işlemlerin uygulanmasının, “telifsi güç veya imkânsız zararlar doğuran hâllerden sayılmayacağı” yolundaki ifadeyle, bu işlemlere karşı açılan davalarda yürütmenin durdurulması olanağının kaldırılması suretiyle yargısal denetimin etkililiğinin önemli ölçüde azaltılması, ciddi bir Anayasa’ya aykırılık sorunu teşkil etmiştir. Keza, İYUK m.28/1’e eklenen, “*Bu fıkranın üçüncü cümlesinde belirtilen işlemlerle ilgili mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemez; ancak disiplin hükümleri saklıdır.*” şeklindeki yeni (beşinci) cümle ile, anılan işlemlere ilgili yargı kararlarının yerine getirilmemesinin “ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemeyeceği” belirtilerek yargı kararını uygulamayan kamu görevlilerinin ceza hukuku yönünden sorumsuzluk/dokunulmazlık “zırhı”na kavuşturulması da, bu hususta bir diğer önemli sorun olarak ortaya çıkmıştır.

Yargı kararlarının gereği gibi uygulanması zorunluluğuyla bağdaştırılması mümkün olmayan bu değişikliklerin, esasen yargı kararlarının “aynen” ve “derhâl” uygulanması yolundaki Anayasa kuralına (AY m.138/4’e) aykırılık taşıdığı açıktır. Üstelik söz konusu yargı kararını uygulamayan kamu görevlilerinin cezai sorumluluğunu ortadan kaldıran ek cümle ile yargı kararlarının uygulanmamasının âdeta teşvik edilmiş olduğu söylenebilir. Öte yandan, 10/09/2014 tarih ve 6552 sayılı Kanun’un öncülü olarak düşünülebilecek olan 21/02/2014 tarih ve 6526 sayılı Kanun ile İYUK m.28’de yapılan değişiklik [yargı kararını 30 gün içinde kasıtlı olarak yerine getirmeyen kamu görevlisine karşı da tazminat davası açılabilmesine imkân tanıyan ve Anayasa Mahkemesi’nce Anayasa’ya aykırı olmadığına karar verilen <bkz. AYM: E.2012/22, K.2012/133, T.27/09/2012 (RG: T.11/12/2012, S.28494)> dördüncü fıkrası hükmü; “*Mahkeme kararlarının süresi içinde kamu görevlilerince yerine getirilmemesi hâlinde tazminat davası ancak ilgili idare aleyhine açılabilir.*” şeklinde değiştirilmiştir.] ve eklemeler [birinci fıkraya eklenen cümleler ile ilgili olarak bkz. *supra.*, dn.6 ve dn.99.] de bir arada değerlendirildiğinde; yargı kararlarının “uygulanmayabileceği”nin bizzat yasa koyucu tarafından kabul edilmesi ve yargı kararını uygulamayan kamu görevlisinin “korunması” suretiyle, yargı kararlarının yasama vasıtasıyla *etkisizleştirilmesi* yolunda bir eğilimin ortaya çıktığı saptanabilir. Bununla birlikte, 6552 sayılı Kanun ile İYUK m.28/1’de yapılan bahse konu değişiklik ve eklemenin, Anayasa Mahkemesi’nce iptaline karar verilmiş olduğu vurgulanmalıdır. Bkz. AYM: E.2014/149, K.2014/151, T.02/10/2014 (RG: T.01/01/2015, S.29223).

sındaki “gecikmeksizin uygulama zorunluluğu” ile bağdaşmamakta; Anayasa’nın anılan hükmüne aykırı düşmektedir. İdari yargı kararları bakımından, “kesinleştikten sonra” uygulamayı öngören pozitif hukukumuzdaki tek hüküm olması nedeniyle, İYUK m.28/1-son cümle üzerinden temellendirilen açıklamalar bağlamında ulaşılan bu sonuç, esasen idari yargı kolunda verilen tüm kararlar açısından geçerlidir. Daha açık bir ifadeyle, yalnızca haciz veya ihtiyati haciz uygulamalarıyla ilgili davalarda verilen kararların değil; diğer *idari davalarda* verilen kararların da uygulanmaları, “kesinleşme” koşuluna bağlanamaz. Aksi takdirde, yani tam yargı davaları da dâhil olmak üzere, *idari davalarda* verilen kararların “kesinleştikten sonra” uygulanmasına ilişkin bir yasal düzenleme yapılması durumunda, bu düzenlemenin Anayasa’nın m.138/4 hükmüne aykırı olacağı tabiidir.

Peki aynı yorum, idari yargı dışındaki yargı yerleri tarafından verilen kararların “kesinleştikten sonra” uygulanmasını öngören yasa kurallarının tümüne teşmil edilebilir mi? Daha açık ve somut olarak, hukuk yargılamasında bazı davalar bakımından -istisnaen- öngörülen “*kesinleştikten sonra icra*”ya ilişkin yasa hükümleri ile ceza yargılamasında verilen mahkûmiyet kararları bakımından öngörülen “*kesinleştikten sonra infaz*”a ilişkin yasa hükümlerinin de aynı şekilde Anayasa’ya aykırı olduğu söylenebilir mi? Keza, Sayıştay ilamlarının “*kesinleştikten sonra yerine getirileceği*”ni öngören yasa hükmünün de Anayasa’ya aykırı olduğu ileri sürülebilir mi? Bu soruların yanıtı, konuya ilişkin farklı bir boyut kazandıracak mahiyette ayrıca özellik arz ettiğinden, konunun/sorunun bu boyutu, aşağıda müstakil bir başlıkta (**§B.3**) ele alınmaktadır.

§B.3. İdari Yargı Dışındaki Yargı Kollarında Verilen Kararların “Kesinleştikten Sonra” Uygulanmasına İlişkin Yasa Hükümlerinin Anayasa’nın m.138/4 Hükmüne Aykırılığı Sorunu

İdari yargı kararlarının “kesinleştikten sonra” uygulanmasına yönelik mevcut ya da muhtemel/müstakbel yasa hükümlerinin Anayasa’ya (m.138/4) aykırılığı kolaylıkla serdedilebilirken; diğer yargı kollarınca verilen kararların “kesinleştikten sonra” uygulanmasına ilişkin mevcut ya da muhtemel/müstakbel yasal düzenlemeler açısından kolayca ve kategorik olarak aynı sonuca ulaşmak mümkün görünmemektedir. Bu noktada, konuya ilişkin olarak pozitif hukukumuzdaki yasa hükümleri çerçevesinde; *ceza yargısı*, *hukuk yargısı* ve *hesap yargısı* bağlamında, temelde üçlü bir ayırım ile sorunu şöyle izah edebiliriz:

İlkin, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un¹²² 4. maddesinde yer alan “*Mahkûmiyet hükümleri kesinleşmedikçe infaz olunamaz.*” kuralıyla, ceza muhakemesinde verilen mahkûmiyet kararlarının infazının (uygulan-

¹²² 13/12/2004 tarih ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (RG: T.29/12/2004, S.25685).

masının/gerekerinin yerine getirilmesinin), bu kararların *kesinleşmesi* koşuluna¹²³ bağlanmış olmasının; hukukun genel ilkelerinden olan ve Anayasa’nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında¹²⁴ güvenceye kavuşturulan “masumiyet (suçsuzluk¹²⁵/masuniyet¹²⁶) karinesi”nin bir gereği¹²⁷ olması nedeniyle Anayasa’ya aykırılık oluşturmadığı söylenebilir. Gerçekten, “masumiyet karinesi”, “*hakkında suç isnadı bulunan bir kişinin, adil bir yargılanma sonunda suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilene kadar masum sayılması*”nı¹²⁸ zorunlu kıldığından, burada Anayasa’ya aykırılıktan

¹²³ İnfazın koşulu olan “kesin/kesinleşmiş hüküm” hakkında bkz. Veli Özer ÖZBEK (2013), *İnfaz Hukuku*, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yay., s.74 vd.

¹²⁴ Anayasa’nın, “suç ve cezalara ilişkin esaslar”ı düzenleyen 38. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca; “*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.*”

¹²⁵ “*Masumluk (masumiyet) karinesi*” yerine, “*suçsuzluk karinesi*” teriminin kullanılmasının daha uygun olacağı yönünde bkz. Metin FEYZİOĞLU (1999), “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.48, S.1-4, s.137-138.

¹²⁶ Terim sorununa ilişkin olarak, “suçsuzluk” anlamına gelen “masumiyet” teriminin değil; “dokunulmazlık” anlamına gelen “masuniyet” teriminin (“*masuniyet karinesi*”nin) kullanılmasını gerektiği yönünde farklı ve özgün bir görüş için bkz. Ali D. ULUSOY (2013), *İdari Yaptırımlar*, İstanbul, On İki Levha Yay., s.98-99, dn.152. Hukukta sıklıkla kullanılan “galatimeşhur”lardan biri olarak nitelediği “*masumiyet karinesi*” teriminin doğrusunun “*masuniyet karinesi*” olduğunu belirten ULUSOY; hukukta “*masumiyet karinesi*” diye bir karine bulunmadığını, zira “masumiyet” suçsuzluk anlamında kullanıldığı için, “*aksi mahkeme kararıyla kesinleşene kadar herkes masumdur, yani suçsuzdur*” şeklindeki bir hukuki varsayımın, tutuklama koruma tedbirinin meşruyetini ortadan kaldıracacağı gibi, yanlış bir algılamayı da beraberinde getireceğini ifade etmekte ve bu karinenin doğrusunun, “*aksi mahkeme kararıyla kesinleşene kadar kimse suçlu kabul edilemez*” biçiminde formüle edilmesi gerekliliğini, bir kimsenin “suçsuz” (masum) kabul edilmesi ile “suçlu kabul edilmemesi” arasındaki nüansa izah etmekte; bu kapsamda, suçlu kabul edilmeyen bir kimsenin “suçsuz” (masum) olabileceği gibi, suçlu olup olmadığı henüz belirsiz konumda da olabileceğini, oysa “masum” sayılan bir kimse için suçlu olup olmadığını belirsiz olmasının bir çelişki (toloji) oluşturacağını; dolayısıyla bu kavramın, “masuniyet”, yani “dokunulamaz” biçiminde ifade edilmesi durumunda, kavramın gerçek anlamına daha uygun olacağını ve buradaki “dokunulmazlığı” da, “henüz suçlu sayılamama” olarak algılamak gerektiğini ileri sürmektedir (s. 98-99, dn.152).

¹²⁷ Kanaatimizce, mahkûmiyet kararlarının “kesinleştikten sonra infazı”, “masumiyet karinesi”nin bir gereği olmakla birlikte; 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 4. maddesinde yer alan “*Mahkûmiyet hükümleri kesinleşmedikçe infaz olunamaz.*” hükmünün “gerekçesi”nde, “masumiyet karinesi”nden hiç söz edilmeksizin, “(...) Kesinleşmeyen kararların değişebilmesi ihtimaline karşılık infaz edilen cezanın meydana getirdiği zararın karşılanmasına olanak bulunmadığından, kesinleşme koşulunun kabul edilmesi yerinde ve insan haklarının gereği olan bir ilkedir.” ifadesiyle yetinilmiş bulunmaktadır. Tabii, madde gerekçesinde “masumiyet karinesi”nin açıkça zikredilmemiş olması, konunun “masumiyet karinesi” ile hiçbir bağlantısı olmadığına benimsendiği anlamına da gelmemektedir.

¹²⁸ Anayasa Mahkemesi’ne göre, “*Ceza hukukunun temel ilkelerinden olan ‘suçsuzluk karinesi’, hakkında suç isnadı bulunan bir kişinin, adil bir yargılama sonunda suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilene kadar masum sayılması gerektiğini ifade etmekte ve hukuk devleti ilkesinin de bir gereğini oluşturmaktadır. Suçsuzluk karinesi uyarınca, bir kişinin suçlu olarak nitelendirilebilmesi ve hakkında ceza hukukunun alanına giren yaptırımların uygulanabilmesi, kesin hükümle mahkûm olmasına bağlıdır.*” Bkz. AYM: E.2013/133, K.2013/169, T.26/12/2013 (RG: T.09/01/2014, S.28877). Anayasa Mahkemesi’nin, “suçsuzluk karinesi”nin, “kesin hüküm”e kadar (mahkûmiyet hükmü “kesinleşinceye” dek) masum sayılmayı gerektirdiği yönündeki bu yaklaşımının yer aldığı önceki kararlarından birkaç örnek için bkz. AYM: E.2007/68, K.2010/2, T.14/01/2010 (RG: T.28/04/2010, S.27565); AYM: E.2004/116, K.2008/74, T.06/03/2008 (RG: T.01/07/2008, S.26923).

bahsolunamaz. Başka bir ifadeyle, sanığın (bireyin) korunması amacına matuf “ma-sumiyet karinesi” uyarınca, ceza mahkûmiyetine ilişkin yargı kararlarının “kesinleş-tikten sonra” uygulanmasının/infazının, Anayasa’ya aykırı olmadığı; bilakis, burada kararın “kesin hüküm” hâline gelmeden uygulanmasının/infazının öngörülmesi du-rumunda Anayasa’ya aykırılığın gündeme geleceği düşünülmektedir.

Buna mukabil, aynı yorumun (çağdaş ceza muhakemesinin gereği olarak, *ma-sumiyet karinesinden* hareketle ceza mahkûmiyetine yönelik hükümlerin “kesinleş-tikten sonra” uygulanmasının Anayasa’ya aykırı olmadığı; aksine, Anayasa’nın ve evrensel hukukun bir gereği olduğu yolundaki sonucun), hukuk yargılaması açısından da kabulü olanaklı görünmemektedir.

Bir defa, hukuk yargılamasında, kararların “kesin hüküm” hâline geldikten sonra uygulanmasına yönelik genel bir hukuk ilkesi ya da Anayasal bir kural mev-cut değildir. Nitekim 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na¹²⁹ (HMK) bakıldığında, “kesinleştikten sonra icra”nın, genel kural olmayıp, istisnai nitelik taşıdığı anlaşılmaktadır. Açıkçası, -prensipten- hukuk yargılamasında verilen bir kararın, hukuki etki ve sonuç doğurması, uygulanması ve icraya konulabil-mesi için kesinleşmiş olması şart değildir. Yalnızca Kanun’da sayılan istisnalar söz konusu olduğunda, bu ilamların hukuki etki ve sonuç doğurabilmesi, icraya konulabilmesi için kesinleşmesi koşulu aranmaktadır.¹³⁰ Örneğin, HMK’nın 367. maddesi (f.2) uyarınca,¹³¹ taşınmaza ve buna ilişkin aynı haklara dair hükümler, kesinleşmedikçe icra edilememektedir. Keza anılan maddeye göre, nafakaya iliş-kin olanlar dışında (f.1), kişiler ve aile hukukuna dair hükümler de (f.2), kesinleşmeden yerine getirilememektedir.¹³²

HMK’nın, ilamlı icraya başvurabilmek/gerekleri yerine getirilebilmek için hükmün *kesinleşmiş olmasını* öngören istisna kurallarının AY m.138/4’e aykırı olup olmadığı hususu ise, sorgulanmaya değer olup, çeşitli açılardan, analize derinlik kazandırabilecek “ufuk açıcı” mahiyette bazı spekülâtif olasılıklar çerçesinde (*esasen “inşâî hüküm” ve “inşâî etki” kavramlarını*)¹³³ aşarak, muhtemel

¹²⁹ 12/01/2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (RG: T.04/02/2011, S.27836).

¹³⁰ İcraya konulabilmesi için kesinleşmesi zorunluluğu bulunan ilamların sistematik bir tasnifi için bkz. Süha TANRIVER (1996), *İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi*, Ankara, Yetkin Yay., s.151 vd. Ayrıca bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ (2013a), s.394-396.

¹³¹ HMK’nın 450. maddesiyle yürürlükten kaldırılmış olan 18/06/1927 tarih ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun (RG: T.02-03-04/07/1927, S.622-623-624), HMK’nın geçici 3. maddesi uyarınca bugün için uygulanmaya devam olunan 443. maddesi de, “kesinleşme” bakımından, aynı minvalde düzenlemeyi ihtiva etmektedir.

¹³² “İlamlı icraya başvurabilmek için hükmün kesinleşmiş olması şart değildir” kuralının istisnalarına; yani icraya konulabilmesi için kesinleşmiş olması gereken ilamlara ilişkin güncel örnekler için bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ (2013a), s.394-396.

¹³³ Bkz. *infra.*, dn.136-137.

yasal düzenlemeler vasıtasıyla, hukuk yargılamasındaki başkaca davalarda verilen kararların da “kesinleştikten sonra” uygulanması koşuluna tabi tutulup tutulmama-
yacağı meselesini aydınlatmak amacıyla) tartışılmak gerekir.

Bu bağlamda, *birinci olasılıkta*, “kamu gücü” kriteri çerçevesinde; genel ve kategorik biçimde, hukuk yargılamasındaki “kesinleştikten sonra” uygulama anlamına gelen hükümlerin Anayasa’ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşılabilir. Şöyle ki; Anayasa m.138/4’ün, kişinin “kamu gücü” karşısında korunmasını teminen, “kamu gücü” kullanan Devlet organının -doğrudan- taraf olduğu davaları kapsadığı; dolayısıyla, “eşitler arası” uyuşmazlıkların çözümlendiği davaların, Anayasa’nın anılan hükmü kapsamına girmeyeceği ileri sürülebilir. Böylece, hukuk yargısında, hem özel hukuk kişileri arasındaki davalarda hem de idarenin taraf olduğu davalarda verilen kararların “kesinleştikten sonra” uygulanmasına yönelik hükümlerin Anayasa’ya aykırı olmadığı söylenebilir. Zira adli yargıdaki somut davanın taraflarından biri idare olsa da, bu davada idarenin “kamu gücü” kullanımı ile yapmış olduğu bir işlem yahut eylemin denetimi söz konusu olmayıp, idare de özel hukuk kişisi ile “aynı (eşit) konumda” kabul edildiğinden, Anayasa’nın m.138/4 hükmüne aykırılık bulunmadığı düşünülebilir. Fakat bu kriterin isabetliliği son derece kuşkuludur. Zira, idarenin -ya da genel olarak Devlet organlarının- hukuk yargısında taraf olduğu davaların hiçbirinde, hiçbir surette “kamu gücü” kullanımının bulunmadığının (kamu gücü kullanımının denetlenmediğinin) savunulması kolay değildir. Adli yargıda, hukuk yargılaması bakımından, özel hukuk kişisi ile idarenin “eşitliği” esasen bir “varsayım”dan ibaret olup; adli yargıda da idarenin “kamu gücü” kullanımının yargılandığı örneklerin bulunması olanaklıdır.¹³⁴ Kaldı ki, Anayasa’nın anılan hükmünün, kişiyi, yalnızca “kamu gücü” kullanan idare -ve diğer Devlet organları- karşısında korumayı amaçladığı da şüphelidir. Ayrıca Anayasa’nın anılan hükmü yasama organına da hitap ettiğine göre, kanun koyucunun özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklarda verilen adli yargı kararlarının “derhâl” uygulanmasını engelleyen yasa hükümleri çıkartmasının da mümkün olamayacağı pekâlâ savlanabilir. Dolayısıyla, taraflardan birinin “kamu gücü”nün yargılandığı, taraflar arasındaki “eşitsiz” hukuki ilişkilerden kaynaklanan davalar ile taraflar arasında “eşitlik” bulunduğu varsayılan hukuki ilişkilerden kaynaklanan (taraflardan biri Devlet organı da olsa “eşitler arası” uyuşmazlıkların mevcut

¹³⁴ Gerçekten, idari yargının görev alanının belirlenmesi bakımından, tek başına “kamu gücü” ölçütünün yeterli olmadığı bilinmektedir. “Kamu gücü”nün yargısal denetiminin yalnızca idari yargıda gerçekleştirilmediği, adli yargıda da idarenin “kamu gücü”nün denetlendiği/yargılandığı örneklerin bulunduğu bilindiğine göre; hukuk yargısında “kamu gücü” kullanımının denetlenmediğini mutlak biçimde ileri sürmek doğru olmaz.

Türk hukukunda yargı düzenini belirlemede kullanılan ölçütlerin belirsizliği ve aslında idare hukukuna dâhil olan bazı işlem ve eylemlerin, idari yargının değil; özel hukuka tabi olacak biçimde adli yargının görev alanına bırakıldığı yasalardan mevcudiyeti konusunda bkz. DARENDELİ (2004), s.74.

olduğu düşünülen) davaları, Anayasa'nın anılan hükmü karşısında ayrı kategorilerde değerlendirilmenin ve bu suretle, hukuk yargısında verilen kararların “kesinleştikten sonra” uygulanmasına yönelik yasa hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşmanın tutarlılığı tartışmaya açıktır.

İkinci olasılıkta; özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıklarda verilen yargı kararlarının gereklerinin yerine getirilmesinin, kural olarak davanın tarafları konumundaki özel hukuk kişilerine düşen bir yükümlülük olması nedeniyle; Anayasa'nın Devlet organlarını muhatap alan m.138/4 hükmünün, bu kararların (özel kişiler arasındaki davalarda verilen kararların) uygulanmasını kapsamadığı sonucuna ulaşılabilir. Gerçi, davalı tarafın karar gereklerini yerine getirmemesi durumunda davacının, Devlet teşkilatına ilişkin klasik kategoriler içerisinde idare teşkilatına dâhil sayılması gereken icra dairelerini¹³⁵ harekete geçirme (ilamlı icraya başvurma) olanağı bağlamında, karar gereklerinin yerine getirilmesinde (mahkeme kararlarının uygulanmasında) idarenin de devreye girebileceği söylenebilir. Ama bu noktada da, kararı uygulama yükümlülüğünün esasen davalı konumunda bulunan özel kişiye ait olmaya devam etmesi nedeniyle, bu tür davalarda verilen kararların uygulanması bakımından icra dairelerinin devreye girmesinin, teknik olarak yargı kararının uygulanması yükümlülüğünün icra dairelerine geçmesi biçiminde yorumlanıp yorumlanamayacağı şüphelidir. Zira burada icra dairelerinin görevi, yargı kararını bizzat ve doğrudan doğruya yerine getirmek değil; yargı kararının yerine getirilmesi için gerekli işlem ve eylemleri gerçekleştirmektir.

Buraya kadar yapılan açıklamalar çerçevesinde, hukuk yargısında, özel hukuk kişileri arasındaki davalarda verilen kararların uygulanması açısından “kesinleştikten sonra icra”yı öngören hükümlerin, AY m.138/4 kapsamında olmadığı düşünülebilir. Fakat, hukuk yargısında idarenin -ve tabii diğer Devlet organlarının da- taraf olduğu uyuşmazlıkların mevcudiyeti de göz önüne alındığında, aynı gerekçelerle bu uyuşmazlıkların da Anayasa'nın anılan hükmünün kapsamına dâhil olmadığını savunmak güçleşecektir. Zira Anayasa'nın bahse konu hükmü, “idare”yi zikrettikten sonra, yargı kararlarına uyma zorunluluğu bakımından, yargı kolları arasında herhangi bir ayrıma yer vermeyecek biçimde “mahkeme kararları” ibaresini kullanmıştır. Bu durumda, AY m.138/4'ün lafzı itibarıyla, idarenin adli yargıda taraf olduğu davalarda verilen kararların uygulanmasını kapsamadığını söylemek mümkün görünmemektedir. Öte yandan, adli yargıda özel hukuk kişileri arasındaki davalar ile idarenin taraf olduğu davalar açısından, karar gereklerinin yerine getirilmesi bakımından ikili bir ayırım yapılarak; idarenin taraf olduğu davaların Anayasa'nın anılan hükmü kapsamında olması nedeniyle adli yargı kararlarından idarenin taraf olduğu davalarda verilenleri, idarenin “kesin-

¹³⁵ Bkz. *supra.*, dn.77.

leştikten sonra” uygulamasını öngören hükümlerin Anayasa’ya aykırı olduğunu; buna karşılık, özel hukuk kişileri arasındaki davalarda verilen adli yargı kararlarının “kesinleştikten sonra” icraya konulabilmesini/yerine getirilmesini öngören hükümlerin Anayasa’ya aykırı olmadığını ileri sürmek de, pratik açıdan başkaca sorunları beraberinde getirebileceği gibi, tutarlı da olmayan bir yorum olarak addedilebilecektir. Kaldı ki, iki özel hukuk kişisi arasındaki uyuşmazlığı konu alan davalarda verilen kararların uygulanması aşamasında da idareye düşen görevler gözetildiğinde; aslında idarenin -dolaylı da olsa- yargı kararını yerine getirme yükümlülüğü bağlamında, “eşitler arası” mahiyetteki davalara ilişkin kararların da, AY m.138/4’ün kapsamında olduğu düşünülebilir. Örneğin; HMK m.367/2 uyarınca “kesinleşmedikçe yerine getirilemeyecek” olan boşanma kararı -her ne kadar burada “*inşai hüküm*”¹³⁶ söz konusu olsa da, kuramsal değerlendirme açısından- neticede nüfus idaresince yapılması gereken bir veya bir dizi işlemi de içerebilmektedir.¹³⁷ Nihayet, tüm bu sebeplere ilaveten, yukarıda birinci olasılıkta ifade edildiği üzere, Anayasa’nın anılan hükmü yasama organına da hitap ettiğinden, kanun koyucunun özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklarda verilen adli yargı kararlarının “derhâl” uygulanmasını engelleyen yasa hükümleri çıkartmasının da mümkün olamayacağı pekâlâ savlanabilir. Hâl böyle olunca, adli yargı kararlarının uygulanması bakımından, gerek Devlet organlarının taraf olduğu davalarda gerek Devlet organlarının taraf olmadığı, özel hukuk kişileri arasındaki davalarda verilen kararların “kesinleştikten sonra uygulanması” anlamına gelen yasa kurallarının, yargı kararlarının “derhâl” uygulanması zorunluluğunu öngören AY m.138/4’e aykırı olduğu sonucuna ulaşılabilir.

¹³⁶ *İnşai (yenilik doğuran) davaların kabulü hâlinde verilen hüküm türü, “inşai hüküm” olarak adlandırılmakta; bu hükümlerle, yeni bir hukuki durumun yaratılması veya mevcut bir hukuki durumun değiştirilmesi yahut ortadan kaldırılması söz konusu olduğundan, hükmün “inşai etki”sinden bahs olunmakta ve “inşai etki” nedeniyle, bu hükümlerin içerik itibarıyla ilamlı icraya elverişli olmadıkları, zira hukuki durumdaki değişikliğin, hükmün verilmesi ve şekliyle anlamda kesinleşmesi ile kendiliğinden (ipso iure) meydana geleceği belirtilmektedir. Bkz. TANRIVER (1996), s.63-66; KURU/ARSLAN/YILMAZ (2013b), s.266; Ergun ÖNEN (1981), *İnşai Dava*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., s.166 vd. Ayrıca bkz. Nevhis DEREN YILDIRIM (1996), *Türk, İsviçre ve Alman Medenî Usul Hukukunda Kesin Hükmün Sınırları*, İstanbul, Alfa Yay., s.58 vd.*

¹³⁷ Kaldı ki, idari yargıda “iptal davası”nın da, dava tipolojisi bakımından, “*inşai dava*” kategorisine dâhil olduğu ve bu davada verilen “iptal” ve “yürütmenin durdurulması” kararlarının da, “*inşai*” nitelik taşıdığı belirtildiğinden [Bkz. ÖNEN (1981), s.159-163; Elif İrmak BÜYÜK (2021), *Medenî Usul Hukukunda İnşai Dava ve İnşai Hüküm*, İstanbul, On İki Levha Yay., s.96-97. Karş. Ragıp SARICA (1949), *İdari Kaza*, C.I: İdari Davalar, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yay., s.121; Ragıp SARICA (1966), “Tehir-i İcra Kararının Yerine Gelmesi”, *Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması*, Türk Hukuk Kurumu Yay., s.32; ONAR (1966b), s.1791; Yılmaz ALİEFENDİOĞLU (1990), “Anayasa Mahkemesi’nce Verilen İptal Kararlarının Zaman İçinde Etkisi”, *Amme İdaresi Dergisi*, C.23, S.3, s.3; M. Ayhan TEKİNSOY (2006), “TÜPRAŞ’ın Özelleştirilmesi, Yürütmenin Durdurulması Kararları ve Sorunlar...”, *Hukuk Gündemi*, S.4, s.19]; burada, “kararların uygulanması” bağlamında, “*inşai hüküm*” vasfını haiz olan “boşanma kararı”ndan hareketle açıklama yapılmasının teknik açıdan sakıncası bulunmayacağına kanaat getirilmektedir.

Üçüncü olasılıkta ise, AY m.138/4'ün, Devlet organlarını muhatap alan düzenlemesinin; esas olarak, Devlet organlarının *-doğrudan- taraf* olduğu davalarda karar gereklerini yerine getirme zorunluluğuna yönelik kurallar öngördüğü; bununla birlikte yasama organının “norm koyma” yetkisi bağlamında genel olarak yargı kararlarının uygulanması zorunluluğuna yönelik yasal düzenlemeler yaparken, “derhâl” ve “aynen” uygulama bakımından, Devlet organlarının taraf olduğu davalarda verilen kararların uygulanması yönünden “ayrı” ve “özel” bir konumunun da bulunduğu; dolayısıyla, Devlet organlarından birinin taraf olmadığı davalarda verilen kararların uygulanması açısından AY m.138/4'ün işlerlik kazanmayacağı söylenebilir. Açıkçası, AY m.138/4'ün, Devlet organlarının taraf olduğu davalar bakımından, söz konusu organlara yükümlülük yüklediği; bu anlamda olmak üzere, davanın bir tarafını idare yahut diğer bir Devlet organının oluşturmadığı davalar bakımından, AY m.138/4'ün tatbik kabiliyeti bulunmadığı, dolayısıyla yasa koyucunun da, özel kişiler arasındaki davalar açısından -kararların uygulanma safhasına değgin yasal düzenleme yaparken- AY m.138/4'ten doğan bir yükümlülüğünün mevcut olmadığı düşünülebilir. Ama bu durumda da, adli yargıda idarenin taraf olabileceği davalar da bulunduğundan, yasa koyucunun “kesinleştikten sonra icra” bakımından ikili bir ayrıma gitmesi gerekliliği ortaya çıkacaktır. Başka bir ifadeyle, AY m.138/4'ün yasama organına yüklediği görevin; yasama organının *-doğrudan- taraf* olduğu davalarda verilen kararların yerine getirilmesinin yanı sıra, diğer Devlet organlarının taraf olduğu davalarda verilen kararların yerine getirilmesi bağlamında yapacağı yasal düzenlemeleri de kapsadığı; ama yasa koyucunun bu ikinci tür görevinin, Devlet organlarının taraf olduğu tüm davalara değil, “kamu gücü” kullanımının yargılandığı “eşitler arası olmayan” uyuşmazlıklara ilişkin olduğu öne sürülebilir. Mamafih böyle bir yorum da, Anayasa'nın lafzını “zorlayacağı” gibi, hemen yukarıda *-ikinci olasılıkta-* belirtilen tutarsızlık zafiyetini beraberinde getirecektir.

Dördüncü olasılık olarak ise, AY m.138/4'ün, bir yargı kararının ne zaman hukuki etki ve sonuçlarını doğurup “uygulanabilir” hâle geldiğini açıkça belirtmemiş olmasından -esasen buna fiilen pek de imkân bulunmamasından- hareketle; anılan Anayasa hükmündeki “gecikmeksizin uygulama” zorunluluğunun, kararın teknik olarak “uygulanabilir hâle gelmesinden itibaren gecikmeksizin (*derhâl*) uygulanması” olarak algılanması bağlamında; kararın ne zaman (*hangi aşamada*) uygulanabilir hâle geleceğinin saptanmasında, yasama organının sahip olduğu yetki çerçevesinde esas alacağı ölçütün de, tartışmaya farklı bir perspektif kazandırabileceğinden ve önceki üç olasılığa nazaran daha “sağlam” bir argümantasyon sunabileceğinden bahs olunmak gerekir. Gerçekten, AY m.138/4, bir yargı kararının ne zaman uygulanabilir hâle geldiğini belirtmediğine göre, yargı

kollarının kendilerine has özellikleri çerçevesinde kararların uygulanmasına dair esasların ve “teknik” detayların belirlenmesinde yasama organının yetkili olduğu söylenebileceğinden; yasama organının, bazı yargı kollarında, toptancı bir yaklaşımla bütün kararlar açısından olmasa da, birtakım kararların -”kamu düzeninin korunması” gibi mülahazalarla- “kesinleştikten sonra” uygulanması yolunda düzenlemeler yapmasının hukuken olanaklı olup olmadığı sorusu, çetin bir hukuk problematiği olarak tezahür etmektedir. Söz gelimi hukuk yargısında -boşanmaya ilişkin ilamlar gibi- istisnaen öngörülen “kesinleştikten sonra” yerine getirilebilirliğe ilişkin hükümler¹³⁸ bakımından, “kamu düzeninin korunması” gibi gerekçelerle, bazı kararların hüküm ve sonuç doğurması, uygulanabilir hâle gelmesinin, ancak “kesinleşme” ile mümkün olabileceği ileri sürüldüğünde; AY m.138/4’ün salt “gecikmeksizin uygulama”yı emreden lafzından hareketle meselenin içinden çıkabilmek kolay değildir. Her ne kadar genel olarak yargılama hukukunda, “teknik” açıdan, bir yargı kararının uygulanabilmesi için “kesinleşmesi” gibi bir önkoşuldan bahsolunamasa da; bazı istisnai kararlar bakımından, kararın kesinleşmesinden önce uygulanmamasının (hüküm ve sonuç doğurmamasının) “kamu düzeni”nin zorunlu bir gereği olduğu da tartışmaya değer, mühim bir sorunun varlığına işaret etmektedir. Bunu, “boşanma kararı”na ilişkin kurgusal bir örnek ile şöyle somutlaştırmak mümkündür: Bir an için, aile mahkemesinin vermiş olduğu “boşanma kararı”nın, *kesinleşmeden* yerine getirilmesinin/etki ve sonuç doğurmasının söz konusu olduğunu (pozitif hukukumuzdaki düzenlemelerin, mezkûr kararların “kesinleşmesi beklenmeksizin” yerine getirilmesini öngördüğünü) varsaydıgımızda; aile mahkemesinin bu kararı üzerine “boşanmış olan”, yani artık “bekâr statüsü”ne geçen eşlerin bir başkasıyla evlenmesi hukuken mümkün olacak ve fakat ilk derece mahkemesinin (aile mahkemesinin) bu kararının istinaf edilip, bölge adliye mahkemesi tarafından kaldırılması durumunda, tam bir “karmaşa” gündeme gelecektir. Esasen “*inşâî hüküm*” üzerinden kurgulanan bu “vulgarize” örnek de göstermektedir ki; bazı durumlarda yargı kararlarının hangi aşamada etkisini doğurup “uygulanabilir” hâle geldiğinin tespitinde, salt teknik bir yaklaşımla, kararın “uygulanma kabiliyeti”nin mevcudiyeti üzerinden yapılan tartışmaya, “kamu düzeni” gibi ölçütlerin de eklenmesi ve yasa koyucunun, yargı kararlarının uygulanması aşamasına ilişkin norm koyarken, yargı kararlarının “gereği gibi” uygulanmasını sağlama ödevinin kapsam ve sınırının da bu çerçevede değerlendirilmesi, göz ardı edilemeyecek bir ihtimal olarak telakki edilmelidir. Tabii burada, yargı kolunda gerçekleştirilen denetimden hareketle, yasa koyucunun, yalnızca “istisnai olarak”, bazı kararların uygulanmasını “kesinleşme” koşulu-na bağlayabileceğinin kabul edilebileceği ve fakat hukuk yargısında genel kuralın

¹³⁸ Bkz. *supra.*, dn.131.

bu doğrultuda olamayacağına da duraksanamayacağına unutulmaması gerekir. Bu kapsamda, yargı kararının “uygulanabilirliği”nin tespitinde, son derece istisnai olmak kaydıyla, “kamu düzeni” gibi dayanaklarla, yasama organının “kesinleşme” ölçütü öngörebileceği kabul edildiğinde dahi; bu ölçütün “idari yargı” açısından hiçbir surette söz konusu olamayacağı da vurgulanmalıdır. Bir başka ifadeyle, hukuk yargılamasında verilen kararların “kesinleştikten sonra” uygulanması yolundaki yasa hükümlerinin değerlendirildiği bu bölümde; yasa koyucunun, idari yargı kararlarının “kesinleştikten sonra” uygulanmasını öngören bir düzenleme yapmasının -istisnaen de olsa- mümkün olmadığını alt çizilmelidir.¹³⁹ Zira, idari yargıda gerçekleştirilen denetimin amacı, işlevi¹⁴⁰ ve bu denetim içerisinde verilen -bilhassa- yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarının niteliği, idari yargı kararlarının derhâl uygulanmasını zorunlu kılmaktadır. İdari yargı kararlarının uygulanmasının, “kamu düzeni” gibi gerekçelerle, bu kararların “kesinleşmesinden sonrasına ötelenmesi”, idari yargı denetiminin amacıyla bağdaşmayacağı gibi, kararların işlevselliğini de ortadan kaldıracabileceğinden; idari yargı kolu açısından, yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarının hangi aşamada uygulanabilir hâle geldiğinin tespiti zımında yasa koyucunun “kesinleşme” ölçütü öngörmesi, AY m.138/4’e aykırı olacaktır. Benzer öncüllerden hareketle, yine idari yargıda, tam yargı kararları ile idari sözleşmelerden doğan davalarda verilen kararlar açısından da aynı sonuca ulaşılabilir. Yani, her ne kadar biraz yukarıda yer verilen hukuk yargısındaki boşanma kararı örneğine benzer şekilde “kamu düzeni”ni sarsabilecek durumlar idari yargı açısından da gündeme gelebilirse de, idari yargı denetiminin niteliği ve anılan denetim sürecinde verilen kararlar vasıtasıyla korunan değer dikkate alındığında; bu gibi durumların, idari yargı kararlarının “kesinleştikten sonra” uygulanmasına gerekçe teşkil etmeyeceği düşünülmektedir. Bu tespit ve izahat neticesinde, “hukuk yargısı”nda bazı istisnai kararlar bakımından, “uygulanabilirliğin” ancak *kesinleştikten sonra* mümkün olabileceği yolundaki yorumlarla, HMK’da “kesinleştikten sonra yerine getirme”ye ilişkin hükümlerin Anayasa’ya uygun olabileceğine dair argümanların, pratik ihtiyaçları esas aldığından, “ilkesel” değil de “pragmatik” niteliğe büründüğü intibayı uyansa da; aslında burada, mevcut yasa hükümlerine “hukuki dayanak bulma çabası” söz konusu olmayıp; konunun kuramsal çerçevesinin belirlenmesinde ele alınabilecek argü-

¹³⁹ Haciz ve ihtiyati haciz ile ilgili davalarda verilen kararların “kesinleştikten sonra” uygulanmasını öngören ve inceleme konumuzun temelini oluşturan AYM kararıyla iptal edilen İYUK m.28/1-son cümle hükmününün bir muadilinin, idari yargıya ilişkin önceki -mülga- kanunlarda yer almadığı yönünde, konuyla ilgili kısa bir tarihsel bilgi için bkz. *supra.*, dn.20.

¹⁴⁰ İdari yargı denetiminin temel işlevi, bireylerin hak ve özgürlüklerinin, idarenin hukuka aykırı ve keyfi işlemlerine karşı korunmasıdır. Bkz. Metin GÜNDAY (1990), “1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi*, Birinci Kitap: İdari Yargı, Ankara, s.139. Ayrıca bkz. DARENDELİ (2004), s.31-32.

manlara dair akıl yürütme söz konusu olduğundan, “ilkesel” mahiyette bir ölçü- te, “uygulanma kabiliyetini haiz” karar ölçütüne ulaşılmakta ve “gecikmeksizin uygulama” yolundaki Anayasal prensibin, “uygulanma kabiliyetini haiz” yargısal kararlar bağlamında değerlendirilmesi gerekliliğine işaret edilmektedir.

Görüldüğü üzere, hukuk yargısı açısından, aslında dört temel olasılık üzerinden yapılan kuramsal tartışma da, tereddütsüz/apaçık bir sonuca ulaşmaya yetmemektedir. Böylece, -öğretinin ve yargı yerlerinin şimdiye dek pek de ilgisini çekmemiş olmakla birlikte- adli yargıda bazı davalar açısından söz konusu olan “kesinleştikten sonra” uygulanabilirliğe/icra edilebilirliğe ilişkin yasa kurallarının, Anayasa’nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasında öngörülen “derhâl uygulama” ilkesi yönünden sorgulanabilir niteliği ortaya çıkmaktadır. Mamafih, “aile hukuku”na ilişkin kararların “kesinleşmedikçe” yerine getirilemeyeceğini öngören 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.433/2’deki kuralın (“*ve aile*” ibaresinin),¹⁴¹ Anayasa’ya aykırı olmadığından bahisle itirazın reddine karar veren Anayasa Mahkemesi’nin; Anayasa’nın 138. maddesine hiç değinmeksizin, sadece başvuru kararında ileri sürülen ve “*ailenin korunması ve çocuk hakları*”nı düzenleyen 41. madde yönünden değerlendirme yaptığı görülmektedir.¹⁴² Bu anlamda, karardan hareketle; Anayasa’da düzenlenen bir başka temel değerlin korunması gibi durumlarda; kanun koyucunun, adli yargı kararının “kesinleştikten sonra” uygulanmasını öngören kurallar getirmesinin, “takdir yetkisi” kapsamında değerlendirilebileceği intibai uyanmaktadır.¹⁴³ Ancak kararın, konunun/sorunun doğrudan ilişkili olduğu AY m.138/4 hükmü yönünden hiçbir değerlendirme içermemesi nedeniyle, bu hususta kesin bir kanaate varmak güçleşmektedir. Dolayısıyla, adli yargı kararlarının “kesinleştikten sonra” uygulanmasını öngören mevcut ya da muhtemel yasa kuralları, AY m.138/4’te öngörülen “derhâl uygulama” ilkesi yönünden sorgulanmaya muhtaçtır.

Bu noktada esas sorun, yukarıda çeşitli açılardan yapılan irdelemeden de anlaşılacağı üzere, AY m.138/4’ün “yasama organı”na nasıl bir ödev yüklediğinin belirlenmesiyle ilgilidir. Burada salt lafza bağlı bir yorum neticesinde; -yargı kolu fark etmeksizin- yargı kararlarının “kesinleştikten sonra” uygulanması anlamına gelebilecek yasa hükümleri, -*tabii* “*masumiyet karinesi*” gibi bireyin korunmasına yönelik bir başka Anayasal kural veya değer söz konusu olmadığı takdirde- Anayasa’nın m.138/4 hükmünde öngörülen “derhâl uygulanma” yolundaki ilkeye aykırı sayılmak gerekecektir. Pratik ihtiyaçlarla ve bilhassa adli yargıdaki pek çok dava açısından söz konusu olan “kamu düzeni” gerekleriyle bağdaşmayan

¹⁴¹ Bkz. *supra.*, dn.131.

¹⁴² Bkz. AYM: E.2015/104, K.2016/20, 16/03/2016 (RG: T.08/04/2016, S.29678).

¹⁴³ Bkz. *supra.*, dn.142.

bu sonucun; Anayasa koyucunun, aslında gerekli olmamasına rağmen, “yargı kararlarının uygulanması”na ilişkin kurallara da yer vermeyi tercih etmesinden ve bunu yaparken de, hükmü, belki hiç de amaçlanmayan durumlara da şümullendirilebilecek biçimde kaleme almış olmasından kaynaklandığı düşünülmektedir. Nitekim ne Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası’nda ne İsviçre Konfederasyonu Federal Anayasası’nda ne Avusturya Federal Anayasası’nda ne Fransa Anayasası’nda ne de İtalya Cumhuriyeti Anayasası’nda, bizdeki AY m.138/4’e koşut bir düzenlemeye rastlanamamaktadır.¹⁴⁴ Diğer taraftan, Anayasa’nın anılan hükmünü, amaçsal yorum yöntemiyle, -hukuken korunmaya değer mahiyet arz eden- “kamu düzeni” gibi gerekçelerle “aşarak”, hukuk yargısında *kesinleştikten sonra icranın* Anayasa’ya aykırı olmadığını savlamak olanaklı ise de; bunun, tartışmayı tümüyle bertaraf edecek güçte sağlam bir argümantasyon vasfı taşıyıp taşımadığının kuşkululu olduğu da göz ardı edilmemelidir.¹⁴⁵

Hukuk yargısında kararların “kesinleştikten sonra” uygulanması anlamına gelen yasa hükümlerinin Anayasa m.138/4 karşısındaki durumuna yönelik irdelemenin ardından; konuyla ilgili olarak değinilmesi gereken önemli bir nokta da, Sayıştay kararlarının uygulanmasına ilişkindir. Bu bağlamda, 6085 sayılı Sayıştay Kanunu’nun¹⁴⁶ “ilamların infazı” kenar başlığını taşıyan 53. maddesinin birinci fıkrasında yer alan, “*Sayıştay ilamları kesinleştikten sonra doksan gün içerisinde yerine getirilir.*” hükmü de, yukarıda ceza yargısı ve hukuk yargısı açısından öngörülen “kesinleştikten sonra infaz/icra” ile bağlantılı olmakla birlikte; bazı yönlerden farklı bir mahiyet de arz etmekte, bu nedenle bahse konu tartışmaya ayrı bir boyut kazandırmaktadır. Zira her şeyden evvel, Sayıştay kararlarının niteliği, Sayıştay’ın Anayasal konumu ve statüsü dolayısıyla tartışmalıdır.¹⁴⁷ Hâliyle

¹⁴⁴ Burada örnek kabîlinden belirttiğimiz modern anayasalara, pek çok ülkenin anayasasını daha ekleyebiliriz. Bu durumda, karşılaştırmalı anayasa hukuku açısından, anılan ülkelerin anayasalarında, Anayasamızın m.138/4 hükmüne koşut bir düzenleme bulunmamasının, aslında anayasa metninde böyle bir düzenlemeye yer verilmesinin “gereksizliğini” gösterdiğini söyleyebiliriz. Bu noktada, mahkeme kararlarının, gerek kamu gerek özel, bütün kişi ve kurumları bağlayıcı olduğunu ve diğer her türlü merciin kararının üstünde bulunduğunu hükme bağlayan Portekiz Cumhuriyeti Anayasası’nın “mahkeme kararları”na ilişkin 205. maddesinin, bizdeki AY m.138/4’e nispeten- yaklaşan bir düzenleme olmakla birlikte; anılan hükümde “değiştirmeksizin” ve “geciktirmeksizin” uygulama vurgusunun bulunmaması nedeniyle, farklı nitelik taşıdığını da belirtmek isteriz.

¹⁴⁵ Ayrıca, genel olarak AY m.138/4 bağlamında tartışmaya açık olduğunu düşündüğümüz, yargı kararlarının “kesinleştikten sonra” uygulanması anlamına gelen; bir başka ifadeyle, yargı kararlarının kesinleşmesinin beklenilmesine cevaz veren, hatta bunu zorunlu kılan yasal düzenlemelerin, aslında AY m.138/4 olmasaydı, AY m.36 bağlamında “adil yargılanma hakkı” yönünden tartışılabilir olduğu da göz ardı edilmemek gerekir.

¹⁴⁶ 03/12/2010 tarih ve 6085 sayılı Sayıştay Kanunu (RG: T.19/12/2010, S.27790).

¹⁴⁷ Konuya ilişkin olarak öğretilerdeki tartışmalar için bkz. Abdullah UZ (2005), “Hesapları Kesin Hükme Bağlamakla Görevli Sayıştay’ın Yargısal Kimliği”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.54, S.4, s.361-374.

bu durumda, öncelikle, Sayıştay ilamlarının *kesinleştikten sonra* uygulanmasının, bir “yargı kararı”nın *kesinleştikten sonra* uygulanması anlamına gelip gelmediği açıklığa kavuşturulmalıdır.

Önceleri, konuyla ilgili pek çok yargı kararında, Sayıştay’ın bir “mahkeme” olmadığı ve yargı organı kapsamında düşünülmemeyeceği, bu nedenle kararlarının da yargı kararı olarak nitelenemeyeceği belirtilmekteydi;¹⁴⁸ Anayasa Mahkemesi’nin -önceki içtihadından¹⁴⁹ farklı olarak- güncel içtihadında sergilediği -son- yaklaşımında, Sayıştay’ın “*sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama*” faaliyetlerini yargısal nitelikte görmesi nedeniyle,¹⁵⁰ -güncel durumda- Sayıştay’ın anılan görevi bakımından yargısal faaliyet yürüttüğünü benimsemek ve bu görevi kapsamındaki kararlarını da yargı fonksiyonu kapsamında yargısal karar olarak değerlendirmek zorunluluğu doğmuştur.

¹⁴⁸ Anayasa Mahkemesi’nin, “*Sayıştay’ın yargı organı olarak nitelendirilmesi olanaksızdır.*” yolundaki eski içtihadı için bkz. AYM: E.1990/39, K.1991/21, T.11/07/1991 (RG: T.23/05/1992, S.21236).

Bu içtihadın geçerli olduğu dönemde, Uyuşmazlık Mahkemesi de, Anayasa Mahkemesi’nin künyesi verilen kararına atıfla, Sayıştay’ın yargı organı niteliğinde olmadığını belirtmek suretiyle; Anayasa’nın 158. ve 12/06/1979 tarih ve 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun’un 1. maddesinde sayılan yargı yerlerinin kapsamına girmeyen Sayıştay’ın vermiş olduğu karar ile adli yargı kararı arasında olduğu ileri sürülen hüküm uyuşmazlığının incelenmesinin Uyuşmazlık Mahkemesi’nin görevi dışında kaldığına karar vermiştir. Bkz. UM.HB: E.1993/46, K.1993/43, T.15/11/1993 (RG: T.15/12/1993, S.21789).

Aynı şekilde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, bir kararında, Sayıştay’ın yargı organı olarak nitelendirilemeyeceğini, Anayasa Mahkemesi’nin anılan kararını da referans göstererek gerekçelendirirken sonra; bir yargı yeri olarak kabul edilmeyen Sayıştay’ın verdiği kararın da, “mahkeme ilamı” niteliği taşımadığını belirtmiş ve buradan hareketle, bir kanun hükmünün uygulanmasında, yargı mercileri ile Sayıştay’ın yorumunun bağdaşmaması ve dolayısıyla farklı sonuçlara varılmış olması durumunda, yargı mercilerinin yorumuna dayanan mahkeme ilamına değer verilmesi gerektiğini ifade etmiş; bununla birlikte, mahkeme ilamı olarak nitelendirilmeyen Sayıştay kararının, ilgili olduğu konuda yargı yerlerince dikkate alınıp, “güçlü delil” olarak kabul edilmesine ise bir engel bulunmadığının da altını çizmiştir. Bkz. YHGK: E.2011/4-206, K.2011/461, T.29/06/2011 (KİBB).

¹⁴⁹ Bkz. *supra.*, dn.148.

¹⁵⁰ Bkz. AYM: E.2012/102, K.2012/207, T.27/12/2012 (RG: T.02.04.2013, S.28606-Mükerrer); AYM: E.2011/21, K.2013/36, T.28/02/2013 (RG: T.06/03/2014, S.28933). Bu kararlarından hareketle, Anayasa Mahkemesi’nin, Sayıştay’a ilişkin son/güncel içtihadında; Sayıştay’ın, denetleme işleri bakımından bir mahkeme niteliğinde olmadığını belirttikten sonra, *sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama açısından* “yargısal bir faaliyet” gerçekleştirdiğini ve bu kapsamda verdiği kararların “maddi anlamda kesin hüküm” teşkil eden “yargı kararı” niteliğinde olup, bu kararlarına karşı yargı organları dâhil hiçbir makam ve mercie başvurma olanağının bulunmadığını ve “yargısal sonuçlu kararlar veren” bir “hesap mahkemesi” mahiyeti taşıdığını ifade ettiği görülmektedir. Dolayısıyla artık, Sayıştay’ın, “*yargı organı olarak nitelenemeyeceği*”ne ilişkin aksi yöndeki önceki içtihadın geçerliliğini yitirmiş olduğu ve Sayıştay’ın, “sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama görevi açısından” *yargı fonksiyonunu* yerine getiren bir *yargı organı* (hesap mahkemesi) olarak kabul edilmesi gerektiği; hâliyle, bu görevi kapsamında vermiş olduğu kararların da *yargısal* nitelik taşıdığı söylenebilir.

Sayıştay kararlarının yargı (mahkeme) kararı (*hesap mahkemesi*¹⁵¹ kararı/ *hesap yargısı*¹⁵² kararı) olarak nitelendirilmesi sonucunda ise, yargı kararlarının *kesinleştikten sonra* yerine getirilmesini; hatta *kesinleştikten sonra* da uygulama için 90 günlük bir süre öngörülmüş olmasını, Anayasa'nın "derhâl uygulama" kuralını getiren 138. maddesinin dördüncü fıkrası bağlamında irdelemek gerekmektedir. Burada -AY m.138/4'e uygunluk yönünden yapılacak irdeleme- ilk bakışta, hukuk yargılaması açısından hemen yukarıda yapmış olduğumuz gerekçelendirmenin geçerli olabileceği akla gelmekteyse de; Sayıştay ilamlarının "kesinleştikten sonra 90 gün içerisinde" uygulanmasını öngören yasa hükmünde, bireyin "kamu gücü" karşısında korunması/himayesi amaçlandığından, ceza yargısındaki benzer öncüllerden hareket etmenin daha uygun olacağı söylenebilir. Bu anlamda, Sayıştay ilamlarının "kesinleştikten sonra" yerine getirilmesine yönelik yasa kuralının, bireyin korunması amacına matuf olması nedeniyle Anayasa'nın anılan hükmüne aykırılık taşımadığı sonucuna ulaşılabilir. Zira AY m.138/4'te öngörülen, yargı kararlarının derhâl uygulanması kuralı bakımından, yargı kararlarının Devlet organlarının elinde sürüncemede bırakılması suretiyle bireyin haklarının zedelenmesine engel olma amacının esas olduğu düşünülmektedir. Hâliyle bu durumda, Sayıştay ilamlarının "kesinleştikten sonra" yerine getirilmesinin, bireyin haklarını zedelemeyeceği, aksine bireyi koruyucu bir işlev üstleneceği gerekçesiyle; Sayıştay Kanunu'nun anılan hükmünün, AY m.138/4'e aykırı olmadığı saptamasında bulunulabilir.

Bu itibarla, pozitif hukukumuzdaki örnekler üzerinden, *ceza yargısı*, *hukuk yargısı* ve *hesap yargısı*nda öngörülen, yargı kararının "kesinleştikten sonra" uy-

¹⁵¹ 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 23. maddesinde, Sayıştay daireleri, birer "*hesap mahkemesi*" olarak tanımlanmıştır. Sayıştay'ın, Anayasa'nın "*Yargı*" başlıklı Üçüncü Bölümünde düzenlenmiş ve fakat "*yüksek mahkemeler*" arasında sayılmamış olmasına rağmen, âdeta bir "*yüksek hesap mahkemesi*" konumuna getirildiği yönünde görüş için bkz. Metin GÜNDAY (2022), *İdari Yargılama Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi Yay., s.10.

¹⁵² Anayasa'nın 161. maddesinin onuncu fıkrasında ve mülga 164. maddesinin üçüncü fıkrasında geçen "hesap yargılaması" ibaresine koşut olarak Sayıştay Kanunu'nda [örneğin bkz. m.1, 2, 33, 41 ve özellikle de "Hesap Yargılaması" başlıklı Dördüncü Kısım (m.48-61)] da "hesap yargılaması" terminolojisinin kullanılmış olması karşısında; Sayıştay'ın, *sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama görevi açısından ayrı bir yargı kolu* olarak "hesap yargısı"nı oluşturduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Nitekim, 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun yürürlükten kaldırmış olduğu 21/02/1967 tarih ve 832 sayılı Sayıştay Kanunu'nun (RG: T.27/02/1967, S.12538) yürürlükte olduğu dönemde, ARSLAN/TANRIVER, yargı örgütümüzde yer alan yargı yerlerini sınıflandırırken, ayrı bir yargı kolu olarak "hesap yargısı"na da yer vermiş ve bu yargı kolundaki ilk ve son derece mahkemesinin Sayıştay olduğunu belirtmiştir. [Bkz. Ramazan ARSLAN/Süha TANRIVER (2001), *Yargı Örgütü Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yay., s.47-48 ve s.167]. ARSLAN/TANRIVER'in, -mülga- 832 sayılı Kanun döneminde, aksi yöndeki Anayasa Mahkemesi içtihadına (bkz. *supra.*, dn.148) karşın yapmış olduğu değerlendirme; Anayasa Mahkemesi'nin, Sayıştay'ı, *sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama görevi açısından* yargı organı olarak nitelendirdiği yeni/güncel içtihadı (bkz. *supra.*, dn.150) nedeniyle, bugün için de -üstelik daha da güçlü argümanlarla- geçerli sayılmak gerekir.

gulanmasına yol açan yasa kurallarının Anayasa’ya uygunluklarının irdelenmesi neticesinde, özetle; ceza yargısında “masumiyet karinesi” ve hesap yargısında “bi-reyin kamu gücü karşısında himayesi” gerekçeleriyle Anayasa m.138/4’e aykırılık bulunmadığı, buna mukabil hukuk yargısında tartışmaya değer bir Anayasa’ya uygunluk sorunundan bahsolunabileceği belirtilmek gerekir.¹⁵³ Bu anlamda, yargı kararlarının “kesinleştikten sonra” uygulanmasını öngören yasa kurallarının, yargı kararlarının “geç” uygulanmasına yol açma bağlamında, aslında yargı kararlarının “gereği gibi uygulanmaması sorunu” yönünden sorgulanabilir nitelik taşıdığına ilişkin mezkûr tespit ve değerlendirmeler, genel olarak “yargılama hukuku” (muhakeme hukuku)¹⁵⁴ açısından önemli tartışmaları beraberinde getirebilecek mahiyettedir.

ŞB.4. İYUK m.28/1-son cümle Hükmünün İptaline İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararına Anayasa m.138/4 Hükmü Bağlamında Norm Denetim Tekniği Açısından Eleştiri

Yargı kararlarının “kesinleştikten sonra” uygulanmasını öngören yasa kurallarının Anayasa’ya uygunluğu tartışmasının yalnızca idari yargıya özgü olmadığını yukarıda etraflıca ortaya koyduktan sonra; idarenin işlem ve eylemlerinin yargısal denetimini gerçekleştiren idari yargı yerlerinin vermiş olduğu -özellikle- iptal ve yürütmenin durdurulması kararlarının uygulanması bakımından, sorunun çok daha net bir yanıtının bulunduğu ve idari yargı yerlerinin bir idari işlemin hukuka aykırı olduğunu belirten bu kararlarının “kesinleştikten sonra” uygulanmasına yönelik yasa kurallarının Anayasa’ya açıkça aykırı olacağı hatırlatmasıyla, inceleme konumuzu teşkil eden Anayasa Mahkemesi kararına dönecek olursak; haciz veya ihtiyati hacze karşı açılan davalarda verilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarının *kesinleştikten sonra* uygulanmasını öngören İYUK m.28/1-

¹⁵³ Bu noktada, bir boşanma davası sonucunda verilen boşanma kararının, -tebligat süreci dolayısıyla- uzun süre (11 yıl) sonra kesinleştirilmesi nedeniyle AY m.36’da teminat altına alınan “adil yargılanma hakkı”nın ihlal edildiğinden bahisle Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunmuş olması [bu başvurunun, “*zaman bakımından yetkisizlik*” nedeniyle *kabul edilemez olduğuna* ilişkin Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. AYM: “*Ayla Dündar Başvurusu*”, B.N.2013/6047, T.23/01/2014 (RG: T.21/02/2014, S.28920)]; -her ne kadar burada, hukuk yargısı kararının “kesinleştikten sonra uygulaması”nı öngören yasa hükmünün Anayasa’ya uygunluğu ile ilgili bir durum söz konusu olmayıp, tebligattaki gecikme nedeniyle kararın geç kesinleştirilmesinden dolayı ihlal iddiası bulunsa da, boşanma kararının sonuçları ve yerine getirilmesi bakımından “kesinleşme” kuralıyla bağlantılı olduğundan- hukuk yargısında da “kesinleştikten sonra uygulama”ya ilişkin pratik sorunların ortaya çıkabileceğini gözler önüne sermektedir. Ayrıca bkz. supra., dn.142.

¹⁵⁴ “Muhakeme hukuku”nu, muhakemeyi düzenleyen hukuki normların bütünü olarak; bu bağlamda “muhakeme”yi de, hukuki bir uyumsuzluğu çözmek üzere yargı organlarının gerçekleştirdikleri faaliyet dolayısıyla meydana gelen hukuki ilişkilerin süjeleri tarafından yapılan işlemlerin bütünü olarak tanımlayan KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU’nun; “muhakeme hukuku” yerine, “yargılama hukuku” denilmesinin isabetli olmadığı yolundaki görüşleri için bkz. Nurullah KUNTER/Feridun YENİSEY/Ayşe NUHOĞLU (2010), *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. Basi, İstanbul, Beta Yay., s.7 vd.

son cümle hükmünün, Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasındaki "gecikmeksizin uygulama zorunluluğu" ile bağdaşmamasına ve Anayasa'nın anılan hükmüne aykırı düşmesine rağmen, Anayasa Mahkemesi'nin, m.138/4 yönünden denetim gerçekleştirilmemiş olmasının isabetli sayılamayacağını vurgulamak gerekir. Zira yukarıda etraflıca izah etmeye çalıştığımız üzere, konuyla doğrudan ilgili olan Anayasa hükmü, m.138/4'te yer almaktadır. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi'nin, kararında yer alan tüm Anayasa hükümlerinden önce, itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 138. maddesine aykırılığı üzerinde durması gerekirdi.

Şüphesiz, itiraz konusu kuralın "hukuk devleti" (AY m.2), "yargısal denetim" (AY m.125) ve "adil yargılanma hakkı"na (AY m.36) ilişkin olanlar gibi Anayasa maddeleriyle de ilintisi bulunmakla birlikte; konuya ilişkin daha somut ve açık bir düzenlemeyi içeren 138. madde mevcut iken, nispeten daha genel ve soyut düzenlemeler içeren Anayasa hükümleri yönünden bağlantı kurulması, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırılığı bakımından odak nokta olan, "yargı mercileri tarafından verilen kararların *gecikmeksizin uygulanması*" zorunluluğunun, Anayasa'nın 125. maddesinden çıkarılması; başka bir deyişle, "gecikmeksizin (derhâl) uygulama" kuralının, esasen Anayasa'nın yalnızca 125. maddesine dayandırılmış olması,¹⁵⁵ daha net ve sağlam bir gerekçeden yoksun bir kararın ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

Burada her ne kadar Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunan İstanbul 5. Vergi Mahkemesi'nin, Anayasa'nın 138. maddesine aykırılığı ileri sürmemiş olması nedeniyle Anayasa Mahkemesi'nin bu yönden inceleme yapmadığı düşünülebilir de; 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un¹⁵⁶ 43. maddesi uyarınca "taleple bağlı" olsa da "gerekçeyle bağlı olmayan"¹⁵⁷ Anayasa Mahkemesi'nin, itiraz konusu kuralın Anayasallık de-

¹⁵⁵ Anayasa Mahkemesi, inceleme konumuzu teşkil eden bu karardan sonra vermiş olduğu -doğrudan "kesinleştikten sonra uygulama"ya ilişkin olmamakla birlikte, yine "yargı kararlarının uygulanması" ile ilgisi bulunan- bir başka kararında da, aynı argümantasyonu izleyerek; "gecikmeksizin uygulama zorunluluğu"nu, -üstelik bu kez 138. maddeye aykırılığın da ileri sürülmüş olmasına ve neticede, 2. ve 125. maddelerin yanı sıra 138. maddeye de aykırılık bulunduğu gerekçesiyle iptal kararı verilmiş olmasına karşın- Anayasa'nın 125. maddesinden çıkarmıştır. Bkz. *supra.*, dn.73. AYM: E.2012/73, K.2013/107, T.03/10/2013 (RG: T.27/03/2014, S.28954). Ancak daha sonraki kararlarında bu yaklaşımından vazgeçen Mahkeme; Anayasa'nın 138. maddesine dayanmıştır. Bkz. AYM: E.2014/149, K.2014/151, T.02/10/2014 (RG: T.01/01/2015, S.29223); AYM: E.2014/86, K.2015/109, T.25/11/2015 (RG: T.08/01/2016, S.29587).

¹⁵⁶ 30/03/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun (RG: T.03/04/2011, S.27894).

¹⁵⁷ 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin üçüncü fıkrasının o dönem yürürlükte olan hâline göre; "Mahkemenin, kanunların, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya aykırılığı hususunda ileri sürülen gerekçelere dayanma zorunluluğu yoktur. Mahkeme, taleple bağlı kalmak şartıyla başka gerekçeyle de Anayasaya aykırılık kararı verebilir." Hükmün, özü aynı kalan bugünkü şekli uyarınca da; "Mahkemenin, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya aykırılığı hususunda

netiminde Anayasa’nın 138. maddesini de kendiliğinden dikkate alması ve bu yönden yaptığı inceleme neticesinde iptal sonucuna ulaşması gerektiğinin altı çizilmelidir.

Dolayısıyla, İYUK m.28/1’in son cümlesinin, haciz veya ihtiyati haciz ile ilgili idari yargı kararlarının uygulanmasını, bu kararların *kesinleşmesinden sonra*-sına öteleyen düzenlemesinin itiraz (somut norm denetimi) yoluyla Anayasa’ya uygunluğunun denetlendiği bu kararda, itiraz konusu kuralın açıkça aykırı olduğu AY m.138/4 hükmü mevcut iken; bir başka Anayasa maddesinden yorum yoluyla -nispeten dolaylı biçimde- çıkarılan sonuca dayanılması, genel olarak “norm denetim tekniği”, özel olarak ise “Anayasallık denetimi tekniği” açısından isabetli değildir.

Her ne kadar itiraz konusu kuralın iptaline karar verilmiş olması, “yargı kararlarının uygulanmaması sorunu” bağlamında, kararların sürüncemede kalmasını engellemek suretiyle “hukuk devleti ilkesi” açısından takdire şayan bir sonuç doğursa da; “norm denetim tekniği” açısından spesifik “ölçü norm” mevcut iken -nispeten- dolaylı nitelikteki normlara uygunluğun incelenmiş olması, -sonucu itibarıyla katıldığımız- karardaki “argümantasyon zafiyeti”nin görmezden gelinmesine de yol açmamalıdır. Bu itibarla, sonuç itibarıyla isabetli olan kararın; Anayasa Mahkemesi’nin “norm denetimi”nde uyguladığı teknik ve esaslar ile dayandığı gerekçeler ve izlediği “argümantasyon” açısından, eleştiriye açık olduğu unutulmamalıdır.

Son olarak, kararda, konuyla doğrudan ilintili olmasına karşın, AY m.138/4 yönünden inceleme yapılmamış olmasının, Anayasa Mahkemesi’nin “Anayasa’nın ne olduğunu söyleme”¹⁵⁸ fonksiyonu perspektifinden de isabetli sayılamayacağını; zira bu eksiklik nedeniyle kararın, yasama organının, “yargı kararlarının uygulanması”na ilişkin yasal düzenlemeler yaparken sahip olduğu “takdir yetkisi”nin “sınırı” bakımından söz konusu olan “soru işaretleri”ni ortadan

ileri sürülen gerekçelere dayanma zorunluluğu yoktur. Mahkeme, taleple bağlı kalmak şartıyla başka gerekçeyle de Anayasaya aykırılık kararı verebilir.” Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi, ileri sürülen gerekçeyle bağlı değildir.

¹⁵⁸ Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi olan *Supreme Court*’un eski başyargıç Charles Evans HUGHES’in, anayasaların, yargı kararıyla yorumlanarak asıl anlamları verilmeye kadar yalnızca kâğıt üzerinde kelimelerden ibaret olduğunu vurgulamak üzere, New York Valisi iken dile getirmiş olduğu, “Anayasa, yargıcın Anayasa olduğunu söylediği şeydir” (“*the Constitution is what the judges say it is*”) özdeyişini [bkz. James E. LEAHY (1989), “The Constitution is What the Judges Say it is”, *North Dakota Law Review*, Vol.65, Issue 3, p. 491]; SHAPIRO, “*the Constitution is what the judges say it is and what the commentators say the judges say it is*” ifadesiyle, yorumcuların yargıcın söylediklerine ilişkin yorumlarını da kapsayacak biçimde genişletmektedir [bkz. Martin SHAPIRO (1999), “The Success of Judicial Review”, *Constitutional Dialogues in Comparative Perspective*, (Ed.: Sally J. KENNEY/William M. REISINGER/John C. REITZ), Macmillan Press, London, p. 214].

kaldırmadığını, aksine soru(n)ların devamına yol açtığını; söz gelimi, idari yargı dışındaki yargı kollarında da yargı kararlarının “kesinleştikten sonra” uygulanmasına yönelik mevcut ya da muhtemel/müstakbel yasa hükümlerinin Anayasa’ya uygun olup olmadığı hususunun hâlen sorgulanmaya muhtaç ciddi bir tartışmaya müncer olduğunu da, kararın eleştirilmesi bağlamında eklemek gerekmektedir.

IV. Genel Değerlendirme ve Sonuç

İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 28. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde yer alan, “*Ancak, haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir.*” hükmünün Anayasa’ya uygunluğunun yargısal denetimini gerçekleştiren Anayasa Mahkemesi; Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan “hukuk devleti” ilkesinden sonra, “*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.*” yolundaki 125. madde hükmünün idari işlem ve eylemlere karşı yargı yolunun açık tutulmasının yanı sıra yargı mercileri tarafından verilen kararların gecikmeksizin uygulanması zorunluluğunu da kapsadığını belirterek Anayasa’nın 125. maddesindeki mezkûr kuralı, “yargı kararlarının uygulanması” aşamasına da teşmil etmiş; ardından, Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan “adil yargılanma hakkı” ve bununla bağlantılı olarak 125. maddede düzenlenen “yürütmenin durdurulması” müessesesine atıfla; itiraz konusu kuralın, Anayasa’nın bahsi geçen hükümlerine aykırı olduğu sonucuna ulaşmış ve itiraz konusu kuralın iptaline oybirliğiyle karar vermiştir.¹⁵⁹

Anayasa Mahkemesi’nin, itiraz konusu kuralın Anayasa’ya aykırı olduğundan bahisle iptaline ilişkin bu kararı, kanımızca, sonucu itibarıyla son derece isabetlidir. Zira, hukuka aykırılığı yargı organı tarafından -iptal yahut yürütmenin durdurulması kararıyla- tespit olunan haciz veya ihtiyati haciz işleminin ortadan kaldırılmasına engel olmak suretiyle anılan yargı kararlarının sürüncemede kalmasına yol açan İYUK m.28/1-son cümle hükmünün, Anayasa’nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırılığı açıktır. “Hukuk devleti”nin *olmazsa olmaz şartı* bağımsız ve tarafsız mahkemelerce yapılacak yargısal denetim, yargısal denetimin *olmazsa olmaz şartı* ise bu denetim sürecinde ve sonucunda verilen her türlü yargı kararının “gereği gibi” uygulanması olduğuna göre; yargı kararının “kesinleştikten sonra” -yani aslında “geç”- uygulanması, başta “hukuk devleti ilkesi” ve bunun gereği olarak “etkili yargısal denetim” bağlamında “adil yargılanma hakkı” ile bağdaştırılamaz. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi’nin bahse konu maddeler yönünden ulaştığı sonuçlar, kanaatimizce doğrudur.

¹⁵⁹ Bkz. *supra.*, dn.4.

Fakat, itiraz konusu kuralın Anayasa’ya aykırılığı bakımından odak nokta olan, “*yargı mercileri tarafından verilen kararların gecikmeksizin uygulanması*” zorunluluğunun, Anayasa’nın 125. maddesinden istihraç edilmesi; başka bir deyişle, “gecikmeksizin (derhâl) uygulama” kuralının, esasen Anayasa’nın yalnızca 125. maddesine dayandırılmış olması, “norm denetim tekniği” ile argümantasyon açısından eleştiriye açıktır. Her ne kadar idarenin bütün işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunu düzenleyen 125. maddenin, yargısal denetim sürecinde verilen kararların -gereği gibi- uygulanmasını da, işin doğası gereği kapsadığı söylenebilirse de; doğrudan konuya ilişkin açık bir Anayasa hükmü -AY m.138/4- mevcut iken, 125. maddeden “yorum yoluyla türetilen” sonuca dayanılmış olması, gerekçeyi zayıflatmaktadır. Kaldı ki, “gecikmeksizin uygulama” zorunluluğu/kuralı, Anayasa’nın 125. maddesinden önce, “adil yargılanma hakkı”nı güvence altına alan 36. maddeden, hatta hepsinden önce “hukuk devleti ilkesi”ne ilişkin 2. maddeden çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle, Mahkeme’nin ulaştığı olduğu, “*yargı mercileri tarafından verilen kararların gecikmeksizin uygulanması da gerekir*” yolundaki sonuç, aslında Anayasa’nın 2. maddesindeki “hukuk devleti ilkesi” ile 36. maddesindeki “adil yargılanma hakkı” dolayısıyla, idari işlem ve eylemlere karşı yargı yolunun açık olduğunu düzenleyen 125. maddeden türetililebilir; yoksa, tek başına 125. maddeden bu sonuca ulaşılamayacağına ileri sürülmesi dahi olasıdır.

Bu noktada hemen belirtelim ki, kanaatimizce yargı kararlarının -tabii gereği gibi- uygulanması zorunluluğu, Anayasa’nın 125. maddesinden de çıkmaktadır. Her ne kadar yargı kararlarının gereği gibi uygulanması zorunluluğu için “hukuk devleti” prensibi dışında başka bir dayanağa gereksinim duyulmasa da; “hukuk devleti” perspektifinden Anayasa’nın birçok maddesi, bu zorunluluk için dayanak olabilir. Bu itibarla, Anayasa Mahkemesi kararında, anılan zorunluluğun Anayasa’nın 125. maddesinden çıkarsanması, kanımızca tamamen yanlış değildir. Bilakis, bu yaklaşım biçimi, bir yönüyle, “hukuk devleti” açısından umut verici sayılabilir. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi’nin, doğrudan doğruya bu konuya ilişkin açık ve net bir Anayasa hükmünün görmezden geldiği izlenimi uyandırmış olması, “teknik” açıdan isabetli değildir. Açıkçası, Anayasa’nın, Devlet organlarının yargı kararlarını *gecikmeksizin uygulaması* zorunluluğunu güvence altına alan 138. maddesinin dördüncü fıkrasına hiç değinilmeden; bu zorunluluğun 125. maddeyle ilintilendirilmiş olması, kararı “teknik” açıdan problemli kılmaktadır. Öte yandan, görelî olarak daha soyut ve genel nitelikteki hükümleri referans alan bu yaklaşım biçimi, “hukuk devleti” gibi temel ilke ve kavramlara âdeta “maymuncuk” işlevi yükleyerek, amaçlananın tam aksine, “hukuk devleti” dayanağını “değersizleştirebilme”/“zayıflatabilme” riskini bün-

yesinde barındırmaktadır. Anayasallık denetiminde, normun yorumunda önemli bir işleve sahip olmakla birlikte, “hukuk devleti” ilkesinin, -pratikte değilse de en azından kuramsal açıdan- tek başına sağlam bir “referans norm” olduğu dahi kuşkuolu olup; denetime tabi yasa kuralına ilişkin doğrudan doğruya, açık ve net Anayasal düzenlemeler mevcut iken, “hukuk devleti” gibi daha genel ve soyut Anayasa normlarının dayanak alınması, gerekçelendirme açısından “zafiyet” göstergesi addedilebilir.

Kanaatimizce, inceleme konusu kararda Mahkeme'nin, Anayasa'nın 125. maddesinden hareketle yargı kararlarının gereği gibi -bu meyanda tabii gecikmeksizin- uygulanması zorunluluğu sonucuna ulaşması doğru olmakla birlikte; bu tespitin ardından, Anayasa'nın 138. maddesi ile de bağlantıyı kurması ve esasen 138. maddenin dördüncü fıkrasına aykırılığı tartışması gerekirdi. Yani anılan Anayasa hükümlerini, birbirlerini “tamamlayıcı” ve “teyit edici” biçimde bir arada irdelemesi, hukuken daha uygun olurdu. Bu anlamda, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırılığının en açık biçimde tezahür ettiği norm olan 138. maddenin dördüncü fıkrası yönünden inceleme yapılmamış olması, karardaki en önemli eksikliği oluşturmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin, “*Anayasa'nın ne olduğunu söyleme*” fonksiyonu açısından da, kararda 138. maddeye hiç değinilmemesi, isabetli olmamıştır. Zira, “yargı kararlarının ‘kesinleştikten sonra’ uygulanması”na yönelik -bilhassa hukuk yargısı bağlamında HMK'daki hükümler olmak üzere- diğer yasa hükümlerinin de Anayasa'ya uygun olup olmadığı, -doktrinin ilgisini, doğrusu şimdiye dek pek çekmemiş olmakla birlikte- hâlen tartışmaya açık ve sorgulanmaya muhtaç görünmektedir. Gerçekten, idari yargı dışındaki yargı kollarında verilen yargı kararlarının “kesinleştikten sonra” uygulanmasını öngören mevcut ya da muhtemel/müstakbel yasa hükümlerinin Anayasa'ya uygunluğu; yasa koyucunun, yargı kararlarının uygulanmasına ilişkin norm koyma yetkisinin “sınırları”nın belirsizliği nedeniyle, sorgulanabilir niteliğini sürdürmektedir.

Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'nin, “*Anayasa'nın ne olduğunu söyleme*” fonksiyonu bağlamında; kararda, “mülkiyet hakkı”nı güvence altına alan AY m.35 yönünden inceleme yapılmamış olmasının da eleştiriye açık olduğu belirtilmelidir. Her ne kadar -hüküm iptal edilmiş olduğundan- sonucu değiştirmeyecek olsa da; kişinin “mülkiyet hakkı”nı kısıtlayan haciz veya ihtiyati haciz işlemlerine yönelik iptal ve yürütmenin durdurulması kararlarının *kesinleştikten sonra* uygulanması nedeniyle, hukuka aykırılığı tespit edilen bir idari işlemin -karar kesinleşene dek- “yürütülmeye devam olunması” dolayısıyla, “mülkiyet hakkı”nın kısıtlanması gündeme geldiğinden; Anayasa'nın 35. maddesine de aykırı olduğunu düşündüğümüz itiraz konusu kuralın, kararda bu açıdan da incelenmesi isabetli

olurdu. Üstelik, başvuru kararında da 35. maddeye aykırılık ileri sürüldüğü için, bu iddianın da “gerekçeli” biçimde karşılanması gerekirdi.

Nihayet, yargı kararlarının gerekçeli olması zorunluluğu bağlamında, başvuru kararında ileri sürülen AY m.15’e aykırılık iddiasının da; “(k)uralın Anayasa’nın 15. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.” ibaresi yerine, “neden” ilgisi görülmediğini de açıklayacak bir ifadeyle karşılanması, en azından teorik açıdan daha isabetli olabilirdi. İtiraz konusu kuralın, gerçekten de “olağanüstü dönemler”de temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulmasına ilişkin AY m.15 ile ilgisi bulunmamasıyla birlikte; gerekçelendirme açısından, bu hususun da kararda tartışılması/açıklanması yerinde olurdu. Gerçi bu noktada, inceleme konusu karar tarihi itibarıyla yeni bir hak arama yöntemi olarak uygulamaya girmiş olan “bireysel başvuru” yolunun da giderek yoğun bir iş yükü yarattığı Anayasa Mahkemesi’nden, daha ayrıntılı bir gerekçelendirme yapmasını beklemenin gerçekçi olmayacağı da eklenmelidir.

Görüldüğü üzere, genel olarak yargı kararlarının “kesinleştikten sonra” uygulanmasını öngören yasal düzenlemelerin Anayasa’ya uygunluğunun etraflıca irdelenmesine odaklanılan çalışmamız kapsamında, inceleme konumuzu teşkil eden Anayasa Mahkemesi kararı; sonucu itibarıyla isabetli olmakla birlikte, “norm denetimi” teknik ve esasları ile “argümantasyon/gerekçelendirme” bakımından eleştiriye açıktır. Açıkça aykırılık bulunan bir Anayasa maddesi mevcut iken, dolaylı nitelikteki bir başka Anayasa maddesinden, “zorlama” addedilebilecek bir yorum yoluyla çıkarılan/türetilen sonuca dayanılmış olması, “norm denetim tekniği” ile kararın kaleme alınmış biçimi itibarıyla yerinde değildir. Ama bu “teknik sorunlar” a rağmen, Anayasa Mahkemesi’nin söz konusu kararının, -Anayasa’ya aykırı bir yasa hükmünü ortadan kaldırması nedeniyle- netice itibarıyla doğru ve son tahlilde “hukuk devleti”ne hizmet eden önemli bir karar olduğu da unutulmamalıdır.

Her ne kadar ilk bakışta salt “teknik” ve “tekil” bir Anayasa’ya aykırılık sorunuyla ilgili olduğu izlenimi uyandırsa da; haciz veya ihtiyati haciz işlemlerine karşı açılan davalarda verilen kararların “geç” uygulanmasına, dolayısıyla gereği gibi uygulanmamasına yol açan İYUK m.28/1-son cümle hükmünün, Anayasa Mahkemesi’nin bu iptal kararı ile mevzuatımızdan “ayıklanmış” olması; yargı kararlarının uygulanmaması sorununun “kronik” hâle geldiği ve bu nedenle içselleştirilerek “olağanlaştırıldığı” günümüzde, yargı kararlarının “yasal destek” ile sürüncemede bırakılmasını engelleyeceğinden, “hukuk devleti” yönünden umut verici niteliktedir. Bununla birlikte, hukuk sistemimizin geneline bakıldığında; Anayasa Mahkemesi’nin bu kararının hemen ardından, “yargı kararlarının uygulanma(ma)sı” hakkında yapılan bazı yasal düzenlemeler, Anayasa Mah-

kemesi kararında ortaya konulan yaklaşımın “hukuk devleti” yönünden verdiği “umudun”, -ilke düzeyinde ve genel tatbikat bakımından- *naif bir beklentiden* öteye geçmesinin son derece güç olduğunu da gözler önüne sermektedir.

Gerçekten, -“yargı kararlarının ‘kesinleştikten sonra’ uygulanmasını öngören yasal düzenlemelerin Anayasallığı sorunu” bağlamında çeşitli uğraklarla incelediğimiz ve “hukuk devleti” yönünden “umut verici” olarak nitelendirdiğimiz- Mahkeme’nin mezkûr iptal kararı sonrasında; ilkin, 21/02/2014 tarih ve 6526 sayılı Kanun’la,¹⁶⁰ İYUK m.28/1’e; kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, görevden alma, göreve son verme, naklen veya vekâleten atama, yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleriyle ilgili olarak verilen iptal ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının gereğinin, dava konusu edilen kadronun “boş olması hâlinde” bu kadroya, “boş olmaması hâlinde” ise aynı kurumda kazanılmış hak aylık derecesine uygun “başka bir kadroya” atanmak suretiyle yerine getirileceği yolunda hüküm eklenmek suretiyle, kamu görevlilerine ilişkin söz konusu davalarda verilen idari yargı kararlarının uygulanmasının, esasen, dava konusu “kadronun boş olması” koşuluna bağlanması, AY m.138/4’ün öngördüğü “yargı kararlarının ‘gereği gibi (aynen)’ uygulanması zorunluluğu” kuralı ile bağdaştırılamayacak bir düzenleme olarak karşımıza çıkmıştır.

Dahası, 10/09/2014 tarih ve 6552 sayılı Kanun’la,¹⁶¹ İYUK m.28/1’de yapılan değişiklik ve ekleme ile; bazı kamu görevlilerinin açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereğinin, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun “başka bir kadroya atanması suretiyle” (*aynen uygulamama*) ve “iki yıl içinde” (*derhâl uygulamama*) yerine getirileceğinin öngörülmüş olması ile bu işlemlerle ilgili yargı kararlarının yerine getirilmemesinin “ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemeyeceği” belirtilerek yargı kararını uygulamayan kamu görevlilerinin de sorumsuzluk/dokunulmazlık “zırhı”na kavuşturulması, “yargı kararlarının uygulanmaması”na âdeta *yasal destek* sağlayan düzenlemelerle, yargı kararlarının uygulanmaması sorununun ne denli “derinleştirildiği”nin örnekleri olarak tezahür etmiştir.

Her ne kadar, 6526 sayılı Kanun ve 6552 sayılı Kanun ile İYUK m.28/1’de yapılan mezkûr değişiklikler, bilahare Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilmiş¹⁶² olsa da; bu iptal kararları, AY m.153/5 uyarınca “geriye yürümediğinden”, yani etkisi

¹⁶⁰ Bkz. *supra.*, dn.6 ve dn.99.

¹⁶¹ Bkz. *supra.*, dn.121.

¹⁶² İYUK m.28/1’de, 6552 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ve ekleme hakkında verilen iptal kararı için bkz. AYM: E.2014/149, K.2014/151, T.02/10/2014 (RG: T.01/01/2015, S.29223); 6526 sayılı Kanun ile yapılan ekleme hakkında verilen iptal kararı için ise bkz. AYM: E.2014/86, K.2015/109, T.25/11/2015 (RG: T.08/01/2016, S.29587).

ex tunc değil *ex nunc* nitelik taşıdığından, mezkûr yasal düzenlemelerden kaynaklanan “yargı kararlarının uygulanmaması sorunu” tam anlamıyla giderilememiştir. Açıkçası, bu örnekler karşısında, yasama organının, Anayasa Mahkemesi’nin -makalemizin temelini oluşturan- mezkûr kararında ortaya koyduğu gerekçeleri ne kadar dikkate aldığı kuşkuludur. Dolayısıyla, yasama organının, yapacağı yeni düzenlemelerle, farklı biçimlerde de olsa, yargı kararlarının “gereği gibi” uygulanmamasına yol açabilecek hükümler getirmesi ihtimal dâhilinde görülebileceğinden; yargı kararlarının uygulanmamasının, şimdiye dek genellikle yalnızca idareye atfedilen bir “idari pratik” iken, artık bunun ötesine geçip, yasama organına da atfi kabil bir “gelenek” hâline gelmiş olduğu gözlemlenebilmektedir.

Hâliyle, yargı kararlarının “yasa yoluyla” *sürüncemede bırakılmasını* ve/veya *tevilini* olanaklı kılan bu gibi örneklerle (yasa hükümleriyle) somutlaşan, *yargı kararlarının uygulanmaması “gelenegi”*, idare ile yargı arasında öteden beri var olduğu bilinen “gerilim”in, yasamaya da teşmiliyle, “yargı dışındaki Devlet organları ile yargı gerilimi”ni sonuçlayan ve bu suretle sorunu iyice “içinden çıkılmaz” boyuta taşıyan; felsefe terminolojisiyle, -”karşıtlık”tan ziyade- bir “çelişki” alanı yaratmaktadır.¹⁶³ Zira yargı kararlarının -gereği gibi- uygulanmaması ya da uygulanmamasına yönelik yasal düzenlemeler yapılması, hukuka aykırılığın (“*karşıtlığın*”) ötesinde, esasen birinin var olduğu yerde diğeri kabul olunamayacağı bir “çelişki”, bu anlamda “hukuku dışlayan” bir görünüm arz etmektedir. O hâlde, yargı kararlarının uygulanmaması sorunu, basit ya da klasik bir hukuka aykırı-

¹⁶³ “Yargı kararlarının uygulanmaması sorunu”nun, felsefe jargonundan ödünç alınan “karşıtlık” ve “çelişki” kavramları ile bağlantılandırılması suretiyle ulaşılan ya tespit, OZANSOY’dan müphem olup; OZANSOY’un bu husustaki özgün görüşleri ve açıklayıcı örnekleri için bkz. Cüneyt OZANSOY (2012), “Karşıtlık Değil, Bir Çelişki Alanı Olarak İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Olgusu”, *İdari Yargı Kararlarının Hukuk Düzenindeki Etkileri ve Uygulamadaki Sorunlar Sempozyumu*, Ankara, s.26-33.

Anılan bildirisinde OZANSOY, “çelişki”de, birbirini dışlayan, birbirini dışarıda bırakan, birbirini inkâr eden; yani “biri varsa diğeri olamayan” bir durumun söz konusu olduğunu belirterek, iki kavramın yan yana gelemediği durumlara örnek olarak da, “ölü” ve “canlı” kavramlarını vermekte ve bunların birbirlerini dışladığını ve biri varken diğeri olamayacağını, yani ikisinin aynı anda doğru ya da aynı anda yanlış olamayacağını ifade etmekte; “karşıtlığı” ise, bir farklılık sıralamasına, birbirini itmeye, birbirinin zıddı olmaya, birbirinin olumsuz olmaya ve fakat yan yana da olabilmeye ilişkin bir kavram olarak izahla, “ak” ya da “kara”da olduğu gibi, *orta kavrama* da izin verilerek, birbirine geçişin söz konusu olabileceğini, mesela bu örnekte *orta kavram* olarak “gri”den söz edileceğini belirtmektedir (s. 30-31). Felsefe terminolojisindeki “çelişki” ve “karşıtlık” kavramlarını bu şekilde açıklayan/örnekleyen OZANSOY, “yargı kararlarının uygulanmaması”na herhangi bir hukuk ihlali olarak bakılmayacağını, zira hukuk ihlalinin çözümünü yine hukukun yapacağını ve bunun, hukukun doğal bir sonucu olduğunu ve hukukun ihlale ilişkin sonuçları getirdiğini belirttiikten sonra; “yargı kararlarının uygulanmaması” durumunda, uygulanmayan sadece “yargı kararı” değil, “hukukun uygulanması gereken bir değer olduğu”nu vurgulamakta ve hukuka ait bütün sütunları yıkan, onun ihmal edilebilirliğine ilişkin bu hususu, bir “çelişki” olarak nitelemekte; bunu da, “yargı kararlarının uygulanmaması sorunu”nun çözümünü “uygulanmayan hukuk aracılığıyla” gerçekleştirilmeye çalışmanın, boşulan bir insanın, kendini saçlarından çekeerek kurtarmayı umması metaforuyla özetlemektedir (s. 31).

lık sorunu olarak nitelenemez ve esasen, yargı kararının uygulanmadığı yerde, hukuktan da söz edilemez. Bu açıdan, her ne kadar inceleme konusu Anayasa Mahkemesi kararı ile, idari yargı kararlarının *kesinleştikten sonra uygulanmasını* -yani *geç uygulanmasını*, dolayısıyla *gereği gibi uygulanmamasını*- öngören bir hükmün (İYUK m.28/1-son cümle hükmünün) iptali “hukuk devleti” yönünden isabetli olsa da; bu önemli karar sonrasında da yargı kararlarının “gereği gibi”, hatta “hiç” uygulanmaması sonucunu doğuran yasal düzenlemelerin (yasa değişikliklerinin) yapılmasına devam edilmiş olması, -bir yönüyle- bu kararın da “tam anlamıyla” uygulanmadığını göstermekte ve bu durum ise, ister istemez “hukuk”un ve “hukuk devleti”nin varlığını sorgulanır kılmaktadır.

Kaynakça

- Yararlanılan Kitaplar ve Makaleler

- AKILLIOĞLU, Tekin (1988a): “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (Prof. Dr. Lûtfi Duran’a Armağan Özel Sayısı)*, Y.9, S.1-3, s.11-22.
- AKILLIOĞLU, Tekin (1988b): “Temel Hakların Durdurulması”, *Bahri Savcı’ya Armağan*, Ankara, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yay., s.54-68.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil (2023): *Türk İdare Hukuku*, 17. Baskı, Ankara, Seçkin Yay.
- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz (1990): “Anayasa Mahkemesi’nce Verilen İptal Kararlarının Zaman İçinde Etkisi”, *Amme İdaresi Dergisi*, C.23, S.3, s.3-11.
- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz (1996): *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Ankara, Yetkin Yay.
- ALTAY, Evren (2004): *İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar*, Ankara, Turhan Kitabevi Yay.
- ARSLAN, Ramazan/TANRIVER, Süha (2001): *Yargı Örgütü Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yay.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel (2022): *Medeni Usul Hukuku*, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yay.
- ASLAN, Zehreddin (2001): *İdari Yargı’da Yürütmenin Durdurulması*, 2. Basım, İstanbul, Alfa Yay.
- BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda (2015): “Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Alt İlkesi Olarak Vergi Hukukunda Yasallık İlkesi”, *Kamu Hukukçuları Platformu 4. Toplantısı (Hukuk Güvenliği)*, 8-9 Kasım 2013, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yay., s.189-238.
- BÜYÜK, Elif Irmak (2021): *Medeni Usul Hukukunda İnşai Dava ve İnşai Hüküm*, İstanbul, On İki Levha Yay.
- CANDAN, Turgut (1984): “Vergi Uyuşmazlıkları ve İdari Davalar”, *Danıştay Dergisi*, Y.14, S.54-55, s.31-40.
- CANDAN, Turgut (1991a): “İdari Yargı Kararlarının Uygulanması - I”, *Maliye Postası Dergisi*, Y.12, S.253, s.42-46.
- CANDAN, Turgut (1991b): “İdari Yargı Kararlarının Uygulanması - V”, *Maliye Postası Dergisi*, Y.12, S.257, s.42-45.
- CHEVALLIER, Jacques (2010): *Hukuk Devleti*, (Çev.: Ertuğrul Cenk GÜRCAN), Ankara, İmaj Yay.
- COŞKUN, Sabri (1993): *İptal Davası*, Ankara, Danıştay Yay.
- ÇAĞLAR, Selda (2015): “Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik - Hukuk Güvenliği İlişkisi”, *Kamu Hukukçuları Platformu 4. Toplantısı (Hukuk Güvenliği)*, 8-9 Kasım 2013, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yay., s.25-139.

- ÇAĞLAYAN, Ramazan (1999): “İdari Yargıda Kesin Hüküm”, *Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.3, S.1, s.123-141.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan (2004): *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, 3. Baskı, Ankara, Asil Yay.
- ÇAKMAK, N. Münci (2013): *İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı*, Ankara, Seçkin Yay.
- ÇAKMAK, Münci (2021): *İdari Yargılama Usulünde Vergi Davaları*, Ankara, Seçkin Yay.
- ÇOBAN, Ali Rıza/CANATAN, Bilal/KÜÇÜK, Adnan <Ed.> (2008): *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal*, Ankara, Adres Yay.
- DARENDELİ, A. Vahap (2004): *Yargıtay, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi İçtihatları Işığında Adli Yargı Yerlerinde Görülen İdari Uyuşmazlıklar ve Davalar*, Ankara, Yetkin Yay.
- DEREN YILDIRIM, Nevhis (1996): *Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükümün Sübjektif Sınırları*, İstanbul, Alfa Yay.
- DÖNMEZ, Recai (1998): *Vergi İcra Hukukunda İhtiyati Haciz*, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yay.
- DURAN, Lûtfi (1988): “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararıyla Vergi Davalarının Çözümü (II)”, *Amme İdaresi Dergisi*, C.21, S.1, s.63-77.
- ESEN, Selin (1996): *İptal Davası ve İtiraz Yolunda Anayasa Mahkemesi'nin Yaptığı İlk İnceleme*, Ankara, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yay.
- FEYZİOĞLU, Metin (1999): “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.48, S.1-4, s.135-163.
- FEYZİOĞLU, Turhan (1966): “Prof. Dr. Turhan FEYZİOĞLU'nun Konuşması”, *Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması*, Türk Hukuk Kurumu Yay., s.148-165.
- GÖRGÜN, L. Şanal/BÖRÜ, Levent/KODAKOĞLU, Mehmet (2023): *Medeni Usul Hukuku*, 12. Baskı, Ankara, Yetkin Yay.
- GÖZLER, Kemal (2000): *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa, Ekin Kitabevi Yay.
- GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel (2023): *İdare Hukuku Dersleri*, 25. Baskı, Bursa, Ekin Kitabevi Yay.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/GÖLCÜKLÜ, Feyyaz (2013): *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması*, 10. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi Yay.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut (2017): *İdare Hukuku*, C.II: İdari Yargılama Hukuku, 9. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi Yay.
- GÜNDAY, Metin (1990): “1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi*, Birinci Kitap: İdari Yargı, Ankara, s.139-148.
- GÜNDAY, Metin (2011): *İdare Hukuku*, 10. Baskı, Ankara, İmaj Yay.
- GÜNDAY, Metin (2022): *İdari Yargılama Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi Yay.

- İZGİ, Ömer/GÖREN, Zafer (2002): *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu*, C.I, Ankara, Türkiye Büyük Millet Meclisi Basımevi.
- KARABATAK, Rüstem (1997): “Yargı Kararlarının Uygulanması”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C.71, S.10-11-12, s.755-786.
- KARAHANOĞULLARI, Onur (2019): *İdari Yargı: İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, Ankara, Turhan Kitabevi Yay.
- KARAKOÇ, Yusuf (2000): *Kamu Alacaklarının Tahsili Aşamasında Ortaya Çıkan ve Vergi Yargısında Çözümlenen Uyuşmazlıklar*, Ankara, Yetkin Yay.
- KATOĞLU, Tuğrul (2015): “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Hukuki Güvenlik İlkesi”, *Kamu Hukukçuları Platformu 4. Toplantısı (Hukuk Güvenliği)*, 8-9 Kasım 2013, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yay., s.141-183.
- KAYA, Cemil (2011): *Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı*, İstanbul, On İki Levha Yay.
- KELSEN, Hans (1945): *General Theory of Law and State*, (Translated by: Anders WEDBERG), Cambridge, Harvard University Press.
- KIRATLI, Metin (1966): *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu)*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yay.
- KUMRULU, Ahmet G. (1989): *Vergi Yargılama Hukukunun Kuramsal Temelleri*, Ankara.
- KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe (2010): *Muhakeme Hukuku Dahil Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. Bası, İstanbul, Beta Yay.
- KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder (2013a): *İcra ve İflas Hukuku*, 27. Baskı, Ankara, Yetkin Yay.
- KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder (2013b): *Medeni Usul Hukuku*, 24. Baskı, Ankara, Yetkin Yay.
- LEAHY, James E. (1989): “The Constitution is What the Judges Say it is”, *North Dakota Law Review*, Vol.65, Issue 3, p.491-527.
- OĞURLU, Yücel (2002): *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Ankara, Seçkin Yay.
- ONAR, Erdal (2003): *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler*, Ankara.
- ONAR, Siddık Sami (1966a): *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.I, 3. Bası, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası.
- ONAR, Siddık Sami (1966b): *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.III, 3. Bası, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası.
- ONAR, Siddık Sami (1968): *İcra Hukukunda Temel Bilgiler*, İstanbul, Kütülmüş Matbaası.
- OZANSOY, Cüneyt (2012): “Karşıtlık Değil, Bir Çelişki Alanı Olarak İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Olgusu”, *İdari Yargı Kararlarının Hukuk Düzenindeki Etkileri ve Uygulamadaki Sorunlar Sempozyumu*, Ankara, s.26-33.

- ÖDEN, Merih (2023): *Türk Anayasa Yargısında Norm Denetimi*, Ankara, Yetkin Yay.
- ÖNEN, Ergun (1981): *İnşai Dava*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay.
- ÖZAY, İl Han (2004): *Gümüşğında Yönetim II: Yargısal Korunma*, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- ÖZBEK, Veli Özer (2013): *İnfaz Hukuku*, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yay.
- ÖZBUDUN, Ergun (2021): *Türk Anayasa Hukuku*, 21. Baskı, Ankara, Yetkin Yay.
- ÖZDEŞ, Orhan (1977): "Danıştay Kararlarının Yerine Getirilmesi Zorunluluğu", *Danıştay Dergisi*, Y.6, S.20-21, s.24-45.
- ÖZEREN, Ahmet Şükrü/BAYHAN, Taci (1992): *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması*, Ankara.
- ÖZTÜRK, K. Burak (2009): "İdari Yargılama Hukuku Yönünden Vergi Davası Kavramına İlişkin Kısa Bir Değerlendirme", *Prof. Dr. Mualla Öncel'e Armağan*, C.II, Ankara, Ankara Üniversitesi Yay., s.1111-1124.
- ÖZTÜRK, K. Burak (2013): "Fransız Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi", *Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan*, C.II, Ankara, Ankara Üniversitesi Yay., s.1189-1226.
- ÖZYÖRÜK, Mukbil (1966): "Doç. Dr. Mukbil ÖZYÖRÜK'tün Konuşması", *Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması*, Türk Hukuk Kurumu Yay., s.141-147.
- PERDOME, Jaime Vidal (1982): "Kolombiya İdari Yargısı", (Çev.: Turgut CANDAN), *Danıştay Dergisi*, Y.12, S.46-47, s.6-15.
- SAĞLAM, Fazıl (1982): *Temel Hakların Sınırlanması ve Özütü*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yay.
- SARICA, Ragıp (1949): *İdari Kaza*, C.I: İdari Davalar, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yay.
- SARICA, Ragıp (1966): "Tehir-i İcra Kararının Yerine Gelmesi", *Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması*, Türk Hukuk Kurumu Yay., s.31-38.
- SHAPIRO, Martin (1999): "The Success of Judicial Review", *Constitutional Dialogues in Comparative Perspective*, (Ed.: Sally J. KENNEY/William M. REISINGER/John C. REITZ), Macmillan Press, London, p. 193-219.
- SUNAY, Zühal Aysun (2016): *İptal Davalarında Gereçeli Karar Hakkı*, Ankara, Seçkin Yay.
- TANRIVER, Süha (1996): *İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi*, Ankara, Yetkin Yay.
- TEKGÜNDÜZ, Metin (1983): "İdari Dava Türleri ve Vergi Davası", *Danıştay Dergisi*, Y.13, S.50-51, s.56-59.
- TEKİN, Tahir (2003): "İdarenin, Yargı Kararlarını Uygulama Zorunluluğu ve Uygulamasının Sonuçları", *Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi*, C.8, S.7, s.8-12.
- TEKİNSOY, M. Ayhan (2006): "TÜPRAŞ'ın Özelleştirilmesi, Yürütmenin Durdurulması Kararları ve Sorunlar...", *Hukuk Gündemi*, S.4, s.17-21.
- TEKİNSOY, M. Ayhan (2013): *İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması*, Ankara, Savaş Yay.

- TELLİ, Semih Tekin (1980): “İdari Yargıda Kesin Hüküm”, *İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler III*, Ankara, s.99-130.
- TURMANGİL, Civan (1982-1987): “Vergi Davasının Hukuksal Niteliği”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.39, S.1-4, s.125-156.
- ULER, Yıldırım (1970): *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay.
- ULUSOY, Ali (2012): “Conseil d’Etat ve Danıştay İçtihatlarında İdari Yargı Kararlarının Etki ve Sonuçları”, *İdari Yargı Kararlarının Hukuk Düzenindeki Etkileri ve Uygulamadaki Sorunlar Sempozyumu*, Ankara, s.14-23.
- ULUSOY, Ali D. (2013): *İdari Yaptırımlar*, İstanbul, On İki Levha Yay.
- UZ, Abdullah (2005): “Hesapları Kesin Hükme Bağlamakla Görevli Sayıştay’ın Yargısal Kimliği”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.54, S.4, s.361-374.
- ÜLGEN, Özen (2013): *İptal ve İtiraz Başvuruları Bakımından Anayasa Yargısında İlk İnceleme*, İstanbul, Beta Yay.
- YAYLA, Yıldızhan (1994): “İdari Yargı Kararlarına Üslup ve İçerik Yönlerinden Eleştirel Bir Yaklaşım”, *İnan Kıraç’a Armağan*, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yay., s.345-367.
- YILMAZ, Serdar (2009): *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Zorunluluğu ve Bu Kararların Uygulanmamasına Karşı Öngörülen Hukuksal Önlemler*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Anabilim Dalı, Ankara.
- YILMAZ, Serdar (2012): “Kamu Alacaklarının Tahsili Hukukunda İhtiyati Haciz Müessesesi ve İhtiyati Hacze Karşı Açılan Davalarda İdari Yargı Yerlerince Verilen Kararların Uygulanması -Yargı Pratiğinde ve Öğretide Gözden Kaçan Bir Anayasa’ya Aykırılık Sorunu (mu?)-”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.61, S.4, s.1437-1503.

- Yararlanılan Yargı Kararları

- AİHM: “*Ahmet Kılıç v. Türkiye Kararı*”, B.N.38473/02, T.25/07/2006 (HUDOC).
- AİHM: “*Apostol v. Gürcistan Kararı*”, B.N.40765/02, T.28/11/2006 (HUDOC).
- AİHM: “*Burdov v. Rusya Kararı*”, B.N.59498/00, T.07/05/2002 (HUDOC).
- AİHM: “*Büker v. Türkiye Kararı*”, B.N.29921/96, T.24/10/2000 (HUDOC).
- AİHM: “*Hornsby v. Yunanistan Kararı*”, B.N.18357/91, T.19/03/1997 (HUDOC).
- AİHM: “*Kyrtatos v. Yunanistan Kararı*”, B.N.41666/98, T.22/05/2003 (HUDOC).
- AİHM: “*Scordino v. İtalya Kararı*”, B.N.36813/97, T.29/03/2006 (HUDOC).
- AİHM: “*Süzer ve Eksen Holding A.Ş. v. Türkiye Kararı*”, B.N.6334/05, T.23/10/2012 (HUDOC).
- AYM: “*Adem Öğüt ve Diğerleri Başvurusu*”, B.N.2014/20527, T.22/11/2017 (RG: T.22/12/2017, S.30278).

- AYM: “Arif Canlı Başvurusu” <GK>, B.N.2014/7152, T.01/12/2016 (RG: T.30/12/2016, S.29934).
- AYM: “Arman Mazman Başvurusu”, B.N.2013/1752, T.26/06/2014 (RG: T.11/09/2014, S.29116).
- AYM: “Ayla Dünder Başvurusu”, B.N.2013/6047, T.23/01/2014 (RG: T.21/02/2014, S.28920).
- AYM: “Aziz Turhan Başvurusu”, B.N.2012/1269, T.08/05/2014 (RG: T.18/07/2014, S.29064).
- AYM: “Bediha Altun Başvurusu”, B.N.2015/6354, T.23/10/2019 (RG: T.13/12/2019, S.30977).
- AYM: “Bülent Türk Başvurusu” <GK>, B.N.2014/7002, T.01/12/2016 (RG: T.30/12/2016, S.29934).
- AYM: “Davut Yıldız Başvurusu”, B.N.2020/12623, T.05/09/2023 (RG: T.29/11/2023, S.32384).
- AYM: “Ebru Çıtlak ve Fazilet Demirbaş Başvurusu”, B.N.2017/37573, T.02/12/2020 (RG: T.16/02/2021, S.31397).
- AYM: “Erol Aksoy Başvurusu (2)” <GK>, B.N.2016/11026, T.12/12/2019 (RG: T.21/02/2020, S.31046).
- AYM: “Hakan Yıldız Başvurusu” <GK>, B.N.2014/8804, T.01/12/2016 (RG: T.30/12/2016, S.29934).
- AYM: “Hasan Gün Başvurusu”, B.N.2018/9459, T.19/11/2020 (RG: T.17/02/2021, S.31398).
- AYM: “Kadri Enis Berberoğlu Başvurusu (3)” <GK>, B.N.2020/32949, T.21/01/2021 (RG: T.03/02/2021, S.31384).
- AYM: “S.S. Yeni Foça Asmadere Konut Yapı Kooperatifi Başvurusu”, B.N.2015/14525, T.10/10/2019 (RG: T.07/11/2019, S.30941).
- AYM: “Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu”, B.N.2014/3986, T.02/04/2014 (RG: T.03/04/2014, S.28961).
- AYM: E.1990/39, K.1991/21, T.11/07/1991 (RG: T.23/05/1992, S.21236).
- AYM: E.1992/36, K.1993/4, T.20/01/1993 (RG: T.19/03/1993, S.21529).
- AYM: E.1995/44, K.1995/44, T.19/09/1995 (RG: T.03/11/1995, S.22452).
- AYM: E.2004/56, K.2007/26, T.15/03/2007 (RG: T.29/05/2007, S.26536).
- AYM: E.2004/116, K.2008/74, T.06/03/2008 (RG: T.01/07/2008, S.26923).
- AYM: E.2007/68, K.2010/2, T.14/01/2010 (RG: T.28/04/2010, S.27565).
- AYM: E.2009/89, K.2011/40, T.10/02/2011 (RG: T.07/02/2012, S.28197).
- AYM: E.2011/21, K.2013/36, T.28/02/2013 (RG: T.06/03/2014, S.28933).
- AYM: E.2012/22, K.2012/133, T.27/09/2012 (RG: T.11/12/2012, S.28494).

- AYM: E.2012/73, K.2013/107, T.03/10/2013 (RG: T.27/03/2014, S.28954).
- AYM: E.2012/102, K.2012/207, T.27/12/2012 (RG: T.02.04.2013, S.28606-Mükerrer).
- AYM: E.2012/107, K.2013/90, T.10/07/2013 (RG: T.22/11/2013, S.28829).
- AYM: E.2013/67, K.2013/164, T.26/12/2013 (RG: T.27/03/2014, S.28954).
- AYM: E.2013/133, K.2013/169, T.26/12/2013 (RG: T.09/01/2014, S.28877).
- AYM: E.2013/158, K.2014/68, T.27/03/2014 (RG: T.09/04/2014, S.28967).
- AYM: E.2014/86, K.2015/109, T.25/11/2015 (RG: T.08/01/2016, S.29587).
- AYM: E.2014/92, K.2016/6, T.28/01/2016 (RG: T.03/03/2016, S.29642).
- AYM: E.2014/149, K.2014/151, T.02/10/2014 (RG: T.01/01/2015, S.29223).
- AYM: E.2015/41, K.2017/98, T.04/05/2017 (RG: T.03/08/2017, S.30143).
- AYM: E.2015/88, K.2016/156, T.07/09/2016 (RG: T.19/10/2016, S.29862).
- AYM: E.2015/104, K.2016/20, T.16/03/2016 (RG: T.08/04/2016, S.29678).
- AYM: E.2016/205, K.2019/63, T.24/07/2019 (RG: T.31/10/2019, S.30934).
- AYM: E.2019/59, K.2020/61, T.22/10/2020 (RG: T.01/12/2020, S.31321).
- AYM: E.2019/93, K.2023/87, T.04/05/2023 (RG: T.28/07/2023, S.32262).
- AYM: E.2020/70, K.2023/106, T.01/06/2023 (RG: T.03/10/2023, S.32328).
- AYM: E.2021/104, K.2021/87, T.11/11/2021 (RG: T.25/03/2022, S.31789).
- AYM: E.2023/76, K.2023/155, T.13/09/2023 (RG: T.12/10/2023, S.32337).
- AYM: E.2023/97, K.2023/192, T.08/11/2023 (RG: T.08/12/2023, S.32393).
- D.1.D: E.1990/211, K.1990/256, T.10/10/1990 (KİBB).
- D.5.D: E.1982/4514, K.1985/941, T.11/04/1985 (KİBB).
- D.5.D: E.1988/2913, K.1991/627, T.28/03/1991 (KİBB).
- D.10.D: E.2002/4061, K.2004/5219, T.28/05/2004 (KİBB).
- D.10.D: E.2004/13990, K.2007/739, T.27/02/2007 (DKA).
- D.13.D: E.2014/3359, K.2018/1887, T.28/05/2018 (DKA).
- DİDDK: E.2005/161, K.2006/554, T.08/06/2006 (KİBB).
- DİDDK: E.2006/4531, K.2008/1898, T.06/11/2008 (KİBB).
- UM.HB: E.1993/46, K.1993/43, T.15/11/1993 (RG: T.15/12/1993, S.21789).
- YCGK: E.1991/8-320, K.1991/347, T.09/12/1991 (KİBB).
- YHGK: E.2011/4-206, K.2011/461, T.29/06/2011 (KİBB).

Cumhuriyet'in Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi

The Importance of the Republic in Terms of Turkish Legal History

Öğr. Gör. Durulcan SELÇUK (*)

Öz:

Türk hukuku tarihsel gelişimi sürecinde çeşitli dönüm noktaları yaşamıştır. Bu dönüm noktalarından birisi, Cumhuriyet'in ilan edilmesidir. Türk tarihi açısından çok önemli bir olay olan Cumhuriyet'in ilanı, Türk hukuk tarihi bakımından ayrıca önemlidir. Çünkü Cumhuriyet'in ilanı sonrasında gerçekleştirilen Türk hukuk devrimiyle Türkiye'de Batı hukukundan alınan laik kanunlarla yeni bir hukuk düzeni kurulmuş ve Türk hukuku, Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil olmuştur. Bu önemli değişimler dolayısıyla Türk hukuk tarihi incelemelerinde Cumhuriyet sonrası Türk hukuku ayrı bir dönemi oluşturmaktadır. Çalışma kapsamında Türk hukuk tarihinin dönemlere ayrılması konusu ile Cumhuriyet'in ilanının Türk hukukunun tarihsel sürecindeki önemi anlatılmaya çalışılmıştır. Makalede Türk hukuk tarihinde dönemler ve Türk hukuk devrimi genel hatlarıyla ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler:

Türk Hukuk Tarihi, Cumhuriyet, Türk Hukuk Devrimi, Resepsiyon, Çağdaşlaşma.

Abstract:

The development process of Turkish law has experienced various turning points. One of these turning points is the declaration of the Republic. The declaration of the Republic, which is a very important event in Turkish history, has also special point for Turkish legal history. Because after the proclamation of the Republic, with the Turkish legal revolution, a new legal order was established in Turkey with the secular laws taken from the Western law, and the Turkish law was included in the Continental European legal system. Due to these important changes, post-Republican Turkish law constitutes a separate period in Turkish legal history studies. Within the scope of the study, the subject of dividing Turkish law into periods and the importance of the declaration of the Republic in the historical process of Turkish law try to explained. In the article, the periods in the Turkish legal history and the Turkish legal revolution are discussed in general terms.

Keywords:

Turkish Legal History, Republic, Turkish Legal Revolution, Reception, Modernization.

(*) Başkent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Meslek Yüksek Okulu, Hukuk Bölümü, Adalet Programı Öğretim Görevlisi; Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, Ankara - Türkiye,

E-posta: durulcanselcuk@baskent.edu.tr; Orcid No: <https://orcid.org/0000-0003-4845-5496>.

Makale Geliş Tarihi: 08.09.2023 - Makale Kabul Tarihi: 07.11.2023.

Giriş

Cumhuriyet'in ilanı, binlerce yıllık Türk tarihi açısından benzersiz bir kırılma noktasıdır. Zira Birinci Dünya Savaşı'nda yenilmesinin ardından imzalanan Mondros Ateşkes ve Sevr Antlaşmalarıyla Batılı devletlerce Osmanlı Devleti fiilen parçalanmaya başlanmış; Türkler, Anadolu'da çok küçük bir alana hapsedilerek adeta yaşam hakları hiçe sayılmıştır. İşte bu süreçte Mustafa Kemal Atatürk önderliğindeki ulusal hareket Türk devrimini gerçekleştirerek emperyalist devletlerin planlarını bozmuş ve tam bağımsız Türkiye Cumhuriyeti'ni kurmuştur. Bu bağlamda Cumhuriyet'in ilan edilmesi, varoluş mücadelesinden zaferle çıkılması anlamında Türk tarihinde eşsiz bir yere sahiptir.

Türk devrimi bir bütündür. Ancak emperyalist devletlere karşı verilen Kurtuluş Savaşı ve eski devlet düzenine yönelik bir devrim hareketi olmak üzere iki yöne sahip olduğu söylenebilir. Dahası, bir bütün olsa da inceleme kolaylığı sebebiyle, Türk devrimi "siyasal devrim", "hukuk devrimi" gibi bölümlere ayrılmaktadır.¹ Bu kapsamda Cumhuriyet'in ilanı, saltanat ve halifelüğün kaldırılmaları ile yeni anayasanın kabulü gibi olaylarla beraber siyasal devrim içerisinde yer almaktadır. Hukuk devrimi ise Osmanlı hukuk düzeninin terk edilerek laik temelli tek hukuk sistemine geçişi ifade etmektedir. Cumhuriyet'in ilanı sonrasında hukuk tarihinde toptan bir resepsiyon örneği olarak Batı hukuk sistemindeki kanunların Türk hukukuna iktibas edilmesiyle Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil olunmuştur.

Açıklamalar dikkate alındığında, Cumhuriyet'in ilan edilmesinin, siyasal devrim ve hukuk devriminin ortak çatısı olduğu görülecektir. Dolayısıyla, Cumhuriyet'in ilanı, Türk hukuk tarihi açısından, Türk tarihinde sahip olduğundan ayrı bir öneme sahiptir. Nitekim incelemelerde bu önem sebebiyle, Türk hukuk tarihi dönemlere ayrılırken, Cumhuriyet'in ilanından sonraki gelişmeler ayrı bir dönemi oluşturmaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti'nin yüzüncü yılına armağan olarak hazırlanan bu makale kapsamında, Cumhuriyet'in ilanının taşıdığı önemi anlatabilmek adına, Türk hukuk tarihindeki yeri gösterilmeye çalışılacaktır.

Bu çerçevede, çalışmanın ilk ana başlığında Türk hukuk tarihi araştırmalarında izlenen Türk hukukunun dönemlere ayrılması konusu açıklanmaya çalışılacaktır. İkinci ana başlıkta, Cumhuriyet'in ilanının Türk hukuk tarihindeki önemini göstermek için, Cumhuriyet dönemindeki Türk hukukunda gerçekleşen tam resepsiyon olayının detaya girilmeksizin genel hatlarıyla anlatımına, yani Türk hukuk devrimine ayrılmıştır. Sonuç kısmındaysa, çalışma kapsamında ulaşılan sonuçlar belirtilecektir.

¹ MUMCU Ahmet, *Tarih Açısından Türk Devriminin Temelleri ve Gelişimi*, 19. Baskı, İnkılâp, İstanbul 2001, s.102.

I. Türk Hukuk Tarihinde Dönemler

Hukukçu eğer teknisyen olmaktan ileri gitmek amacındaysa, sadece pozitif hukukla yetinmemeli; gerçek bir hukukçu olmak istiyorsa, hukuk kültürüne de sahip olmalıdır. Zira hukuk, aynı zamanda kültürel nitelikte bir miras olup; hukuk kültürünün temelini de tarih oluşturmaktadır.² Ne var ki, tarih, bir döneme ait tüm gelişmeleri detaylıca inceleyerek, insanların siyasal ve sosyal hayatlarındaki gelişmeyi konu edinirken; hukuk tarihi bütün gelişmeleri ele almadan, sadece hukukun gelişimine etkili olan ve hukukî sonuç yaratan gelişmelerle ilgilenir. Dolayısıyla, genel tarih ile hukuk tarihi arasında metodoloji farkı bulunmaktadır.³ Hukuk tarihi, “genel hukuk tarihi” ve “ulusal hukuk tarihi” olmak üzere iki bölümden oluşur.

Medeniyetin ilk aşamalarından bugüne kadar çeşitli toplumların hayatını düzenleyen hukuk kuralları ile bu kurallardan doğan hukuki kurumlar, genel hukuk tarihinin konusu olup; genel hukuk tarihi, insanlığın geçmişini hukuk açısından araştırarak, bugünkü hukuk sistemlerinin kaynağını ve insanlığın hukukî gelişimindeki etkenleri tespit etmek amacını taşır.⁴

Ulusal hukuk tarihi ise belirli bir milletin hukukunun tarihidir. İşte Türk hukuk tarihi, ulusal hukuk tarihine bir örnek olup; Türklerin devlet kurarak tarih önüne çıkmalarından bugüne kadarki süreçte, pozitif hukuk ile hukuk politikasını da dikkate alarak, Türklerin hukuk kurumlarının ve uygulamalarının tarihini inceleyen bilim dalıdır.⁵ Bu noktada Türklerin, örneğin Fransızlar veya İngilizler gibi tarih içerisinde sürekli aynı coğrafyada bulunmadığı, dünyanın çeşitli alanlarına yayıldığı akla gelecektir. Bu durum Türk hukuk tarihi incelemelerinin hangi Türklere ait hukukun tarihinin incelemesi olacağı sorusunu doğurmaktadır. Zira, Türklerin dünyanın pek çok yerinde var olarak güçlü devletler kurduğu hatırlandığında, tarihte kurulan tüm Türk devletlerinin hukuk sistemlerinin tarihsel incelemesini yapmaya çalışmak, Türk hukuk tarihini genel hukuk tarihine yaklaştırır. Bu sebeplerle Türk hukuk tarihi incelemeleri, Türkiye’de yaşayan Türklerin hukuk tarihiyle sınırlıdır.⁶

Türkiye’de yaşayan Türklerin tarihine bakıldığında, 1071 Malazgirt Savaşı’nın Anadolu’nun Türkleşmesi adına bir dönüm noktası olduğu bilinmektedir. Dolayısıyla Malazgirt Savaşı, “Türkiye’yi doğuran olay”⁷ olarak nitelenebilir. Bu doğ-

² ÜÇÖK Coşkun - MUMCU Ahmet - BOZKURT Gülnihal, *Türk Hukuk Tarihi*, 18. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s.5.

³ EKİNCİ Ekrem Buğra, *Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk*, 7. Baskı, Arı Sanat, İstanbul 2021, s.42.

⁴ ARSAL Sadri Maksudi, *Türk Tarihi ve Hukuk*, 2. Baskı, Türk Tarih Kurumu, Ankara 2020, s.1.

⁵ FENDOĞLU Hasan Tahsin, *Türk Hukuk Tarihi*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2000, s.4.

⁶ ARSAL, *Türk Tarihi ve Hukuk*, s.9, 10.

⁷ CAHEN Claude, *Türkiye'nin Doğuşu Anadolu Selçuklu Devleti 11. Yüzyıldan 14. Yüzyıla*, Çev. Nilüfer Epçeli, Yeditepe Yayınevi, İstanbul 2022, s.23.

rultuda Türk tarihi, 1071'den önceki dönem ve 1071'den sonraki dönem olarak iki ana döneme ayrılabilir. Ne var ki, Savaş sonrası Anadolu'ya gelen Türkler, bu sıralarda yeni bir hukuk sistemini kabul ettikleri için, burada yaşayan toplumlarla karşılıklı etkilenerek; bazı kültürel kurumları özümsemiş, örf ve adetleri benimsemişlerse de hukuk açısından büyük bir değişim yaşamamışlardır. Bu sebeple, Türk hukuk tarihi, genel Türk tarihiyle paralel şekilde ilerlememiştir.⁸

Genel Türk tarihinde, Türk hukuk tarihini etkileyen en büyük üç olay, Türklerin İslamiyet'i kabul etmesi, 1839 yılında Tanzimat'ın ilanı ve 1923 yılında Cumhuriyet'in ilanıdır. Genel Türk tarihindeki bu üç sosyal olguyla Türklerin hukuklarında köklü değişiklikler gerçekleşmiştir. Dolayısıyla, söz konusu üç olay, Türk hukuk tarihi açısından birer dönüm noktası niteliğindedir. Ancak belirtilmelidir ki, her ne kadar bu üç olay sonucunda hukuk sisteminde köklü değişiklikler gerçekleşse de olayların sosyal ve hukuki süreçleri birbirlerinden tam olarak ayrılmamaktadır. Bu bağlamda, Türk hukuk tarihi, bu üç önemli olay dikkate alınarak dört ana döneme ayrılarak incelenmektedir.⁹ Bunlar İslamiyet öncesi Türk hukuku, İslamiyet sonrası Türk hukuku, Tanzimat dönemi Türk hukuku ve Cumhuriyet dönemi Türk hukukudur.

Türk hukuk tarihinin bu dönemlerinin içeriklerine ana hatlarıyla kısaca bakmak, Cumhuriyet'in Türk hukukunda yarattığı büyük değişimi görebilmek ve Türk hukuk tarihi açısından Cumhuriyet'in ilanının taşıdığı önemi anlayabilmek adına gereklidir.

A. İslamiyet Öncesi Türk Hukuku

Türk hukuk tarihi incelemelerinde İslamiyet öncesi Türk hukuku, Orta Asya Türk devletlerinin hukukunun ele alındığı dönemdir. Bilindiği üzere Türkler, Anadolu'ya yerleşmeden önce Orta Asya'da önce göçebe, daha sonra ise yerleşik

⁸ ÜÇÖK - MUMCU - BOZKURT, *Türk Hukuk Tarihi*, s.3.

⁹ ÜÇÖK - MUMCU - BOZKURT, *Türk Hukuk Tarihi*, s.4; CİN Halil - AKYILMAZ Gül, *Türk Hukuk Tarihi*, 12. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2020, s.7; FENDOĞLU, *Türk Hukuk Tarihi*, s.5; *Sadri Maksudi Arsal* ise Türk hukukunu dört ana döneme ayırmakla birlikte, şu şekilde bölümlendirmektedir: "Orta Asya devri", "İslamlaşma devri", "Selçukî devri" ve "Osmanlı devri". Bkz. ARSAL, *Türk Tarihi ve Hukuk*, s.11.; Ayrıca belirtilmelidir ki, doktrinde Türk hukuk tarihini dönemlere ayırmada dört ana dönem yerine üç veya iki döneme ayıranlar da bulunmaktadır. Örneğin, *Hasan Tahsin Fendoğlu*, Türk hukuk tarihini; "İslamiyet öncesi Türk hukuku", "İslamiyet sonrası Türk hukuku" ve "Cumhuriyet sonrası Türk hukuku" olarak üç ana döneme ayırmakta olup; İslamiyet sonrası Türk hukukunu kendi içerisinde "Tanzimat öncesi" ve "Tanzimat dönemi" şeklinde iki dönem olarak ele almaktadır. Bkz. FENDOĞLU, *Türk Hukuk Tarihi*, s.5; Türk hukuk tarihini bölümlere ayırmada farklı yol izleyen bir diğer isim, *M. Âkif Aydın*'dir. *Aydın*, Türk hukuk tarihini, "İslamiyet'in kabulüne kadarki dönem" ile "İslamiyet'in kabulünden sonraki dönem" olmak üzere iki ana bölüme ayırmakta; İslamiyet'in kabulünden sonraki dönemiyse, kendi içerisinde "Selçuklu dönemi" ve "Osmanlı dönemi" şeklinde ikiye, Osmanlı dönemini de kendi içerisinde tekrar Tanzimat'a kadarki "klasik dönem" ve "Tanzimat dönemi" olarak iki dönemde ele almaktadır. Bkz. AYDIN Mehmet Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, 16. Baskı, Beta, İstanbul 2019, s.VII, VIII.

hayata geçmiş bir şekilde yaşıyorlardı. Türkler tarih boyunca bu bölgede çok büyük devletler kurmuşlardır. Dolayısıyla, söz konusu Türk devletlerinin kendilerine has bir hukuk sistemleri de oluşmuştur. Dahası Orta Asya Türkleri, Malazgirt Savaşı sonrasında Anadolu'ya gelerek yerleşen Türklerin selefleridir. Bu bakımdan, savaş sonrası Anadolu'ya yerleşen Türklerin hukuk anlayışları, Orta Asya Türklerinin hukuk anlayışları olup; Selçuklu ve Osmanlı dönemlerinde her ne kadar İslam hukuku benimsenmişse de Selçuklu ve Osmanlı Türklerinin hukuk anlayışlarının kökleri bu hukuka bağlıdır. Diğer bir anlatımla, Türkiye'deki Türklerin hukuk anlayışı ve kurumlarının temelini anlamak adına hem Orta Asya Türk hukukunu hem de İslam hukukunu bilmek gereklidir.¹⁰ Ayrıca bugün dahi özellikle aile hukuku alanında İslamiyet öncesi Türk hukukuna ait kimi kurumların Anadolu'da kullanıldığı; örneğin kalın ve levirata ilişkin bazı adetlerin halk arasında varlığını sürdürdüğünün görülebildiği söylenmiştir.¹¹

Türk hukuk tarihinin bu dönemi bakımından en önemli sorun kaynak sorunudur. Döneme ait bilgi kaynağı çok sınırlı olduğu gibi var olan birtakım kaynaklar da güvenli şekilde kullanıma uygun nitelikte değildir. Örneğin, Orta Asya Türkleri bakımından bilgiler içeren yazılı kaynakların başında gelen Çin tarihleri, hukukçu olmayanlarca yazılmaları, Çin alfabesinin zorluğu ve Türklerle düşman ilişkilerde bulunmaları sebebiyle dikkatli kullanılması gereken kaynaklardır. Ayrıca Türklerin var oldukları coğrafyalarda bulunan epigrafik ve arkeolojik kaynaklar da hukuk tarihi açısından zengin sayılamaz. Ancak yine de bu dönemdeki Türk devletlerinin bilinen hukuk uygulamalarının ana hatlarıyla birlik içinde olması, Türk hukuk tarihi kapsamında incelemeyi mümkün kılmaktadır.¹²

Türkler, İslam dininin kabulünden önce pek çok devlet kurmuşlar ve pek çok dini inanışı benimsemişlerdir. Bu kapsamda İskit (Saka) İmparatorluğu, Hun İmparatorluğu, Avrupa Hun Devleti, Akhun Devleti, Tabgaçlar ve Avarlar, Göktürk Devleti, Uygur Devleti, Hazar İmparatorluğu gibi birçok Türk devletinin kurulduğu; çok geniş bir coğrafyaya yayılan Türklerin Şamanizm, Budizm, Zerdüştlük, Maniheizm, Nestorianizm, Yahudilik, Hristiyanlık gibi çok çeşitli dini benimsedikleri söylenebilir.¹³ Söz konusu devletlerden Hun, Göktürk ve Uygur devletlerinin hukuklarının incelenmesi, Türk hukuk tarihi incelemelerinde genellikle izlenen yoldur. Zira Osmanlı Devleti'nde de etkisi görülen ve Orta Asya Türk devletlerinde var olan sağ - sol veya doğu - batı şeklindeki ikili düzen,

¹⁰ ARSAL, *Türk Tarihi ve Hukuk*, s.10.

¹¹ EKİNCİ, *Osmanlı Hukuku*, s.42.

¹² AYDIN, *Türk Hukuk Tarihi*, s.9.

¹³ EKİNCİ, *Osmanlı Hukuku*, s.51-61; ÜÇÖK - MUMCU - BOZKURT, *Türk Hukuk Tarihi*, s.49-55; CİN - AKYILMAZ, *Türk Hukuk Tarihi*, s.11-16.

Hun İmparatorluğu döneminde oluşturulmuştur. Dolayısıyla Hunlar, Türk idare teşkilatının kurucusu kabul edilmektedirler.¹⁴ Göktürk Devleti, hem tarihte Türk kelimesinin resmî devlet adı olarak kullanıldığı ilk örnek olması, hem de devlet yönetimiyle ilgili oldukça önemli olan Orhun Yazıtlarının bu dönemde oluşturulması nedeniyle incelenmesi gerekli bir diğer devlettir. Türk hukuk tarihi bakımından Uygur Devleti'nin taşıdığı değer ise, Uygurların yerleşik hayata geçmeleri ve buna bağlı şekilde diğer Türk devletlerinden farklı olarak yazılı hukuk belgeleri bırakmalarındadır. Gerçekten Uygur Türklerinin trampa, velayet, satış yarıcılık, vasiyet gibi çeşitli konularda bıraktıkları belgeler, özellikle özel hukuk bakımından fikir vermesi adına oldukça önemlidir.¹⁵ Uygurlar dönemi bakımından önemli olan diğer bir husus, Orta Asya Türklerinde hukuk ve devlet idaresi hakkında önemli bir eser olan Kutadgu Bilig'in bu dönemde yazılmış olmasıdır. Bu sebeplerle Türk hukuk tarihi incelemelerinde, İslamiyet öncesi Türk hukuku dönemi kapsamında, Hun İmparatorluğu, Göktürk Devleti ve Uygur Devletlerinin hukukları ele alınmaktadır.

B. İslamiyet Sonrası Türk Hukuku

Türkler, İslamiyetle ilk olarak Dört Halife döneminde İslam Devleti ordularının İran'dan sonra Horasan, Toharistan ve Maveraünnehir'e yönelmesiyle karşılaşmışlardır. Emeviler döneminde de yapılan savaşlar dolayısıyla karşılaşmalar devam etmiştir. Düşmanca başlayan bu ilk temaslar sonucunda Türkler İslam dinini tanıdıysa da, İslamiyet'in Türkler arasında yayılması Abbasiler döneminde gerçekleşmiştir. Özellikle Çin güçlerine karşı Arap ve Türklerin birlikte direnç gösterdiği Talas Savaşı, müttefiklik yapan bu iki milleti yakınlaştırmaları bakımından önemlidir. 10 ve 11. yüzyıllardaysa, Türkler boylar halinde hızlıca İslam dinini benimsemişlerdir.¹⁶

Türklerin Müslüman olmaları önemli bir dönüm noktasıdır. Böylece Türk tarihinin büyük bir kısmı, İslam tarihinin de bir parçası haline gelmiş; Türkler diğer Müslüman unsurlarla birlikte İslam medeniyetinin gelişmesine çalışmıştır. Bu bağlamda, özellikle askeri güç ve aristokrasiye dayanan Türk devletleri kurulmuştur. Dahası, Selçuklu İmparatorluğu'nun kurulmasından başlayarak Türkler, İslam dünyasında üstünlüğü ellerinde tutmuşlardır. Dolayısıyla Türkler, İslam kültür dairesinin sadece içinde bulunmakla kalmayıp, yaratılmasında da büyük rol oynamışlardır. Bu sebeple, hukuk tarihi gibi toplumsal tarihin bir bölümünün

¹⁴ EKİNCİ, *Osmanlı Hukuku*, s.51.

¹⁵ Uygur hukuk belgelerinden örnekler için bkz. ÜÇÖK - MUMCU - BOZKURT, *Türk Hukuk Tarihi*, s.41-48; ARSAL, *Türk Tarihi ve Hukuk*, s.74-81; Ayrıca bkz. KORKMAZ Salih, "Uygur Hukuk Vesikaları Üzerine Türkçe Literatürün Hukuki Tahlili", *Adalet Dergisi*, S.69, Y.2022, s.249-291.

¹⁶ AYDIN, *Türk Hukuk Tarihi*, s.26, 27.

incelenmesinde bu göz ardı edilemez. Örneğin, Müslüman Türklerin hukuk tarihini incelerken, teorik ve sistematik İslam hukuku bilinmelidir.¹⁷

İslamiyetin benimsenmesinden sonra, Türklerin devlet kurma geleneğinin aynen devam ettiği görülmektedir. Bu açıdan, Karahanlılar, Tolunoğulları, İhşidiler, Gazneliler, Delhi Sultanlığı, Babürlüler, Büyük Selçuklu İmparatorluğu, Anadolu Selçuklu Devleti ve Osmanlı İmparatorluğu gibi devletler örnek olarak sayılabilir. İfade edildiği üzere Türk hukuk tarihinin inceleme alanı, Anadolu'daki Türklerin hukukunun tarihidir. Dolayısıyla Müslüman Türk devletlerinden Selçuklu ve Osmanlı devletlerinin hukukları, Türk hukuk tarihi incelemelerinde İslamiyet sonrası Türk hukuku dönemi kapsamında ele alınır. Özellikle Osmanlı hukuku, modern Türk hukukuna en yakın dönem olması ve Cumhuriyet sonrası döneme de etki etmesi gibi sebeplerle Türk hukuk tarihinin en büyük inceleme alanını içerir.¹⁸

Osmanlı hukukunun ana ilkelerini şer'i hukuk belirlemiştir. Ancak şer'i hukukun boşluk bıraktığı alanlarda ve bu hukuka aykırı olmamak şartıyla padişah kanunnameleriyle oluşturulan örfi hukuk, Osmanlı hukukunun karakteristiğini oluşturur. Osmanlıların ele geçirdikleri yerlerde uygulanan hukukun bazı kısımlarını korumaları da örfi hukuk kapsamında değerlendirilmelidir. Dahası, İslam hukukunun özelliği sebebiyle gayrimüslim cemaatlerin aile ve miras hukuku alanlarında kendi hukuklarını uygulama hakları bulunduğu gibi; zimmilere tanınan bu hakka benzer şekilde Osmanlı ülkesindeki yabancıların da kendi aralarında uyruk oldukları devlet hukukunu uygulama ayrıcalığı bulunmaktadır. O halde Osmanlı hukuku, çok hukuklu yapısıyla dikkat çekmektedir. Şer'i hukuk dışında sayılan diğer sistemlerin meşruluk dayanağını İslam hukukundan aldıklarının unutulmaması gerektiği söylenmiştir.¹⁹ Ayrıca bu sebeple, "Osmanlı hukuku"nun, İslam, Roma veya Anglo - Sakson hukukları gibi sui generis bir hukuk sistemi olmayıp; Osmanlı Devleti'nde uygulanan hukukun, esas olarak İslam hukuk sistemine dayandığı da savunulmuştur.²⁰ Ne var ki İslam devlet başkanının yasama yetkisinin kullanımında şer'i hukuka uygunluk zorunlu olmakla beraber, Osmanlı Devleti'nde şer'i hukuka aykırı kabul edilebilecek örfi nitelikte uygulamalara rastlanmıştır. Üstelik bu uygulamaların, hukuk sisteminde oldukça geniş

¹⁷ KÖPRÜLÜ Mehmet Fuad - BARTHOLD Wilhelm, *İslam Medeniyeti Tarihi*, 2. Baskı, Alfa, İstanbul 2018, s.9, 10.

¹⁸ Cumhuriyet döneminde uygulanan Osmanlı kanunları, söz konusu etkinin anlaşılabilmesi bakımından önemlidir. Bkz. ÖRSTEN ESİRGİN Seda, *Osmanlı Devleti'nde Kanun Yapma Geleneği ve Cumhuriyet Döneminde Uygulanan Osmanlı Kanunları*, Turhan Kitabevi, Ankara 2017.

¹⁹ EKİNCİ, *Osmanlı Hukuku*, s.101.

²⁰ AYDIN M. Âkif, "Osmanlıda Hukuk", *Osmanlı Devleti ve Medeniyeti Tarihi Cilt 1*, Editör: Ekmeleddin İhsanoğlu, İslam Tarih, Sanat ve Kültür Araştırma Merkezi (IRCICA), İstanbul 1994, s.375.

bir yer tuttuğu da belirtilmelidir. Nitekim bu açıdan Osmanlı örfi hukuku, diğer İslam devletlerindeki örneklerden de farklılık göstermektedir. Ayrıca Osmanlı Devleti'nde Tanzimat döneminde hukuk alanındaki reform hareketlerine başlanırken, örfi hukukun bir altyapı sağladığı unutulmamalıdır.

Diğer taraftan Osmanlı Devleti'nin sonlarına doğru Batılılaşma hareketiyle birlikte hukukta Batı hukukunun benimsenmesi süreci başlamış olsa da İslam hukuku özellikle şahıs, aile ve miras hukukları konularında Osmanlı Devleti'nde hep yürürlükte kalmıştır. Dahası, Cumhuriyet ile İslam hukuk sisteminden çıkmış olmasına rağmen, bugün dahi İslam hukukuna ait kimi kurum ve kuralların halk arasında sürdüğü görülmekte; arazî hukuku, miras hukuku, vakıf hukuku gibi konularda Osmanlı hukuku, mahkemelerce uygulanmaktadır. Örneğin, Yargıtay kararlarında İslam hukukunda evlilik akdiyle ilgili mehrin bir türü olan mehri müeccel, bağışlama vaadi olarak kabul edilmektedir.²¹ Benzer şekilde, vakıf hukuku alanında Osmanlı döneminde kurulmuş vakıflar bakımından bu dönem hukukunun uygulanacağı mevzuatta kabul edilmiştir ki bu durumun en güncel ve bilinen örneği, Danıştay 10. Dairesi'nin Ayasofya hakkındaki kararının gerekçesinde yer almıştır.²² Aynı doğrultuda, Osmanlı Devleti'nden Türki-

²¹ "Mehrin sözlük anlamı; "İslam hukukunda evlenme ile erkeğin, kadın üzerinde elde ettiği haklara karşılık kadına verdiği değerli şey"dir. Mehri muaccel; "İslam hukukunda erkeğin, nikâhtan önce kadına verdiği mehr" ve mehri müeccel ise; "İslam hukukunda erkeğin, nikâhtan (ve hatta evlilik sona erdikten) sonra kadına verdiği mehr" olarak tanımlanmaktadır (Yılmaz, E.: Hukuk Sözlüğü, Ankara, 1996, s.529). Yukarıdaki tanımlardan da anlaşılacağı gibi mehir, kocanın evlenme sözleşmesi anında veya devamı sırasında ya da evliliğin sonra ermesi hâlinde kadına verdiği belirli bir mal, para veya ekonomik değeri olan armağandır. Medeni Kanun, evlenme sözleşmesi sırasında karı kocadan birinin diğerine bir mal veya para vermesini ya da vermeyi vaat edip bir süre ertelemesini yasaklamamıştır. Bu nedenle, eski hükümlere göre kurulmuş mehr, Medeni Kanun tarafından yasaklanmış bir hukuki ilişki olarak kabul edilemez (2.12.1959 tarihli, 14/30 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı gerekçesi). Hukukumuzdaki sözleşme serbestisi ilkesi gereğince de kocanın yüklenmiş olduğu edimini yahut bağışlama yönündeki vaadini koca dışında bir üçüncü kişinin de üstlenmesine engel bulunmamaktadır. Ancak mehri müeccel, ileriye yönelik bağışlama vaadi niteliğinde olduğundan, koca dışında üçüncü kişinin durumu 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 128. maddesinde (818 sayılı Borçlar Kanunu'nun BK 110. maddesi) yazılı üçüncü kişi yararına borç altına girme olmayıp, TBK'nın 288. (BK'nın 238.) maddesinde düzenlenmiş bağışlama vaadidir." Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 26.03.2019 Tarih ve 2017/451 Esas - 2019/355 Karar Sayılı Kararı.

²² "Türk Kanunu Medenisi'nin yürürlüğe girmesinden önce kurulan vakıflar hakkında uygulanacak mevzuatı belirleyen, 864 sayılı Kanun'un 1. maddesinde "Kanunu medeninini meri olmağa başladığı tarihten evvelki hâdiselerin hukukî hükümleri, mezkûr hadiselerin hangi kanun meri iken vaki olmuş ise yine o kanuna tâbi kalır." ve 8. maddesinde ise "Kanunu medeninini meriyete vazından mukaddem vücuda getirilen evkaf hakkında ayrıca bir tatbikat kanunu neşrolunur." şeklinde son derece sarîh hükümlerle; vakfın kurucu belgesi olan vakfiyede yer alan kayıtların, vakıf kurma işlemi tamamlandıktan sonra, vakfedeni, vakfi idare edenleri, vakıftan faydalanacakları, üçüncü kişileri ve Devleti bağladığı, vakfiye ile düzenlenen hususların hiçbir şekilde değiştirilemeyeceği, vakıf varlıklarının, vakfedenin iradesine uygun olarak kullanılmasının zorunlu olduğu, şeklinde formüle edilebilecek "eski vakıf statüsü" açıkça korunmuş olmasına rağmen, dava konusu Bakanlar Kurulu Kararı incelendiğinde, tapu kaydına göre mazbut bir vakıf olan Ebulfetih Sultan Mehmet Vakfına (günümüzde Fatih Sultan Mehmet Han Vakfı) ait ve vakfiyesi gereğince cami olarak kullanılması gereken hayrat taşınmaz niteliğindeki Ayasofya Camii'nin müzeye dönüştürül-

ye Cumhuriyeti'ne aktarılan, dolayısıyla çözümlenmesinde Osmanlı hukukuna başvurulmasının gerekli olduğu konulara bir diğer örnek, mülkiyet hakkı kapsamında Emval-i Metruke meselesidir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin konu hakkında kararları da bulunmaktadır.²³ Benzer şekilde Osmanlı döneminde kurulan evlatlık vakıflarıyla ilgili galleye müstehak vakıf evlatlığının tespitine yönelik açılan davalarda da Osmanlı hukukuna başvurulmaktadır.²⁴ Verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere, hukuk tarihine mal olmuş konuların güncel hukuka etki etmesi, hukuk tarihi araştırmalarına ilgiyi çekmektedir. Ancak hukuk tarihinin yardımıyla çözülebilecek güncel uyuşmazlıklar bulunabilirse de hukuk tarihinin asıl görevinin bugünün uyuşmazlıklarını çözmek olmadığı, hukuk tarihinin güncel hukuk uyuşmazlıklarının çözümüne olan katkısının bu bilim dalının yan ürünü olduğu da ileri sürülmüştür.²⁵ Tüm bu açıklamalar dikkate alındığında Türk hukuk tarihi incelemelerinde İslamiyet sonrası Türk hukuku döneminde, özellikle Osmanlı hukukunun oldukça önemli bir yer tuttuğu açıktır.

C. Tanzimat Dönemi Türk Hukuku

Tanzimat Fermanı'nın ilanı, Türk hukuk tarihi bakımından diğer bir dönüm noktasıdır. Zira, 19. yüzyıla kadar Türk hukuku, adli kurumlar veya hukuk normları açısından esaslı bir değişiklik geçirmemiş olup, büyük oranda İslam hukuk sistemine dâhil Osmanlı hukuku uygulanagelmıştır. Ancak bu yüzyılda Batı'da yaşanan Sanayi devrimi gibi sosyal ve ekonomik gelişmeler bütün dünyanın ticari ve ekonomik yapısını etkilediği gibi sosyal ve hukuksal yapısını da etkilemiştir. Dolayısıyla Osmanlı Devleti ve Türk hukuku da bu gelişmelerden etkilenmiştir.²⁶ Hukuk açısından bu dönemin en önemli yönü, Osmanlı Devleti'nde önce-

düğü görülmektedir. Ayasofya Camii ve Türk Kanunu Medenisi'nin yürürlüğe girdiği 4 Ekim 1926 tarihinden önce kurulan diğer vakıfların 864 sayılı Kanun'un 1. ve 8. maddeleri ile açıkça koruma altına alınmış olan eski vakıf statüsü, dava konusu Bakanlar Kurulu Kararının yürürlüğe konulduğu tarihten sonra yürürlüğe giren 05/06/1935 tarih ve 2762 sayılı (mülga) Vakıflar Kanunu, 03/12/2001 tarih ve 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve 20/02/2008 tarih ve 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nda aynı esaslar çerçevesinde korunmaya devam edilmiştir. Buna göre, dava konusu Bakanlar Kurulu Kararı, yukarıda alıntılanan ve vakıf senedi hangi tarihte düzenlenmişse o tarihteki mevzuatın uygulanacağını hükme bağlayan 864 sayılı Kanun'un 1. maddesine açıkça aykırıdır" Bkz. Danıştay 10. Dairesi'nin 02.07.2020 Tarih ve 2016/16015 Esas - 2020/2595 Karar Sayılı Kararı.

²³ Örneğin bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 15.06.2016 Karar tarihli ve 2015/7661 Başvuru Numaralı Kilikya Ermeni Katolikosluğu Başvurusu. Anayasa Mahkemesi'nin kararının değerlendirilmesi için ayrıca bkz. AKYILMAZ Gül, "Kilikya Ermeni Katalikosluğu Davası Çerçevesinde Emvâl-i Metruke Meselesine Bakış", Uluslararası Suçlar ve Tarih Yıllık Uluslararası Hukuk ve Tarih Dergisi, S.20, Y.2019, s.17-73.

²⁴ Konu ile ilgili Anayasa Mahkemesi'nin verdiği tartışmalı bir karar için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 20.12.2022 Karar tarihli ve 2018/14186 Başvuru Numaralı Ayşe Tezel ve Diğerleri Başvurusu.

²⁵ STOLLEIS Michael, "Hukukun Tarihini Yazmak: Yeniden İnşa, Anlatı, Kurgu?", Çev. Muhammed İkbâl İmamoğlu, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, S.9, Y.2010 (Bahar), s.123.

²⁶ AYDIN, *Türk Hukuk Tarihi*, s.415.

ki reformcu hükümdarlarca askerî, teknik ve bilimsel alanlarda Batı'dan yenilikler alınmasına rağmen, Türk hukuk tarihinde resepsiyon hareketinin ilk kez Tanzimat'la başlamış olmasıdır.²⁷ Türk hukukunda Tanzimat dönemi, esasında bir ara dönem olarak nitelenebilir. Çünkü bu dönem Türk hukuku İslam hukuk sisteminden kopma yaşanmadan, Batı hukukundan etkilenilerek kanunlaştırmaların görüldüğü bir devredir. Bu bağlamda özellikle kamu hukuku alanında Batı'dan alınan kanunlar ilk kez Türk hukukuna girmiştir. Öte yandan özel hukuk alanında genel olarak İslam hukuku uygulanmaya devam etmiştir, ancak Batılı kanunların tekniğinden esinlenilerek yapılan kanunlaştırmalar görülmektedir. Dolayısıyla Türk hukukunun bu dönemde Batı hukukunun etki alanı içine girdiği açık şekilde görülebilmektedir.

Değinilmesi gerekli bir nokta, genel Türk tarihi bakımından Tanzimat dönemi, 1876'da Kanun-i Esasi'nin kabulüne kadarki süreci ifade etmekte; Tanzimat dönemini I. Meşrutiyet ve II. Meşrutiyet dönemleri izlemektedir. Ne var ki, Türk hukuk tarihi bakımından Tanzimat dönemi, Cumhuriyet'in ilanına kadarki süreci ifade edecek şekilde geniş de yorumlanabilmektedir. Bu kapsamda, 1876 tarihli Mecelle, 1858 tarihli Arazi Kanunnamesi, 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi, 1840 tarihli Ceza Kanunnamesi, 1851 tarihli Ceza Kanunnamesi, 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi, Ticaret Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu, Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi, Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu, Usul-i Muhakeme-i Ticaret Nizamnamesi ve Ticaret-i Bahriye Kanunnamesi gibi düzenlemeler, Cumhuriyet'in ilanına kadar Tanzimat döneminde gerçekleştirilen önemli kanunlaştırmalardandır.²⁸ Bu kanunlaştırmalardan Mecelle, Arazi Kanunnamesi ve Hukuk-ı Aile Kararnamesi, özel hukuka ilişkin düzenlemelerdir ve İslam hukuku veya mevcut örfi hukuk kurallarının tedvin edilmesiyle oluşturulmuş olsalar da, Batılı kanun tekniği ile hazırlanmaları dolayısıyla önemlidirler. Diğer kanunlaştırmalarsa, doğrudan Batı hukukundan resepsiyon yoluyla alınmak suretiyle oluşturulmuşlardır. Tanzimat döneminde gerek Batı hukukundan iktibas edilerek, gerek Batı kanun tekniğiyle mevcut normları tedvin ederek önemli kanunlaştırmalar gerçekleştirilmiş olsa da, bu dönemde Avrupa hukuk düşüncesi yeterince benimsenmemiş ve yerli hukukla bütünleşmeyerek yabancı olarak kalmıştır.²⁹ Bu sebeple Tanzimat döneminde hukuk alanındaki gelişmelerin başarılı olduğu söylenemez. Ancak hukuk alanındaki bu gelişmelerin Cumhuriyet ile gerçekleşecek hukuk devrimine zemin oluşturduğu tarihsel bir gerçektir.

²⁷ ÜÇÖK - MUMCU - BOZKURT, *Türk Hukuk Tarihi*, s.329.

²⁸ CİN - AKYILMAZ, *Türk Hukuk Tarihi*, s.8.

²⁹ CİN - AKYILMAZ, *Türk Hukuk Tarihi*, s.548.

Özetlemek gerekirse Tanzimat dönemi; İslam hukuku ve Batı hukuku arasındaki ikili yapıyla, Türk hukukunun bu dönemde Batı hukuk sisteminin etki alanına girmesiyle, hukuk tarihinde resepsiyon hareketinin başladığı devre olmasıyla, hukukun temel alanlarında kanunlaştırmaların gerçekleşmesiyle Türk hukuk tarihi bakımından oldukça önemli bir dönemdir. Dahası Tanzimat dönemi Türk hukukundaki gelişmelerin Cumhuriyet dönemi Türk hukukunu ve dolayısıyla modern Türk hukukunu doğrudan etkilemiş olması da bu dönemin Türk hukukunun tarihsel sürecindeki önemini arttırmaktadır.

D. Cumhuriyet Dönemi Türk Hukuku

Türk hukukunun tarihi sürecindeki en önemli dönüm noktalarından birisi, 29 Ekim 1923'te Cumhuriyet'in ilan edilmesidir. Cumhuriyet'in ilanı ile kurulan yeni Türk Devleti, temel aldığı ilkeler doğrultusunda yeni bir hukuk düzeni oluşturma yoluna girmiştir. Tanzimat dönemiyle başlayan hukukta çağdaşlaşma çabaları, Cumhuriyet döneminde de devam etmiştir. Ancak Türk hukukunun bu iki dönemi arasında ilkesel noktada esaslı farklılıklar bulunmaktadır. Diğer bir anlatımla yeni Türk Devletinin oluşturduğu yeni hukuk düzeni, Osmanlı hukuk düzeninden dayandığı ilkeler ile dâhil olduğu hukuk sistemi gibi noktalarda köklü farklılıklar taşımaktadır. Bu esaslı farklılıklar sebebiyle, bu farklılıkları sağlayan söz konusu dönemin başındaki kanunlaştırmalar için "*Türk hukuk devrimi*" adı verilmektedir.

Türk hukuk tarihi çalışmalarında Cumhuriyet dönemi Türk hukuku, Türk hukuk devrimi çerçevesinde, Cumhuriyet'in ilanı sonrasındaki kanunlaştırmalar kapsamında sınırlı şekilde ele alınmaktadır. Şüphesiz ki, bu durum hukuk fakültesine yeni başlamış bir hukukçu adayının kafasında oluşabilecek kimi sorulara cevap verebilmek bağlamında hukuk tarihinin görevlerinden birisidir.³⁰ Diğer taraftan, Türk hukuk tarihinin hukuk fakültelerinde zorunlu ders olarak verilmeye başladığı dönem dikkate alındığında, Cumhuriyet'in yeni ilan edilmiş olması sebebiyle, bu zorunlu bir sınırlamadır. Gerçekten de Türk hukuk tarihi dersinin hukuk lisans eğitiminde zorunlu ders olarak okutulması, 1933 üniversite reformuyla gerçekleştirilmiş olup; bu dersin ilk hocalarından birisi Sadri Maksudi Arsal olmuştur.³¹ Arsal'ın Türk hukukunu dönemlere ayırırken kullandığı "*Cumhuriyet teşkilâtından bahsedecek değiliz, çünkü bu devir mazi değil, parlak bir haldir*"³² şeklindeki ifadesi de; Türk hukuk tarihi çalışmalarında Cumhuriyet

³⁰ ÜÇÖK - MUMCU - BOZKURT, *Türk Hukuk Tarihi*, s.4, 5.

³¹ Türk hukuk tarihi dersi 1933 reformuyla müfredatta yer almış olsa da, umumi hukuk tarihi dersinin müfredattaki yeri daha eskiye dayanmaktadır. Bkz. UMUR Ziya, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri 1. Cilt*, Beta, 1. Baskıdan Tıpkıbasım, İstanbul 1993, s.22-31.

³² ARSAL, *Türk Tarihi ve Hukuk*, s.11, dn.1.

döneminin neden sınırlı şekilde ele alındığını göstermektedir. Çünkü Türk hukuk tarihi, hukuk eğitiminin ders programına zorunlu ders olarak eklendiğinde Cumhuriyet henüz ilan edilmişti, dolayısıyla Türk hukuk devriminin kazanımları olan temel kanunlar pozitif hukuku oluşturmaktaydı.

Cumhuriyet'in ilanından hemen sonraki dönem bakımından geçerli kabul edilebilecek olan bu tutumun, modern Türk hukuk tarihi çalışmalarında da yer aldığı görülmektedir. Ne var ki, Cumhuriyet'in yüz yılının geride bırakıldığı düşünülürken, Türk hukuk tarihi bilim alanının geleceği bakımından Cumhuriyet dönemi hukuksal gelişmelerinin salt pozitif hukukun konusu olduğuna yönelik yaklaşımın doğru olmadığı anlaşılabacaktır. Zira Türk hukuku, yüz yıllık Cumhuriyet dönemi içerisinde de çok önemli değişiklikler geçirmiştir. Bunların en önemlilerine örnek olarak, Türk hukukunda 2000'li yıllarda yapılan yeni kanunlaştırmalar gösterilebilir. Türkiye'nin önce Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuruyu, sonra Mahkeme'nin zorunlu yargı yetkisini kabul etmesi ile Avrupa Birliği'ne aday ülke statüsü kazanması gibi gelişmeler, 21. yüzyıla girilirken anayasa ve temel kanunlarda dönüşümü zorunlu kılmıştır.³³ Nitekim önemi karşılıklı esas olarak AB müktesebatıyla uyum amacıyla yapılan söz konusu yeni kanunlaştırmalar, Türk hukuk tarihindeki üçüncü kanunlaştırma hareketi olarak isimlendirilmiştir.³⁴

Dolayısıyla Türk hukuk devrimiyle kabul edilmiş olan temel kanunlar, 2000'li yıllarda çağdaşlaşma amacıyla, yerini yeni kanunlara bırakmıştır.³⁵ Bu kapsamda, Cumhuriyet'in ilanından hemen sonra Batı hukukundan iktibas edilerek hazırlanan temel kanunlar olan 743 Sayılı Türk Medeni Kanunu, 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu, 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, 818 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ile 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu yerlerini; 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, 5271 Sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ile 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa bırakarak, Türk hukuk tarihinin konusu haline gelmişlerdir.³⁶ Bu sebeple artık Türk hukuk tarihi incelemelerinde Cumhuriyet dönemi Türk hukuku döneminin daha fazla yer tutması gerektiği söylenebilir.

³³ ÖRSTEN ESİRGEN Seda, "Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türk Hukukunda Kanunlaştırma Hareketleri", *Adalet Dergisi*, S.62-63, Y.2019, s.434.

³⁴ YILMAZ Ejder, "Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdikleri", *Ankara Barosu Dergisi*, S.2, Y.2011, s.214, dn.3.

³⁵ Türk hukuk tarihinde farklı dönemlerde yapılan kanunlaştırmalar, farklı etkilerle gerçekleştirilmiş, farklı noktalardan hareket etmiş olsa da aynı hedef olan çağdaşlaşmaya doğru yol almıştır. ÖRSTEN ESİRGEN, "Kanunlaştırma", s.476.

³⁶ CİN - AKYILMAZ, Türk Hukuk Tarihi, s.9.

Özellikle kanunlaştırma hareketleri bakımından Cumhuriyet'in yüz yılında Türk hukukunda gerçekleşen değişikliklerin hukuk tarihi bakımından ele alınması gerektiği bir gerçekse de; Cumhuriyet'in ilanı ve sonrasında gerçekleşen Türk hukuk devrimi, Türk hukukunun en önemli dönüm noktalarındandır. Bu nedenle, Türk hukukunun Cumhuriyet'in yüzyılı içerisinde geçirdiği değişiklikleri yorumlayabilmek için de Türk hukuk devriminin anlaşılması gerektiği açıktır. O halde Cumhuriyet'in Türk hukuk tarihi bakımından taşıdığı önemi görebilmek adına, genel hatlarıyla Türk hukuk devrimine bakılması gereklidir. Bu bağlamda, çalışmanın sonraki bölümünde temel olarak Türk hukuk devrimine bakılmaya çalışılacaktır. Ancak ifade edilmelidir ki, bu yapılırken Türk hukukunun çağdaşlaşma sürecinin bir önceki dönemi olan Tanzimat dönemiyle karşılaştırmalı şekilde ele alınması faydalı olacaktır. Zira bu şekilde iki dönemin arasındaki ilkesel farklılıklarla Cumhuriyet'in Türk hukukunun tarihi bakımından ayrıcalığı fark edilebilecektir.

II. Cumhuriyet'in İlanı ve Türk Hukuk Devrimi

İmparatorluk yapısındaki devletlerin heterojen yapıdaki bölgelerini birbirine bağlayan en önemli bağ, hukuk birliğidir. Büyük devletler ancak hukuk birliğini sağlayabildikleri ölçüde güç kazanmışlardır. Örneğin, Avusturya - Macaristan İmparatorluğu sağladığı hukuk birliği ve buna bağlı olarak yakalanan ekonomik birlik sayesinde 19. yüzyılda milliyetçilik ile Panslavizm akımlarından korunmayı başararak, devletin parçalanmasını önleyebilmiştir. Benzeri şekilde Fransa, 17. yüzyılda başladığı hukuk kurallarının tedvin edilmesi sayesinde hukuk ikililiğine son vermiştir ki bu konuda özellikle 19. yüzyılda yapılan laik medeni kanunun (*Code Civil veya Code Napoleon*) önemi büyüktür. Öte taraftan Kutsal Roma - Cermen İmparatorluğu, tüm ülkeyi kapsayan hukuk birliğine sahip olmadığından bir devletler yığına dönüşmüştür.³⁷ Değindiği üzere Osmanlı hukuku çok hukuklu bir yapıdadır. Devletin güçlü olduğu ve ekonomik sistemin toprağa bağlı olduğu dönemlerde bu çok hukukluluk bir sorun oluşturmamıştır. Aksine, İslam hukukunun dönemindeki ilericaliği ve örfi hukukla sağlanan hukuk dinamizmi, Osmanlı hukukunu Batı hukukundan öne geçirmiş; Osmanlı Devleti'ne güç kazandırmıştır. Ancak Batı'da yaşanan sosyal ve ekonomik gelişmelerle ekonomik sistemin toprağa bağlı olmaktan çıkarak sanayi ve ticarete doğru dönüşümü, merkantilist ekonominin yükselişi, Fransız Devrimi sonrasında milliyetçilik akımlarının başlaması gibi etkenler karşısında Osmanlı Devleti'nin çok hukuklu

³⁷ ÜÇÖK Coşkun, "Türk Hukuk Devrimi", *Atatürk Önderliğinde Kültür Devrimi Kalkınma İçin Bölgesel İşbirliği (RCD) Semineri Tebliğleri (9-11 Kasım 1967)*, Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Yayınları, Ankara 1972, s.75.

yapısı bir dezavantaj halini almıştır. Devletin bu dönemde güç kaybetmesi de söz konusu gelişmeler ve etkenlere karşı kırılabilirliği arttırmıştır. Dolayısıyla bu gelişmeleri gören Osmanlı yöneticileri, hukuk birliğini sağlayıcı yeniliklerin yapılması gerektiği konusunda fikir birliğine ulaşmışlardır. Tanzimat dönemi bu doğrultudaki hukuk gelişmelerinin ara dönemidir. Zira her ne kadar Tanzimat döneminde Batı'dan resepsiyon yoluyla kanunlaştırmalar gerçekleşmiş olsa da vatandaşlık esasına değil, dini aidiyet esasına dayalı İslam hukukunun bu modern kanunlarla aynı zamanda uygulanmaya devam etmesi sebebiyle hukuk birliği tam olarak sağlanamamıştır.³⁸ İşte Cumhuriyet'in ilanı ve Türk hukuk devrimi, dayandığı laiklik ilkesiyle Türk hukukundaki bu ikiliğe son verecek gerekli adımları atabilmiş ve Türk hukukunda hukuk birliğini sağlayabilmiştir.

Türk hukuk devrimi, Cumhuriyet'in ilanından sonra kurulan yeni Türk Devleti'nin hukuk sistemi oluşturulurken, tüm hukuk alanlarındaki yeni kanunların Batı'dan toptan resepsiyon yoluyla kabul edilmesi olayını içerir. Bu iktibaslar sonucunda Türk hukuk sistemi, Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil olmuştur. Bu sonuç, Türk hukuk tarihi bakımından önemli bir dönüm noktasıdır. Zira Türk hukuku bu noktadan önce yüzyıllardır İslam hukuk sisteminin içindeydi. Dolayısıyla Cumhuriyet'in ilanı, Türk hukukunun yüzyıllardır içinde bulunduğu hukuk sistemini değiştirmesini de sağlamıştır.

Ne var ki, Türk hukukunun dâhil olduğu hukuk sistemini değiştirmesi, bir anda alınan kararlarla veya aniden olmuş bir olay değildir. Bu değişimin kökleri Osmanlı Devleti'ndeki hukukta yenilik hareketlerinde bulunmakta olup; daha genel ifade edilmesi gerekirse, Türk hukuk devrimi, "*Türkiye'de çağdaşlaşma*"³⁹ olgusunun bir parçasını oluşturmaktadır. Nitekim gerek Osmanlı Devleti, gerek Cumhuriyet dönemi hukukta yenilik hareketlerinde Batı'yı taklit etmek değil, Batıyı ilerleten araçlardan faydalanma isteği ortak yöndür.⁴⁰ Diğer bir anlatımla Türk hukuk devrimi, genel hukuk tarihindeki toptan resepsiyon, yani tüm hukuk

³⁸ Esasında Osmanlı Devleti'nde 1869 tarihli Tabiiyyet-i Osmaniye Kanunnamesi ile dini ilkelerden arınmış, modern anlamda vatandaşlık kavramına geçilmiştir. CİN - AKYILMAZ, *Türk Hukuk Tarihi*, s.566. Ne var ki söz konusu Kanun, yargılamada hukuk birliği sağlamaya elverişli değildir. Yargılamada hukuk birliği sağlama amacı bakımından 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi de oldukça önemlidir. Zira Kararname, Müslümanlar bakımından kimi konularda Osmanlı Devleti'nin resmî mezhebi olan Hanefi görüşünden ayrılarak farklı mezheplerin içtihatlarından yararlanması bakımından önemli olduğu gibi, Yahudi ve Hristiyanlara özgü hükümler içermesiyle de önemlidir. Ayrıca Kararname ile cemaat mahkemelerinin yargı yetkisine son verilmesi de düzenlenmiştir. Bu yenilikler dolayısıyla Kararname her kesimden tepki de çekmiş; 1917 tarihinde yürürlüğe giren Hukuk-ı Aile Kararnamesi, 1919 yılında yürürlükten kaldırılmıştır. AYDIN, *Türk Hukuk Tarihi*, s.428. Dolayısıyla Osmanlı Devleti'nin sonuna kadar yargılamada ve hukukta birlik sağlanamamıştır.

³⁹ BERKES Niyazi, *Türkiye'de Çağdaşlaşma*, Yayına Hazırlayan: Ahmet Kuyaş, 21. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2015.

⁴⁰ ÜÇÖK - MUMCU - BOZKURT, *Türk Hukuk Tarihi*, 2016, s.375.

kurallarının alımı örneklerinden birisi olup; Türk hukuku açısından ani bir kırılmayı değil, Osmanlı Devleti'nden edinilen resepsiyon tecrübesinin doğurduğu bir sonucu ifade eder. O halde genel hatlarıyla resepsiyon kavramı⁴¹ ve nedenleriyle Türk hukukundaki sürecine bakılması gerekmektedir.

Kökü Latince “*almak, kabul etmek, geri istemek*” anlamlarını içeren “*recipere*” mastarına dayanan “*receptio*” sözcüğü, Avrupa’da konuşulan farklı dillerde çeşitli şekiller almış olup; hukuk tarihi bakımından, bir toplumun kendi hukuku olmak üzere başka bir toplumca üretilmiş hukuk mevzuatını alması olgusunu ifade etmektedir. Bu çerçevede, resepsiyon kavramında bir yabancılik unsuru bulunmakta olduğu söylenebilir. Zira başka coğrafi, sosyo - ekonomik ve kültürel koşullardaki bir toplumun ihtiyaçlarını karşılamak üzere doğan bir hukuk, başka toplumca alınmaktadır.⁴²

Genel hukuk tarihinde sadece Türk hukuku örneği yer almamaktadır. Bu kapsamda ilk resepsiyon örneği, 15. yüzyılda Almanya’da hukuk uygulamalarıyla Roma hukukunun yerleşmesiyle; Fransız Medeni Kanunu’nun (*Code Civil*) az değişikliklerle pek çok Kıta Avrupası ülkesince kabul edilmesi, 19. yüzyılda bağımsızlıklarını kazanan Latin Amerika ülkelerinin Batı Avrupa’dan kanunlar almaları ve aynı zamanlarda Japonya, Kore, Çin gibi Uzak Doğu ülkelerinin de resepsiyonlarla Avrupa hukuk sistemine girmeleri genel hukuk tarihindeki resepsiyonlara örnek gösterilebilir.⁴³

Açıklamalar karşısında bir ülkenin neden kendisinden farklı koşullardaki bir toplumun hukukunu almak isteyeceği sorusu akla gelecektir. Bu soru, resepsiyon nedenlerinin ortaya konulmasıyla cevaplandırılabilir. Esasında resepsiyon yapan her toplumun kendine özgü bir nedeni bulunduğu söylenebilir. Nitekim, hukuk

⁴¹ Resepsiyon sözcüğünün karşıladığı kavramı ifade etmek bakımından farklı kullanımlar da mevcuttur. Ödünç almak, almak anlamına gelen “*iktibas*” bu kullanımlardan birisidir. Ancak *Gülnihal Bozkurt*, iktibasın tam olarak resepsiyon kavramını karşılamadığını belirtmekteyken (BOZKURT Gülnihal, *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi Osmanlı Devleti’nden Türkiye Cumhuriyeti’ne Resepsiyon Süreci (1839-1939)*, 3. Baskı, Türk Tarih Kurumu, Ankara 2020, s.6); *Üçök - Mumcu - Bozkurt*, “*benimseme*”nin kullanılmasını tercih etmektedir. (ÜÇÖK - MUMCU - BOZKURT, *Türk Hukuk Tarihi*, s.320, 15. dipnot). *Cahit Can* ise benimsemenin, benimsenmeme olasılığını da akla getirmesi sebebiyle, modern resepsiyonlar için “*yabancı hukuk alımı*” deyimini kullanacağını belirtmektedir. (CAN Cahit, *Türk Hukukunun Kökenleri ve Türk Hukuk Devrimi*, Kaynak Yayınları, İstanbul 2012, s 37, 38.). Çalışma kapsamında Türk hukuk tarihinde kullanımı yerleşmiş olan resepsiyon kavramı esas olarak tercih edilmeyle birlikte, kelime tekrarına düşmemek adına, yer yer diğer ifadeler de kullanılmıştır.

⁴² BOZKURT, *Batı Hukukunun Benimsenmesi*, s.5, 6; ÜÇÖK - MUMCU - BOZKURT, *Türk Hukuk Tarihi*, s.320.

⁴³ Ancak II. Dünya Savaşı sonrasında Çin sosyalist hukuk sistemine geçmişken; Japonya, Güney Kore ve Tayvan gibi ülkeleri Anglo - Amerikan hukuk sistemi etkilemiştir. ÜÇÖK - MUMCU - BOZKURT, *Türk Hukuk Tarihi*, s.321, 322. Genel hukuk tarihi kapsamında bahsedilen hukuk resepsiyonu örnekleri hakkında detaylı bilgi için bkz. BOZKURT, *Batı Hukukunun Benimsenmesi*, s.18-37.

tarihi bakımından olduğu kadar, karşılaştırmalı hukuk, hukuk felsefesi ile sosyoloji ve hatta resepsiyon yoluna giden ülkenin siyasi tarihiyle ilgili olmak üzere çeşitli nedenler ileri sürülebilir. Ancak resepsiyon nedenleri genel olarak “*değişme ve modernleşme isteği*”, “*dış baskıların etkisi*” ve “*bağımsızlık isteği*” olmak üzere üç ana noktada toplanabilir.⁴⁴

Bu üç ana nedenin büyük oranda Türk hukuku açısından geçerli olduğu görülebilir. Öyle ki gerek Tanzimat dönemindeki kısmi resepsiyon, yani sadece bazı kanun ve kuralların alınması örneğinde, gerek Cumhuriyet’in ilanı sonrasında gerçekleşen Türk hukuk devrimindeki toptan resepsiyonda söz konusu nedenler büyük oranda geçerlidir. O halde, bu nedensel ve amaçsal ortaklığın da gösterdiği üzere 19. yüzyılda Türk hukukundaki yenileşme hareketleri bir süreci oluşturmaktadır. Ancak bu durum Tanzimat ve Cumhuriyet dönemi hukuk hareketlerinin mutlak biçimde birbirini tamamladığı anlamına da gelmemektedir. Diğer bir deyişle, Türk hukukunda Tanzimat ve Cumhuriyet dönemlerindeki resepsiyon hareketlerinin farklı yönleri ve nedenleri de bulunmaktadır.

Öncelikle, Tanzimat dönemi hukuk hareketleri, kısmi resepsiyon örneğidir. Yani Tanzimat, hukuk kuralları ve kurumlarının tamamının Batı’dan alınmadığı, sadece bir kısım kanunlarla yetinildiği, böylece hukukun bir kısmının aynı kaldığı bir hukuk düzenidir. Cumhuriyet dönemindeki resepsiyon hareketiyse toptan resepsiyon örneğidir. Bu bağlamda yeni kurulan Türkiye Cumhuriyeti’nin tüm hukuku, Batı kanunlarının alınması usulüyle oluşturulmuş, bu durumun sonucu olarak da Türk hukuku Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil olmuştur. Oysaki Tanzimat dönemindeki hukuk gelişmeleri sonucunda Türk hukukunun içinde bulunduğu hukuk sisteminde bir değişiklik söz konusu değildir.

İkinci olarak, Cumhuriyet döneminden farklı şekilde, Tanzimat dönemi hukuk gelişmelerinde dış baskı öne çıkmaktadır. Osmanlı Devleti’nin o dönemde Batılı devletler karşısında askeri, ekonomik, kültürel ve dahası pek çok alanda içinde bulunduğu güçsüz durum sonucunda dış baskıların yoğunluğu artmıştır. Ayrıca dış baskılar, sadece Batılı devletlerin gayrimüslimleri bahane ederek Osmanlı Devleti’ne müdahale etmek istemesi anlamında değil; kanunlarını ihraç etmek istemeleri anlamına da gelmektedir. Bu konuyu biraz açmak gerekirse, hukuk tarihinde gerekli koşulların oluşması sonucunda öncelikle Fransa’da olmak üzere ulusal özel hukuk “*code*”ları⁴⁵ oluşturulmuş; bu *code*’ların her yerde, her ülkede geçerli olacağına; dahası, henüz modern kanunlaştır-

⁴⁴ BOZKURT, *Batı Hukukunun Benimsenmesi*, s.8-11; ÜÇÖK - MUMCU - BOZKURT, *Türk Hukuk Tarihi*, s.321.

⁴⁵ Fransızlar kodifikasyon yoluyla oluşturulan yazılı metinlere kanun değil, *code* demektedirler. Bu çerçevede medeni kanuna *code civil*, ceza kanuna *code penal* demektedirler. Bkz. GÖZLER Kemal, *Hukuka Giriş*, 10. Baskı, Ekin, Bursa 2013, s.222.

malar yapmamış ülkeler için bu code'ların model olacağına inanılmıştır.⁴⁶ Öyle ki Osmanlı Devleti için medeni hukuk alanında da kanunlaştırma yapılması gerekliliği doğduğunda Fransızlar, saygınlık elde etmek adına, gururlandıkları Code Civil veya Code Napoleon olarak da bilinen ünlü medeni kanunlarının alınması konusunda baskıda bulunmuşlardır, ancak söz konusu kanun alınmamıştır.⁴⁷ Osmanlı Devleti'nde medeni kanun ihtiyacı İslam hukukuna dayanan Mecelle'nin hazırlanmasıyla giderilmiştir. Ancak Mecelle'nin de Batı'daki kanunlaştırma tekniğiyle hazırlanmış olması dikkati çekmektedir. Cumhuriyet'in ilan edilmesinden sonraki süreçte gerçekleştirilen hukuk devrimindeyse dış baskı etkisi Tanzimat dönemindeki gibi değildir. Her şeyden önce Türkiye, Kurtuluş Savaşı'nın kazananı konumundadır. Bu başarının on yıllardır devam eden Batı - Doğu dengesini değiştirdiği açıktır. Dolayısıyla, Batı'nın üstünlüğüne dayanarak bir baskı uygulaması söz konusu değildir. Lozan Barış görüşmelerinde görülen çok hukuklu yapının devam ettirilmesine yönelik Batılı devletlerin çabası, çeşitli yazarlarca dış baskı olarak nitelendirilmekle birlikte, Konferans süresince Türk heyetinin açıklamaları ile Hükümetin yaklaşımı hukuk alanındaki değişikliklerin kaynağının bu şekilde olmadığını ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, Cumhuriyetle birlikte hukuk alanında gerçekleştirilenler, daha çok Türk devriminin hedeflerine ulaşabilmesi adınadır.

Cumhuriyet'in ilanıyla doğrudan bağlantılı bir şekilde, bu dönemdeki gelişmelerle Türk hukuku da laik bir karakter kazanmıştır. Bu şüphesiz ki Tanzimat dönemiyle söz edilen dönem arasındaki en büyük farktır. Her ne kadar Tanzimat döneminde gerçekleştirilen gelişmeler Batı'dan büyük oranda etkilenmişse de, Osmanlı Devleti'nin laik olmayan niteliği değişmemiştir. Ne var ki, Osmanlı Devleti teokratik niteliğini korumakla beraber, söz konusu bu devlet anlayışıyla yapısının darbe aldığı söylenebilir.⁴⁸ Dolayısıyla, Tanzimat dönemindeki gelişmeler sonucunda Devletin niteliğinin aynı kaldığı söylenemez, ancak bu dönemde Türk hukuku henüz bir bütün olarak laik karakter kazanmamıştır. Türk hukuku Cumhuriyet ile laik karakter kazanacaktır ki bu durum, Cumhuriyet'in ilan edilmesinin Türk hukukundaki anlamının en net ifadesidir. Gerçekten de laikliğin kabulünün toptan resepsiyonun yolunu açtığı söylenebilir. Zira, Tanzimat döneminde ceza hukuku, ticaret hukuku, yargılama hukuku gibi alanlarda Batı

⁴⁶ CAN, *Türk Hukuk Devrimi*, s.151.

⁴⁷ AYDIN Mehmet Akif, "Mecellenin Hazırlanışı", *Osmanlı Araştırmaları Dergisi*, C.9, S.9, Y.1989, s.41; İktibasın hangi kaynaktan yapılacağı, daima kanunların seçilmesiyle olmamakta; çoğu zaman kaliteden çok güç belirleyici olmaktadır. Code Civil'in pek çok yerde iktibas edilmesinde bu Kanunun kalitesi ve karizması yanı sıra Fransız Krallığının gücü ile Fransız kültürünün etkisi de söz konusudur. Bkz. OĞUZ Arzu, *Karşılaştırmalı Hukuk*, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s.147.

⁴⁸ TANÖR Bülent, *Osmanlı - Türk Anayasal Gelişmeleri*, 25. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2015, s.103.

kaynaklı kanunlarla kısmi resepsiyon gerçekleştirilmişken; ahval-i şahsiye⁴⁹ ait konularda Hukuk-ı Aile Kararnamesi gibi kanunlaştırmalar yapılmıştır. Söz konusu kanunlaştırma ile Mecelle, Batı hukukundan iktibas yoluyla değil, yıllardır uygulanagelen İslam hukuku kuralların derlenmesi yoluyla oluşturulmuş, yani İslam hukuku bu alanda uygulanmaya devam etmiştir. Bunda en büyük sebep, Osmanlı Devleti'nin laik olmayan karakterinin devam etmesidir.

Gelinen nokta itibarıyla görülmektedir ki Osmanlı Devleti'nde Tanzimat döneminde de dünyadaki gelişmelere uymak ve bu gelişmelerin olumsuz etkilerinden kaçınmak adına Türk hukukunda birtakım yenilikler yapılmıştır. Ancak Tanzimat dönemindeki yeniliklerle beraber hukuk birliği sağlanamamış, Türk hukuku İslam hukuku ile Batı hukuku arasında ikili bir hal almış durumdadır. Bu dönemin karmaşık hukuk sisteminin bir örneği, en net biçimde yargılama alanında görülebilmektedir. Osmanlı hukuk sistemindeki ikili yapının yanı sıra geçmişten gelen kapitülasyonlarla beraber yargı örgütü oldukça karmaşık bir yapıdadır. Kadı mahkemeleri, cemaat mahkemeleri ve konsolosluk mahkemelerine Tanzimat dönemindeki gelişmelerle birlikte nizamiye mahkemeleri ve ticaret mahkemeleri de eklenmiş; bu mahkemeler arasındaki görev ve yetki uyumsuzlukları devletin sona ermesine kadar çözülememiştir.⁵⁰ Osmanlı Devleti'nin sonuna kadar devam eden çok hukukluluk ile yargılama sistemindeki karmaşıklık, şüphesiz ki Osmanlı Devleti'nin yıkılış sebeplerinden de bir tanesidir. Zira hukuk birliği, merkezî ve güçlü bir devletin temeli olup; eşitlik, milliyetçilik, hürriyetçilik gibi düşüncelerin yükseldiği bir çağda bunlarla bağdaşmayan çok hukukluluk durumu İmparatorluğun dağılmasını sağlayan faktörlerden birisi olmuştur.

Birinci Dünya Savaşı'nın ardından yaşanan gelişmeler sonrasında, Mustafa Kemal Atatürk önderliğinde verilen Millî Mücadele ve Kurtuluş Savaşı'nda kazanılan zafer sonucunda kurulan yeni Türk Devleti, dayandığı ilkeler çerçevesinde yeni bir hukuk düzeni de kurmuştur. Batı'daki gelişiminden farklı olarak bir dış

⁴⁹ Ahval-i şahsiye; doğum, ölüm, ehliyet, velayet, vesayet, evlenme, boşanma, nesep ve miras konularıyla ilgili bir alanı ifade etmekte olup, Osmanlı Devleti'nde Tanzimat döneminde nizamiye mahkemelerinin kurulmasından sonra şer'î mahkemeler, yani kadı mahkemelerinin görev alanı ahval-i şahsiye alanıyla sınırlı tutulmuştur. Bkz. AYDIN Mehmet Âkif, "Ahvâl-i Şahsiyye", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, 2. Cilt, İstanbul 1989, s.192.

⁵⁰ ÜÇÖK - MUMCU - BOZKURT, *Türk Hukuk Tarihi*, s.370, 371; Esasen Tanzimat döneminden itibaren konsolosluk mahkemeleriyle cemaat mahkemelerinin varlığı Osmanlı Devleti'nin egemenlik hakları açısından sakıncalı görülerek kaldırılmaya çalışılmıştır. Örneğin, 1914'te İttihat ve Terakki hükümeti kapitülasyonları tek taraflı kararlar ilga etmiş, bu ilgaya bağlı olarak konsolosluk mahkemeleri de sona ermiştir. Aynı şekilde 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesiyle de cemaat mahkemelerinin yetkisi, gayrimüslimlerin ahval-i şahsiye alanındaki hakları korunarak, kadı mahkemelerine devredilmiştir. Ancak bu düzenlemeler, Osmanlı Devleti'nin çok güçsüz olduğu bir zamanda yapılmıştır. Dolayısıyla Batılı devletler ile gayrimüslim cemaatler tarafından kabul edilmediğinden uygulama imkânı bulamamıştır. Devletin sona ermesine kadar bu mahkemeler varlıklarını sürdürmüştür. Bkz. AYDIN, *Türk Hukuk Tarihi*, s.424.

egemenlik, yani bağımsızlık ihtiyacına dayanak olarak yükselen; Türk Devrimi'nin ve bu sürecin yeni anayasal tezlerinin itici gücü, ulusal egemenlik ilkesi olmuştur.⁵¹ Ulusal egemenlik ilkesi her ne kadar 1921 Anayasası'nda Türk hukuk tarihi bakımından ilk kez anayasal bir ilke olarak ifade edilse de Cumhuriyet'in ilanı ile tam anlamıyla taçlanmıştı. İşte Türkiye Cumhuriyeti'nin üzerinde yükseldiği temel ilkelerinden olan ulusal egemenlik ilkesi, ulusal hukuk fikrini kaçınılmaz kılmıştır. Zira, aynı zamanda kanun koyma erki olan egemenlik, eğer ulusa aitse, hukukun da doğrudan ulusça koyulması gerekmektedir; yani hukukun kaynağı ilahi değil, beşerî irade olmalıdır. Böyle bir hukuk düzeni, laik bir hukuk düzenidir. Dolayısıyla, hukuk açısından laik hukuk düzeninden maddi kaynağının insan iradesi; şekli kaynağının ise kanun, örf - adet veya olaya özgü biçimde hâkimin koyduğu hukuk olan düzen anlaşılmalıdır.⁵²

Yeni Türk Devleti'nin yeni hukuk düzeninin laik nitelikte olması, sadece Devletin dayandığı ilkelerden kaynaklanmamaktadır. Osmanlı Devleti'nin yıkılışında etkisi olan çok hukukluluğun sürdürülmesinin mümkün olmadığı da açıktır. Nitekim Lozan Barış görüşmelerinde Batılı devletlerin kapitülasyonlar ve gayrimüslim azınlıkların ayrıcalıklarını devam ettirme çabası, ancak yapılacak bir hukuk reformuyla ülkenin bütünlüğünün ve tam bağımsızlığının sağlanabileceği ortaya çıkmıştır. Söz konusu çabalara karşı Türk heyeti, laik bir hukuk düzeninin, yani kimseye ayrıcalık tanınmadan herkesin eşit şekilde tabi olacağı kanunların uygulanacağını vurgulamıştır.⁵³ Dolayısıyla ilkesel bir tutumun yanı sıra, somut gerçeklerin de tam bağımsızlığın devam ettirilebilmesi için laik bir hukuk düzeninin zorunlu olduğunu gösterdiği söylenebilir.

Şüphesiz ki Türk hukukunun laik bir düzene geçmesi demek, Osmanlı hukukunun dayandığı ilkeleri kökten değiştirmek, diğer bir ifadeyle hukuk alanında bir devrimi gerçekleştirmek demektir. Nitekim Cumhuriyet'le birlikte Türkiye'de çağdaşlaşma adına en önemli devrimsel değişimler hukuk alanında görülmüştür.⁵⁴ Tanzimat döneminden beri Türk hukukundaki gelişmelere bakıldığında, Batı hukukunun etkisi altında kalmayarak, İslam hukuku niteliğini koruyan alanın ahval-i şahsiyye, yani medeni hukuk alanı olduğu görülecektir. Dolayısıyla, Cumhuriyet'in ilanı ile birlikte hukuk alanındaki devrim asıl olarak medeni hukuk alanında kendisini gösterir. Türk hukuk devriminin en önemli noktası da

⁵¹ TANÖR, *Anayasal Gelişmeler*, s.227.

⁵² HAFIZOĞULLARI Zeki, *Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Fikrî Temelleri*, Atatürk Kültür Merkezi Başkanlığı Yayınları, Ankara 2001, s.50, 51.

⁵³ ÜÇÖK - MUMCU - BOZKURT, *Türk Hukuk Tarihi*, s.372.

⁵⁴ BERKES, *Çağdaşlaşma*, s.527; Aynı yönde AKİPEK Jale G. - AKINTÜRK Turgut - ATEŞ KARAMAN Derya, *Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükmüleri Kişiler Hukuku*, Birinci Cilt, 9. Baskı, Beta, İstanbul 2012, s.43.

İsviçre Medeni Kanunu'nun iktibasıyla hazırlanan Türk Medeni Kanunu'nun 1926 yılında kabul edilmesidir.

Aslında 1923 yılında Cumhuriyet'in ilanından önce Adalet Bakanlığı tarafından eski kanunların zamanın ihtiyaçlarına göre yenilenmesi amacıyla çalışmalara başlanmıştır. Bu kapsamda, *Usul-i Muhakeme-i Hukukiye ve Şer'iyeye Komisyonu*, *Ticareti Bahriye ve Berriye Komisyonu*, *Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Komisyonu* ve *Kanun-i Ceza Komisyonu* ile ülkenin ihtiyaçlarını karşılayacak biçimde bir medeni kanun hazırlamakla görevli *Medeni Hukuk Komisyonu* da kurulmuştur. Komisyon, borçlar hukuku üzerine çalışacak olan *Vacibat Komisyonu* ile kişiler hukuku üzerine çalışacak olan *Ahval-i Şahsiyye Komisyonu* olarak ikiye ayrılmıştır. Önemli olan husus, medeni hukuk komisyonları, 1916 yılında toplanan ama Dünya Savaşı sebebiyle çalışmaları yarım kalan Mecelle-yi Tadil Komisyonu ile Ahkam-ı Şahsiye Komisyonlarının devamı şeklinde kurulmuşlardır. Zira, komisyonlara gönderilen talimatname, 1916 yılındaki komisyonların çalışma usullerinin takip edilmesini söylemektedir. Bu komisyonlar çalışmalarını bir süre devam ettirmişlerdir. Bu arada 1923 yılında kurulan Ahval-i Şahsiyye Komisyonu, Aile Kanunu tasarısı da hazırlayıp T.B.M.M'ye sunmuştur. Ancak söz konusu tasarı Osmanlı dönemindeki Hukuk-ı Aile Kararnamesine benzer şekilde olup; Müslüman - gayrimüslim ayrılığı esasına dayanan, hâkime takdir hakkı tanımayan, poligamiyi kaldırmayan bir içeriğe sahiptir. Dahası, kanun tasarısı parça kanun halinde, yani tam olarak bir medeni kanun olmadığı gibi diğer kanunlarla bir bütünü oluşturmamış, tutarlı bir hukuk sistemi içinde yer almamıştır. Nitekim yeni Türk Devleti'ni kuran devrimci kadro tarafından bu tasarı kabul edilmemiştir.⁵⁵

Söz konusu Aile Kanunu tasarısı kabul edilmemiştir, ama üzerinde yapılan tartışmalarla asıl konunun bir hukuk alanını kanunlaştırma sorunu değil, İslam hukuku ile Batı hukuku arasında bir tercih yapmak ve böylece tüm hukuk sistemini bütünlendirmek gerekliliği sorunu olduğu belirmiştir.⁵⁶ Bu süreçte Cumhuriyet'in ilan edilmesi, sonrasında halifeliğin kaldırılması gibi siyasal devrimler ile Tevhid-i Tedrisat Kanunu'nun çıkarılması ve şer'i mahkemelerin kaldırılması gibi adımlar laik hukuk düzenine geçişte zemini hazırlamıştır.⁵⁷ Eski hukuk düzeninin terk edilerek Batı'dan resepsiyonla hukuk sisteminin yenilenmesi kararı sonucunda, İsviçre Medeni Kanunu, bazı değişikliklerle iktibas edilerek Türk Medeni Kanunu kabul edilmiştir.

⁵⁵ ÜÇÖK - MUMCU - BOZKURT, *Türk Hukuk Tarihi*, s.373; AKİPEK - AKINTÜRK - ATEŞ KARAMAN, *Medenî Hukuk*, s.43, 44; BERKES, *Çağdaşlaşma*, s.528-530.

⁵⁶ BERKES, *Çağdaşlaşma*, s.530.

⁵⁷ ÜÇÖK - MUMCU - BOZKURT, *Türk Hukuk Tarihi*, s.373; AKİPEK - AKINTÜRK - ATEŞ KARAMAN, *Medenî Hukuk*, s.45.

Dönemin Adalet Bakanı Mahmut Esad Bozkurt tarafından hazırlanan Türk Medeni Kanunu'nun gerekçesine bakıldığında, Türk hukuk devriminin amacının çağdaşlaşma olduğu görülebilmektedir. Gerekçede "Şu yanı da belirtmek gerekir ki, çağdaş uygarlığı almak ve benimsemek kararıyla yürüyen Türk ulusu, çağdaş uygarlığı kendisine değil, kendisini çağdaş uygarlığın gereklerine her neye mal olursa olsun ayak uydurmak zorundadır. Yaşamak kararında olan bir ulus için bu, şarttır. Hazırlanan tasarı bu gereklerin önemli bölümlerini içermektedir. Gelenek ve göreneklere kesin olarak bağlı kalmak davası, insanlığın en ilkel durumundan bir adım dahi ileri götürmeyecek kadar tehlikeli bir kuramdır. Hiçbir uygar ulus böyle bir inanç çevresinde kalmamış ve yaşamın gereklerine uygun hareketle zaman zaman kendisini bağlayan gelenek ve göreneklere yıkılmakta duraksamamıştır. (Gerçekler karşısında babalardan ve atalardan gelen inançlara her ne olursa olsun bağlı kalmak akıl ve zekâ gereklerinden değildir). Aslında devrimler bu konuda en etkili bir araç olarak kullanılmıştır." demektedir.⁵⁸ Kanunun gerekçesinden de görülebilecek olan husus, Medeni Kanun'un amacının toplumun medeni ilişkilerinin geleneklere veya dini kurallara göre değil, olması gerekene göre yeniden düzenlenmesidir ki Kanun'un devrimciliği de buradadır. Türk Medeni Kanunu siyasal ve toplumsal varlığın bütününe kapsamayan kuralardan oluşmasa da, toplumsal yaşama yeni düzen getirmede anayasa hukukundan daha başarılı olmuştur. Özellikle kadın hakları bakımından getirdiği yenilikler, anayasayı da etkilemiştir.⁵⁹

Türk hukuk devriminin en önemli aşamasını oluşturan Medeni Kanun'un kabulü, kadın hakları bakımından çok önemlidir. Medeni Kanun ile kadınların kazandığı haklar, eski hukuk sisteminden büyük bir kopuşun, yani hukuk devriminin en somut örneklerindedir. Bu kapsamda 1926 tarihli Kanun ile evlilikte yaş sınırı kabul edilmiş; tek eşlilik, medeni nikah şartı getirilerek, vekâletle evlenme yasaklanmıştır. Eski hukuk sisteminin kabul ettiği kocanın tek taraflı ve keyfi boşanma hakkı da kaldırılmış olup; evliliğin taraflarının ancak Kanun'da gösterilen sebeplerle ve hâkim kararıyla boşanabileceği kabul edilmiştir. Ayrıca kadınlar, miras payı bakımından da erkeklerle eşitlenmiştir.⁶⁰

⁵⁸ AKİPEK - AKINTÜRK - ATEŞ KARAMAN, *Medenî Hukuk*, s.48.

⁵⁹ BERKES, *Çağdaşlaşma*, s.531, 532; 1926 Tarihli Medeni Kanun, örneğin 266. maddesinde "...reşit dinini intihapta hürdür" gibi laikliği geliştiren hükümler taşımış olup, bu gelişmeler 1928 yılındaki anayasa değişiklikleriyle 1924 Anayasası'na yansıtılmıştır. MUMCU Ahmet, "1924 Anayasası", *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, C.2, S.5, Y.1986, s.391. Benzeri şekilde kadın hakları alanındaki gelişmeler de 1934 tarihli anayasa değişiklikleriyle 1924 Anayasası'na girecektir. TANÖR, *Anayasal Gelişmeler*, s.323.

⁶⁰ ÖRSTEN ESİRGEN Seda - ÜNAL ÖZKORKUT Nevin, "Türk Hukuk Tarihinde Kadın", *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları* (Editörler: Gülriz Uygur - Nadire Özdemir), Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin, Ankara 2022, s.110.

Medeni Kanun'un kabul edilmesinden hemen sonra İsviçre Borçlar Kanunu'nun iktibasıyla Türk Borçlar Kanunu da kabul edilmiştir. Her iki Kanun, 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Söz konusu iktibasları, 1889 İtalyan Ceza Kanunu'ndan hazırlanan 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu, Alman ve İtalyan hukukuna dayanan Ticaret Kanunu, İsviçre'nin Neuchatel Kantonu'ndan örnek alınarak hazırlanan Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu ile Alman hukukundan yararlanılarak hazırlanan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu takip etmiş; böylece çağdaş kanunlardan oluşan çağdaş bir hukuk sistemi kurularak, Türkiye Cumhuriyeti hukuk sistemi Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil olmuştur.⁶¹ Türk toplumu, siyasal, idari ve hukuksal temeller bakımından eski hukuk düzeniyle bağı tamamen koparmış olup; bu durum Türk hukuk devriminin biçimsel bir devrim olarak kalmadığını ve büyük oranda amacına ulaştığını göstermektedir.⁶²

Sonuç

Türk tarihi bakımından çok önemli bir olay olan Cumhuriyet'in ilanı, Türk hukuk tarihi bakımından ayrı ve özel bir anlama sahiptir. Türk hukuk tarihi, yüzyıllar boyunca çeşitli dönüm noktalarıyla şekillenmiş Türklerin hukukunun gelişimini inceleyen bir disiplin olup, 29 Ekim 1923'te Cumhuriyet'in ilanı, Türk hukukunun Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil olması anlamında, Türk hukukunun tarihsel gelişim sürecindeki dönüm noktalarından birisidir. Öyle ki, taşıdığı bu önem sebebiyle Türk hukuk tarihi incelemelerinin dönemlere ayrılmasında Cumhuriyet başlı başına yer tutmaktadır.

Türkiye'de yaşayan Türklerin hukuk tarihi, üç önemli olay esas alınarak dört ana dönemde incelenmektedir. Bu bağlamda, İslamiyet'in kabulü, Tanzimat'ın ilanı ve Cumhuriyet'in ilanı esas alınan üç önemli tarihi olay olup; İslamiyet öncesi Türk hukuku, İslamiyet'in kabulü sonrası Türk hukuku, Tanzimat dönemi Türk hukuku ile Cumhuriyet dönemi Türk hukuku dört ana dönemi oluşturmaktadır.

İslamiyet öncesi Türk hukuku ile İslamiyet sonrası Türk hukuku dönemleri, halk arasında yaşayan kimi kurum ve kuralları bulunmaktaysa da, Türk hukukunun bugün dâhil olmadığı hukuk sistemlerine ait olup, modern Türk hukukunun geçmişini ifade ederler. Tanzimat dönemiyse, modern Türk hukukuna bir geçiş dönemi veya ara dönem olarak kabul edilebilir. Zira bu dönemde Türk hukukuna bir yandan Batı hukuku kaynaklı kurum ve kurallar girmeye başlamışken, diğer yandan İslam hukuku varlığını devam ettirmiştir. Dolayısıyla Tanzimat dönemi hukuku ikicilik özelliği göstermektedir. Ancak tüm bu olumsuzluğa rağmen, çağdaşlaşmanın ilk adımlarının bu dönemde atılmış olması önemlidir.

⁶¹ ÜÇÖK - MUMCU - BOZKURT, *Türk Hukuk Tarihi*, s.374, 375.

⁶² GÜRKAN ÜLker, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, 8. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2015, s.59.

Cumhuriyet, Türk hukukunun dâhil olduğu hukuk sistemini değiştirmesiyle Türk hukuk tarihi açısından çok önemli bir dönüm noktasıdır. Ayrıca, Türkiye'de Cumhuriyet'in ilanını hazırlayan olaylar ve Türk devrimi dikkate alındığında laiklik ilkesiyle Türk hukuk devrimi kendisinden önceki hukuksal gelişmelerden ayrılmaktadır. Türk devrimi ve Cumhuriyet'in dayandığı ilkelerden birisi laikliktir. Dolayısıyla yeni Türk Devleti'nin kurduğu yeni hukuk düzeni de laiklik ilkesini esas almıştır. Bu sebeple, Türk hukuk devrimi, Tanzimat döneminin ikiciliğine düşmemiş; eski hukuk düzenindeki çok hukukluluk yerine hukuk birliğini sağlayabilmiştir. Dahası dönemin en yeni kanunları toptan resepsiyon yoluyla benimsenerek modern hukuk düşüncesi takip edilmiş, böylece Türkiye'de çağdaşlaşmanın bir başka boyutu gerçekleştirilmiştir.

İfade edilmelidir ki, Türk hukuk devrimi ve bu dönemde gerçekleştirilen toptan resepsiyon, genel hukuk tarihindeki en başarılı örneklerden birisidir. Zira Türk resepsiyonunda, başka hukuk düzenlerinden benimsenen, dolayısıyla yabancılaşma unsuru barındıran kanunlardaki yabancılaşma niteliği kısa sürede silinerek kanunların Türk toplumuna uyum sağlayacak biçimde gelişmesi sağlanmıştır. Dahası, 2000'li yıllarda yapılan yeni kanunlaştırmalarla temel kanunlar ulusal nitelik kazanmışlardır ki bu durum da Türk hukukunun bir başarısı olarak görülebilir.⁶³ Son olarak, Cumhuriyet dönemi içerisinde yüz yılını geride bırakan Türk hukukunun tarihsel gelişiminin incelenmesinde, Cumhuriyet dönemi incelemeleri daha fazla yer tutmalıdır. Bu durum, yüz yıllık bir tarihi birikimin doğal sonucu olarak Türk hukuk tarihi çalışmalarının bir görevidir.

⁶³ ÜÇÖK - MUMCU - BOZKURT, *Türk Hukuk Tarihi*, s.376.

Kaynakça

- AKİPEK Jale G. - AKINTÜRK Turgut - ATEŞ KARAMAN Derya, *Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, Birinci Cilt, 9. Baskı, Beta, İstanbul 2012.
- AKYILMAZ Gül, "Kilikya Ermeni Katalikosluğu Davası Çerçevesinde Emvâl-i Metruke Meselesine Bakış", *Uluslararası Suçlar ve Tarih Yıllık Uluslararası Hukuk ve Tarih Dergisi*, S.20, Y.2019, s.17-73.
- ARSAL Sadri Maksudi, *Türk Tarihi ve Hukuk*, 2. Baskı, Türk Tarih Kurumu, Ankara 2020.
- AYDIN Mehmet Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, 16. Baskı, Beta, İstanbul 2019.
- AYDIN M. Âkif, "Osmanlıda Hukuk", *Osmanlı Devleti ve Medeniyeti Tarihi Cilt 1*, Editör: Ekmeleddin İhsanoğlu, İslam Tarih, Sanat ve Kültür Araştırma Merkezi (IR-CICA), İstanbul 1994, s.375-438.
- AYDIN Mehmet Akif, "Mecellenin Hazırlanışı", *Osmanlı Araştırmaları Dergisi*, C.9, S.9, Y.1989, s.31-50.
- AYDIN Mehmet Âkif, "Ahvâl-i Şahsiye", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, 2. Cilt, İstanbul 1989, s.192.
- BERKES Niyazi, *Türkiye'de Çağdaşlaşma*, Yayına Hazırlayan: Ahmet Kuyaş, 21. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2015.
- BOZKURT Gülnihal, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839-1939)*, 3. Baskı, Türk Tarih Kurumu, Ankara 2020.
- CAHEN Claude, *Türkiye'nin Doğuşu Anadolu Selçuklu Devleti 11. Yüzyıldan 14. Yüzyıla*, Çev. Nilüfer Epçeli, Yeditepe Yayınevi, İstanbul 2022.
- CAN Cahit, *Türk Hukukunun Kökenleri ve Türk Hukuk Devrimi*, Kaynak Yayınları, İstanbul 2012.
- CİN Halil - AKYILMAZ Gül, *Türk Hukuk Tarihi*, 12. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2020.
- EKİNCİ Ekrem Buğra, *Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk*, 7. Baskı, Arı Sanat, İstanbul 2021.
- FENDOĞLU Hasan Tahsin, *Türk Hukuk Tarihi*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2000.
- GÖZLER Kemal, *Hukuka Giriş*, 10. Baskı, Ekin, Bursa 2013, s.222.
- GÜRKAN Ülker, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, 8. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2015.
- HAFIZOĞULLARI Zeki, *Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Fikrî Temelleri*, Atatürk Kültür Merkezi Başkanlığı Yayınları, Ankara 2001.
- KORKMAZ Salih, "Uygur Hukuk Vesikaları Üzerine Türkçe Literatürün Hukuki Tahlihi", *Adalet Dergisi*, S.69, Y.2022, s.249-291.
- KÖPRÜLÜ Mehmet Fuad - BARTHOLD Wilhelm, *İslam Medeniyeti Tarihi*, 2. Baskı, Alfa, İstanbul 2018.
- MUMCU Ahmet, *Tarih Açısından Türk Devriminin Temelleri ve Gelişimi*, 19. Baskı, İnkılâp, İstanbul 2001.

- MUMCU Ahmet, "1924 Anayasası", Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, C.2, S.5, Y.1986, s.383-400.
- OĞUZ Arzu, *Karşılaştırmalı Hukuk*, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.
- ÖRSTEN ESİRGEN Seda, *Osmanlı Devleti'nde Kanun Yapma Geleneği ve Cumhuriyet Döneminde Uygulanan Osmanlı Kanunları*, Turhan Kitabevi, Ankara 2017.
- ÖRSTEN ESİRGEN Seda, "Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türk Hukukunda Kanunlaştırma Hareketleri", *Adalet Dergisi*, S.62-63, Y.2019, s.429-480.
- ÖRSTEN ESİRGEN Seda - ÜNAL ÖZKORKUT Nevin, "Türk Hukuk Tarihinde Kadın", *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları* (Editörler: Gülriz Uygur - Nadire Özdemir), Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin, Ankara 2022, s.93-116.
- STOLLEIS Michael, "Hukukun Tarihini Yazmak: Yeniden İnşa, Anlatı, Kurgu?", Çev. Muhammed İkbâl İmamoğlu, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, Sa.9, 2010 (Bahar), s.89-130.
- TANÖR Bülent, *Osmanlı - Türk Anayasal Gelişmeleri*, 25. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2015.
- UMUR Ziya, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri 1. Cilt*, Beta, 1. Baskıdan Tıpkıbasım, İstanbul 1993.
- ÜÇÖK Coşkun - MUMCU Ahmet - BOZKURT Gülnihal, *Türk Hukuk Tarihi*, 18. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.
- ÜÇÖK Coşkun, "Türk Hukuk Devrimi", *Atatürk Önderliğinde Kültür Devrimi Kalkınma İçin Bölgesel İşbirliği (RCD) Semineri Tebliğleri (9-11 Kasım 1967)*, Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Yayınları, Ankara 1972, s.73-78.
- YILMAZ Ejder, "Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdikleri", *Ankara Barosu Dergisi*, S.2, Y.2011, s.213-254.
- Anayasa Mahkemesi'nin 15.06.2016 Karar tarihli ve 2015/7661 Başvuru Numaralı Kilikya Ermeni Katolikosluğu Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi'nin 20.12.2022 Karar tarihli ve 2018/14186 Başvuru Numaralı Ayşe Tezel ve Diğerleri Başvurusu.
- Danıştay 10. Dairesi'nin 02.07.2020 Tarih ve 2016/16015 Esas - 2020/2595 Karar Sayılı Kararı.
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 26.03.2019 Tarih ve 2017/451 Esas - 2019/355 Karar Sayılı Kararı.

Mahalli İdare Şirketlerinin Mahalli Kamu Kurumları İçerisindeki Yeri: Anayasa'nın 123/3. Maddesi Kapsamında Bir İnceleme

The Place of Local Administration Companies within Local Public Institutions: A Review within the Scope of Article 123 of the Constitution

Arş. Gör. Berk YILMAZ ^(*)

Öz:

Mahalli idare şirketleri kavramı, il özel idaresi, belediye ve büyükşehir belediyesi tarafından kendi kanunları uyarınca kurulan Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tabi şirketleri kapsamaktadır. Bu şirketlerin hukuki statüleri öteden beri tartışılmaktadır. Bazı görüşler bu şirketlerin özel hukuk tüzel kişisi, bazıları ise kamu tüzel kişisi olduğu yönündedir. 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile birlikte bu tartışmalar farklı bir boyut kazanmıştır. Bu çalışmada ilk olarak kamu tüzel kişiliği kavramı, kuruluş ve türlerine göre incelenmektedir. Devamında mahalli idare şirketlerinin kamu tüzel kişisi olup olmadığı ve bu sonuca göre mahalli kamu kurumu olarak sayılıp sayılmayacakları belirlenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler:

Kamu Tüzel Kişiliği, Mahalli İdareler, Mahalli Kamu Kurumları, Mahalli İdare Şirketleri.

Abstract:

The concept of local administration companies includes companies subject to the provisions of the Turkish Commercial Code, established by the special provincial administration, municipality and metropolitan municipality in accordance with their own laws. The legal status of these companies has been debated for a long time. Some opinions are that these companies are private legal person, while others are that they are public legal person. With the Constitutional amendment made in 2017, these discussions gained a different dimension. In this study, firstly, the concept of public legal personality is examined according to its establishment and types. Subsequently, it was tried to determine whether local administration companies are public legal person and whether they will be counted as local public institution based on this result.

Keywords:

Public Legal Personelity, Local Administrations, Local Public Institutions, Local Administration Companies.

(*) Başkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi, Ankara - Türkiye,
E-posta: berkuyilmaz@baskent.edu.tr; Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-5401-9183>.
Makale Geliş Tarihi: 22.09.2023 - Makale Kabul Tarihi: 13.11.2023.

Giriş

Modern hukuk sistemlerinde, yalnızca fiziki varlığı olan insanlara kişilik tanınmamakta bunun yanında cismani varlığı olmayan, bir amacın gerçekleşmesi için bir araya gelen kişi veya mal topluluklarına da tüzel kişilik adı altında hukuken kişilik tanınmaktadır. Bu anlamda tüzel kişiler hak sahibi olabilir, borç altına girebilir.

Anayasa'nın (AY) 123. maddesinde idarenin, kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esasına dayandığı hüküm altına alınmaktadır.¹ Bu kapsamda Türk hukukunda hem merkezden yönetim hem de yerinden yönetim anayasal güvenceye sahiptir. Mahalli idareler, Anayasa'nın 127. maddesinde sınırlı sayıda düzenlenerek il özel idaresi, belediye ve köy olarak karşımıza çıkar.² Bunun yanında kanunla büyük yerleşim merkezleri için özel yönetim biçimleri getirilebileceği hükmü uyarınca kanunla düzenlenen büyükşehir belediyeleri de bu yapılanma içerisinde yer almaktadır.

İl özel idaresi, belediye, büyükşehir belediyesi ve köy, kuruluşları, yönetimleri, görev, yetki ve sorumlulukları ve mali konulara ilişkin düzenlemeleri bakımından kendi kanunlarında hüküm altına alınmaktadır. Bu kapsamda il özel idareleri, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nda, belediyeler 5393 sayılı Belediye Kanunu'nda, büyükşehir belediyeleri 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nda, köyler ise 442 sayılı Köy Kanunu'nda düzenlenmektedir. Köy dışında, kendi kanunları uyarınca il özel idaresi, belediye ve büyükşehir belediyesi, kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında sermaye şirketi kurabilir. Mahalli idare şirketleri olarak karşımıza çıkan bu şirketler 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na (TTK) tabidir. Bununla birlikte TTK'ye göre kurulan diğer şirketlerden farklı olarak kendilerine çeşitli kamusal yetkiler tanınmıştır. Doktrinde bu şirketlerin tüzel kişiliklerinin niteliği tartışılmakta ve 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle birlikte kamu tüzel kişiliğinin kuruluş hükmünde yapılan değişiklik bu tartışmalara yeni bir boyut kazandırmıştır.

Bu çalışmada ilk olarak tüzel kişilik kavramı, tanımlanarak özel hukuk tüzel kişiliği ve kamu hukuku tüzel kişiliği şeklinde türleri esas alınarak incelenmiştir. Özel hukuk tüzel kişiliklerine ilişkin genel bilgilendirmeler yapılmış ve devamında kamu tüzel kişiliği kavramı tanımlanmaya çalışılmıştır. Kamu tüzel kişiliği çalışma konusuyla bağlantılı olarak kuruluş ve türlerine göre incelenmeye çalışılmıştır.

¹ Anayasa madde (md.) 123 - İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır. Kamu tüzel kişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur.

² AY md.127/1 - Mahalli idareler; il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzel kişileridir.

şılmıştır. Kamu tüzel kişiliğine sahip kamu kurumları içerisinde yer alan mahalli kamu kurumları tanımlanarak temel özellikleri verilmeye çalışılmıştır.

Çalışmanın devamında mahalli idare şirketleri mevzuat hükümleri esas alınarak sınıflandırılmış ve tanımlanmaya çalışılmıştır. Devamında mahalli idare şirketlerinin hukuki statülerine ilişkin doktrindeki görüşler aktarılmıştır. Son olarak kamu tüzel kişiliğine ilişkin ilk bölümde verilen bilgiler ışığında kendi görüşümüz gerekçelendirilerek mahalli idare şirketlerinin hukuki statüleri ve mahalli kamu kurumları içerisinde kabul edilip edilmeyeceği ifade edilmeye çalışılmıştır.

I. Genel Olarak

Sözlük anlamı, “insan”, “birey” anlamına gelen³ “kişi kavramı” hukuk düzenlerinde, dış dünyaya yansıyan iradenin hukuki anlamda hüküm ve sonuçlar doğurduğu kabul edilen, hak sahibi olabilen ve borçlar altına girebilen kişiler olarak tanımlanmaktadır.⁴ Günümüzde hukukun süjesi olan kişiler, hak ve borçlara ehil olan bütün gerçek ve tüzel kişileri ifade etmektedir. Bu yönü itibarıyla hukuki açıdan kişi kavramı, günlük hayata göre daha geniş bir anlam taşır. Günlük hayatta yalnızca insanı ifade eden kişi, hukuki anlamda tüzel kişileri de kapsar.

Tüzel kişiler, kişi veya mal topluluklarının müşterek ve meşru çıkarlarını savunmak ve sağlamak ile bir amacın gerçekleştirilmesi için kurulmaktadır. Tüzel kişiler, fiziki varlığa sahip değildir. Günlük hayatta ortaya çıkan ihtiyaçlar, fiziki varlığı olmayan bu toplulukların da kişi sıfatına sahip olmasını gerektirmektedir. Bu yönüyle tüzel kişiler de hak sahibi olmakta ve borç altına girebilmektedir. Bununla birlikte tüzel kişiler, gerçek kişilerin sahip olabildiği her hakka ve yetkiye sahip değildirler. Örneğin hısımlık, yaş, cinsiyet gibi insana özgü hukuksal haklar tüzel kişiler için geçerli değildir. Tüzel kişiliklere ilişkin hukuki düzenlemeler genel bir kanun veya özel bir kanun aracılığıyla söz konusu olmaktadır.

Müşterek ve sürekli, belli bir amaca yönelik olarak bir araya gelen, ancak kendisini oluşturan insan ve mal topluluğundan bağımsız, başlı başına bir varlığı olan, insan ve mal topluluklarına tüzel kişi denir.⁵ Bir diğer tanımıyla tüzel kişilikler, ortak bir amacın devamlı bir surette gerçekleştirilmesi için örgütlenmiş bulunan kişi ya da mal topluluklarıdır.⁶ Tanım uyarınca tüzel kişiliğin, “örgütlenme”,

³ <https://sozluk.gov.tr>, (E.T.10.03.2022).

⁴ Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, Sekizinci Baskı, 2022, Sayfa (s.) 162.

⁵ Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Onaltıncı Baskı, 2023, s.240; Ender Ethem Atay, Hukuk Başlangıcı, Ankara, Turhan Kitabevi, Onuncu Baskı, 2023, s.378.

⁶ Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, Ankara, Adalet Yayınevi, Dokuzuncu Baskı, 2021, s.35.

“sürekli amaç” ve “bağımsızlık” şeklinde üç unsuru bulunduğu ifade edilebilir. Örgütlenme, tüzel kişiliği oluşturan kişi veya mal topluluğunun örgütlenmesi, amacını gerçekleştirecek organlara sahip olması demektir. Sürekli amaç, bir araya gelmiş kişi ya da mal topluluklarına kişisel menfaatin üstünde daha genel ve ortak çıkarların karşılanması için kişilik verilmesidir. Bağımsızlık ise tüzel kişilik verilmiş hukuksal varlıkların, tüzel kişiliği oluşturan kişilerden veya mal varlığından ayrı bir hukuki kişiliğe sahip kılınması demektir.⁷

Tüzel kişilikler, tabi olacakları hukuki rejime göre özel hukuk tüzel kişileri ve kamu hukuku tüzel kişileri şeklinde ikiye ayrılır. Özel hukuk kurallarına tabi olan özel hukuk tüzel kişilikleri, ekonomik, sosyal, mesleki ve siyasi çıkarların gerçekleşmesini sağlamaya yönelik olarak hukuki işlemle kurulmaktadır.⁸ Türk hukukunda özel hukuk tüzel kişileri, dernekler, vakıflar, ticaret şirketleri, siyasi partiler ve sendikalardan oluşur. Özel hukuk tüzel kişileri, mevzuat hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla kurucularının iradesine bağlı olarak teşekkül eder, faaliyette bulunur ve hukuki varlıklarını sürdürürler. Bu kapsamda kuruluşları ve faaliyetleri anlamında irade serbestisi söz konusudur.⁹

A. Kamu Hukuku Tüzel Kişileri

Kamu tüzel kişileri, kamu hukuku kuralları uyarınca kurulan ve bu kurallar çerçevesinde faaliyette bulunan tüzel kişilerdir. Kamu tüzel kişilerinin amacı kamu yararı olup bu amacın gerçekleştirilebilmesinde kamu gücü ve ayrıcalığıyla donatılmıştır.¹⁰ Kamu tüzel kişileri, kamu hizmetinin sunulmasında hizmetin yerine getirilmesine tahsis edilmiş kamu mallarına ve belli bir bütçeye sahip olmaktadır. Dolayısıyla kamu tüzel kişilerinin varlık sebebi kamu hizmetidir.¹¹ Bu çerçevede kamu tüzel kişileri, tek yanlı işlemler yapma yetkisine sahip olarak işlem muhataplarının onayına gerek olmaksızın icrai ve re'sen icrai kararlar alabilmektedir. Kamu tüzel kişilerinin bu işlemleri hukuka uygunluk karinesinden de faydalanır. Dolayısıyla kamu tüzel kişileri kural olarak idare hukuku hükümlerine tabidir.¹²

⁷ Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, s.35-37; Jale Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, İstanbul, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., On Altıncı Baskı, 2020, s.510; Mustafa Dural/Tufan Öğüz, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, Yirmiikinci Baskı, 2021, s.215-218.

⁸ Kudret Güven, Türk Hukukunun Genel Esasları (Hukuk Başlangıcı), Ankara, Savaş Yayınevi, Birinci Baskı, 2021, s.58; Dural/Öğüz, s.233.

⁹ Akipek/Akıntürk/Ateş, s.526.

¹⁰ Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, s.52-53.

¹¹ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.240.

¹² Oğuz Sancakdar/Lale Burcu Önüt/Eser Us Doğan/Mine Kasapoğlu Turhan/Serkan Seyhan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, İzmir, Seçkin Yayıncılık, Onbirinci Baskı, 2022, s.113-115.

1. Kamu Tüzel Kişiliğinin Kuruluşu

Kamu tüzel kişilerinin faaliyet konusu kamu hizmeti sağlamak, temel amacı ve varlık sebebi kamu yararadır. Kamu hizmetinin yerine getirilebilmesi ve kamu yararı amacına ulaşabilmesi için kamusal güç kullanma yetkisiyle donatılmıştır.¹³ Bu çerçevede bireysel yarar amacıyla hareket etmemeleri ve ekonomik çıkarların olmaması itibariyle özel hukuk kişilerinden farklılıkları bulunmaktadır. Faaliyetlerinin kamu hizmeti, amacının kamu yararı olması ve en önemlisi kamu gücü ve ayrıcalıklarına sahip olmaları itibariyle Türk hukukunda kuruluşlarının da anayasal temele sahip olması esası kabul edilmiştir.

Kamu tüzel kişiliğinin kuruluşu, Anayasa'da düzenlenmektedir. Anayasa'nın 123/3. maddesi uyarınca, "*Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur.*" Düzenlemeye bakıldığında kamu tüzel kişiliğinin kuruluşunda, Anayasa'nın yetkili kıldığı organların kamusal yetki kullanımının zorunlu olduğu görülmektedir.¹⁴ Ayrıca bazı kamu tüzel kişileri doğrudan Anayasa'da da düzenlenmiş olabilir. Bu çerçevede Türk hukuk sisteminde kamu tüzel kişiliği, ancak Anayasa hükmü ile, TBMM tarafından bir kanun ile veya Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulabilir.¹⁵ Kamu tüzel kişiliği kurulması konusunda kanun yapma yetkisi nedeniyle yasama organı, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi nedeniyle Cumhurbaşkanı yetkili kılınmıştır. Kamu tüzel kişiliği sadece kanun ya da Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kurulacağından, bunların yargısal denetimi de sadece Anayasa Mahkemesi tarafından yapılmaktadır.

Kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile bir tüzel kişiliğin kurulması o tüzel kişiliği doğrudan kamu tüzel kişisi yapmaz. Düzenlemede tüzel kişiliğin kamu tüzel kişisi olduğunun belirtilmesi halinde herhangi bir problemle karşılaşmaz. Kurulan tüzel kişilik kamu tüzel kişiliğidir. Ancak kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle özel hukuk tüzel kişileri de kurulabilir. Eğer getirilen düzenlemede tüzel kişiliğin kamu tüzel kişisi olduğu veya özel hukuk tüzel kişisi olduğu ifade edilmiyorsa tüzel kişiliğin hukuki statüsünün tespiti gerekir. Bu çerçevede kamu tüzel kişiliğini özel hukuk kişisinden ayırt edecek husus, kurulan tüzel kişiliğin ilgili düzenlemede doğrudan kamu tüzel kişiliğine sahip olduğuna yönelik hükümler olabilir.

Tüzel kişiliğin hukuki statüsüne yönelik herhangi bir hüküm yer almaması halinde ise hukuki statünün belirlenmesinde çeşitli kistaslar kabul edilmektedir. Doktrindeki bir görüşe göre, kamu tüzel kişisi olarak kabulde tüzel kişiliğin, mer-

¹³ Atay, İdare Hukuku, s.167.

¹⁴ Atay, İdare Hukuku, s.165.

¹⁵ Sancakdar/Önüt/Us Doğan/Kasapoğlu Turhan/Seyhan, s.114.

kezden yönetim ya da yerinden yönetim esasına göre görevlendirilmiş ve kamu gücü kullanma yetkisiyle donatılmış olması gerekir.¹⁶ Bir başka görüş, tüzel kişinin kuruluş şekli ve yetkilerinin niteliğini esas alarak bir tüzel kişinin kamu tüzel kişisi olarak kabulünde kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulması ve özel hukuku aşan bazı kamu gücü ayrıcalık veya yükümlülükleriyle donatılmış olması gerektiği şeklindedir.¹⁷ Bir başka görüşte, bazı özel hukuk kişilerinin de belli ölçülerde bu yetkilere sahip olabileceği gerekçesiyle üstün ve ayrıcalıklı yetkilere ek olarak tüzel kişinin faaliyetlerinin kendisine kanuni bir tekel olarak tahsis edilmiş olup olmadığına bakılması halinde kesin sonuca varılabileceğini belirtilmektedir.¹⁸ Bu çerçevede kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulup hukuki statüsü belirtilmeyen bir tüzel kişiliğin kamu tüzel kişisi olup olmadığının tespiti en başta kamu gücü ve ayrıcalıklarına sahip olup olmadığı kıstasına göre belirlenir. Bu kıstas, personelinin sahip olduğu hukuki rejim, tüzel kişiliğin mali yapısı, vergilendirme yetkisi, ilgililer üzerinde icrai kararlar alması, işlemlerinin hukuka uygunluk karinesinden yararlanması gibi yetki ve ayrıcalıklara sahip olup olmadığı şeklindedir. Kamu tüzel kişiliği, bir teşkilata yönetim ve yürütme organları eliyle kendince aldığı kararları uygulayabilme imkânı verir. Kamu tüzel kişilerinin kendilerine özgü bütçeleri, gelirleri, giderleri bulunmaktadır. Giderleri mutlaka kamu hizmetleri ile ilgili olmalıdır. Kamu tüzel kişilerinin personellerinin de statüleri farklı ve kendine özgüdür.¹⁹

2. Kamu Tüzel Kişiliği Türleri

Kamu tüzel kişileri çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulmakla birlikte en yaygın kullanılan ayırım kamu idaresi-kamu kurumu ayırımıdır. Kişi topluluğu olarak kamu tüzel kişileri yani kamu idareleri, belli bir kişi topluluğuna, ortak faydanın sağlanabilmesi amacıyla kamu hukuku hükümlerine göre kişilik verilmesiyle oluşan tüzel kişilerdir. Türk idare hukukunda kamu idareleri olarak ifade edilen devlet ve mahalli idareler (il özel idaresi, belediye, köy) kişi topluluğu şeklinde kurulan kamu tüzel kişileri olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁰

¹⁶ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.241.

¹⁷ Kemal Gözler, İdare Hukuku Cilt I, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Üçüncü Baskı, 2019, s.204-208; Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, s.60.

¹⁸ Metin Günday, İdare Hukuku, Ankara, İmaj Yayınevi, On Birinci Baskı, 2017, s.78-79.

¹⁹ Anayasa Mahkemesi (AYM) "Kalkınma Ajanslarına" ilişkin verdiği kararında, "Kalkınma ajanslarının tüzel kişiliği Yasa'yla belirlenmiş, tüzel kişiliğin kuruluşu ise Bakanlar Kurulu kararına bırakılmıştır. 26 adet Düzey 2 İstatistik Bölge Birimi esas alınarak Bakanlar Kurulu kararıyla kurulması ve kaldırılması öngörülen kalkınma ajanslarının, tüzel kişiliğinin niteliği Yasa'da açıkça belirtilmemle birlikte, kurulması ve kaldırılması, kamu gücü ve yetkilerin kullanılması, usul ve ayrıcalıklar getirilmesi, gelirleri, merkezi idare ile olan bağlantıları göz önünde bulundurulduğunda birer kamu tüzel kişisi olduğu kuşkusuzdur." AYM, Esas Sayısı (E.) 2006/61, Karar Sayısı (K.), 2007/91, Karar Tarihi (K.T.): 30.11.2007.

²⁰ Çağlayan, Kamu Tüzel Kişiliği, s.377; Gözler, İdare Hukuku, s.239.

Kamu idarelerinin sayıları belli, dayanakları Anayasa olan ve aynı anda birden çok kamu hizmeti yürüten idarelerdir.²¹ Devlet, tüm ülke çapında Anayasa ve kanunların kendisini görevli ve yetkili kıldığı, özel olarak paylaştırılmamış tüm hizmet alanlarında faaliyet gösterir.²² İl özel idaresi, belediye ve köy ise coğrafi anlamda sınırlandırılmış olup genel idare esaslarına²³ göre kendi faaliyet sınırları içerisinde mahalli müşterek ihtiyaçlar doğrultusunda ilgili mevzuat uyarınca kamu hizmeti sunar.

Mal topluluğu olarak kamu tüzel kişileri yani kamu kurumları ise kamu idarelerinden ayrı örgütlenen, belli bir mal ve hizmet topluluğuna kamu hukuku kuralları çerçevesinde kişilik verilmesiyle oluşan, sayıları değişken olan tüzel kişilerdir.²⁴ Kamu kurumları, hizmete tüzel kişilik tanınmasıyla oluşan idari örgüttür.²⁵ Kamu kurumlarında sunulacak kamu hizmetinin teknik bilgi ve uzmanlık özellikleri sebebiyle ayrı bir kamu tüzel kişiliği tanınması, merkezi idareden ve mahalli idarelerden farklı bir örgütlenmeye sahip olarak hizmetleri yürütmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır.²⁶ Türk idare hukukunda Kamu İktisadi Teşekkülleri, Üniversiteler, TRT, TODAİE, TÜBA, TÜBİTAK bu tür kamu tüzel kişilerine örnek olarak gösterilmektedir.²⁷ Kamu idarelerinin kişi topluluğu olması sebebi, belli bir coğrafi alandaki bireylerin belli bir amaç doğrultusunda bir araya gelmeleriyle oluşmuş tüzel kişilikler olmasıdır. Kamu kurumlarında ise belli bir malvarlığı belli bir amaca tahsis edilmektedir ve bir kamu hizmetinin sunulması bu amaç içerisinde yer alır. Bu çerçevede kamu idareleri genel yetkili tüzel kişilikler olarak birçok alanda kamu hizmeti görmekle yetkilidir. Kamu kurumları ise faaliyetleri belirli bir konuyla sınırlı olmanın yanında ayrıca o konuda uzmanlaşmış tüzel kişilikler olarak sadece bir amaç doğrultusunda faaliyet gösteren özel yetkiye sahip kamu tüzel kişileridir.²⁸

²¹ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.246.

²² Sıddık Samir Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, Üçüncü Baskı, 1967, s.982-985; Onur Karahanoğulları, İdare Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, Birinci Baskı, 2022, s.147.

²³ “Genel idare esasları” formel bir kavram olup, kamu hizmetlerinin “kamusal idare” biçimini ifade eder.” Serkan Açar, “Kamu Kurumları (Hizmet Yerinden Yönetim Kuruluşları) Teorisi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.2006, S.65, s.290.

²⁴ Lütfi Duran, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s.188; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.246; Açar, s.290-291.

²⁵ Karahanoğulları, s.149.

²⁶ Onar, s.1002; Atay, İdare Hukuku, s.369.

²⁷ Çağlayan, Kamu Tüzel Kişiliği, s.377; Gözler, İdare Hukuku, s.240.

²⁸ Gözler, İdare Hukuku, s.240-241; Cem Çağatay Orak, “Kamu Kurumları ve Uzmanlık İlkesi (Kıram ve Uygulamaya İlişkin Gözlemler)”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, S.4, Y.2012, s.308.

B. Mahalli Kamu Kurumları

Kamu kurumları, Anayasa’da sayı ve tür olarak sınırlandırılmamış ve doktrinde çeşitli sınıflandırmalara tabi tutularak ele alınmaktadır. Yapılan bazı sınıflandırmalarda “mahalli kamu kurumu” kavramına yer verildiği görülmektedir. Doktrinde kamu kurumları faaliyet alanları açısından milli kamu kurumları ve mahalli kamu kurumları şeklinde sınıflandırılmaktadır. Milli kamu kurumları devlet tüzel kişiliğinden ayrı bir tüzel kişilik olarak merkezi idarenin vesayet denetimi altında, ülke düzeyinde hizmet veren kamu kurumlarıdır. Mahalli kamu kurumları ise mahalli idarenin vesayet denetimine tabi olan, mahalli idareye ait hizmetin o idareden ayrılarak başka bir kamu tüzel kişisine tanınmasıyla ortaya çıkan kamu kurumlarıdır.²⁹

Bu çerçevede mahalli kamu kurumlarını kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulan, kuruluşları gereği bir mahalli idarenin sınırları içinde ve vesayet denetimine tabi olan, belirli bir özerkliğe sahip ve bir kamu hizmetinin sunumunu üstlenen kamu tüzel kişileri şeklinde tanımlayabiliriz.³⁰ Tanıma göre mahalli kamu kurumlarının temel ölçütleri, kuruluş, coğrafi olarak sınırlandırılmak, vesayet denetimine tabi olmak, özerkliğe sahip olmak ve bir kamu hizmetini üstlenmiş olmasıdır. Kanaatimizce bir kamu kurumunun, mahalli kamu kurumu olup olmadığının tespitinde bu tanımda verilen ölçütler esas alınabilir. Çalışmada, mahalli idare şirketlerinin hukuki statülerinin incelenmesinde bu ölçütler dikkate alınarak değerlendirilmelerde bulunulacaktır.

II. Mahalli İdare Şirketlerinin Hukuki Statüsü

Kamu idareleri bir kamu hizmeti alanında doğrudan faaliyette bulunabileceği gibi mevzuatın izin verdiği ölçüde kendilerine bağlı kuruluşlar aracılığıyla ekonomik alanda mal ve hizmet üreticisi olarak “teşebbüsler” aracılığıyla da faaliyette bulunabilir.³¹ Türk hukukunda il özel idarelerinin, büyükşehir belediyelerinin ve belediyelerin kendilerine bağlı şirketler kurabilecekleri kendi kanunlarında açıkça hüküm altına alınmıştır.³² Düzenlemelere bakıldığında il özel idaresi ve

²⁹ Duran, s.194-195; Atay, İdare Hukuku, s.357; Gözler, İdare Hukuku, s.646-673; Günday, s.535.

³⁰ Atay, İdare Hukuku, s.357-358; Gözler, İdare Hukuku, s.673; Günday, s.531; Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, s.219-220.

³¹ Turgut Tan, İdare Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş Üçüncü Bası, 2014, s.183.

³² 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu md.52 - İl özel idaresi kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre sermaye şirketleri kurabilir.

5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu md.26 - Büyükşehir belediyesi kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre sermaye şirketleri kurabilir. Genel sekreter ile belediye ve bağlı kuruluşlarında yöneticilik sıfatını haiz personel bu şirketlerin yönetim ve denetim kurullarında görev alabilirler. Büyükşehir belediyesi, mülkiyeti veya tasarrufundaki hafriyat sahalarını, toplu ulaşım hizmetlerini, sosyal tesisler, büfe, otopark ve çay bahçelerini

belediyeler için kendilerine verilen görev ve hizmet alanlarında şirket kurulabileceği belirtilmektedir. Büyükşehir belediyesi tarafından kurulan şirketler için yer alan düzenleme ise bu iki hükme göre daha detaylı ifade edilmektedir. Bununla birlikte üç farklı düzenlemenin ortak noktası ilgili mahalli idarenin, kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre şirket kurabileceğidir.³³ Buradaki ilgili mevzuat, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'dur. Dolayısıyla mahalli idarelerin şirket kurmalarında, TTK hükümleri uyarınca şirketlerin kuruluşuna dair kurallara riayet edilerek tüzel kişilikler kurulmaktadır. Bununla birlikte bu şirketlerin, kuruluşları itibarıyla ilgili oldukları mahalli idarelerle çeşitli bağlantıları bulunur.³⁴ Ayrıca şirketler, bu idarelerin denetimine tabidirler.³⁵

Konuya ilişkin çalışmalar "belediye şirketleri" olarak da isimlendirilmektedir.³⁶ Ancak çalışmamızda, bu şirketlerin yalnızca belediyelerce kurulan şirketler olmadığı, il özel idaresi ve büyükşehir belediyesi tarafından da kurulabileceği ve hukuki rejimlerinin birbirinden farklı olmadığı düşünüldüğünde kavram ve konu bakımından yeknesaklığın sağlanabilmesi açısından bu şirketler, mahalli idare şirketi olarak isimlendirilmiştir.

A. Doktrindeki Görüşler

Mahalli idare şirketlerinin mahalli kamu kurumu olup olmadıkları doktrinde tartışılmaktadır. Tartışmaların temelinde bu şirketlerin tüzel kişiliklerinin

işletebilir; ya da bu yerlerin belediye veya bağlı kuruluşlarının %50'sinden fazlasına ortak olduğu şirketler ile bu şirketlerin %50'sinden fazlasına ortak olduğu şirketlere, 8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabi olmaksızın belediye meclisince belirlenecek süre ve bedelle işletilmesini devredebilir. Ancak, bu yerlerin belediye şirketlerince üçüncü kişilere devri 2886 sayılı Kanun hükümlerine tabidir.

5393 sayılı Belediye Kanunu md.70 - Belediye kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre şirket kurabilir.

³³ Doktrinde mahalli kamu hizmetlerinin bir mahalli idare olan belediye tarafından değil bu şirketler aracılığıyla gördürülmesinin belediye kamu hizmetlerini zayıflatması, belediye örgüt yapısının şirketler aleyhine gerilemesine sebebiyet verebilecek risklere sahip olduğu değerlendirilmektedir. Onur Karahanoğulları, "Belediye Personelinin Hukuki Yapısına İlişkin Gözlemler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.1998, C.47, S.1, s.318.

³⁴ Mahalli idarelerle bu şirketler arasında sermaye bağı, yönetim bağı ve organik bağı gibi çeşitli bağlantılar bulunur. Muhammed Emin Yıldız, "Felsefi Perspektiften Hukuksal Bir Retorik Bakış: Belediye Şirketleri ve İdarenin Kanuniliği İkesi", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Y.2020, S.2, s.328-334.

³⁵ Tan, s.180.

³⁶ Bkz.: Fatma Didem Sevgili Gençay, "Belediye Şirketlerinin Hukuki Statüsü", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.2018, S.134, s.153-176; Hülya Küçük, "Türkiye'de Belediye Şirketlerinin Denetimi Üzerine Bir Değerlendirme", Journal of International Management, Educational and Economics Perspectives, Y.2015, C.3, S.1, s.39-52; Nida Malbeği, "Belediye İktisadi Teşebbüsleri Üzerine Bir İnceleme", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Y.2019, C.18, S.1, s.31-60; Yıldız, s.321-352; Ayşe Nur Demirtaş, "Türkiye'de Belediye Şirketleri Üzerine Bir Değerlendirme", Atlas Sosyal Bilimler Dergisi, Y.2021, C.1, S.8, 2-2, s.1-19.

ne olduğu sorunu yatmaktadır. Şirketler eğer bir kamu tüzel kişisiyse mahalli kamu kurumu olarak kabul edilmekte, özel hukuk tüzel kişisiyse mahalli kamu kurumu olarak kabul edilmemektedir. Kanaatimizce bu tartışmalar, 2017 Anayasa değişikliği sonrası Anayasa'nın 123. maddesinde yapılan değişikliklerle yeni bir boyut kazanmıştır. Eski halinde kamu tüzel kişiliğinin, “ancak kanunla veya kanunun verdiği yetkiyle” kurulabileceği söz konusuysen değişiklik sonrasında “kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle” kurulabileceği hüküm altına alınmıştır.

Doktrinadaki bir görüşe göre mahalli idare şirketlerinin TTK'ye göre kurulmuş sermaye şirketleri olmalarına rağmen yalnızca bu nedenden ötürü özel hukuk tüzel kişisi olarak kabulü mümkün değildir. Nitekim KİT'lerde olduğu gibi şirket olarak kurulmuş kamu tüzel kişilerinin varlığı Türk idare hukukunda mümkündür.³⁷ Yazara göre bu şirketlerin tüzel kişiliklerinin belirlenmesinde kamu tüzel kişiliğinin kuruluşunu da içeren Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girdiği 9 Temmuz 2018 öncesi ve sonrası olarak ikiye ayırarak ele almak gerekir. 9 Temmuz 2018'den öncesi için kamu tüzel kişiliğinin şartlarına bakıldığında Anayasa ve kanunda bir nitelendirme olmadığı takdirde tüzel kişinin kanunla veya kanunun verdiği yetkiye dayanarak idare tarafından kurulmuş olması ve ayrıca bazı kamu gücü ayrıcalık ve yükümlülükleri ile donatılmış olması gerektiği belirtilmiştir.³⁸ Bu çerçevede il özel idaresi şirketleri 5302 sayılı Kanun'un 52'nci maddesinin, büyükşehir belediyesi şirketleri 5216 sayılı Kanun'un 26'ncı maddesinin ve belediye şirketleri de 5393 sayılı Kanun'un 70'inci maddesinin verdiği yetkiyle kurulmaktadır.

Bu görüşte, kamu tüzel kişiliğinin bir diğer şartı kamu gücü ayrıcalıkları ve yükümlülükleriyle donatılmış olmanın da mahalli idare şirketleri bakımından gerçekleştiği ifade edilmektedir.³⁹ Diğer bir ifadeyle özel hukuku aşan bazı hükümlere tabi olduğu belirtilmektedir. Örnek olarak, mahalli idare şirketlerinin “mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri”, 4 Ocak 2002 tarih ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na (KİK) tabidir.⁴⁰ Benzer olarak mahalli idare şirketleri 6085 sayılı Sayıştay Kanunu çerçevesinde Sayıştay'ın denetimine ta-

³⁷ Kemal Gözler, Mahalli İdareler Hukuku, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Birinci Baskı, 2018, s.471.

³⁸ Gözler, İdare Hukuku, s.687.

³⁹ Gözler, İdare Hukuku, s.687-688.

⁴⁰ KİK md.2/1-d - (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilenlerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler.

KİK md.2/1-a - Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı; döner sermayeli kuruluşlar, birlikler (meslekî kuruluş şeklinde faaliyet gösterenler ile bunların üst kuruluşları hariç), tüzel kişiler.

bidir.⁴¹ Yazara göre, bir özel şirketin gelir ve giderlerinin Sayıştay'ın denetimine tabi olması düşünülebilecek bir şey değildir.⁴² Son olarak kamu gücü ayrıcalık ve yükümlülüklerine tabi olma şartının gerçekleşmesi için bu şirketlerin bütünüyle kamu hukuku rejimine tabi olmasının gerekli olmadığı ve bir tüzel kişinin kamu tüzel kişisi sayılabilmesi için kamu gücü ayrıcalık ve yükümlülüklerinden en az birisine sahip olmasının yeterli olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla bu görüşe göre, 9 Temmuz 2018 öncesinde Anayasa veya kanunda bir tüzel kişiliğin hukuki statüsü açıkça düzenlenmemişse kamu tüzel kişisi sayılabilmenin iki temel şartı bulunmakta ve mahalli idare şirketleri bu iki şartı da sağlamaktadır.⁴³ 9 Temmuz 2018'den sonra ise Anayasa'nın 123. maddesinde yapılan değişikliklerle artık kanunun verdiği yetkiye dayanarak bir idari işlemle kamu tüzel kişiliği kurma imkanı söz konusu değildir. Değişiklik nedeniyle bu tarihten sonra mahalli idare şirketlerinin kamu tüzel kişisi oldukları ve dolayısıyla birer mahalli kamu kurumu oldukları kabul edilemez.⁴⁴ Benzer şekilde bir başka görüş, belediye şirketlerinin sermayelerinin devlete ait olmamasından dolayı kamu iktisadi teşebbüsleri kapsamına girmeyeceğini ve kendilerini kur'an mahalli idareden ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olduklarını belirterek kamu tüzel kişisi olarak kabul edilmeleri durumunda Anayasa'nın 123. maddesine aykırılık söz konusu olacağı görüşündedir. Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca kamu tüzel kişiliği kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur ve bu nedenle belediye şirketlerinin kamu tüzel kişisi olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir.⁴⁵

Doktrindeki bir görüş ise il özel idaresi, büyükşehir belediyesi ve belediye tarafından kurulan şirketleri kamu hizmeti sunan yerel şirket/kamu hizmeti su-

⁴¹ 4085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun md.4/1-b - (a) bendinde sayılan idarelere bağlı veya bu idarelerin kurdukları veya doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak ortak oldukları her çeşit idare, kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketleri...

4085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun md.4/1-a - Merkezi yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarını, mahallî idareleri, sermayesinde doğrudan veya dolaylı olarak kamu payı olan özel kanunlar veya Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kurulmuş anonim ortaklıkları, diğer kamu idarelerini (kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları hariç)...

⁴² "Hiç şüphesiz ki, Sayıştay denetimine tabi olma çok tipik birer kamu gücü yükümlülüğüdür." Gözler, İdare Hukuku, s.688.

⁴³ Gözler'e göre kanun koyucu bu şirketlerin kamu gücü ayrıcalıklarına sahip olmaları gerektiğini düşünerek bu yetkiyi kendilerine vermiştir: "Aslında kanun koyucu, bir kamu idaresine şirket kurma yetkisini verirken, kurulacak şirketin bir kamu hizmeti yürüteceğini ve kamu yararı amacıyla bu şirketin özel hukuku aşan bir statüye ihtiyaç duyacağını düşünerek böyle bir yetkiyi kamu idaresine vermektedir. Dolayısıyla böyle bir düşünceyle kurulmuş bir şirket, pek muhtemelen, özel hukuk hükümlerinden az çok farklı bir hukuki rejime tabi olacaktır. Kamu yararı düşüncesi çoğunlukla kamu gücü ayrıcalığı ve yükümlülükleriyle birlikte gider." Gözler, İdare Hukuku, s.689.

⁴⁴ "Hukukta sonuçlar, hukuk kurallarına göre değişir. Anayasa kuralı değişmiştir; dolayısıyla sonuç da değişmiştir." Gözler, İdare Hukuku, s.692.

⁴⁵ Sancakdar/Önüt/Us Doğan/Kasapoğlu Turhan/Seyhan, s.284.

nan yerel yönetim şirketi şeklinde isimlendirmiştir.⁴⁶ Nitekim bu görüşte tüzel kişiliklerinin belirlenmesi noktasında kuruluş aşamaları esas alınmaktadır. Bu çerçevede söz konusu şirketler anonim şirket şeklinde kurulmaktadır ve dolayısıyla TTK hükümleri uygulanacaktır. Yazara göre TTK hükümlerinin uygulanması nedeniyle bu şirketlerin özel hukuk tüzel kişisi olarak kabulü gerekmektedir.⁴⁷ Bununla birlikte bu şirketler, alelade bir ticari şirket de değildir. Sahip oldukları kamu gücü ve ayrıcalıkları ile belediye hizmetlerini yerine getirmeyi amaçlamaları nedeniyle bu şirketlerin faaliyetleri klasik ticari şirketlerden farklı olarak kamu faaliyetidir.⁴⁸ Yargıtay da belediye şirketlerinin özel hukuk tüzel kişisi olduğu görüşündedir. Belediye şirketinde çalışan bir işçinin ilave tediye talebine ilişkin uyuşmazlıkta, kararın verilebilmesi için öncelikle belediyenin hissedarı olduğu şirketin, hukuki niteliğinin tespitinin gerektiği ifade edilerek özel hukuk tüzel kişisi olduğuna hükmedilmiştir. Karara göre, *“Belediyeler tarafından kurulan veya ortak olunan şirketler ise, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tabi sermaye şirketleri olup, belediyelerin tüzel kişiliğinden ayrı ve bağımsız özel hukuk tüzel kişileridir. Belediyelerin kurdukları veya ortak oldukları ticaret şirketlerine, kamu tüzel kişiliği kazandıran herhangi bir kanun hükmü bulunmadığı gibi, kamusal yetki ve ayrıcalıklar tanınmamıştır.”*⁴⁹

Doktrinde klasik görüşlerden farklı, yeni görüşler de benimsenmektedir. Bir görüşe göre aslen özel hukuk tüzel kişisi statüsündeki bir tüzel kişinin aynı

⁴⁶ Sevgili Gençay, s.167-168.

⁴⁷ “Bu şirketlere, Türk Ticaret Kanunu’nun 126. maddesine göre, bu kanunda yer alan her şirket türüne özgü hükümler saklı kalmak şartıyla, Türk Medeni Kanunu’nun tüzel kişilere ilişkin genel hükümleri ile bu kısımda hüküm bulunmayan hususlarda Türk Borçlar Kanunu’nun adi şirkete dair hükümleri her şirket türünün niteliğine uygun olduğu oranda, ticaret şirketleri hakkında da uygulanır. O halde belediye şirketleri, ya da genel olarak yerel yönetimlerin kurdukları ya da ortak oldukları şirketler, Türk Ticaret Kanunu’na göre kurulmakta ve bu şirketler öncelikle bu kanun hükümleri ile Türk Medeni Kanunu ve gerektiği yerde Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tâbi tutulmaktadırlar.” Sevgili Gençay, s.168.

⁴⁸ Sevgili Gençay, s.168-174.

⁴⁹ “Dolayısıyla, söz konusu şirketlerin “kamu tüzel kişisi” ya da “kamu kurum ve kuruluşu” oldukları kabul edilemez... Diğer taraftan, 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, iktisadi devlet teşekkülleri ile kamu iktisadi kuruluşlarını ve bunların müesseselerini, bağlı ortaklıklarını ve iştiraklerini kapsamaktadır. Kanun Hükmünde Kararname’nin 2. maddesinin birinci bendinde “Kamu iktisadi teşebbüsü “Teşebbüs”; iktisadi devlet teşekkülü ile kamu iktisadi kuruluşunun ortak adıdır.”; ikinci bendinde “İktisadi devlet teşekkülü “Teşekkül”; sermayesinin tamamı devlete ait, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan, kamu iktisadi teşebbüsüdür.”; üçüncü bendinde “Kamu İktisadi Kuruluşu “Kuruluş”; sermayesinin tamamı Devlete ait olup, tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan ve gördüğü bu kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal ve hizmetler imtiyaz sayılan kamu iktisadi teşebbüsüdür.” tanımlamalarına yer verilmiştir. Bu tanımlamalarla sabit olduğu üzere, kamu iktisadi teşebbüslerinin sermayesi Devlete aittir. Belediyeler ise, Devlet tüzel kişiliğinden ayrı bir tüzel kişiliğe sahiptir. Dolayısıyla belediyelerin hissedarı oldukları şirketler, 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamında olmayıp, kamu iktisadi teşebbüsü sayılamaz.” Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E.2017/25655, K.2020/106, K.T.: 13.01.2020.

zamanda kamu tüzel kişisi olarak da kabul edilmesinde, bir diğer ifadeyle çift kimlikli olmasına herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır.⁵⁰ Bu durum iki ayrı tüzel kişilik olduğu şeklinde anlaşılmalı, ortada yine tek bir tüzel kişilik bulunmaktadır. Tek bir tüzel kişilik, aynı anda hem özel hukuk hem de kamu hukuku rejimine tabi spesifik bir tüzel kişiliktir.⁵¹ Bir diğer görüşe göre, mahalli idare şirketlerinin tasnifi yapılırken kamu iktisadi teşebbüsleri ile benzerlikleri belirtilerek bu kuruluşlar belediye iktisadi teşebbüsü şeklinde ifade edilmektedir.⁵² Kamu tüzel kişiliğinin belirlenmesinde kamu gücü kistasını esas alan bu görüş çerçevesinde belediye iktisadi teşebbüsleri kamu gücü kullanmamaktadır. Ancak çeşitli yükümlülüklerle donatılmıştır. Yazara göre tüm hususlar göz önüne alındığında belediye ve il özel idaresi iktisadi teşekküllerinin kamu tüzel kişisi olarak kabulü mümkündür. Ancak yazara göre klasik kamu tüzel kişilerinin kamu gücü kullanma yetkileri varken, bu şirketlerin böyle bir yetkisi bulunmamaktadır ve özel hukuk tüzel kişilerine benzer biçimde, ticari esaslara göre faaliyetlerinin sürdürmeleri düşünüldüğünde bu şirketler “a tipik kamu tüzel kişi”leri olarak ifade edilebilir.⁵³

Doktrindeki bir diğer görüş ise mahalli kamu kurumlarını, mahalli idareler tarafından kurulan ve kendilerini kuran mahalli idarenin vesayet denetimine tabi, belirli bir coğrafi alanda faaliyet gösteren tüzel kişilikler olarak tanımlamaktadır.⁵⁴ Bu tanımdan anlaşılacağı üzere mahalli kamu kurumlarının temel unsurları bir mahalli idare tarafından kurulmak, kendisini kuran mahalli idarenin vesayet denetimine tabi olmak ve belli bir coğrafi alanda faaliyet göstermektir. Bu görüşe göre şirketler, kanunların verdiği özel bir yetkiye dayanarak mahalli idarelerce kurulmuş, kendilerini kuran mahalli idarelerin vesayet denetimine tabi ve tüzel kişiliğe de sahip olmaları itibarıyla kamu kurumu veya kuruluşudur.⁵⁵

B. Mahalli İdare Şirketlerinin Kamu Kurumu Niteliklerinin Tartışılması

Doktrindeki görüşlere bakıldığında problemin temel noktası, mahalli idare şirketlerinin mahalli kamu kurumları içerisinde yer alıp almayacağı sorunudur. Bize göre mahalli kamu kurumları, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulan, kuruluşları gereği bir mahalli idarenin sınırları içinde ve vesayet

⁵⁰ Ali Ulusoy, Yeni Türk İdare Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, Üçüncü Baskı, 2020, s.141-142.

⁵¹ “Esasen bir tüzel kişiliği hakkında, bunun *tüzel kişi* hatta *kişi* “kimliğinin” önüne “kamu hukuku” (ya da “kamu”) veya “özel hukuk” sıfatı veya “etiketi” yapıştırılmasına o kadar da önem atfetmeye gerek yoktur. Önemli olan bu hukuki varlığın hukuk düzeninde “tüzel kişi” veya “kişi” olarak kabul edilmesidir. *Kişi* olmak bu varlığı başka hukuki varlıklardan ayıran bir “kimlik”tir.” Ulusoy, s.143.

⁵² Begüm İsbir, Kamu Tüzel Kişiliği, Ankara, Turhan Kitabevi, Birinci Baskı, 2017, s.450.

⁵³ İsbir, s.452.

⁵⁴ Yahya Kazım Zabunoğlu, İdare Hukuku Cilt 1, Ankara, Yetkin Yayınları, Birinci Baskı, 2012, s.285.

⁵⁵ Zabunoğlu, s.286-287.

denetimine tabi olan, belirli bir özerkliğe sahip ve bir kamu hizmetinin sunumunu üstlenen kamu tüzel kişileridir. Dolayısıyla mahalli idare şirketlerinin mahalli kamu kurumu olarak kabulünde bu tanımda verilen, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulmak, coğrafi olarak sınırlı bir alanda faaliyet göstermek, bir mahalli idarenin vesayet denetimine tabi olmak, belirli bir özerkliğe sahip olmak ve bir kamu hizmetinin sunumunun üstlenilmesi şeklinde “beş” temel unsur bulunmaktadır.

İlk olarak bu şirketlerin kuruluşlarına baktığımızda her bir mahalli idare için kendi kanunlarında ilgili mahalli idareye yetki verildiği görülmektedir. Bir diğer ifadeyle bu şirketler kanunun verdiği yetkiyle idare tarafından kurulmaktadır. Bu çerçevede kuruluş hükmünün kamu tüzel kişiliğinin kuruluşuna dair Anayasa’nın 123. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Bununla birlikte 2017’de yapılan Anayasa değişikliği sonrası bu tartışmalar yeni bir boyut kazanmıştır. Nitekim Anayasa’nın 123. maddesi, değişiklik öncesinde kamu tüzel kişiliğinin ancak kanunla veya kanunun verdiği yetkiyle kurulabileceğini,⁵⁶ 2017 Anayasa değişikliği sonrası ise kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulabileceğini hüküm altına almıştır.⁵⁷

Yapılan değişiklik kapsamında bundan sonra, kamu tüzel kişiliğinin kanunun verdiği yetkiyle bir idari işlemle kurulup kurulamayacağı hususunun incelenmesi gerekmektedir. Çünkü mahalli idare şirketleri kanunun verdiği yetkiyle mahalli idareler tarafından kurulmaktadır. Dolayısıyla değişiklik sonrasında, artık kanunun verdiği yetkiyle kamu tüzel kişiliğinin kurulamayacağının kabulü halinde mahalli idare şirketlerinin, mahalli kamu kurumu olarak kabul edilebilmesinin de söz konusu olmayacağı ifade edilebilir.

Kanaatimizce 2017 Anayasa değişikliği sonrasında Anayasa’nın 123. maddesinde kamu tüzel kişiliğinin kuruluşuna dair hükmün değişmesi itibariyle artık Türk idare hukukunda kanunun yetki vermesi halinde dahi bir idare tarafından kamu tüzel kişiliği kurulması söz konusu değildir. Düzenleme açık şekilde kamu tüzel kişiliğinin “kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle” kurulabileceğini belirtmektedir. Değişiklik öncesinde yer alan “kanunun verdiği yetkiyle” ibaresi Anayasa koyucu tarafından düzenlemenin yeni halinde yer almamıştır. Dolayısıyla bize göre kamu tüzel kişiliği, Anayasa’nın yürürlüğe girdiği 9 Temmuz 2018 tarihi sonrasında yalnızca kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulabilir. Bir diğer ifadeyle Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesiyle birlik-

⁵⁶ Değişiklik öncesi Anayasa md.123/3 - Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur.

⁵⁷ Değişiklik sonrası Anayasa md.123/3 - Kamu tüzel kişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur.

te kanunun verdiği yetkiyle bir kamu tüzel kişiliği kurulması mümkün değildir. Bu çerçevede mahalli idare şirketlerinin değişiklik sonrasında kamu tüzel kişiliği olarak kabulü de söz konusu değildir. Bu tespite göre kanaatimizce mahalli idare şirketlerinin birer mahalli kamu kurumu oldukları söylenemez.

Bununla birlikte değişiklik öncesi durumun da ifade edilmesi ve diğer unsurlar bakımından da değerlendirmenin yapılması gerekir. Değişiklik öncesinde kamu tüzel kişiliği, kanunun verdiği yetkiyle kurulabilir ve ilgili düzenlemelerde de mahalli idare şirketleri mahalli idareler tarafından kurulmaktadır. Dolayısıyla bu açıdan kamu tüzel kişiliğine yönelik kabulde herhangi bir sorun görülmemektedir. Ancak düzenlemelere bakıldığında bu tüzel kişiliklerin, TTK hükümlerine tabi bir "şirket" kuruluşu olduğu görülmektedir. Şirketler, TTK'ye göre kurulan ekonomik amaçları ağır basan özel hukuk hükümlerine tabi özel hukuk tüzel kişileridir. Bununla birlikte Türk hukukunda istisnai de olsa şirket şeklinde kurulmakla birlikte kamu tüzel kişisi olarak kabul edilen kişilikler vardır. Benzer şekilde şirket olarak kurulan, kamusal bazı yetkilere sahip özel hukuk tüzel kişilikleri de bulunmaktadır. Bu kapsamda mahalli idare şirketlerinin kuruluşu itibarıyla kamu tüzel kişisi olarak kabulü mü yoksa kamusal niteliği ağır basan özel hukuk tüzel kişisi olarak mı kabulü gerekir, sorusunun cevaplandırılması gerekir. Bize göre ikinci cevap, yani mahalli idare şirketlerinin kamusal niteliği ağır basan özel hukuk tüzel kişisi olarak kabulü gerekmektedir. Nitekim bu şirketler bazı kamusal yetkilere sahip olsalar da TTK hükümlerine göre kurulmuş ve tüzel kişiliklerini ticaret siciline kaydolmaları itibarıyla kazanmıştır.⁵⁸ Ayrıca tanıtımda yer verdiğimiz diğer unsurlar ile birlikte hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri çerçevesinde de bu şirketlerin özel hukuk tüzel kişisi olarak kabul edilmeleri gerektiği kanaatindeyiz.

Mahalli idare şirketleri, bağlı oldukları mahalli idarenin sınırları içerisinde faaliyet göstermektedir. Dolayısıyla ikinci unsur olarak coğrafi anlamda sınırlandırılmış olma şartı sağlanmış olmaktadır. Üçüncü unsur vesayet denetimi açısından bu şirketler, bağlı oldukları mahalli idarelerin vesayet denetimine de tabidir.⁵⁹ Dördüncü olarak bir tüzel kişi olmaları itibarıyla, yönetim ve karar organlarına sahip olmaları, kendi personellerinin, mali yapılarının, mallarının olması itibarıyla belirli bir özerkliklerinin olduğu da kabul edilebilir.

Kamu hizmeti unsuru bakımından, mahalli idare şirketlerinin kamu tüzel kişisi olarak kabulü için bir kamu hizmetinin yürütülmesi, bu hizmet sunumu-

⁵⁸ İsbir, s.452; Sevgili Gençay, s.159.

⁵⁹ Vesayet denetimine ilişkin çeşitli hükümler mahalli idarelerin ilgili kanunlarında yer almaktadır. Örneğin 5393 sayılı Belediye Kanunu md.55 - Belediyelerde iç ve dış denetim yapılır. Denetim, iş ve işlemlerin hukuka uygunluk, malî ve performans denetimini kapsar. ... Belediyelere bağlı kuruluş ve işletmeler de yukarıdaki esaslara göre denetlenir.

nun şirket tarafından üstlenilmesi gerekir. Bu hizmetler mahalli idarenin kendisine verilen görev ve hizmet alanları olarak karşımıza çıkar. Mahalli idareler Anayasa'nın 127. maddesi uyarınca il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulan kamu tüzel kişileridir. Dolayısıyla kamu hizmeti unsuru bakımından şirketlerin faaliyetlerinin kamu hizmeti niteliği taşıyıp taşımadığı tespit edilmelidir. Bu çerçevede mahalli idarelere şirket kurma yetkisi veren 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu, 5393 sayılı Belediye Kanunu ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu hükümlerinde ilgili mahalli idarelerin görev, yetki ve sorumlulukları belirlenmiştir. Mahalli idarelere şirket kurma yetkisi verilen ilgili mevzuat hükümlerine bakıldığında bu şirketlerin mahalli idarenin kendi görev ve yetki alanlarında kurulacağı hükmü karşısında kamu hizmeti sundukları ifade edilmelidir.

Tüm açıklamalarımız çerçevesinde kanaatimizce mahalli idare şirketlerinin TTK'ye göre kurulmuş şirket olmaları ve tüzel kişiliklerini ticaret siciline kayıt ile kazanmaları dolayısıyla mahalli idare şirketlerinin 2017 Anayasa değişikliği öncesinde de özel hukuk tüzel kişisi olarak kabulü gerekmektedir. Ayrıca hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri bakımından da bir tüzel kişiliğin değişiklik öncesi farklı, değişiklik sonrası farklı bir statüye sahip olmasının kabulünde bazı hukuki sorunların ortaya çıkacağı kanaatindeyiz. Ancak bu şirketler, diğerlerinden farklı olarak kamusal niteliği ağır basan özel hukuk tüzel kişilikleri olarak karşımıza çıkar.

Sonuç

Kamu tüzel kişilikleri kamu yararı amacıyla hareket eden, kamu gücü ve ayrıcalıklarına sahip, kamu hizmeti sunmakla yetkili ve görevli tüzel kişilikler olarak karşımıza çıkmaktadır. Kuruluşları Anayasa'da düzenlenmekte ve düzenlemeler dışında kurulmaları söz konusu değildir. Nitekim bu hüküm uyarınca kamu tüzel kişiliği ancak kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulabilir. Ayrıca Anayasa'da açıkça kamu tüzel kişiliğine sahip olduğu belirtilen tüzel kişilikler de kamu tüzel kişisidir.

Kamu kurumları bir hizmete tüzel kişilik tanınmasıyla karşımıza çıkan kamu tüzel kişiliği türlerinden bir tanesidir. Kamu kurumlarının kuruluşunda, bir kamu hizmetinin teknik bilgi ve uzmanlık özellikleri sebebiyle bu hizmetin sunumunun ayrı bir kamu tüzel kişisi eliyle sağlanması amaçlanır. Bir diğer ifadeyle kamu kurumlarında ihtisas ilkesi hakimdir. Kamu kurumları kendi içerisinde çeşitli sınıflandırmalar esas alınarak türlere ayrılmaktadır. Bu sınıflandırmalardan bir tanesi faaliyet alanları bakımından yapılan sınıflandırma olup buna göre tüm ülke çapında faaliyet gösteren, devlet tarafından kurulup idari vesayete tabi olan milli

kamu kurumları ile bir mahalli idare tarafından kurulan ve sadece kendisini kuran mahalli idarenin sınırları içerisinde faaliyet gösteren ve vesayet denetimine tabi olan mahalli kamu kurumları şeklinde ikili bir ayrım yapılabilir.

Mahalli idare şirketleri, il özel idaresi, belediye ve büyükşehir belediyesi tarafından kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında faaliyette bulunmak üzere mahalli idarelerin kendi kanun hükümleri uyarınca kurulan TTK hükümlerine tabi şirketlerdir. Doktrinde bu şirketlerin hukuki statüleri hakkında farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bazı görüşler bu şirketlerin kamu tüzel kişisi olduğu yönünde, bazıları ise özel hukuk tüzel kişisi olduğu yönündedir. Bazı görüşlerde ise hem özel hukuk tüzel kişisi özelliklerine hem de kamu tüzel kişisi özelliklerine sahip karma tüzel kişiliğe sahip olduklarından bahsedilmektedir.

Kanaatimizce mahalli idare şirketlerinin kamu tüzel kişisi olarak kabulü mümkün değildir. Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca kamu tüzel kişiliği ancak kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur. Mahalli idare şirketleri ise kanunun verdiği bir yetkiyle mahalli idareler tarafından kurulmaktadır. Ayrıca Anayasa'da bu şirketlerin hukuki statülerine ilişkin bir hüküm olmadığı düşünüldüğünde kamu tüzel kişisi olduklarına yönelik bir kabulün mümkün olmayacağını düşünüyoruz. Anayasa değişikliği öncesi duruma da bakıldığında şirketlerin kuruluşu kanunun verdiği bir yetkiyle mahalli idareler tarafından gerçekleşmektedir. Ancak bize göre kuruluşları itibarıyla TTK hükümleri uyarınca kurulmaları ve hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri çerçevesinde şirketlerin özel hukuk tüzel kişisi olarak kabulleri gerekmektedir. Bu çerçevede kanaatimizce mahalli idare şirketleri, kamusal niteliği ağır basan, bazı kamu gücü ve ayrıcalıklarına sahip özel hukuk tüzel kişileri olarak kabul edilmelidir. Mahalli kamu kurumlarının kamu tüzel kişiliğine sahip oldukları düşünüldüğünde mahalli idare şirketlerinin özel hukuk tüzel kişisi olmaları, bunların mahalli kamu kurumu olarak kabul edilemeyeceğini göstermektedir.

Kaynakça

- AĞAR**, Serkan: “Kamu Kurumları (Hizmet Yerinden Yönetim Kuruluşları) Teorisi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.2006, S.65, s.277-310.
- AKİPEK**, Jale/**AKINTÜRK**, Turgut/**ATES**, Derya: Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükmüleri Kişiler Hukuku, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., On Altıncı Baskı, 2020.
- AKYILMAZ**, Bahtiyar/**SEZGİNER**, Murat/**KAYA**, Cemil: Türk İdare Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, On Altıncı Baskı, 2023.
- ATAY**, Ender Ethem: İdare Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, Sekizinci Baskı, 2022.
- ÇAĞLAYAN**, Ramazan: “Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kısıtları”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y.2016, C.1, S.7, s.373-398.
- ÇAĞLAYAN**, Ramazan: İdare Hukuku Dersleri, Ankara, Adalet Yayınevi, Dokuzuncu Baskı, 2021.
- DEMİRTAŞ**, Ayşe Nur: “Türkiye’de Belediye Şirketleri Üzerine Bir Değerlendirme”, Atlas Sosyal Bilimler Dergisi, Y.2021, C.1, S.8, 2-2, s.1-19.
- DURAL**, Mustafa/**ÖĞÜZ**, Tufan: Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, Yirmi İkinci Baskı, 2021.
- DURAN**, Lütfi: İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.
- GÖZLER**, Kemal: İdare Hukuku Cilt I, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Üçüncü Baskı, 2019.
- GÖZLER**, Kemal: Mahalli İdareler Hukuku, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Birinci Baskı, 2018.
- GÜNDAY**, Metin: İdare Hukuku, Ankara, İmaj Yayınevi, On Birinci Baskı, 2017.
- GÜVEN**, Kudret: Türk Hukukunun Genel Esasları (Hukuk Başlangıcı), Ankara, Savaş Yayınevi, Birinci Baskı, 2021.
- İSBİR**, Begüm: Kamu Tüzel Kişiliği, Ankara, Turhan Kitabevi, Birinci Baskı, 2017.
- KARAHANOĞULLARI**, Onur: “Belediye Personelinin Hukuki Yapısına İlişkin Gözlemler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.1998, C.47, S.1, s.279-318.
- KARAHANOĞULLARI**, Onur: İdare Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, Birinci Baskı, 2022.
- MALBELEĞİ**, Nida: “Belediye İktisadi Teşebbüsleri Üzerine Bir İnceleme”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Y.2019, C.18, S.1, s.31-60.
- ONAR**, Siddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1967.
- ORAK**, Cem Çağatay: “Kamu Kurumları ve Uzmanlık İlkesi (Kuram ve Uygulamaya İlişkin Gözlemler)”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, S.4, Y.2012, s.291-328.

SANCAKDAR, Oğuz/**ÖNÜT**, Lale Burcu/**US DOĞAN**, Eser/**KASAPOĞLU TURHAN**, Mine/**SEYHAN**, Serkan: İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, İzmir, Seçkin Yayıncılık, Onuncu Baskı, 2021.

SEVGİLİ GENÇAY, Fatma Didem: "Belediye Şirketlerinin Hukuki Statüsü", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.134, Y.2018, s.153-176.

TAN, Turgut: İdare Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş Üçüncü Bası, 2014.

ULUSOY, Ali: Yeni Türk İdare Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, Üçüncü Baskı, 2020.

YILDIZ, Muhammed Emin: "Felsefi Perspektiften Hukuksal Bir Retorik Bakış: Belediye Şirketleri ve İdarenin Kanuniliği İlkesi", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Y.2020, S.2, s.321-352.

ZABUNOĞLU, Yahya Kazım: İdare Hukuku Cilt 1, Ankara, Yetkin Yayınları, Birinci Baskı, 2012.

İnternet Kaynakları

<https://dergipark.org.tr>

<https://www.kazanci.com.tr>

<https://www.mevzuat.gov.tr>

<https://sozluk.gov.tr>

<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr>

Bilgi Suistimali Suçu

The Crime of Insider Trading

Arş. Gör. **İbrahim ÇETİN** (*)

Öz:

Bilgi suistimali suç, hukuk ve ekonomi alanlarını birlikte ilgilendiren bir suç tipidir. Suç, Türk hukukunda 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 106. maddesinde düzenlenmektedir. 6362 sayılı Kanun'un birinci maddesi incelendiğinde, kanunun amaçladığı hedeflere ulaşmak için özel hukuk enstrümanlarının yeterli olmayacağı düşüncesi ile cezai hükümlerin düzenlendiği ve sermaye piyasasının koruma altına alındığı görülmektedir. Bu da sermaye piyasası suçları ve bu suçlardan birisi olan bilgi suistimali suçunun düzenlenmesi sonucunu doğurmuştur. Söz konusu suç, uygulamada nadiren karşılaşılan bir suç olmasına rağmen suçtan kaynaklanan haksız kazancın ulusal ekonomilere zarar verebilecek ölçüde olma potansiyeli sebebiyle, büyük önem teşkil etmektedir. Bu çalışmada ilgili suç, suç genel teorisi ve uluslararası hukuk düzenlemeleri çerçevesinde incelenmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler:

Bilgi Suistimali, İçeriden Öğrenen, Suç.

Abstract:

The crime of insider trading is a type of offense that involves both the fields of law and economics. This crime is regulated under Article 106 of the Law No.6362 on the Capital Markets in Turkish law. When the first article of the Law No.6362 is examined, it is seen that the penal provisions are regulated and the capital market is taken under protection, with the thought that private law instruments will not be sufficient to achieve the aims of the Law. This has resulted in the regulation of capital market crimes and the crime of insider trading which is one of these. The aforementioned crime, although rarely encountered in practice, holds significant importance due to the potential for the unlawful profit arising from it to be substantial enough to cause harm to national economies. In this study, the mentioned crime will be examined within the framework of general principles of criminal law and international legal regulations.

Keywords:

Insider Trading, Insider, Crime.

(*) Başkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi, Ankara - Türkiye,
E-posta: ibrahimcetin@baskent.edu.tr; Orcid No: <https://orcid.org/0000-0001-5504-9678>.
Makale Geliş Tarihi: 20.08.2023 - Makale Kabul Tarihi: 26.09.2023.

Giriş

Türk hukukunda “bilgi suistimali suçu” 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun (SPKan) 106. maddesinde düzenlenmektedir.¹ Türk doktrininde yazarlarca farklı isimlerle ele alınan suç, uluslararası hukukta da farklı şekillerde isimlendirilmiştir. Suça ilk kez, *insider trading*, *insider dealing* gibi isimlerle Amerikan² ve İngiliz³ hukukunda rastlanmaktadır. İngiltere’nin kanuni düzenlemelerine bakıldığında “*insider dealing*” ifadesiyle karşılaşılrken İngiliz mahkeme kararlarında ve doktrinde “*insider trading*” ifadesinin yoğun olarak kullanıldığı gözlemlenmektedir. Suç, Almanya⁴ ve İsviçre doktrinlerinde İngilizce aslının doğrudan tercümesi ile kullanıldığı gibi farklı şekillerde de ifade edilmiştir. Fransız doktrininde ise İngilizce ifadenin doğrudan karşılığı olan terimin kullanımı benimsenmiştir.⁵ Dolayısıyla suçun isimlendirilmesi bakımından bir birliğin varlığından söz edilememektedir.

¹ Madde 106 - “Doğrudan ya da dolaylı olarak sermaye piyasası araçları ya da ihraççılar hakkında, ilgili sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkileyebilecek nitelikteki ve henüz kamuya duyurulmamış bilgilere dayalı olarak ilgili sermaye piyasası araçları için alım ya da satım emri veren veya verdiği emri değiştiren veya iptal eden ve bu suretle kendisine veya bir başkasına menfaat temin eden;

a) İhraççıların veya bunların bağlı veya hâkim ortaklıklarının yöneticileri,

b) İhraççıların veya bunların bağlı veya hâkim ortaklıklarında pay sahibi olmaları nedeniyle bu bilgilere sahip olan kişiler,

c) İş, meslek ve görevlerinin icrası nedeniyle bu bilgilere sahip olan kişiler,

ç) Bu bilgileri suç işlemek suretiyle elde eden kişiler,

d) Sahip oldukları bilginin bu fıkrada belirtilen nitelikte bulunduğunu bilen veya ispat edilmesi hâlinde bilmesi gereken kişiler, üç yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılırlar. Ancak, bu suçtan dolayı adli para cezasına hükmedilmesi hâlinde verilecek ceza elde edilen menfaatin iki katından az olamaz.”

² Doktrinde bilgi suistimali suçunun ilk olarak Amerika’da 1980 Chiarella v. United States davasında 1934 tarihli Amerikan Menkul Kıymetler Borsası Kanunu’nun 10b-5 hükmünün uygulanmasıyla görüldüğü ifade edilmektedir. Bkz. AGUILAR JR., Rodolfo J.: “Securities Regulation: Nondisclosure of Insider Information, Chiarella v. United States”, Louisiana Law Review, V.41, Y.1981, s.1296; 1934 tarihli bu kanunun bilgi suistimali fiilini sermaye piyasasının işlerliği açısından bir sorun olarak ele alan ilk düzenleme olduğu kabul edilir. Bkz. UĞRAŞ, Dilek Özge: “Bilgi Suistimali Suçu (İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu)”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.12, S.47, 2021, s.465, 466.

³ İngiliz hukukunda bilgi suistimali suçu, 1285 yılında I. Edward’ın (1272-1307 yılları arasında hüküm sürmüştür.) Londra’da borsa simsarlarına ruhsat vermesiyle başlayan düzenlemelere kadar uzanan bir geçmişe sahiptir. Bkz. AGUILAR JR., s.1296; İngiltere’de “*insider trading*” ifadesiyle anılan suç hakkında ilk yasa ise 1980 yılındaki Şirketler Kanunu’yla olmuştur. Bkz. THAPA, Rojina: “Insider Trading: A Brief Overview of Legal Regime in USA, UK, India and Nepal”, Mirmire-Economic Article Special Issue 2010, V.38, N.293, Y. January/February 2010, s.4.

⁴ “Almanya’da ilk olarak 1970 yılında Ekonomi Bakanlığı’na bağlı bir komisyon tarafından sermaye piyasalarındaki bilgi suistimali problemine ilişkin çözüm önerileri; menkul kıymetler borsası çalıştayları ve sendikalar tarafından tavsiye niteliğinde, genel bağlayıcılığı olmayan usule ilişkin yönetmelik, tacirler ve danışmanlara yönelik kurallar ve direktifler şeklinde ele alınmıştır. Hukuki olarak hiçbir bağlayıcılığı olmayan, tavsiye niteliğindeki bu kararlardan sonra yasal düzenlemenin yapılması ve bilgi suistimalinin cezai yaptırıma bağlanması ilk olarak Avrupa Topluluğu’nun 13.11.1989 tarihli direktifini dayanan alan 01.08.1994 tarihinde yürürlüğe giren Menkul Kıymetler Ticareti Kanunu (WpHG) ile gerçekleşmiştir.” Bkz. UĞRAŞ, s.466.

⁵ EVİK, Ali Hakan/EVİK, Vesile Sonay: “İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu”, İÜHFİM, C.63, S.1-2, Y.2005, s.4, 5.

Suç, Türk doktrininde ilk kez 1980'li yıllarda ele alınmış ve "içeriden öğrenenlerin ticareti" ismiyle anılmıştır.⁶ Suçun kanuni bir düzenlemeye kavuşması sürecinde farklı yazarlar tarafından farklı şekillerde ele alınsa da İngilizce terimi doğrudan karşılayan "içeriden öğrenenlerin ticareti" ifadesinin kanuni düzenleme öncesinde yoğunlukla tercih edildiği görülmektedir.⁷ Ancak yürürlükteki SPKan suçu, "bilgi suistimali" başlığı ile düzenlemeyi uygun bulmuştur.⁸ Hâliyle de doktrinde artık bilgi suistimali suçu olarak anılmaya başlanmıştır.

Bu çalışmada öncelikle SPKan md.106'da düzenlenen suçun daha doğru şekilde anlaşılabilmesi için değinilmesinde fayda olduğu düşünülen bazı kavramlar üzerinde durulacak; devamında ise suç genel teorisi çerçevesinde suç incelenecek, böylece uygulamada sıklıkla karşılaşılmayan⁹ bir suç olan bilgi suistimali suçunun belirsiz sınırları kanunilik ilkesi kapsamında açıklanmaya çalışılacaktır. Son olarak suçun ortaya çıkış biçimleri, suça ilişkin yaptırım ve muhakeme üzerinde durularak çalışma tamamlanacaktır.

⁶ TEKİNALP, Ünal: "İçerden Öğrenenlerin Ticareti Sorunu", İktisat ve Maliye Dergisi, C.13, S.9, Y.1986, s.310; KARASIOĞLU, Fehmi: "İçeriden Öğrenenler Ticareti (Insider Trading) ve Türkiye'de Muhasebenin Yatırımcılara Bilgi Sağlama Sorumluluğu, Süleyman Demirel Üniversitesi İİBF Dergisi, S.3, Y.1998, s.115.

⁷ İlgili suç 28.07.1981 tarihli ve 2499 sayılı mülga SPKan'a 29.04.1992 tarihinde 3794 sayılı kanunla yapılan değişikliklerle eklenmiş, "cezai sorumluluk" başlığı ile söz konusu kanunun 47. maddesinin A-1 nolu bendinde düzenlenmiştir.

Madde 47 - "Diğer kanunlara göre daha ağır bir cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde; A) 1. Sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, henüz kamuya açıklanmamış bilgileri kendisine veya üçüncü kişilere menfaat sağlamak amacıyla kullanarak sermaye piyasasında işlem yapanlar arasındaki fırsat eşitliğini bozacak şekilde mameleki yarar sağlamak veya bir zararı bertaraf etmek, içerden öğrenenlerin ticaretidir. Bu fiili işleyen 11 inci madde kapsamındaki ihraççılarla, sermaye piyasası kurumlarının veya bunlara bağlı veya bunlara hâkim işletmelerin yönetim kurulu başkan ve üyeleri, yöneticileri, denetçileri, diğer personeli ve bunların dışında meslekleri veya görevlerini ifa etmeleri sırasında bilgi sahibi olabilecek durumda olanlarla, bunlarla temasları nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak bilgi sahibi olabilecek durumdaki kişiler, (...) fillerden dolayı iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin günden onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır."

⁸ Bu husus doktrinde SPKan'ın gerek yabancı literatürde gerek Türk literatüründe artık yerleşmiş olan terminolojiyi değiştirmesi sebebiyle eleştirilmiş ve eski kullanıma dönülmesi önerisinde bulunulmuştur. Bkz. TURANBOY, Asuman: "6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununa Tabi Halka Açık Bankalar Bakımından Piyasa Dolandırıcılığı ve Bilgi Suistimali Suçları", Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Sempozyumu, Banka Hukukuna Genel Yaklaşım, Teori-Uygulama, Ankara 2015, s.216.

⁹ SPK raporlarına göre Türkiye'de bilgi suistimali suçu dolayısıyla kurum tarafından 2016 yılında 1 kez, 2017 yılında 0, 2018 yılında 6 kez, 2019 yılında ise 7 kez suç duyurusunda bulunulduğu görülmüştür. Almanya'daki verilerle bakıldığında ise, Alman Federal Finansal Hizmetler Denetleme Kurumu'nun 2018 yılında yayınlanan raporunda bilgi suistimali şüphesiyle savcılık tarafından yürütülen toplam soruşturma sayısının 2015 yılında 41, 2016 yılında 93, 2017 yılında ise 41 olduğu görülmüştür. Bilgi suistimali suçundan kaynaklanan haksız kazançta bir örnek olarak, 2012 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nde bir kişi bilgi suistimali suçunu işleyerek 276 milyon \$ haksız kazanç elde etmiştir. Buradan hareketle suçun oldukça az sayıda işlendiği ancak her ne kadar sayısal olarak az işlenen bir suç olsa da suç sonucu ortaya çıkan haksız kazancın ulusal ekonomilere zarar verebilecek ölçüde olabileceği görülmektedir. Bkz. UĞRAŞ, s.464.

I. Temel Kavramlar

A. Genel Olarak

Sermaye piyasasında yatırım, beklentiler üzerinden yürütülmektedir. Yatırımcının beklentileri ise bilgi üzerinden şekillenmektedir.¹⁰ İlgili menkul kıymet ve piyasa hakkında pozitif haberler getiri beklentilerini artıracak, fiyatlar bu bilgiden hareketle yukarı yönlü hareket edecektir. Negatif durumlarda ise tam tersi şekilde geleceğe yönelik getiri beklentileri azalacak, fiyatlar aşağı yönlü hareket edecektir. Bu nedenle, piyasada oluşabilecek bir *bilgi asimetrisi* yatırımcılarda piyasaya ilişkin güvensizliğe sebebiyet verebilir, bununla birlikte oluşacak güvensizliğin yanında bilgi asimetrisinden yararlanarak haksız kazanç elde etmek de söz konusu olabilir.¹¹

Etkin piyasa hipotezine göre bilgi asimetrisi, *“zayıf ve yarı zayıf formda piyasalarda modellerinde rastlanan bir sorundur. Kuvvetli formda olan piyasalarda herkes bilgiye eşit zaman ve maliyette ulaşabilmektedir. Bilgiye eşit ulaşabilmek, sermaye piyasalarının şeffaflığını yansıtmaktadır. Yatırımcıların tümünün bilgiyi aynı anda ve eksiksiz edinmesi, sermaye piyasasının amacına ulaşmasını sağlar.”*¹²

Piyasalarda meydana gelebilecek güveni zedeleyici hareketler, sermaye piyasasının likidite sağlama ve küçük sermayelerin ekonomiye yayılmasını zorlaştırmaktadır. Bununla birlikte, yeni yatırımcıların pay piyasasına girişine de engel olmaktadır. Bu durum da piyasaları olumsuz etkilemektedir.¹³ İşte bu gibi olumsuzlukların olabildiğince önüne geçebilmek amacıyla kanun koyucu belli fiilleri cezalandırmak yoluna gitmiştir.

Geniş bir tanımlamayla sermaye piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlamak amacıyla kanunda düzenlenmiş olan suçlar *“sermaye piyasası suçları”* olarak tanımlanabilir.¹⁴ Bir başka tanıma göre ise sermaye piyasası suçları, *“piyasanın işlevselliği ve yatırımcının korunması şeklindeki hukuksal değerleri ihlal eden, karşılığında öngörülen yaptırım bakımından ise söz konusu değerleri koruyan suçlar”* olarak tanımlanmaktadır.¹⁵

¹⁰ TURANBOY, Asuman: Insider Muameleleri (Şirkete Ait Gizli Bilgilerin Haksız Kullanımı), Adalet Matbaacılık, Ankara 1990, s.9.

¹¹ MANAVGAT, Çağlar: “Bilgiye Dayalı Manipülasyonda Menfaat Elde Etme Şartının Yerindeliği”, BATİDER, C.33, S.2, Haziran 2017, s.32.

¹² GÜNDOĞDU, Aysel: “Türk Sermaye Piyasasında Bilgi Suistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı Suçu Düzenlemelerinin İrdelenmesi”, Maliye-Finans Yazıları, S.108, Y.2017, s.10.

¹³ BAYINDIR, Sinan: Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Manipülasyon Suçu, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011, s.23.

¹⁴ AKSOY, Zeki: Türk Sermaye Piyasası Hukukunda İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu (Bilgi Suistimali), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s.84.

¹⁵ DURSUN, Selman: Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2010, s.103; *“Sermaye piyasalarında bazı cezai sorumluluklara yer verilmiştir. Sermaye piyasası suçları kavramı, sermaye piyasası hukukuna ilişkin fakat özel hukuk ve idare*

Tanımda sözü edilen bu korumadan yararlanılmasının amacı “ekonomik işlemler bakımından, gerçekleştirilen faaliyetin başarısı için piyasalarda işlem gerçekleştiren kişilerin kazanç sağlama istek ve arzusunun sağlanması”dır. Devlet bu noktada “kişinin kazanç sağlamaya yönelik istek ve arzusunu sağlama amacının meşru kabul edilebilecek bir kazançla yönelik olmasını sağlama noktasında bir hakem görevi” icra edecektir.¹⁶

Sermaye piyasalarında işlenebilecek suçlar muhtemel olarak ağır kamu zararına, sermaye piyasasında düzenin bozulmasına ve güvenin sarsılması tehlikesinin doğmasına sebebiyet verebilir. İşte bu tehlikelerin önlenmesi amacıyla ceza hukukunun önleyici etkisine başvurulmakta ve sermaye piyasası suçları öngörülmektedir.¹⁷

B. İçeriden Öğrenen¹⁸

Bilgi suistimali diğer adıyla içeriden öğrenenlerin ticareti suçunun meydana gelebilmesi için öncelikle içeriden öğrenen bir kimsenin varlığı gereklidir. Genel bir ifadeyle, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını doğrudan etkileyebilecek nitelikteki henüz kamuya açıklanmamış bilgiyi kendisine veya bir başkasına menfaat sağlamak için kullanan kişi, içeriden öğrenen olarak tanımlanabilir.¹⁹ Ancak gerek uluslararası doktrinde gerekse Türk hukukunda içeriden öğrenenin doğrudan ve kabul görmüş bir tanımı bulunmamaktadır. Ancak yine de kavramın uluslararası hukuktaki yazarlar ve mahkeme kararlarınca yapılan tanımlamalarına değinmek kavramı anlamak bakımından önem teşkil etmektedir.

Amerikan hukukunda ifade edildiği üzere doğrudan bir “insider” tanımı na rastlanmamaktadır.²⁰ Genel olarak doktrinde yapılan tanımlama ise; firmalara

hukuku alanlarından bağımsız, ceza hukuku ile ilişkili bir kavramdır. Zira sermaye piyasası hukukunda öngörülen suçlar aracılığıyla, piyasalarda güven ortamı ile düzenin sağlanması ve bu sayede de yatırımcıların rahatlıkla işlemlerini gerçekleştirebilmesi amaçlanmaktadır. Bu amaç doğrultusunda da caydırıcılığı sağlamak ve sermaye piyasalarında suç işlenmesinin önüne geçebilmek amacıyla ceza hukuku korumasından yararlanılmıştır. Bu noktada ceza hukukunun hukuksal değerleri koruma işlevinden yararlanılmaktadır.” DURSUN, s.101.

¹⁶ ERMAN, Sahir: Ekonomik Suçların Tespitinde Suç Siyaseti, İÜHF Yayını, İstanbul 1984, s.14; BEZCİ, M. Yiğit: Sermaye Piyasası Kanununda Yer Alan Suçlar, İdare Hukuku Açısından Sermaye Piyasası İçinde, (Editör: Meltem KUTLU GÜRSEL), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s.257.

¹⁷ DURSUN, s.102; ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞKIZI, Pinar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 12. Baskı, Ankara 2021, s.585-587.

¹⁸ Terim uluslararası doktrinde ve bazı Türk yazarlar tarafından “insider” ifadesi ile anılmaktadır. Bkz. BAINBRIDGE, Stephen M.: “The Law and Economics of Insider Trading: A Comprehensive Primer”, SSRN, February 2001, s.45; TURANBOY, Insider Muameleleri, s.126.

¹⁹ TURANBOY, Insider Muameleleri, s.126.

²⁰ Her ne kadar doğrudan bir tanım olmasa da daha sonra yapılan tanımlara temel teşkil eden düzenleme 1934 yılında Menkul Kıymetler Borsası Kanunu’nda yapılmıştır. Tanıma göre içeriden öğrenen, “menkul kıymet ihraç eden bir işletme ile herhangi sebepten dolayı güvene dayalı veya özel ilişkisi bulunup, işletmenin henüz kamuya açık olmayan fiyata duyarlı bilgisinin farkında

olan yakınlığı sebebiyle içeriden bilgilere erişebilen, bu bilgileri fiyatlandırma ve değerlendirme yeteneği ile kendisine menfaat sağlayan kimseler, şeklindedir.²¹ Bir tanım yapmaktan çekinen yazarlar ise *Commission v. Texas Gulf Sulphur Company* davasında mahkeme tarafından yapılan tanımlamayı esas almaktadır. Tanıma göre içeriden öğrenen, çalıştıkları konum nedeniyle şirket hakkında kamuya açıklanmamış değerli bilgiye sahip olan işçiler, memurlar, yöneticiler ve önemli paya sahip olan hissedarlardır.²² Kararda içeriden öğrenen, bir statü olarak ele alınmış; konumları sebebiyle bu tür bilgilere sahip olup şirkete güven ve sadakat yükümlülüğü ile bağlı kişiler doğrudan içeriden öğrenen olarak kabul edilmiştir.²³

Avrupa Birliği hukukunda ise Amerikan hukukunun aksine şirkete güven ve sadakat yükümlülüğü ile bağlı kişilerin varlığı aranmamaktadır.²⁴ Bunun yerine çok daha geniş bir tanımlama ile bilginin içeriden olduğunu bilen veya bilmesi gereken kimsenin içeriden öğrenen olduğunu kabul edilmektedir.²⁵ Bununla birlikte ilgili tanımın yer aldığı tüzükte daha sonra detaylı şekilde ele alınacağı üzere Türk hukukuna benzer bir sayma yoluna da gidilmiştir. Buna göre; ihraççının yöneticileri, idarecileri veya denetim organlarının üyeleri, ihraççının pay sahipleri, iş veya görevleri nedeniyle içeriden öğrenilen bilgiye erişenler, suça dayalı faaliyetleriyle içeriden öğrenilen bilgiye erişen kişiler içeriden öğrenen olarak kabul edilmiştir. Ancak geniş tanımlamayla örtüşür şekilde sayılan kişiler dışında kalsa da elde ettiği bilginin içeriden öğrenilen bilgi olduğunu bilen veya bilmesi gereken kimsenin içeriden öğrenen olarak kabul edileceği düzenlenmiştir.

Türk hukukunda ifade edildiği üzere Avrupa Birliği hukukuna benzer şekilde bir sayma yoluna gidilmiş aynı zamanda genel bir tanım da benimsenerek sayma ile ortaya çıkabilecek sorunlar bertaraf edilmeye çalışılmıştır. Buna göre; “*ihraççıların veya bunların bağlı veya hâkim ortaklıklarının yöneticileri, ihraççıların*

olan ve bu bilgiye doğrudan veya dolaylı olarak ulaşabilen kişiler” şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. §240.10b-5 Employment of manipulative and deceptive devices, <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/17/240.10b-5>, (E.T.17.08.2023); ESEN, M. Fevzi: “Vakalarla İçeriden Öğrenenler Ticareti Tarihi ve Düzenlemeleri”, *Journal of Accounting, Finance and Auditing Studies*, Y.2016, s.160.

²¹ GOSHEN, Zohar/PARCHOMOVSKY, Gideon: “The Essential Role of Securities Regulation”, *Duke Law Journal*, Vol.55, Num.4, February 2006, s.722.

²² *Securities and Exchange Commission v. Texas Gulf Sulphur Company*, 258 F. Supp. 262 (S.D.N.Y.1966), <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/258/262/1510735/>, (E.T.17.08.2023).

²³ AKSOY, s.28.

²⁴ BAKKALCI, Şebnem Meral: “Avrupa Birliği’nde İçerden Öğrenenlerin Ticareti ile İlgili Hukuki Düzenlemeler”, *Aksaray Üniversitesi İİBF Dergisi*, C.1, S.1, Y. Ocak 2009, s.44.

²⁵ Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014, Official Journal of the European Union, 12.06.2014, Article 8, Insider Dealing. Bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0596&from=EN>, (E.T.17.08.2023).

veya bunların bağlı veya hâkim ortaklıklarında pay sahibi olmaları nedeniyle bu bilgilere sahip olan kişiler, iş ve görevlerinin icrası nedeniyle bu bilgilere sahip olan kişiler, bu bilgileri suç işlemek suretiyle elde eden kişiler” içeriden öğrenen olarak kabul edilmiştir. Ayrıca “sahip oldukları bilginin içeriden öğrenilen bilgi olduğunu bilen veya ispat edilmesi hâlinde bilmesi gereken kişiler” de kanun gereği içeriden öğrenen olarak kabul edilmektedir.²⁶

C. İçeriden Öğrenilen Bilgi

İçeriden öğrenilen bilgi, SPKan’da doğrudan tanımlanmış değildir. Ancak bir tanım yapmak gerekirse, “sermaye piyasası araçlarının değerine etki edebilecek nitelikte, henüz kamuya açıklanmamış, kesin ve güvenilir bilgi” olarak tanımlanabilir.²⁷

SPKan’a benzer şekilde Amerikan hukukunda da içeriden öğrenilen bilginin bir tanımı yapılmamış, içeriden öğrenilen bilginin ne olduğu mahkeme kararları üzerinden şekillendirilmiştir.²⁸

Avrupa Birliği hukukunda ise içeriden öğrenilen bilgi tüzüğün ilgili maddesinde detaylı şekilde düzenlenmiştir. Buna göre içeriden öğrenilen bilgi; doğrudan ya da dolaylı olarak henüz kamuya açıklanmamış, kesin nitelikte, ihraççılar veya finansal araçlarla ilgili olan ve kamuya açıklandığında finansal araçların fiyatları üzerinde önemli ölçüde etkiye sahip olabilecek bilgi olarak tanımlanmaktadır.²⁹

Her ne kadar SPKan’da içeriden öğrenilen bilginin tanımına yer verilmemiş olsa da söz konusu kanuna binaen düzenlenen “Özel Durumlar Tebliği”ne göre içeriden öğrenilen bilgi “içsel bilgi” adıyla, “sermaye piyasası araçlarının değerini, fiyatını veya yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyebilecek, henüz kamuya açıklanmamış bilgi, olay ve gelişmeler” şeklinde tanımlanmıştır.³⁰ Bir tanım yapılmış olmakla birlikte “içsel bilgi”nin ne gibi özelliklere haiz olması gerektiği tebliğ ile de detaylı şekilde ifade edilmemiştir.

Bilineceği üzere her türlü bilgi içsel bilgi değildir. Söz konusu suça vücut verecek bilgi, belli özelliklere sahip bilgidir. Bu özelliklerin neler olduğu Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) tarafından hazırlanan Özel Durumlar Rehberi ile belirlen-

²⁶ İlgili kavramların tanımları için Bkz. Sermaye Piyasası Kanunu - Madde 3 - Kısaltmalar ve Tanımlar <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6362.pdf>, (E.T.17.08.2023).

²⁷ AKSOY, s.34.

²⁸ Detaylı bilgi için Bkz. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/426/438/>, (E.T.17.08.2023).

²⁹ Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014, Official Journal of the European Union, 12.06.2014, Article 7, Insider Dealing. Bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0596&from=EN>, (E.T.17.08.2023).

³⁰ Özel Durumlar Tebliği (II-15.1), Detaylı bilgi için Bkz. <https://mevzuat.spk.gov.tr/Mevzuat/Dosya/81>, (E.T.17.08.2023).

meye çalışılmıştır. Rehberde göre içsel bilgi, “somut bir olaya ilişkin, rasyonel bir yatırımcının yatırım kararını alırken önemli kabul edebileceği, kamuya açıklanmamış durumlarla ilgili, bilgiyi kullanan kişiye bu bilgiden haberi olmayan diğer yatırımcılara nazaran avantaj sağlayabilecek olan, kamuya açıklandığı takdirde söz konusu sermaye piyasası aracının değerinde, fiyatında veya yatırımcıların yatırım kararları üzerinde etki yaratabilecek, bilgi, olay ve gelişmeler” şeklinde tanımlanmıştır.³¹

Yapılan bu tanımla birlikte rehber, içsel bilginin sahip olması gereken özelliklere de değinmiştir. Rehber içsel bilgiyi; tahminden, öngöründen, söylentiden, spekülasyondan ayıran özelliklerin bu özellikler olduğunu ifade etmiş, içsel bilgide bulunması gereken özellikleri ise; bilginin kesin ve güvenilir olması,³² fiyata veya değere veya yatırımcıların kararlarına etkili olması, sermaye piyasası araçları veya ihraççılarla ilgili olması, kamuya açıklanmamış olması şeklinde sıralamıştır.³³

Ancak her ne kadar rehberde içsel bilginin özelliklerine yer verilmiş olsa da söz konusu rehberde yer alan düzenlemeler genel düzenleyici idari işlem³⁴ niteliğinde olduğundan suçun içeriğinin bu şekilde doldurulması suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımından tartışmalıdır. İçsel bilginin çerçevesinin genel düzenleyici idari işlem ile belirlenmesi suçta belirlilik ilkesi bakımından eleştirilmektedir. Bu tartışma daha sonra detaylı şekilde ele alınacaktır.

II. Bilgi Suistimali Suçu

A. Genel Olarak

Sermaye piyasaları, “tek başına ekonomi içerisinde önemli bir yer işgal etmeyen küçük tasarrufların bir araya gelmek sureti ile sermaye sahibi müteşebbislere aktarılması, böylece yüklü sermaye birikimlerine dönüşerek büyük yatırımlara ve ekonomik hayata katılımının sağlanmasını” amaçlar. Bu şekilde küçük tasarruf sahipleri hem ülke ekonomisine katılabilir hem de tasarrufunu sermaye piyasası araçlarında değerlendirerek karşılığında faiz, kar payı gibi menfaatler elde

³¹ Özel Durumlar Rehberi, Detaylı bilgi için Bkz. <https://mevzuat.spk.gov.tr/Rehber/Dosya/13>, (E.T.17.08.2023).

³² “Bilginin kesin olma özelliği mutlak anlamda bilginin gerçek olduğu anlamına gelmemektedir Kesinlik gerçeklik kadar katı ve dar bir kavram değildir. Bilginin gerçek olabilmesi için yatırım kararı alındığı anda var olması gerekir. Buna karşın sadece mevcut değil, somut bulgulardan gelecekte gerçekleşmesi beklenen bilgiler de kesin bilginin kapsamına girer. Bu çerçevede kesinlik ifadesiyle kastedilen bilginin fiyata etkisini anlamayı mümkün kılan belirlenebilir maddi içeriğe sahip olmasıdır.” AKSOY, s.181, dp. 465.

³³ Özel Durumlar Rehberi, Detaylı bilgi için Bkz. <https://mevzuat.spk.gov.tr/Rehber/Dosya/13>, (E.T.17.08.2023).

³⁴ Detaylı bilgi için bkz. GÜNEŞ, Turan: Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları-Sevinç Matbaası, Ankara 1965.

eder. Bu aktarımlar da büyük oranda borsa olarak adlandırılan “teşkilatlanmış piyasalarda” menkul kıymet vasfına sahip çeşitli sermaye piyasası araçları vasıtası ile gerçekleşir.³⁵

SPKan’ın “Amaç” başlıklı birinci maddesi incelendiğinde kanunun amacının “sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesi” olduğu görülmektedir.³⁶ Bu amaca ulaşmak için özel hukuk enstrümanlarının yeterli olmayacağı düşüncesi ile cezai hükümler düzenlenmiş ve sermaye piyasası koruma altına alınmıştır. Böylece sermaye piyasası suçları doğmuştur.³⁷

Bilgi suistimali, “sermaye piyasalarında kamunun dürüst aydınlatılma ilkesini ihlal eden, güven unsurunu zedeleyen yapay piyasa hareketleri ile mücadele etmek ve sermaye piyasalarında eşitlik ve dürüstlüğü tesis etmek amacıyla ultimo ratio diğer bir ifadeyle son çare olarak cezai yaptırıma bağlanmıştır.”³⁸ Bu suç tipi aynı zamanda “kamuyu aydınlatma ilkesi”ni de zedelemektedir.³⁹

Doktrinde söz konusu suç, geniş anlamda; “menkul değerleri sermaye piyasasında işlem görmekte olan bir şirketin mali ve iktisadi durumu hakkında henüz kamuya açıklanmamış olan birtakım bilgilerin, bir şekilde elde edilip rekabete ve dürüstlük ilkelerine aykırı şekilde kullanılarak menkul kıymet ticareti yapılması” şeklinde tanımlanmıştır.⁴⁰ Suça ilişkin yapılan başka bir tanımlama ise, “hisseleri işlem gören bir şirkete veya piyasaya ilişkin olarak kamuya açıklanmamış ve sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek özellikte bilgilere sahip bir kişi tarafından sermaye piyasası araçlarına ilişkin hukuka aykırı işlem yapılması” şeklindedir.⁴¹ Bu bölümde söz konusu suç, suç genel teorisi çerçevesinde incelenecektir.

³⁵ KIZILYEL, Güventürk: “Halka Açık Şirketlerde Bilgi Suistimali Suçu ‘Insider Trading’”, İstanbul Barosu Dergisi, C.91, S.2, Y.2017, s.79.

³⁶ Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6362.pdf>, (E.T.17.08.2023).

³⁷ TURANBOY, Insider Muameleleri, s.205, 206.

³⁸ ARSLAN, Çetin/ÖZDEMİR, Didar: “Türk Ceza Hukukunda Bilgi Suistimali Suçu”, International Conference on Eurasian Economies, Session 2D: Hukuk, Y.2018, s.405.

³⁹ EVİK/EVİK, s.3; “Örneğin; halka açık bir maden şirketi yeni bir rezerv altın bulunduğunu kamuya açıklamadan önce şirket genel müdürü şirket payından satın alıp sonra bilgiyi kamuya açıklar ve bu işleminden kazanç sağlar ise burada bilgi suistimali suçu söz konusudur.” Bkz. SANCAK, Ethem: Sermaye Piyasası Sözlüğü - Önemli 101 Kavram, Scala Yayıncılık, İstanbul 2014.

⁴⁰ EVİK/EVİK s.7.

⁴¹ OKUYUCU ERGÜN, Güneş: “Bilgi Suistimali Yasağının Muhatabı”, BATİDER, Y.2021, C.37, S.1, s.8.

B. Hukuki Konu ve Mağdur

Suçun hukuki konusu, ceza normu tarafından korunan ve suç ile ihlal edilen hukuki varlık veya menfaattir.⁴² Ceza hukuku kapsamında yasaklanan fiillerin yani suçların tümünün bir hukuki konusu vardır.⁴³ Suçun mağduruysa ceza normu ile korunan hukuki varlık veya menfaatin hamilidir.⁴⁴

Sermaye piyasasının geneline baktığımızda piyasanın kamu ekonomisine olan katkısı ve buradan doğan kamu yararı temel alındığında sermaye piyasası suçlarının tamamında korunan hukuki menfaatin “*piyasanın işlerliği ve yatırımının korunması*” olduğu söylenebilir.⁴⁵ Bilgi suistimali suçunu düzenleyen 106. maddenin gerekçesi incelendiğinde maddenin düzenlenmesindeki amacın “*sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf bir şekilde çalışması ile yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması açısından içeriden öğrenenlerin ticaretinin kritik bir öneme sahip olduğu*” belirtilmiş, “*sermaye piyasası araçlarının fiyatının ve değerinin oluşmasında özellikle; söz konusu sermaye piyasası aracı ve ilgili ihraççıyla ilişkin olarak ortaya çıkan bilgilerin büyük bir önem taşıdığı*” ifade edilmiş, devamında ise bu “*bilgilerin şeffaf ve adil bir şekilde tüm yatırımcılara sunulmasının*” önemine vurgu yapılmıştır.⁴⁶

Buradan hareketle madde, gerekçe ve kanunun amacı çerçevesinde suçun hukuki konusunun piyasanın güvenilirliğinin, işlerliğinin ve etkinliğinin sağlanması olduğu bunun yanında yatırımcılar arası bilgi eşitliğinin sağlanarak yatırımcının korunmasının da hukuksal değer olarak ikincil planda korunduğu söylenebilir.⁴⁷ Tüm bu açıklamalar ışığında suçun yapısı itibariyle birden fazla hukuki menfaati koruyan bir suç olduğu ifade edilebilir.⁴⁸

⁴² TOROSLU, Nevzat/TOROSLU, Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, 24. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara 2018, s.109; HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 2017, s.199; ÜNVER, Yener: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayınları, Ankara 2003, s.46.

⁴³ TOROSLU, Nevzat: Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, AÜHF Yayınları, Ankara 1970, s.72.

⁴⁴ KATOĞLU, Tuğrul: “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, AÜHFD, C.61, S.2, Y.2012, s.660, 661.

⁴⁵ TERCAN, Erkan: “İşleme Dayalı Yapay Piyasa Oluşturma Suçu ve Bu Suçla İlgili Hareketlerin Elverişliliği Tartışması”, BATİDER, C.26, S.3, Y.2010, s.165; DURSUN s.102.

⁴⁶ Bkz. <https://mevzuat.spk.gov.tr/Mevzuat/Dosya/195>, (E.T.17.08.2023).

⁴⁷ Suçun hukuki konusuna ilişkin doktrindeki diğer bazı görüşler şu şekildedir; Erman’a göre, “*içeriden öğrenenlerin ticareti fiilinin cezalandırılmasıyla korunmak istenen menfaat, sermaye piyasalarındaki şeffaflıktan herkesin yararlanmasını sağlamak ve tekelleşmeye engel olmaktadır.*” Bkz. ERMAN, Sahir: Şirketler Ceza Hukuku, İÜ Basımevi, İstanbul 1993, s.149, 150; Tacir’e göre, “*İçeriden öğrenenlerin ticareti suçu piyasanın etkinliğini azalttığından bunları önlemeye yönelik cezai yaptırımların hedefi piyasaların etkinliğini artırmak, sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını sağlamaktır*” Bkz. TACİR, Hamide: “Sermaye Piyasasında İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu”, MÜHFD, S.2, Y.2006, s.94, 95.

⁴⁸ EVİK/EVİK, s.37.

Suçun mağduru belirtildiği üzere ceza normu ile korunan hukuki varlık veya menfaatin hamilidir. Korunan hukuki değer düşünüldüğünde sermaye piyasasının güvenilirliğinin, işlerliğinin ve etkinliğinin azalması bütün bir ekonomik sisteme doğrudan etki etmekte, piyasalarda aktif olarak rol almayan bireyleri dahi etkilemektedir. Dolayısıyla kanununun 106. maddesi ile koruma altına alınmış olan hukuki değerlerin hamili kanaatimizce toplumdur.⁴⁹ Suç sebebiyle doğrudan zarar gören aktörler ise suçtan zarar görenlerdir.

C. Maddi Konu

Suçun maddi konusu, ceza normunda belirtilen tipik fiilin üzerinde gerçekleşmesi zorunlu olan kişi veya şeydir.⁵⁰ Bilgi suistimali suçunun maddi konusu doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir kısım yazara göre suçun maddi konusu “içsel bilgi”dir.⁵¹ Doktrindeki diğer görüşe göre ise suçun maddi konusu “sermaye piyasası araçları”dır.⁵²

İçsel bilginin ne anlama geldiği daha önce ifade edilmiştir. Sermaye piyasası aracı ise SPKan’ın md.3/1-ş bendinde tanımlanmıştır. Buna göre, “*menkul kıymetler ve türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri de dâhil olmak üzere kurulca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçları*” sermaye piyasası araçlarını oluşturmaktadır.⁵³ Aynı maddenin ilgili hükümlerinde menkul kıymet ve türev araçlar ifadelerinin tanımları yapılmış olmasına rağmen yatırım sözleşmelerine yönelik bir tanım yapılmamıştır.

Suçun maddi konusu kanaatimizce sermaye piyasası araçlarıdır. Zira fiil etkisini sermaye piyasası araçları üzerinde göstermektedir. Bu noktada sermaye piyasası araçlarının niteliğini etkileyebilecek özellikte ve henüz kamuya açıklanmamış bilgi olarak tanımladığımız içsel bilgi, suçun maddi konusu değil suçta kullanılan araçtır. Ancak sermaye piyasası araçlarının çerçevesinin SPK’nin dü-

⁴⁹ BEZCİ, s.275-284; Tüzel kişinin suçun mağduru olabileceğine ilişkin Bkz. KATOĞLU, s.678 vd; Tüzel kişi mağduru kabul etmesine rağmen mağduru toplumu oluşturan tüm bireyler olarak kabul eden görüş için Bkz. EVİK, Ali Hakan: “Bilgi Suistimali Suçu”, GÜHFD, Y.2019/2, s.197; ÇOLAK, Uğur: “Insider Trading Suçu”, Adalet Dergisi, S.6, Y.92, Ocak 2001, s.184; Yalnızca gerçek kişi mağduru kabul etmesine rağmen sermaye piyasası suçlarında mağdurun toplumu oluşturan tüm bireyler olduğunu kabul eden görüş için Bkz. GEÇER, Ahmet Emrah: “Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu”, GÜHFD, C.21, S.2, s.247, 248; Tüzel kişinin yalnızca suçtan zarar gören olabileceğini, mağdurun gerçek kişi olması gerektiğini kabul eden karşıt görüş için Bkz. ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 17. Baskı, Ankara 2021, s.224 vd.

⁵⁰ TOROSLU/TOROSLU, s.110.

⁵¹ ŞENOL, Cem: “İçeriden Öğrenilen Bilgi ve İçeriden Öğrenen Kavramlarının Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi”, HÜHFD, S.2(2), Y.2012, s.127; GÜNDOĞDU, s.14; ARSLAN/ÖZDEMİR, s.406; AKSOY, s.178 vd; EVİK/EVİK, s.41, 42.

⁵² EVİK, s.100, 101.

⁵³ Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6362.pdf>, (E.T.17.08.2023).

zenleyici işlemleri ile belirleniyor olması suçta ve cezada kanunilik ilkesi açısından tartışmalıdır. Doktrinde sermaye piyasası araçlarının sınırının ifade edildiği üzere kanunla çizilmemiş olmasının Anayasa'nın md.38⁵⁴ ve TCK'nin md.2/2⁵⁵ hükümleri çerçevesinde değerlendirildiğinde kanunilik ve buradan hareketle belirlilik ilkesine aykırı olacağı ifade edilmektedir.⁵⁶ Bu noktada ilgili normun açık ve eksik ceza normu kavramları çerçevesinde ele alınması önemlidir.

Açık ceza normları bilindiği üzere eksik ceza normlarından farklı olarak, yapısını belirli olan ancak hükmü henüz belirli olmayan, daha sonra katılacak bir unsurla hükmü belirlenecek ceza normlarıdır. Bu sebeple doktrinde kimi yazarların düşüncesinin aksine açık ceza normlarında hüküm mevcuttur ancak belirlilik ve güncellik bakımından eksik olduğundan kendine özgü bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla açık ceza normlarının varlığı hâlinde ilgili normun kanunilik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülemez.⁵⁷ Ancak ifade edildiği üzere açık ceza normlarının belirlilik ve güncellik bakımından eksik *sui generis* normlar olması sebebiyle ceza hukukundan beklenen, suç ve ceza içeren kanun maddelerinden hangi davranışların suç oluşturduğunun açık ve anlaşılır bir biçimde tarif edilmesi, sınırlarının belirli olması ve suç için uygulanacak ceza ile güvenlik tedbirlerinin gösterilmesi gerektiği gibi hususları bünyesinde tam manasıyla içermediği de bir gerçektir. Dolayısıyla kanaatimizce sermaye piyasası araçlarının niteliğinin kanunla düzenlenmesi, belirsizliğin giderilmesi açısından faydalı olacaktır.

D. Fail

Suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştiren kişi faildir. Failsiz bir suç mümkün değildir.⁵⁸ Madde metni incelendiğinde suçun faili olabilecek kimseler belli kategoriler altında sayılmıştır. Buna göre suç; *"ihraççıların veya bunların bağlı veya hâkim ortaklıklarının yöneticileri, ihraççıların veya bunların bağlı veya hâkim ortaklıklarında pay sahibi olmaları nedeniyle suça konu bilgilere sahip olan kişiler, iş, meslek ve görevlerinin icrası nedeniyle suça konu bilgilere sahip olan kişiler, ve suça konu bilgileri suç işlemek suretiyle elde eden kişiler"* tarafından işlenebilmektedir.⁵⁹ Sayılan failer bakımından yürürlükteki kanun ve mülga kanun karşılaştırıldığında Avrupa Birliği düzenlemelerine paralel değişik-

⁵⁴ Anayasa Madde 38 - *"Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez."*

⁵⁵ TCK Madde 2 - *"İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz."*

⁵⁶ AKSOY, s.143-147.

⁵⁷ HAFIZOĞULLARI, Zeki: Ceza Normu (Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni), US-A Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş Ek Konulmuş İkinci Baskı, Ankara 1996, s.280, 281.

⁵⁸ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.373.

⁵⁹ Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6362.pdf>, (E.T.17.08.2023).

liklerin yapıldığı görülmektedir. Dolayısıyla yürürlükteki kanunun mülga kanuna kıyasla fail kategorisini genişlettiği söylenebilir.⁶⁰

Kanun koyucunun saymasına bakıldığında suç sanki bir özgü suç gibi gözüktüğü de kanunun “d” bendinde suçun, “*sahip oldukları bilginin fıkıradaki belirtilen nitelikte bulunduğunu bilen veya ispat edilmesi hâlinde bilmesi gereken kişiler*” tarafından da işlenebileceği düzenlenmiştir. Böylece suç özgü suç niteliğini kaybetmiş, herkes tarafından işlenebilen bir suç hâlini almıştır.⁶¹

Suçun faili daha önce tanımlandığı üzere içeriden öğrenendir. İçeriden öğrenen, öğrendiği içsel bilgiyi suçun kanuni tanımına uygun şekilde kendi veya bir başkası menfaatine kullanmasıyla suçun faili olur. Doktrinde içeriden öğrenenler hakkında “*birincil içeriden öğrenen*” ve “*ikincil içeriden öğrenen*” şeklinde bir ayrıma gidilmiştir. Buna göre birincil içeriden öğrenen, içsel bilgiyi görevi veya statüsü sebebiyle doğrudan kaynağından öğrenen kimse iken; ikincil içeriden öğrenen, içsel bilgiyi doğrudan değil de dolaylı yoldan öğrenen diğer herkes olarak tanımlanmaktadır.⁶² Ancak her ne kadar doktrinde böyle bir ayırım yapılsa da suç bakımından ne failin belirlenmesi ne de yaptırım noktasında failin birincil içeriden öğrenen veya ikincil içeriden öğrenen olmasının bir önemi bulunmamaktadır.⁶³ Ancak ikincil içeriden öğrenen suçu işleyebilmek için daima bir birincil içeriden öğrenene muhtaç olacağından bu husus iştirak hükümlerini akla getirecektir.⁶⁴

Suçun faillerini incelemek gerekirse ilk grup failler, ihraççıların veya bunların bağlı veya hâkim ortaklıklarının yöneticileri ve bu ortaklıklarda pay sahibi olmaları nedeniyle bilgiye sahip olan kişiler olarak ifade edilebilir. Bu kimse-lerin buldukları konum sebebiyle sermaye piyasası araçları ya da ihraççılar hakkında bilgi sahibi olma noktasında avantajlı oldukları kabul edilmiştir.⁶⁵ Mülga SPKan’daki düzenlemenin aksine yürürlükteki SPKan’da pay sahipleri doğrudan

⁶⁰ OKUYUCU ERGÜN, s.18.

⁶¹ ARSLAN/ÖZDEMİR, s.407.

⁶² ŞENOL, s.139, 140; Birincil ve ikincil içeriden öğrenenlerin bir başka tanımı ise şu şekildedir; “*İçeridekiler birinci dereceden içeridekiler ve ikinci dereceden içeridekiler olarak genelde iki grupta ele alınmaktadır. Birinci dereceden içeridekiler, şirketle doğrudan bir ilişki içinde olup; meslek ve görevlerinin gereklerini yerine getirirken şirketin faaliyetleri ile gizli bilgileri öğrenme imkanına sahip kişilerdir. Bunlar, aynı zamanda birinci dereceden güvenilir olma ve bağlı olduğu şirkette sadakat içerisinde çalışma yükümlülüğü taşımaktadır. Şirket hakkındaki gizli bilgilere dolaylı olarak erişebilen kişiler ise ikinci dereceden içeridekiler grubunda toplanmaktadır. Özellikle birinci dereceden içeridekilerde bu türlü bir ilişkinin varlığı kesin olmalıdır.*” Bkz. VARIŞ TEZCANLI, Meral: İçeriden Öğrenenlerin Ticareti ve Manipülasyonlar, Ufuk Matbaacılık, İstanbul 1996, s.14, 15.

⁶³ AKSOY, s.151.

⁶⁴ USLUADAM, Asena Kamer: “Bilgi Suistimali Suçu”, AndHD, C.5, S.1, Ocak 2019, s.235; ŞENOL, s.140.

⁶⁵ TURANBOY, Insider Muameleleri, s.76.

fail olarak sayılmıştır. Bu noktada failin içeriden öğrenilen bilgiyi öğrenmesi ile pay sahipliği arasında nedensellik bağı bulunuyorsa pay sahibi fail olabilecektir.⁶⁶ Aksi durumda pay sahipliği bilginin öğrenildiğine doğrudan karine teşkil etmeyecektir.

İkinci grup failler; iş, meslek ve görev icrası nedeniyle bilgiye sahip olanlar olarak ifade edilebilir. Bu noktada içeriden öğrenilen bilgi ile kişinin icra ettiği iş, meslek ya da görev arasında bir nedensellik bağının bulunması şarttır. Ancak bu bağın salt olarak bulunması yeterli değildir. Nedensellik bağı kapsamında bilginin elde edilmiş şeklinin de değerlendirilmesi gerekir.⁶⁷ Bu noktada söz konusu bilgi tesadüfen değil, doğrudan yapılan işin, mesleğin veya görevin icrasıyla bağlantılı olarak elde edilmiş olmalıdır. Aksi durumda işi, mesleği veya görevi ile doğrudan ilişkisi bulunmayan kimselerin de bu grup fail olarak kabulü sonucu doğacak, bu durum da özel olarak sayılan bir fail grubunun geniş yorumlanmasına sebebiyet verecektir. Bu hususa bir paket servis elemanının paketin teslimi sırasında ortamdaki konuşmalara kulak misafiri olarak tesadüfen öğrendiği bir bilgi örnek olarak verilebilir. Bahsi geçen örnekte elde edilen bilgi ile servis elemanının işi, mesleği veya görevi doğrudan değil dolaylı şekilde bağlantılıdır. Bu sebeple servis elemanı bilgi suistimali suçu bakımından bahsi geçen fail grubuna değil, şartları mevcutsa başka bir fail grubuna dahil olabilir. Aksi durum kanun yapma tekniğine aykırı olacağı gibi ceza kanunlarının geniş yorumlanması yasağına da aykırı olacaktır.⁶⁸

Üçüncü grup failler, söz konusu bilgiyi suç işlemek suretiyle elde eden kişiler olarak ifade edilebilir. Kişi suç işlediği sırada tesadüfen içeriden öğrenilen bilgiyi öğrenebileceği gibi salt bu amaçla da suç işleyebilir.⁶⁹ Kanun koyucunun faile ilişkin düzenlemesi incelendiğinde “suç işlemek suretiyle” şeklindeki açık ifadesi görülmektedir. Anayasa ile de koruma altına alındığı üzere kimse suçluluğu mahkeme kararı ile saptanınca kadar suçlu sayılamaz. Buradan hareketle söz konusu failin bilgi suistimali suçunu, suç işlemek suretiyle elde ettiği bilgiyi kullanarak işlediğinin kabul edilebilmesi için öncül suç hakkında kesinleşmiş bir mahkeme kararının varlığı şarttır. Öncül suça ilişkin henüz kesinleşmiş bir mahkeme kararı bulunmuyorsa bekletici sorun sayma veya nisbi muhakeme yolları kullanılabilir.⁷⁰

Son grup failler ise sahip oldukları bilginin içeriden öğrenilen bilgi olduğunu bilen veya ispat edilmesi hâlinde bilmesi gereken kişiler şeklinde ifade edilebilir.

⁶⁶ OKUYUCU ERGÜN, s.20.

⁶⁷ Aksi görüşe göre bilginin failce elde edilmiş şeklinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Bkz. EVİK, s.182.

⁶⁸ OKUYUCU ERGÜN, s.22.

⁶⁹ ŞENOL, s.141.

⁷⁰ OKUYUCU ERGÜN, s.23.

Bu noktada söz konusu kimseler daha önce de ifade edildiği üzere *ikincil içeriden öğrenenler* olarak tanımlanabilir. Zira bu kişiler bilgiyi doğrudan değil dolaylı şekilde öğrenmişlerdir. Bu fail grubunun ilk kısmını oluşturan bilginin içeriden öğrenilen bilgi olduğunu bilenler hakkında bir tartışma yoktur. Bilginin suça konu bilgi olduğunu bilen kişi zaten kasten hareket etmiştir. Ancak ikinci kısımda ifade edilen “*ispat edilmesi hâlinde bilmesi gereken*” kişiler kısmı önemlidir. Doktrinde kanun koyucunun bu ifade ile bilgi suistimali suçunda ikincil içeriden öğrenenler bakımından taksirli sorumluluğu düzenlediği ifade edilmektedir. Diğer bir görüşe göre ise taksirli sorumluluktan TCK’nin genel hükümleri sebebiyle söz edilemeyeceğinden bu kimseler bakımından ancak olası kast söz konusu olabilir. Bununla birlikte doktrindeki bir görüşe göre söz konusu ifade, muğlaklığı sebebiyle suçta ve cezada kanunilik ilkesi kapsamında “belirlilik ilkesi”ne aykırıdır.⁷¹ Düzenleme doktrinde taksirli sorumluluğun varlığını savunanlar tarafından birincil içeriden öğrenenler bakımından kast aranırken ikincil içeriden öğrenenler bakımından taksirin yeterli görülmesinin çelişki yaratacağı belirtilerek de eleştirilmiştir.⁷² Bu husus manevi unsur başlığında detaylı şekilde ele alınacaktır.

Her ne kadar güncel ceza hukuku tartışmalarında tüzel kişinin fail olabileceğine dair görüşler olsa da⁷³ TCK’nın 20/2 maddesi gereğince tüzel kişinin fail olamayacağı görüşü Türk hukuku uygulamasında hâkimdir. Bu sebeple eğer suçun bir tüzel kişi tarafından işlendiği sabitse tüzel kişi açısından SPKan’ın 114. maddesinin atfıyla tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri uygulanacakken işlemi gerçekleştiren tüzel kişinin yetkilileri suçun faili olacaktır.⁷⁴ Ancak Anayasa Mahkemesi’nin eski tarihli bazı kararlarında tüzel kişilerin de yapılarına uygun bir cezai sorumluluk altında bulunmalarının ceza hukukunun amacı çerçevesinde daha faydalı olabileceğine karar verilmiş,⁷⁵ benzer şekilde Avrupa Birliği hukukunda tüzel kişi faillik kabul edilmiştir. Alman hukuk sisteminin etkisiyle hazırlanmış olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda tüzel kişiler bakımından ceza yaptırımını uygulanamaz derken güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceği kabul edilerek melez bir yapı ortaya koyulmuştur.⁷⁶ Buradan hareketle ilerleyen süreçte

⁷¹ EVİK, s.183.

⁷² OKUYUCU ERGÜN, s.25.

⁷³ CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/YENERER ÇAKMUT, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınları, 9. Baskı, İstanbul 2016, s.245 vd.

⁷⁴ Sermaye Piyasası Kanunu Madde 114 - “106 ncı ve 107 nci maddelerde tanımlanan suçların bir tüzel kişinin yararına olarak işlenmesi hâlinde ilgili tüzel kişi hakkında tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükümlenir.” Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6362.pdf>, (E.T.17.08.2023).

⁷⁵ Anayasa Mahkemesi, E.1988/15, K.1989/9, Resmi Gazete Tarihi 04.02.1991, bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr>, (E.T.17.08.2023).

⁷⁶ AYDIN, Devrim: “Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu Tartışmaları”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y.5, S.10, Aralık 2017, s.105-109.

Türk hukukunda da tüzel kişi failin kabul edilebileceği unutulmamalıdır.⁷⁷ Kanaatimizce özellikle sermaye piyasası hukuku gibi alanlarda tüzel kişinin cezai sorumluluğu hakkında gerekli incelemeler yapılmalı, incelemeler sonucunda uygun olduğuna karar verilirse tüzel kişiler de fail olarak cezalandırılabilir.

E. Maddi Unsur

2499 sayılı mülga SPKan'da suç "*sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, henüz kamuya açıklanmamış bilgileri kendisine veya üçüncü kişilere menfaat sağlamak amacıyla kullanarak sermaye piyasasında işlem yapanlar arasındaki fırsat eşitliğini bozacak şekilde mameleki yarar sağlamak veya bir zararı bertaraf etmek*" şeklinde düzenlenmekteydi. Yürürlükteki SPKan'da ise bu suç "*doğrudan ya da dolaylı olarak sermaye piyasası araçları ya da ihraççılar hakkında, ilgili sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkileyebilecek nitelikteki ve henüz kamuya duyurulmamış bilgilere dayalı olarak ilgili sermaye piyasası araçları için alım ya da satım emri veren veya verdiği emri değiştiren veya iptal eden ve bu suretle kendisine veya bir başkasına menfaat temin eden...*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden hareketle, suçu oluşturan hareketlerin "*alım veya satım emri vermek, verilen emri değiştirmek veya iptal etmek*" olduğu söylenebilir.⁷⁸ Bu hâliyle suç mülga kanundaki düzenlemenin aksine,⁷⁹ seçimlik hareketli bir suçtur. Failin bu hareketlerden herhangi birini gerçekleştirmesiyle suç oluşur. Ayrıca, failin birden fazla seçimlik hareketi gerçekleştirmesi hâlinde de tek suç meydana gelir.⁸⁰

⁷⁷ Bilgi suistimali suçu bakımından tüzel kişi fail hakkında detaylı bilgi için Bkz. OKUYUCU ERGÜN, s.25-29.

⁷⁸ Sayılan hareketlere ilişkin 21.01.2014 tarihli ve 28889 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren V-102.1 sayılı "Bilgi Suistimali veya Piyasa Dolandırıcılığı Suçları Hakkında Bildirim Yükümlülüğü Tebliği"nin ekinde bilgi suistimali suçuna ilişkin şüpheli işlem kalıpları gösterilmiştir. Buna göre; "*1) Bir müşterinin hesap açar açmaz veya uzun bir süredir işlemi olmadığı halde belirli bir payda net alım yönünde işlemler gerçekleştirmesi, bu işlemlerin hızlı bir şekilde tamamlanması için aceleci davranması, bu işlemler sonrasında söz konusu payla ilgili önemli bir gelişmenin yaşanması ve fiyatın yükselmesinin ardından müşterinin söz konusu payları satarak kısa bir süre içerisinde normal olmayan bir kazanç elde etmesi.*

2) İçsel bilgiye erişimi olabilecek bir kişinin, genel işlem karakterine uyumlu olmayan surette, halka açık bir şirketi ilgilendiren önemli bir gelişmenin öncesinde ve/veya sonrasında halka açık şirket paylarında alım veya satım ağırlıklı işlem gerçekleştirerek menfaat elde etmesi.

3) Telefonla veya doğrudan müşteri temsilcisine sözlü olarak emirlerin iletimi sırasında veya işlemler gerçekleştirildikten sonraki süreçte yatırımcının söz, ifade, davranış, tutum ve emirlerinin zamanlamasından hareketle halka açık bir şirketi ilgilendiren içsel bilgiye veya sürekli bilgiye diğer yatırımcılardan önce sahip olduğu yönünde izlenim edinilmesi." şüpheli işlem olarak değerlendirilmiştir. Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/01/20140121-16.htm>. (E.T.17.08.2023).

⁷⁹ Mülga kanun düzenlemesini serbest hareketli suç olarak ele alan görüş için Bkz. TACİR, s.103; Mülga kanun düzenlemesini bağlı hareketli suç olarak ele alan görüş için Bkz. EVİK/EVİK, s.48.

⁸⁰ ARSLAN/ÖZDEMİR, s.407; USLUADAM, s.239, 240; Kanun tasarısından içsel bilginin aktarımı da suç olarak kabul edilmiştir ancak kanun yürürlüğe girerken ilgili fıkra kaldırılmıştır. Tasarı md.105/3'e göre; "*İş, meslek ya da görevlerinin olağan icrası nedeniyle açıklandığı haller hariç*

Suçun seçimlik hareketlerini incelemeyen önce sermaye piyasalarının ne şekilde işlediğinin üzerinde durulması gerekmektedir. Sermaye piyasasında alım-satım yapabilmek için öncelikle bir yatırım hesabına sahip olmak gerekir. Daha sonra hesaba yatırılacak parayla piyasa esaslarına göre belirlenecek alım-satım, arz-talep dengeleri belirlenecek böylece alışveriş gerçekleşecektir. Ancak piyasa yapısı gereği yatırımcı örneğin hisse senedinin rayiç bedelinin katlarca fazlasını ödemeyi göze alsada hisse senedini satan başka bir yatırımcı yoksa hisse senedini alması mümkün olmaz. Bu sebeple yatırımcıların sermaye piyasalarında *alım emri* adı verilen, yatırımcının satın almak istediği hisse senedine ait belli bir fiyatı ifade eden emri girilmesi; aynı şekilde hisse senedini satmak isteyen yatırımcının da *satış emri* girilmesi zorunludur. Bu noktada girilen emirlerin fiyatları eşleşirse emirler o an gerçekleşir ancak piyasa yapısı gereği para ve hisse senedi emirlerin gerçekleşmesinden iki gün sonra transfer edilir. Tüm bu işlemler çevrimiçi şekilde gerçekleşir, yatırımcıların fiziki teması söz konusu olmaz.

Suçun kanunda düzenlenmiş ilk seçimlik hareketi "*alım veya satım emri vermek*"tir. Suçun gerçekleşmesi için alım veya satım emrinin içeriden öğrenilen bilgiye dayalı olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Örneğin bir firmanın piyasalar tarafından olumlu karşılanacağı bilinen bir anlaşma imzalamanın arifesinde olduğunu öğrenen yatırımcının kendisine veya bir başkasına haksız menfaat sağlamak amacıyla alım emri vermesi durumunda söz konusu suç meydana gelecektir.

Suçun kanunda düzenlenmiş ikinci seçimlik hareketi ise "*verilen alım veya satım emrini değiştirmek veya iptal etmek*"tir. Bu seçimlik harekette alım veya satım emri veren yatırımcı içeriden öğrendiği bilgi sebebiyle fiyatın artacağını veya azalacağını öğrenmiştir. Bu sebeple verdiği alım veya satım emrinin fiyatını bilgi doğrultusunda değiştirir veya tümünden iptal ederse ve bu hareketi ile kendisine veya bir başkasına menfaat sağlarsa söz konusu suç meydana gelecektir.

Suçun meydana gelebilmesi için "*failin bu hareketlerden birini veya birkaçını gerçekleştirmek suretiyle kendisine veya başkasına menfaat temin etmesi ve hareket ile menfaat temini arasında bir nedensellik bağının varlığı*" gerekmektedir.⁸¹ Menfaat temini ise burada suçun maddi unsurunun netice kısmını

olmak üzere, bu maddenin ikinci fıkrasında sayılan kişilerden; kamuya açıklanmamış bu bilgileri üçüncü kişilere açıklayan veya üçüncü kişilerin bu bilgilere erişimini sağlayanlar veya bu bilgilere dayanarak üçüncü kişilere bu bilginin ilişkili olduğu sermaye piyasası aracını elde etmesi veya elden çıkarması için tavsiye yahut telkinde bulunanlar, üçüncü kişilerin bu tavsiye ve telkinler doğrultusunda işlem yaparak menfaat elde etmeleri durumunda bilgi suistimali suçunu işlemiş olurlar." Bkz. <https://www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/859>, (E.T.17.08.2023).

⁸¹ Doktrinde kanun koyucunun neticeye ilişkin, mülga kanun düzenlemesinden farklı olarak "*ma-meleki*" ifadesine kanun düzenlemesinde yer vermediği, böylece manevi menfaat teminini de

oluşturmaktadır.⁸² Bir diğer ifadeyle, bilgi suistimali suçu neticeli bir zarar suçudur.⁸³ Ancak suçta aranan menfaat temininden failin mutlaka bir kâr elde etmesi anlaşılmalıdır. Doğması muhtemel bir zararın önüne geçilmesi de menfaat kapsamında ele alınmalıdır.⁸⁴

Suçla ilişkin kanuni düzenlemede menfaat elde etme şartının yer alması doktrinde oldukça eleştirilmektedir. Zira menfaat şartıyla birlikte netice gerçekleşene kadar suçun tamamlanması mümkün olmamaktadır.⁸⁵ Bu durum kanunun koyucunun SPKan'ın amaçlar kısmında belirttiği⁸⁶ hususlar ile çalışmakta, Avrupa Birliği düzenlemeleriyle mevcut kanunun ayrışmasına sebep olmaktadır. Bu noktada suçun Avrupa Birliği düzenlemelerinde yer aldığı şekliyle zarar suçu yerine tehlike suçu olarak yeniden ele alınması, böylece sermaye piyasasında yer alan alıcı ve satıcının piyasada eşleşerek borçlar hukuku anlamında sözleşmenin kurulmasıyla suçun tamamlanması doktrinde bazı yazarlar tarafından da önerildiği gibi kanaatimizce de daha yerinde olacaktır.⁸⁷ Böylece bilgi suistimali suçu teşkil edecek fiillerin amaçlandığı şekilde daha erken evrelerde engellenmesi imkanı oluşacaktır.

F. Manevi Unsur

SPKan md.106'da düzenlenmiş olan bilgi suistimali suçu kural olarak kasten işlenebilen bir suçtur. Suçun taksirli hâli kanunda ayrı bir suç olarak düzenlenmemiştir. TCK md.22'de düzenlendiği üzere taksirle işlenen fiiller, yalnızca kanunun açıkça belirttiği hâllerde cezalandırılabilir.⁸⁸ Ancak Kanun'un "d" ben-

kapsam içine alarak suçun uygulama alanını genişlettiği ifade edilmektedir. Bkz. USLUADAM, s.244; Aksi yöndeki görüş için Bkz. EVİK, s.193.

⁸² Menfaat elde edilmesi şartının suçun neticesi mi yoksa objektif cezalandırılabilme şartı mı olduğu konusu doktrinde tartışmalıdır. Dönmezer/Erman'a göre objektif cezalandırılabilme şartı, "Bazı suçlarda bütün unsurlar tamam olduğu halde, kanun, faile ceza verebilmek için, ayrıca gerçekleşmesi failin elinde olmayan, meydana gelip gelmemesi şüpheli bulunan bir olayın gerçekleşmesini bekler, bu olay gerçekleşirse fail ceza görmekte, aksi halde cezalandırılmamaktadır. Bunlara cezalandırılabilme şartları adı verilir. Önşartlardan farklı olarak, cezalandırılabilme şartları, fiilden önce gelmeyip, suçun bütün unsurları ile tamam olmasından sonra söz konusu olan ve o suçtan dolayı failin ceza görmesine imkân veren hususlardır. Unşartlardan sonra veya hiç olmazsa unşurla birlikte gerçekleşirler." Menfaat elde edilmesi hususunda neticeyi kabul eden görüş için Bkz. BEZCİ, s.282, 283 dp. 78, 79; USLUADAM, s.243, 244; AKSOY, s.213.

⁸³ ARSLAN/ÖZDEMİR, s.408; EVİK/EVİK, s.49; AKSOY, s.207; Aksi görüşe göre, hukuki konusu ile korunan menfaate bir zarar verilmesi aranmadığından suçta aranan menfaat yalnızca suçun tamamlanabilmesi için aranan bir şarttır. Bkz. YALÇIN, Can: "Sermaye Piyasası Kanunu Açısından Piyasa Dolandırıcılığı Suçu", ÇÜHFD, C.5, S.1, Nisan 2020, s.3506.

⁸⁴ AKSOY, s.212; Menfaatin manevi bir nitelik de taşıyabileceğine ilişkin daha önce de ifade edilen görüş için Bkz. USLUADAM, s.244.

⁸⁵ BEZCİ, s.283; MANAVGAT, s.35.

⁸⁶ AKSOY, s.210-212.

⁸⁷ Aynı yönde görüş için Bkz. UĞRAŞ, s.483.

⁸⁸ Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>, (E.T.17.08.2023).

dinde sayılan fail grubu için⁸⁹ taksirli sorumluluk kimi yazarlara göre istisna olarak kabul edilmiş gözükmektedir.⁹⁰ Ancak çalışmanın faili ele alan başlığında da ifade edildiği üzere, birincil içeriden öğrenenler bakımından kast aranırken ikincil içeriden öğrenenler bakımından taksirli sorumluluğun kabul edilmesi şeklinde yorumlanabilecek kanuni düzenleme doktrinde eleştirilmektedir.⁹¹

Kanun maddesi incelendiğinde *“doğrudan ya da dolaylı olarak sermaye piyasası araçları ya da ihraççılar hakkında, ilgili sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkileyebilecek nitelikteki ve henüz kamuya duyurulmamış bilgilere dayalı olarak ilgili sermaye piyasası araçları için alım ya da satım emri veren veya verdiği emri değiştiren veya iptal eden ve bu suretle kendisine veya bir başkasına menfaat temin eden”* kimsenin cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Öncelikle kast bakımından bir değerlendirme yapmak gerekirse; TCK’de kast, genel ve özel kast olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Genel kastın varlığı için faili harekete geçiren amaç önemsizdir. Ancak kanun düzenlemesi failin özel bir amaçla hareket etmesini arıyorsa özel kast söz konusudur.⁹² Mülga kanun döneminde suç *“henüz kamuya açıklanmamış bilgileri kendisine veya üçüncü kişilere menfaat sağlamak amacıyla”* kullanan kişiyi cezalandırmaktaydı. Menfaat sağlamak amacı arandığından mülga kanun için özel kastın var olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.⁹³ Fakat yeni düzenleme ile birlikte bu amaçtan bahsedilmemiş, *“ilgili sermaye piyasası araçları için alım ya da satım emri veren veya verdiği emri değiştiren veya iptal eden ve bu suretle kendisine veya bir başkasına menfaat temin eden”* ifadeleri kullanılmış; suçun oluşumu için özel kast aranmamış, genel kastın var olması yeterli görülmüştür.⁹⁴ Aradaki bu farkın 6362 sayılı yürürlükteki kanun düzenlemesiyle, Avrupa Birliği tüzük ve direktifleriyle uyumun sağlanması amacıyla ortaya çıktığı düşünülmektedir. İlgili düzenlemeyle birlikte fail çevresi genişleyecek, böylece tesadüfen öğrenen kişiler de ikincil içeriden öğrenen olarak sorumlu tutulabilecektir.⁹⁵ Suçun taksirli hâlinin düzenlenip düzenlenmediği tartışması da bu çaba sonrasında ortaya çıkan kanun maddesinin farklı yorumlanmasının sonucudur.

⁸⁹ Sermaye Piyasası Kanunu Madde 106/1-d - *“Sahip oldukları bilginin bu fıkrada belirtilen nitelikte bulunduğunu (...) ispat edilmesi hâlinde bilmesi gereken kişiler”*; Bununla birlikte kanun koyucunun “d” bendinde sayılan kişiler bakımından objektif sorumluluğa varan bir düzenleme yaptığı düşüncesi, doktrinde kimi yazarlarca ifade edilmektedir. Bkz. AKSOY, s.173.

⁹⁰ OKUYUCU ERGÜN, s.24, 25.

⁹¹ OKUYUCU ERGÜN, s.25.

⁹² TOROSLU/TOROSLU, s.214-222.

⁹³ EVİK/EVİK, s.52.

⁹⁴ ARSLAN/ÖZDEMİR, s.408; USLUADAM, s.245; AKSOY, s.220, 221.

⁹⁵ UĞRAŞ, s.487, 488.

İfade edildiği üzere doktrindeki bir kısım yazar kanun maddesinin “d” bendi bakımından taksirli sorumluluğu kabul ederken diğer kısım yazarlar TCK’nin “*taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır*” hükmü gereği ilgili madde bakımından taksirli sorumluluktan söz edilemeyeceğini, ikincil içeriden öğrenenin tesadüfen öğrendiği bilginin henüz kamuya açıklanmamış bir bilgi olabileceğini öngörmesine rağmen bu durumu kabullenerek hareket etmesi hâlinde ancak olası kastından söz edilebileceğini ifade etmektedir.⁹⁶ SPKan’ın mevcut hâli ve TCK’nin genel hükümleri çerçevesinde olası kast görüşü kanaatimizce de daha yerindedir. Aksi durumda taksirli sorumluluğun yalnızca kanunun açıkça belirttiği hâllerde cezalandırılabilmesine dair TCK’nin 22. maddesi⁹⁷ ceza kanunlarının geniş yorumlanması sonucu dolanılmış olacak, bu husus da yine TCK’nin bir başka maddesi olan “*Suçta ve cezada kanunilik ilkesi*” başlıklı ikinci maddesine⁹⁸ aykırı olacaktır.

Bir diğer tartışma konusu ise TCK md.21/2’de düzenlenmiş olan olası kastın bilgi suistimali suçuna ilişkin kanuni düzenlemede yer alan “*menfaat temini*” ifadesi bakımından değerlendirilmesidir. Doktrinde suçun kanuni metninde yer alan “*menfaat temin eden*” ifadesi sebebiyle olası kastla işlenemeyeceği görüşü hakimdir.⁹⁹ Ancak kanaatimizce düzenlemede yer alan menfaat temin etme doktrinde ifade edildiği gibi özel kasta benzer bir amaç değil suçun neticesidir. Failin gerçekleştirdiği hareket sonucunda eğer netice meydana gelmezse suç oluşmamıştır. Bu sebeple suçun neticesi olarak düzenlenmiş bir ifadenin suçun olası kastla işlenmesine engel olabileceği düşüncesine katılmıyoruz.

Toparlamak gerekirse kanun maddesinin yazımı sebebiyle, doktrinde suçun manevi unsuru bakımından oldukça önemli yorum farklılıklarının bulunduğu açıktır. Suçun kasten işlenebileceği hususunda bir tartışma bulunmamakla birlikte, “d” bendi ile düzenlenen fail tanımıyla Avrupa Birliği düzenlemelerine uyum sağlanmaya çalışılırken ceza hukuku bakımından oldukça sakıncalı sonuçlar ortaya çıkmıştır. Bu sorunları suçun taksirle işlenip işlenemeyeceği, “d” bendinden anlaşılması gerekenin taksir mi yoksa olası kast mı olması gerektiği, yine “d” bendinde yer alan düzenlemenin objektif sorumluluğa varan bir düzenleme olup olmadığı ve suçun menfaat temin etme ifadesi sebebiyle olası kastla işlenmesinin mümkün olup olmadığı şeklinde sıralamak mümkündür. Tüm bu ve bunun gibi sorunların aşılabilmesi için kanun maddesinin ilgili kısımlarının yeniden ele alınması gerek kanunilik ve belirlilik ilkesi gerek sözü edilen tartışmaların sonuçlandırılması ve kanunun uygulanması noktasında görüş birliğine varılması bakımından yerinde olacaktır.

⁹⁶ UĞRAŞ, s.489.

⁹⁷ TCK Madde 22 - “*Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.*”

⁹⁸ TCK Madde 2 - “*...Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.*”

⁹⁹ Bkz. AKSOY, s.221, 222; USLUADAM, s.245.

G. Hukuka Aykırılık Unsuru

SPKan md.108'de bilgi suistimali ve piyasa suçu sayılmayacak hâller düzenlenmiştir. Buna göre; *"a) TCMB ya da yetkilendirilmiş başka bir resmî kurum veya bunlar adına hareket eden kişiler tarafından para, döviz kuru, kamu borç yönetim politikalarının uygulanması veya finansal istikrarın sağlanması amacıyla işlem yapılması b) Kurul düzenlemelerine göre uygulanan geri alım programları, çalışanlara pay edindirme programları ya da ihraççı veya bağlı ortaklığının çalışanlarına yönelik diğer pay tahsis edilmesi c) Kurulun bu Kanun kapsamındaki fiyat istikrarını sağlayıcı işlemlere ve piyasa yapıcılığına ilişkin düzenlemelerine uygun olarak icra edilmeleri kaydıyla, münhasıran bu araçların piyasa fiyatının önceden belirlenmiş bir süre için desteklenmesi amacıyla sermaye piyasası araçlarının alım veya satımının yapılması yahut emir verilmesi veya emir iptal edilmesi"* hâllerinde fiil hukuka uygun sayılır.¹⁰⁰

Kanun koyucu bu madde düzenlemesi ile beraber Avrupa Birliği'nin *"insider dealing"* düzenlemelerine benzer şekilde bir hukuka uygunluk nedeni düzenlemesine gitmiştir.¹⁰¹ SPKan bu düzenlemesi ile bilgi suistimali ve piyasa dolandırıcılığı suçları bakımından TCK'nin genel hukuka uygunluk nedenlerinden olan *"kanunun hükmünü yerine getirme"* ve *"hakkın kullanılması"* hukuka uygunluk nedenlerinin ilgili suçlardaki uygulanmasını özel olarak düzenlemiştir.¹⁰² Bununla birlikte şartlarının mevcut olması durumunda TCK'de düzenlenmiş olan diğer hukuka uygunluk nedenleri de suçlar bakımından uygulama alanı bulabilir. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki TCK'de düzenlenmiş olan hukuka uygunluk nedenlerinden *"meşru savunma"* ve *"ilgilinin rızası"* hukuka uygunluk nedenlerinin şartları gereği sermaye piyasası suçlarında uygulanması mümkün değildir.¹⁰³

Bilgi suistimali suçu bakımından bu başlık altında ele alınacak en tartışmalı husus zorunluluk hâlidir.¹⁰⁴ Doktrindeki bir kısım yazara göre, *"kişinin bilerek sebe-*

¹⁰⁰ Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6362.pdf>, (E.T.17.08.2023).

¹⁰¹ 2014/57 numaralı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi'ne göre, *"pay geri satın alımları ve fiyat istikrar programları; bazı şart ve prosedürlere uyulması şartıyla parasal, takas oranına ilişkin veya borç yönetimi politikalarına istinaden gerçekleşen işlem, emir ve davranışlar, birliğin İklim Politikası, Tarım ve Balıkçılık Politikalarını takiben yapılan faaliyetler suç kapsamından çıkarılmıştır."* Bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0057&from=EN>, (E.T.17.08.2023).

¹⁰² DURSUN, s.294.

¹⁰³ AKSOY, s.220.

¹⁰⁴ Zorunluluk hâlinin hukuki niteliği Türk doktrininde tartışmalıdır. Ancak söz konusu kurumun incelenmesi bakımından en uygun başlık *"hukuka aykırılık unsuru"* başlığı olduğundan ilgili başlıkta hukuka uygunluk nedenleri ile birlikte ele alınmıştır. Zorunluluk hâlinin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar hakkında bkz. ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray: "Zorunluluk Halinin (TCK m.25/2) Hukuki Niteliği", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.2, Y.2007, s.195-222; APAYDIN, Cengiz: "Zorunluluk Halinin Hukuki Niteliği", Terazi Hukuk Dergisi, C.14, S.154, Haziran 2019, s.1222-1236.

biyet vermediği iflas tehlikesini bertaraf etmek zorunda kalması hâlinde diğer tüm şartların gerçekleşmesi ve başka hukuki çarelere de başvurma imkânının kaybedilmesi durumunda" zorunluluk hâlinin bilgi suistimali suçu bakımından uygulanabilir olduğunun kabul edilmesi gerekir.¹⁰⁵ Bu görüşü kabul etmeyen karşıt görüşe göre ise, iflas tehlikesi ile karşı karşıya kalındığında dahi bu tarz bir hareket, yasak koyan veya emir veren hukuk kuralı ile çelişecektir. Ayrıca bu tarz bir yorum, söz konusu kurumun uygulanma alanını da olabildiğince genişletmiş olacaktır.¹⁰⁶

Zorunluluk hâlinin uygulanıp uygulanamayacağı tartışmasında kanaatimizce ikinci görüş daha yerindedir. İflastan kaçınmak için bilgi suistimali suçunun işlenmesi Türk Ticaret Kanunu'nun 18/2 maddesinde düzenlenen "*her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir*" maddesi ile çelişir. Zira basiretli bir iş insanının iflastan kaçınma yükümlülüğü de vardır. Dolayısıyla zorunluluk hâlinin temel şartlarından olan tehlikeye göğüs germe yükümlülüğü de hesaba katıldığında basiretli bir iş insanının iflasını önlemek adına böyle bir suç işlemesi ve zorunluluk hâlinin yararlanması kanunun amacına aykırı olacaktır.¹⁰⁷

III. Suçun Ortaya Çıkış Biçimleri

A. Teşebbüs

TCK md.35 teşebbüse ilişkin hükümleri düzenlemektedir. Buna göre, "*kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.*"¹⁰⁸ Bilgi suistimali suçu neticeli bir suç tipi olarak düzenlendiğinden, icra hareketlerinin tamamlanmadığı veya neticenin gerçekleşmediği durumlarda bu suça teşebbüs söz konusu olur.¹⁰⁹

Doktrinde bazı yazarlarca içsel bilginin öğrenilmiş ancak kullanılmamış olması teşebbüs olarak değerlendirilmiştir.¹¹⁰ Ancak bu görüşe katılmak kanaatimizce mümkün değildir. Zira bilginin elde edilmiş olması kanuni unsur bakımından

¹⁰⁵ ERMAN, Şirketler, s.156.

¹⁰⁶ EVİK/EVİK, s.51.

¹⁰⁷ SAKİN, Sinan: "Sermaye Piyasasında Manipülasyon Suçu", International Journal of Legal Progress, Vol.2, Y.2016, Num.1, s.55.

¹⁰⁸ Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6362.pdf>, (E.T.17.08.2023).; Teşebbüsün cezalandırılmasına ilişkin olarak Bkz. SOYASLAN, Doğan: Teşebbüs Suçu, Kazancı Kitap, Ankara 1994, s.26-38.

¹⁰⁹ ARSLAN/ÖZDEMİR, s.408; KIZILYEL, s.84; Teşebbüsün mümkün olabilmesi için suçun neticeli suç olması gerekmez. Sırf hareket suçlarında da eğer hareket parçalara bölünebiliyorsa teşebbüs mümkündür. Bkz. TOROSLU/TOROSLU, s.; ŞARE, Ersin: "Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs", TBB Dergisi, S.130, Y.2017, s.149.

¹¹⁰ Görüşler için Bkz. USLUADAM, s.248.

tipik bir hareket değildir. Olsa olsa bir hazırlık hareketi olarak değerlendirilebilir. Benzer şekilde öğrenilen içsel bilginin posta yoluyla vb. paylaşılması esnasında postaya el koyulması durumunda da teşebbüsten sorumlu olunacağı doktrinde çeşitli yazarlarca dile getirilmiştir.¹¹¹ Ancak bilginin salt öğrenilmesi örneğinde olduğu gibi henüz kullanılmamış bilginin suça teşebbüs olarak değerlendirilmesi görüşüne katılmak kanaatimizce mümkün değildir.

B. İştirak

Suç, iştirak bakımından herhangi bir özellik göstermemektedir.¹¹² İştirake ilişkin genel hükümler bu suç bakımından da uygulama alanı bulacaktır.¹¹³

C. İçtima

SPKan'da düzenlenmiş suçların kural olarak, başka suçlarla içtima etmesi pek mümkün değildir.¹¹⁴ Bu durum bilgi suistimali suçu bakımından da geçerlidir. Dolayısıyla bilgi suistimali suçu içtima hususunda herhangi bir özellik göstermez denilebilir.¹¹⁵

Suçun yapısı gereği birden fazla alım-satım işlemi veya emir verme işlemi gerçekleştirilmiş olabilir. Bu gibi durumlarda zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı sorusu gündeme gelebilir. Ancak sermaye piyasasının özgün yapısı sebebiyle suçun işlenebilmesi çoğunlukla birden fazla hareketi gerektirmektedir. Bu sebeple bu hareketleri birbirinden bağımsız hareketler olarak değil, bir harekete yönelik davranışlar olarak değerlendirmek gerekecektir. Bu sebeple de hareketin teklifinden ötürü zincirleme suç hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır.¹¹⁶

İçtima başlığı altında değinilmesi uygun olan bir diğer konu ise bilgi suistimali suçu ile piyasa dolandırıcılığı suçunun birlikte işlenmesi ihtimalidir.¹¹⁷ Piyasa değeri görece daha düşük şirketlerin sermaye piyasası araçları üzerinde sıklıkla görülen bu gibi durumlarda içeriden öğrenilen bilgi manipülasyon için kullanılabilir. Bu gibi durumlarda içtimadan söz edilemez. Bu noktada denetim mekanizmaları ile bahsi geçen suçlardan hangisinin işlendiğine dair tespit önem kazanacaktır.¹¹⁸

¹¹¹ TACİR, s.103.

¹¹² EVİK/EVİK s.55.

¹¹³ ARSLAN/ÖZDEMİR, s.408.

¹¹⁴ EVİK/EVİK, s.55.

¹¹⁵ ARSLAN/ÖZDEMİR, s.408.

¹¹⁶ AKSOY, s.223.

¹¹⁷ TACİR, s.106.

¹¹⁸ VARIŞ TEZCANLI, s.211; "Piyasa dolandırıcılığı ve bilgi suistimali suçlarının fiillerinin birbirlerine en çok yaklaştığı işlem türlerinden biri literatürde "front running" olarak adlandırılan işlemlerdir. Bir sermaye piyasası aracı üzerinde yapılacak blok işlem öncesinde bu blok işlemin yaratacağı etkiden yararlanarak işlem yapılması olarak tanımlanabilecek bu işlem türünde hem bilgi suistimali hem de piyasa dolandırıcılığının unsurları gerçekleşebilir. Niteliği itibarıyla kamuya açıklanmamış ve menkul kıymetin fiyatını etkileyebilecek bir bilgiye dayalı olması nedeniyle front running, bilgi

IV. Yaptırım ve Muhakeme

SPKan md.106'da düzenlenen bilgi suistimali suçunu işleyenler "üç yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılırlar."¹¹⁹ Ancak, bu suçtan dolayı adli para cezasına hükmedilmesi hâlinde verilecek ceza elde edilen menfaatin iki katından az olamaz."¹²⁰ SPKan md.114 gereği suçun "bir tüzel kişinin yararına olarak işlenmesi hâlinde ilgili tüzel kişi hakkında tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükümlenir."

Suçtan dolayı yapılacak olan soruşturmanın usulü kanununun 115. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre soruşturmanın yapılması "kurul tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru muhakeme şartı niteliğindedir."

Görev ve yetki hususu ise 116. maddede düzenlenmiştir. Buna göre "yargılama yapmaya Hâkimler ve Savcılar Kurulunun ihtisas mahkemesi olarak görevlendireceği asliye ceza mahkemeleri yetkilidir."¹²¹

Sonuç

Bilgi suistimali suçu, hukuk ve ekonomi alanlarını birlikte ilgilendiren bir suç tipidir. Sermaye piyasaları bakımından bilgi suistimali suçu özelinde sermaye piyasası suçlarının varlığının ne denli önemli olduğu günümüz teknolojisiyle hayatımıza giren kripto para piyasalarında ilgili düzenlemelerin bulunmamasıyla herkes tarafından görülmektedir. Kripto para piyasalarının manipülasyon ve bilgi suistimali aracılığıyla ne denli inişli-çıkışlı seyrettiği, sosyal medya mecralarında yapılan bir paylaşım dahi fiyatının etkilenebildiği ve yapılacak paylaşımların belli kişiler tarafından önceden bilinebilmesiyle birlikte ortaya çıkan haksız kazanç görüldüğünde sermaye piyasalarını koruyan bu araçların önemi bir kez daha tüm sermaye piyasası aktörleri tarafından

suistimali suçunu oluşturmaya daha elverişlidir." Bkz. MANAVGAT, Çağlar: Sermaye Piyasasında İşleme Dayalı Manipülasyon ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları, Türkiye İş Bankası Vakfı, Ankara 2008, s 65.

¹¹⁹ Hapis cezası ile adli para cezası alternatif yaptırımlar olup; her ikisine aynı anda hükmedilememektedir. Bkz. ARSLAN/ÖZDEMİR, s.408; Kanunun gerekçesinde "Maddede düzenlenen suç esasen 2499 sayılı Kanununun 47/A-1 maddesinde düzenlenen suç olup, uluslararası düzenlemeler ve bu Kanundaki cezai yaptırımların geneline hakim olan ekonomik suçta ekonomik ceza yaklaşımı ve piyasamız gerçekleri de dikkate alınarak yeniden düzenlenmiştir." denilse de hapis cezasının yaptırım olarak korunduğu görülmektedir. Bkz. <https://mevzuat.spk.gov.tr/Mevzuat/Dosya/195>, (E.T.17.08.2023.); Detaylı bilgi için Bkz. DURSUN, Gizem: "Ekonomik Suça Ekonomik Ceza İlkesi ve Bu Kapsamda 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda Bilgi Suistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı Suçları İçin Öngörülen Cezaların Değerlendirilmesi", BÜHFD, C.14, S.175-176, Y. Mart Nisan 2019, s.853-885.

¹²⁰ Kanun koyucu bilgi suistimali suçu bakımından işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunda olduğu gibi bir etkin pişmanlık düzenlemesi getirmemiştir. Bkz. GEÇER, s.265; YILDIRIM, Evrim: "Sermaye Suçları Açısından Etkin Pişmanlık", ABD, C.2, Y.2014, s.231-268.

¹²¹ Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6362.pdf>, (E.T.17.08.2023).

anlaşılmuştur. Ancak alınan tedbirlere rağmen bu gibi fiiller piyasalar bakımından tehdit oluşturmaya devam etmektedir. Zira hızla gelişen yapısı sebebiyle hukuki düzenlemeler piyasalara yeterince hızlı ayak uyduramamaktadır.

Türk hukuku bakımından görece yeni bir suç tipi olan bilgi suistimali suçu, Avrupa Birliği hukukundaki düzenlemelere paralel düzenlemeler yapma yoluna gidilerek nispeten başarılı bir düzenlemeye kavuşmuş olsa da çalışma boyunca ifade edildiği üzere, kanuni düzenlemenin yapılması sırasında ceza hukukunun bazı temel ilkelerine yeterince bağlı kalınmadığından, düzenlemenin belli başlı noktalarında sorunlarla karşılaşmaktadır. Bu sorunlar da hâlihazırda ispatı zor olan bu suçun yorumlanmasını ve herkes tarafından aynı şekilde anlaşılmasını zorlaştırmaktadır.

Örneğin “*menfaat temini*” gibi bir neticenin aranması suçun tamamlanmasını oldukça zor hâle getirmiş, sahip olduğu bilginin içeriden öğrenilen bilgi olduğunun ispat edilmesi hâlinde kişinin cezalandırılması ise taksirli sorumluluk ayrıca düzenlenmemesine rağmen taksirli sorumluluğun örtülü bir biçimde düzenlendiği hususunu doktrinde tartışılır hâle getirmiş; buradan hareketle diğer failer bakımından kast aranırken “d” bendinde düzenlenmiş olan fail bakımından taksirin yeterli görülmesi bazı yazarların düşüncesine göre çelişkiye sebebiyet vermiştir. Kaldı ki ilgili düzenlemenin taksirli sorumluluğu düzenlediğini savunan yazarlara karşılık olası kastla sorumluluğu düzenlendiğini ifade eden yazarlar da bulunmaktadır. Düzenlemenin ortaya çıkardığı belirsizlik salt bu tartışmadan dahi anlaşılabilir.

Bununla birlikte sermaye piyasası araçları vb. konulardaki belirsizliklerin giderilmesi gerekliliği, idari işlem ile tanımlanmış olan kurumların ortaya çıkardığı belirsizlik ve güncellik sorunları gibi hususlar da diğer sorunlar yanında ele alındığında kanun maddesinin yeniden ele alınması kanaatimizce bir zorunluluk hâlini almıştır.

Suç genel teorisindeki sorunlar dışında suça bağlanan yaptırım noktasında da sorunlar bulunmaktadır. Suçun yaptırımını incelendiğinde kanun koyucunun suç neticesinde faile “*üç yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezası*” öngördüğü görülmektedir. Bu yaptırım kanaatimizce caydırıcı olmaktan uzaktır. Bunun başlıca sebebi seçimlik bir cezanın öngörülmüş olmasıdır. Yaptırım caydırıcı olmadığı gibi kanunun gerekçesinde kabul edildiği ifade edilen “*ekonomik suça ekonomik ceza ilkesi*”ne de aykırıdır. Bu sebeple eğer ekonomik suça ekonomik ceza ilkesi kabul edilmeyecek ise suçun yaptırımını yeniden ele alınmalı, seçimlik şekilde kurulan yapıdan vazgeçilmeli, böylece daha caydırıcı bir yaptırım elde edilmelidir.

Tüm bu eksikliklere ve eleştirilere rağmen mülga kanundan itibaren alınan yol ve Avrupa Birliği hukukuna paralel şekilde yapılan düzenlemeler; kanun koyucunun, bilgi suistimali suçu özelinde sermaye piyasası suçlarında bahsedilen eksiklikleri giderebileceği yönünde bir izlenim oluşturmaktadır.

Kaynakça

- AGUILAR JR., Rodolfo J.: "Securities Regulation: Nondisclosure of Insider Information, Chiarella v. United States", Louisiana Law Review, V.41, Y.1981, s.1295-1305.
- AKSOY, Zeki: Türk Sermaye Piyasası Hukukunda İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu (Bilgi Suistimali), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- APAYDIN, Cengiz: "Zorunluluk Halinin Hukuki Niteliği", Terazi Hukuk Dergisi, C.14, S.154, Haziran 2019, s.1222-1236.
- ARSLAN, Çetin/ÖZDEMİR, Didar: "Türk Ceza Hukukunda Bilgi Suistimali Suçu", International Conference on Eurasian Economies, Session 2D: Hukuk, Y.2018, s.405-410.
- AYDIN, Devrim: "Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu Tartışmaları", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y.5, S.10, Aralık 2017, s.97-110.
- BAINBRIDGE, Stephen M.: "The Law and Economics of Insider Trading: A Comprehensive Primer", SSRN, February 2001, s.1-84.
- BAKKALCI, Şebnem Meral: "Avrupa Birliği'nde İçerden Öğrenenlerin Ticareti ile İlgili Hukuki Düzenlemeler", Aksaray Üniversitesi İİBF Dergisi, C.1, S.1, Y. Ocak 2009, s.41-56.
- BAYINDIR, Sinan: Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Manipülasyon Suçu, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011.
- BEZCİ, M. Yiğit: Sermaye Piyasası Kanununda Yer Alan Suçlar, İdare Hukuku Açısından Sermaye Piyasası içinde, (Editör: Meltem KUTLU GÜRSEL), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/YENERER ÇAKMUT, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınları, 9. Baskı, İstanbul 2016.
- ÇOLAK, Uğur: "Insider Trading Suçu", Adalet Dergisi, S.6, Y.92, Ocak 2001, s.89-107.
- DURŞUN, Gizem: "Ekonomik Suça Ekonomik Ceza İlkesi ve Bu Kapsamda 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda Bilgi Suistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı Suçları İçin Öngörülen Cezaların Değerlendirilmesi", BÜHFD, C.14, S.175-176, Y. Mart Nisan 2019, s.853-885.
- DURŞUN, Selman: Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2010.
- ERMAN, Sahir: Ekonomik Suçların Tespitinde Suç Siyaseti, İÜHF Yayını, İstanbul 1984.
- ERMAN, Sahir: Şirketler Ceza Hukuku, İÜ Basımevi, İstanbul 1993.
- ESEN, M. Fevzi: "Vakalarla İçeriden Öğrenenler Ticareti Tarihi ve Düzenlemeleri", Journal of Accounting, Finance and Auditing Studies, Y.2016, s.158-184.
- EVİK, Ali Hakan/EVİK Vesile Sonay: "İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu", İÜHFM, C.63, S.1-2, Y.2005, s.3-56.

- EVİK, Ali Hakan: “Bilgi Suistimali Suçu”, GÜHFD, Y.2019/2, s.163-214.
- GEÇER, Ahmet Emrah: “Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu”, GÜHFD, C.21, S.2, s.241-270.
- GOSHEN, Zohar/PARCHOMOVSKY, Gideon: “The Essential Role of Securities Regulation”, Duke Law Journal, Vol.55, Num.4, February 2006, s.711-782.
- GÜNDOĞDU, Aysel: “Türk Sermaye Piyasasında Bilgi Suistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı Suçu Düzenlemelerinin İrdelenmesi”, Maliye-Finans Yazıları, S.108, Y.2017, s.9-25.
- GÜNEŞ, Turan: Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları-Sevinç Matbaası, Ankara 1965.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 2017.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki: Ceza Normu (Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni), US-A Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş Ek Konulmuş İkinci Baskı, Ankara 1996.
- KARASİOĞLU, Fehmi: “İçeriden Öğrenenler Ticareti (Insider Trading) ve Türkiye’de Muhasebenin Yatırımcılara Bilgi Sağlama Sorumluluğu, Süleyman Demirel Üniversitesi İİBF Dergisi, S.3, Y.1998, s.113-122.
- KATOĞLU, Tuğrul: “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, AÜHFD, C.61, S.2, Y.2012, s.657-693.
- KIZILYEL, Güventürk: “Halka Açık Şirketlerde Bilgi Suistimali Suçu ‘Insider Trading’”, İstanbul Barosu Dergisi, C.91, S.2, Y.2017, s.78-86.
- MANAVGAT, Çağlar: “Bilgiye Dayalı Manipülasyonda Menfaat Elde Etme Şartının Yerindeligi”, BATİDER, C.33, S.2, Haziran 2017, s.29-41.
- MANAVGAT, Çağlar: Sermaye Piyasasında İşleme Dayalı Manipülasyon ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları, Türkiye İş Bankası Vakfı, Ankara 2008.
- OKUYUCU ERGÜN, Güneş: “Bilgi Suistimali Yasağının Muhatabı”, BATİDER, Y.2021, C.37, S.1, s.5-33.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 12. Baskı, Ankara 2021.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray: “Zorunluluk Halinin (TCK m.25/2) Hukuki Niteliği”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.2, Y.2007, s.195-222.
- ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 17. Baskı, Ankara 2021.
- SAKİN, Sinan: “Sermaye Piyasasında Manipülasyon Suçu”, International Journal of Legal Progress, Vol.2, Y.2016, Num.1, s.31-77.
- SANCAK, Ethem: Sermaye Piyasası Sözlüğü - Önemli 101 Kavram, Scala Yayıncılık, İstanbul 2014.

- SOYASLAN, Doğan: Teşebbüs Suçu, Kazancı Kitap, Ankara 1994.
- ŞARE, Ersin: "Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs", TBB Dergisi, S.130, Y.2017, s.119-156.
- ŞENOL, Cem: "İçeriden Öğrenilen Bilgi ve İçeriden Öğrenen Kavramlarının Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi", HÜHFD, S.2(2), Y.2012, s.126-145.
- TACİR, Hamide: "Sermaye Piyasasında İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu", MÜHFD, S.2, Y.2006, s.87-115.
- TEKİNALP, Ünal: "İçerden Öğrenenlerin Ticareti Sorunu", İktisat ve Maliye Dergisi, C.13, S.9, Y.1986, s.310-319.
- TERCAN, Erkan: "İşleme Dayalı Yapay Piyasa Oluşturma Suçu ve Bu Suçla İlgili Hareketlerin Elverişliliği Tartışması", BATİDER, C.26, S.3, Y.2010, s.163-181.
- THAPA, Rojina: "Insider Trading: A Brief Overview of Legal Regime in USA, UK, India and Nepal", Mirmire-Economic Article Special Issue 2010, V.38, N.293, Y. January/February 2010, s.1-16.
- TOROSLU, Nevzat/TOROSLU, Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, 24. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara 2018.
- TOROSLU, Nevzat: Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, AÜHF Yayınları, Ankara 1970.
- TURANBOY, Asuman: "6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununa Tâbi Halka Açık Bankalar Bakımından Piyasa Dolandırıcılığı ve Bilgi Suistimali Suçları", Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Sempozyumu, Banka Hukukuna Genel Yaklaşım, Teori-Uygulama, Ankara 2015, s.197-216.
- TURANBOY, Asuman: Insider Muameleleri (Şirkete Ait Gizli Bilgilerin Haksız Kullanımı), Adalet Matbaacılık, Ankara 1990.
- UĞRAŞ, Dilek Özge: "Bilgi Suistimali Suçu (İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu)", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.12, S.47, 2021, s.463-500.
- USLUADAM, Asena Kamer: "Bilgi Suistimali Suçu", AndHD, C.5, S.1, Ocak 2019, s.229-254.
- ÜNVER, Yener: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayınları, Ankara 2003.
- VARIŞ TEZCANLI, Meral: İçeriden Öğrenenlerin Ticareti ve Manipülasyonlar, Ufuk Matbaacılık, İstanbul 1996.
- YALÇIN, Can: "Sermaye Piyasası Kanunu Açısından Piyasa Dolandırıcılığı Suçu", ÇÜHFD, C.5, S.1, Nisan 2020, s.3483-3525.
- YILDIRIM, Evrim: "Sermaye Suçları Açısından Etkin Pişmanlık", ABD, C.2, Y.2014, s.231-268.

Çevrimiçi Kaynaklar

<https://eur-lex.europa.eu/>.

<https://law.justia.com/>.

<https://mevzuat.spk.gov.tr/>.

<https://supreme.justia.com/>.

<https://www.law.cornell.edu/>.

<https://www.mevzuat.gov.tr/>.

<https://www.resmigazete.gov.tr/>.

<https://www.spk.gov.tr/>.

Carl Schmitt'in Parlamentarizm Eleştirisi ve Olağanüstü Hâl Teorisi

Carl Schmitt's Criticism on Parliamentarism and the State of Emergency Theory

Av. *Fatma Betül SEHRAWALA* (*)

Öz:

Günümüz toplumları, gelişen teknoloji ile birlikte kamu düzenini tehdit eden pek çok tehlike ile karşı karşıya kalmaktadır. Bu durum, devletin bekası için başvurulan ve kökenleri Roma Cumhuriyeti Dönemi'ne kadar uzanan "olağanüstü hâl (state of emergency, OHAL)" rejiminin ilanı ile sonuçlanmaktadır. Bir can simidi işlevi gören OHAL rejimi, 2019 yılında patlak veren koronavirüs salgını ve beraberinde getirdiği ekonomik krizler sebebiyle hâlen dünya ülkelerinin gündemindedir. OHAL rejiminin her fırsatta ilan edilmesi, kavramın anlamının tam olarak anlaşılmadığının en bariz göstergesidir. Olağanüstü hâllerin istisna olarak kalması ve doğru bir şekilde uygulanabilmesi amaçları doğrultusunda, Carl Schmitt ve diğer pek çok düşünür rehberlerimiz olarak bizi aydınlatacaklardır. Bu çalışmamızda, OHAL'in isim babası olarak nitelendirdiğimiz Carl Schmitt'in eserleri ve Carl Schmitt üzerine yazılan eserlerden faydalanmak suretiyle Schmitt'in parlamenter demokrasi karşıtı düşünceleri, egemeni yücelten "egemen" tanımı, OHAL teorisi ve homojen bir toplumu inşa amacıyla geliştirmiş olduğu dost-düşman ayrımı ele alınacaktır. OHAL'in istisnailik yönü ve amacından saptırılmaması gerektiği hususları Carl Schmitt'in OHAL teorisi çerçevesinde irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler:

Dost- Düşman, Egemen, İstisna Hâli, Parlamentarizm, OHAL.

Abstract:

Today's societies are faced with many dangers that threaten the public order with the developing technology. This situation results in the application of the state of emergency, which is applied for the survival of the state. It's origins dates back to the Roman Republic Period. The state of emergency, which functions as a lifesaver, is still on the agenda of the countries of the world with the coronavirus epidemic that has broken out in 2019 and the economic crises it brought. The declaration of the state of emergency at every opportunity is the most obvious indicator that the meaning of the concept is not fully understood. Carl Schmitt and many other scholars will enlighten us as our guides, with the aims that states of emergency remains the exception and can be implemented properly. In this study, by making use of the works of Carl Schmitt whom we describe as the eponymist father of the state of emergency, and the works written on Carl Schmitt, Schmitt's parliamentary anti-democratic thoughts, the definition of the concept of the sovereign that glorifies the sovereign, the state of emergency theory and the friend-enemy distinction that he developed for the purpose of building a homogeneous society will be discussed. The exceptionality aspect of the state of emergency and the issues that should not be diverted from its purposes will be examined in the frame of Carl Schmitt's theory of the state of emergency.

Keywords:

Friend-Enemy Distinction, Parliamentarism, Sovereign, The State of Emergency, The State of Exception.

(*) İzmir Barosu Avukatı, İzmir - Türkiye,
E-posta: betulsafak5161@gmail.com; [Orcid No: https://orcid.org/0009-0001-0354-3356](https://orcid.org/0009-0001-0354-3356).
Makale Geliş Tarihi: 25.05.2023 - Makale Kabul Tarihi: 27.11.2023.

Extended Summary

The concept of state of emergency, which has an international basis, has been stipulated in many international conventions covering fundamental rights and freedoms, the most well-known of which are Article 15 of the European Convention on Human Rights (ECHR) titled "Suspension of Obligations in Emergency Situations" and the International Covenant on Civil and Political Rights in an Emergency Situation, It's Article 4 titled "Liability Relief". This concept has also been regulated by Article 15 of the 1982 Constitution of the Republic of Turkey, titled "Stopping the Use of Fundamental Rights and Freedoms".

The state of emergency was declared in many countries between 2016 and 2020 for various reasons. For example, as we have mentioned before, the suspension of ECHR obligations has come to the fore in countries including Serbia, Turkey, United Kingdom, Ireland, France, Greece, Georgia, Armenia and Albania due to the coronavirus outbreak. However, a state of emergency was declared only in Serbia due to the epidemic. Due to the public danger threatening the country in general, a state of emergency regime was implemented in Turkey commonly in 1980's. With the measures taken on the basis of this regime, serious restrictions were imposed on fundamental rights and freedoms. This raises the need to scrutinize the origin and meaning of the concept of the State of Emergency.

The developer of the emergency theory in the modern sense is Carl Schmitt. The theory of state of emergency developed by Schmitt will help us to find solutions to the public issues caused by today's state of emergency, such as the disproportionate nature of the containment measures, the prolonged duration of the state of emergency, and the unnecessarily declared state of emergencies. As a matter of fact, the Schmittian view does not see the declaration of a state of emergency at every opportunity, but sees the state of emergency as legitimate in exceptional cases required by the survival of the nation. From the perspective of the state of emergency theory developed by Schmitt, we aim to emphasize the exceptionality of the state of emergency regime and to question today's parliamentary understanding.

In the first part of our article, Schmitt's anti-parliamentary stance was mentioned and on this axis, the idea that parliamentarism and democracy are not identical, criticisms of the parliamentary constitution and laws, pluralist society structure and the criticism of civil society as a product of parliamentarian structure were mentioned.

In the second part, the state of emergency theory developed by Schmitt is explained with reference to the figure of the absolute sovereign and the distinction between friend and enemy.

According to Schmitt, the concepts of "public debate" and "publicity", which are elements of parliamentarism, are extremely utopian and are tools used to legitimize the current system. The principle of "independence of deputies" put forward in parliamentarism, on the other hand, has a very different appearance than the one introduced. Deputies who is elected by the public for the public, unfortunately, are more worried about their positions and ideologies than the people.

Schmitt thinks that parliamentarism practices such as separation of powers weaken the state. In his opinions, a strong and unlimited state power can overcome public problems. Another factor that limits the state is civil society, which is an output of the pluralistic society structure, which Schmitt is against. Because, according to him, non-governmental organizations are an autonomous statelet that pacifies the state within the state. What should be in Schmitt's thought is an unquestioned and uncriticised state. As a matter of fact, a homogeneous society structure that cares about the future of the state is aimed in the distinction between friend and enemy.

Schmitt, aimed to return to normal in the theory he developed. Although we oppose the idea of absolute sovereignty, we agree with Schmitt's emphasis on the transience of the state of emergency. However, today is the scene of permanent states of emergency and this situation appears as a sign that the meaning of the concept has been distorted. Schmitt believes that the sovereign's decisions will restore order in situations of danger that cannot be repelled by normal laws. As a matter of fact, today's understanding of the state of emergency aims to return to normal with the emergency decree laws in many countries.

In this article, we will discuss all the issues mentioned above in detail, and we will have thought deeply about what parliamentarism is and how the state of emergency regime should be applied in the light of positive and negative criticisms of Schmitt.

Giriş

Günümüz modern demokrasi¹ anlayışı, halkın “parlamento (*parliament*)” da vekiller aracılığıyla temsil edildiği, kamusal müzakere ve eşitlik ilkelerine dayalı bir düzeni öngörmektedir. Bu anlayış, barış içinde ve bir arada yaşayan heterojen bir topluluk yaratmakta; topluluğun her bir üyesine siyasal katılım amacıyla oy hakkı tanıyarak özgürlükçü ve demokratik bir düzlem inşa ettiğini düşünmektedir.

Ancak Alman Hukukçu Carl Schmitt, bu anlayışın karşısında durur ve demokrasi ile parlamentarizm arasındaki zıtlığa dikkat çekerek yeni bir iddia ortaya atar: “Egemen hükümdar ve bir istisna hâli olarak OHAL”.

Schmitt'in parlamentarizm ve çoğulculuk karşıtı iddialarının temelinde ise istikrarlı bir düzenin olmadığı Weimar Cumhuriyeti Dönemi'nde yaşamış olması yatmaktadır.² Weimar Cumhuriyeti Dönemi'nde, çoğulcu anlayışın bir ürünü olan çok partili hayat, koalisyonların önüne set çekmiş, yeni yapıcı yasaların yürürlük kazanması sürekli itirazlara maruz kalarak engellenmiştir. Artan sayıdaki “sivil toplum kuruluşları (*non-governmental organizations*, STK)”, “devlet (*state*)”³ i zayıflatmış; ekonomiden ziyade başka alanlara ağırlık verilmesi, ekonomik buhrana sebep olmuş ve düzen ihtiyacı kaçınılmaz olmuştur. Weimar Cumhuriyeti, tam on beş farklı hükümet değişikliğine, otuz farklı başbakanın göreve gelmesine ve on beş farklı koalisyonun oluşmasına sahne olmuştur.⁴ Bu durum, istikrarsız yönetimin bir vesikası olup Schmitt gibi pek çok düşünürü derinden etkilemiştir. Dönemin karmaşası, Schmitt'i parlamenter demokrasi karşıtı bir safa itmiş ve özgün bir düşünür olarak Carl Schmitt doğmuştur...

¹ Demokrasi, Eski Yunanca “*demos* (halk)” ve “*kratein* (yönetmek)” kelimelerinin birleşmesinden oluşmakta olup “halkın yönetimi”, “halk için yönetim” anlamlarına gelmektedir. ATAR, s.69; GÖZÜBÜYÜK, s.22; İBA; DEMİR, s.63. Anayasa Hukuku, s.81. Demokrasi kelimesi, M.Ö. 5. yüzyılda Yunanlı tarihçi Herodot tarafından ilk kez kullanılmıştır. Abraham Lincoln'un meşhur tanımına göre demokrasi, “*halkın halk tarafından, halk için yönetimi*” şeklindedir. ERDOĞAN, s.175. Genel anlamıyla demokrasinin olmazsa olmazları, özgür ve düzenli seçimler; siyasi çoğulculuk/çok partili siyasal hayat; temel hak ve özgürlüklerin güvenceli bir şekilde pozitif hukuk metinlerinde düzenlenmiş olması; azınlıkların haklarının ve iktidara gelme şanslarının temin edildiği çoğulcu yönetimler; seçilmişlerin üstünlüğü ve sivil toplumun varlığıdır. ATAR, s.67-69. İnsanların kendi kararlarını alabilmesini özgürlük olarak nitelendiren düşünceye göre belli bir yer ve zamanda yaşayan insan topluluğu anlamına gelen halkın, yönetimine ilişkin kararlar alabildiği demokrasi sistemleri de özgürlükçüdür. Bir diğer deyişle, demokrasi özgürlük demektir. DEMİR, s.63.

² SCHEUERMAN, s.135.

³ Devlet kavramı, ilk kez Machiavelli tarafından “Hükümdar (*Prince*)” adlı eserinde kullanılmıştır. George Jellinek tarafından geliştirilen “üç unsur (insan/halk, toprak/ülke, egemenlik) teorisi” nden çıkarılan tanıma göre “*devlet, belirli bir toprak parçası üzerinde egemen olan belirli bir insan topluluğunun oluşturduğu*” yaşayan bir varlıktır. GÖZLER, Genel Esaslar, s.133. Diğer devlet tanımları ise şu şekildedir; “*devlet, egemen kamu gücüne sahip, hukuksal bir kişiliktir*”; “*devlet, bir ulusun belli bir ülke üzerinde, siyasal açıdan örgütlenmesi sonucu ortaya çıkan bir tüzel kişiliktir*”; “*devlet, örgütlenmiş bir ulustur*”; devlet, sınırsız bir iktidardır. GÖZÜBÜYÜK, s.12.

⁴ RACHLIN, (<https://www.h-net.org/reviews/showpdf.php?id=25214>, E.T.8.11.2023); LEYDET, s.110.

Bu çalışmamızda, Carl Schmitt'in hukuk devleti anlayışı, parlamentarizme getirdiği eleştiriler ve OHAL kavramları üzerinde durarak Schmitt'in düşüncelerine ışık tutacağız. Ayrıca dost-düşman ayrımı üzerinden şekillenen istisna hâli ve yeniden düzeni temin etmek için var olan hukuku askıya alan kurucu iktidar figürü, diğer adıyla “mutlak egemen” kavramı bu çalışmamızda en çok karşımıza çıkacak olan kavramlar olarak Schmitt'i anlamamıza yardımcı olacaktır.

I. Antiparlamentarist Bir Aktör-Carl Schmitt

A. Parlamentarizmin Teorik Temeli: Kuvvetler Ayrılığı İlkesi

Klasik anayasa hukukunun temellerinden biri olan “kuvvetler ayrılığı (*separation of powers*) prensibi”,⁵ devlet iktidarının/siyasi iktidarın⁶ bir diğer deyişle devletin bir unsuru olan egemenlik⁷ yetkilerinin paylaşıldığı, liberal temelli bir prensiptir. Kuvvetler ayrılığı, “doğrudan demokrasi (*direct democracy*)”⁸ ve

⁵ Kuvvetler ayrılığı ilkesinin zıddı olan “kuvvetler birliği (*unification of powers*)” prensibi, yasama ve yürütmenin aynı elde birleştiği sistemlerdir. Yasama ve yürütme kuvvetlerinin, yürütme organında birleştiği hükümet sistemleri, “mutlak monarşi (*absolute monarchy*)” ve “diktatörlük (*dictatorship*)” tür. Yasama ve yürütme kuvvetlerinin, yasama organında birleştiği hükümet sistemi, “meclis hükümeti sistemi” dir. GÖZLER, Genel Esaslar, s.223-225. Kuvvetlerin ayrılığına/kuvvetlerin işbirliğine dayanan hükümet sistemine ise yumuşak kuvvetler ayrılığının bir görünüm biçimi olan parlamenter hükümet sistemi örnek verilebilir. ERDOĞAN, s.108; ÖZÇELİK, s.202.

⁶ İktidar (*erk, potestas, state power*), hareket etme yeteneği anlamına gelmektedir. İktidar, güç sahibi olmak, eylem ve işlemlerini yerine getirme yetkisi, hakimiyet anlamlarına da karşılık gelmektedir. Yasama, yürütme ve yargı kuvvetlerinin her biri iktidarın farklı görünüm biçimlerini oluşturmaktadır. İktidarın bir türü olan “devlet iktidarı”, zor kullanma yetkisine sahip örgütlenmiş bağımsız bir birim olarak tanımlanabilir. Devlet iktidarının zor kullanma yetkisi, içte kolluk kuvvetleri; dışta ordular eliyle tesis edilir. Zor kullanma yetkisi, ülke sınırları içerisinde egemenlik kudreti; ülke dışında ise bağımsızlıkla temellendirilmiştir. KABOĞLU, s.68, 75, 76. “İktidar ilişkisi, emretme ve itaate dayanmaktadır”. İktidar, “sosyal iktidar” ve “siyasi iktidar” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Siyasi iktidar, devletlerde ve global toplumlarda ortaya çıkmaktadır. Siyasi iktidarlar, belli bir toprak parçası üzerinde, sınırlı yetkilere sahiptir. Siyasi iktidarlar, komuş oldukları kuraların uygulanabilirliğini sağlayabilmek için güç kullanma tekeline sahip kılınmıştır. Siyasi iktidarlar arası ilişkiler, eşitlik, uzlaşma ve antlaşmalara dayanmaktadır. TEZİÇ, s.101-103; MEMİŞ, s.18. Siyasi iktidar, sivil toplumun da dahil olduğu diğer tüm iktidarların üstünde, meşru ve egemen olan iktidardır. Siyasi iktidar, şiddet kullanma tekeline sahip olan, otoritenin sahibi olan, üstün iktidardır. İBA, Anayasa Hukuku, s.55.

⁷ Egemenlik, devletin üstün emretme ayrıcalığı olarak tanımlanmıştır. Egemenliğin kaynağı hakkında iki düşünce ileri sürülmüştür. Bunlardan birincisi, egemenliğin kaynağını Tanrı'da gören, yönetenlerin yetkilerinin Tanrısal nitelikte olduğuna inanan Tanrısal teoridir. Diğeri ise egemenliğin kaynağının yönetilen kesimi oluşturan halk veya millet olduğuna inanan demokratik teoridir. Demokratik teori içinden, halk egemenliği anlayışı ve millet egemenliği anlayışı türetilmiştir. GÖZÜBÜYÜK, s.68.

⁸ Gözler'in tanımına göre “Doğrudan demokrasi, halkın egemenliğini bizzat ve doğrudan doğruya kullandığı demokrasi tipidir.” Halk, egemenliğini doğrudan doğruya kullanmaktadır. Doğrudan demokraside, devlete ilişkin kararlar bizzat yönetilenler tarafından, aracısız ve temsilcisiz olarak alınmaktadır. Halkın halk için yönetimi olarak da tanımlanan bu demokrasi tipinde, halkın halk tarafından yönetimi söz konusudur. Temeline halk egemenliği anlayışını yerleştiren doğrudan demokrasi, günümüzde sadece İsviçre'nin iki dağ kantonunda uygulanmaktadır. GÖZLER, Genel

“yarı doğrudan demokrasi (*semi-direct democracy*)”⁹ de rastlanılan özgürlükçü anlayışın ürünüdür. Kuvvetler ayrılığının uygulamadaki kökenleri, 1689 tarihli “Bill of Rights (Haklar Bildirgesi)” ile birlikte yürütme ve yasama kuvvetlerinin birbirinden ayrılmaya başladığı döneme dayanmaktadır. Bu ilkeye göre iktidar gücü kötüye kullanılmaya elverişlidir. Kuvvetler ayrılığı ilkesinde amaç, anayasalar eliyle devlet iktidarını sınırlamak ve bu sayede özgürlükleri devlet karşısında teminat altına almaktır. Asıl hedef, kuvvetlerin tek bir elde (monark, diktatör, meclis vs.) toplanmasını engellemektir. Özgürlüklerin teminatının sağlayıcısı ise iktidarın, devlet organları arasında bölüştürülmesidir.¹⁰ Bu organların farklılaşmış yetkileri ve birbirleri üzerinde denetim güçlerinin olması, “frenler ve dengeler sistemi (*system of checks and balances*)” nin oluşumuna vücut vermiştir. Özbudun’un deyimiyle devletin üç iktidarı olan yasama, yürütme ve yargı kuvvetlerinin oluşturulması, kuvvetler ayrılığının anlamsal karşılığını oluşturmaktadır.¹¹ İngiltere’nin siyasal kurumlarından esinlenilerek geliştirilen kuvvetler ayrılığı ilkesi, günümüzde “hukuk devleti (*rule of law, Rechtsstaat*)”¹² nin gerçekleşme koşullarından biri olarak kabul edilmektedir.¹³

Kuvvetler ayrılığı ilkesini ilk ortaya atan düşünür, J. Locke’dir. Locke, “Toplum Sözleşmesi” adlı eserinde, İngiliz anayasal sisteminden esinlenerek ortaya at-

Esaslar, s.273; GÖZÜBÜYÜK, s.71. Halk egemenliği anlayışı denince ilk akla gelen düşünür olan Rousseau’nun düşüncelerine değinerek doğrudan demokrasi ve dolayısıyla halk egemenliği anlayışının kökenine inmek gerektiği düşüncesindeyiz. Rousseau, “egemenliğin devredilemezliği ilkesi” gereği, egemenliğin asıl sahibi olan halkın iradesinin temsil edilemeyeceğini ileri sürmüştür. Hükümet, halkı temsil eden bir güç değil, doğruluğu kuşku götürmeyen halkın iradesi/genel iradenin uygulayıcısı konumundadır. TEZİÇ, s.108-109.

⁹ Yarı doğrudan demokrasi, “*egemenliğin kullanılmasının halk ile temsilcileri arasında paylaştırıldığı demokrasi tipi*” olarak tanımlanmaktadır. Yarı doğrudan demokrasi, temsili demokrasi ile doğrudan demokrasinin bir karışımı gibidir. Bu demokrasi tipinde halk, “referendum”, “halk vetosu”, “halk teşebbüsü” ve “temsilcilerin azli” araçlarıyla yönetime dahil olmaktadır. GÖZLER, Genel Esaslar, s.289; GÖZÜBÜYÜK, s.72-73.

¹⁰ ÖZBUDUN, s.40; GÖREN, Anayasa Hukuku, s.171; TEZİÇ, s.463-464.

¹¹ ÖZBUDUN, s.40.

¹² Hukuk devleti, “*yönetilenlere hukuk güvenini sağlayan devlet düzeni*” olarak tanımlanmaktadır. Hukuk devleti, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmış olmasını, yasaların anayasalara uygunluğunun sağlanmış olmasını, yasaların genel olmasını (yasaların benzer durumdaki kişilere aynı şekilde uygulanması) ve hukuk yaratan, yasa yapan devlet yönetiminin de hukuka bağlı olmasını gerektirmektedir. SOYSAL, s.214-216. Ulaşılmaması arzulan bir evrensel standart niteliğindeki hukuk devleti kavramı, Batı burjuvazisinin monarşi ile savaşımı sonucunda yaygınlaşmıştır. Temeline özgürlüğü almış olması sebebiyle hukuk devleti kavramının liberal kaynaklardan beslendiği düşünülmektedir. Hukuk devleti kavramına, dinamik ve değişken yapısı sebebiyle ülkeden ülkeye ve farklı zamanlarda, değişik anlamlar yüklenmiş, tabiri caizse bu kavram, ideolojik bir boyuta büründürülmüştür. Hukuk devleti, hukuka uyan, hukukla düzenlenen ve hukukla idare edilen, sınırlı devlet düzenidir. Hukuk devletinin temel meşruluk kaynağı, hukuka bağlılıktır. CHEVALLIER, s.1-11. Hukuk devleti, yasama, yürütme ve yargı organlarının bir kül hâlinde hukukla bağlı olduğu devlettir. ATAR, s.94. Devletin bağlı olması gereken hukuk, temel hak ve özgürlükleri tanıyan, hukuki güvenliği sağlayan, adil ve evrensel nitelikte olmalıdır. ERDOĞAN, s.84.

¹³ KABOĞLU, s.101-102; GÖZLER, Genel Esaslar, s.218.

tığı kuvvetler ayrılığı ilkesini “Sivil Hükümet Üzerine İkinci İnceleme (*The Second Treatise of Civil Government*)” adlı eserinin 12. bölümünde derinleştirmiş, iktidarı yasama kuvveti, yürütme kuvveti ve fedaratif kuvvet arasında paylaşmıştır. Locke’ye göre paylaşılmış olan iktidar kudretinin varlık sebebini, özgürlükler oluşturmaktadır. Düşünüre göre yasama kuvveti/iktidarı, diğer tüm kuvvetlerin kendisine tabi olduğu en üstün kuvettir. Yasama kuvveti, yasal mahiyetteki kuralları koymaktadır. Yürütme kuvveti ise sürekli faaliyet hâlinde olan ve yasal mahiyetteki kuralları uygulayan yönetsel kuvveti oluşturmaktadır. Yürütme, yasamaya bağlı olmakla birlikte toplumun salahiyeti için belli bir hareket serbestisine/takdir marjı (*margin of appreciation*) sahip kılınmıştır. Fedaratif kuvvet, dış siyasete ilişkin kararlar almaktadır. Yargı kuvveti, Locke’nin sisteminde yer almamaktadır. Yasama kuvveti, iyi düzenlenmiş bir devlette kamunun iyiliği/kamu yararı¹⁴ için yasalar çıkarırken bu yasaların devamlı yürütülmesi için devamlı ve aralıksız olarak çalışan bir yürütme kuvvetinin varlığı zorunludur. Locke’ye göre yargısal faaliyetler, yürütme kuvvetinin yetki ve görev alanı içerisinde. Hem yürütme hem de fedaratif kuvvet, toplumun gücüne ihtiyaç duymaktadır.¹⁵

Montesquieu, “Kanunların Ruhu (*De’l esprit des lois*)” adlı eseriyle kuvvetler ayrılığı ilkesinin ün kazanmasını sağlamıştır. Düşünüre göre üç kuvvetin tek elde toplanması, her şeyi yok eden keyfi bir zorbalığa evrilecektir. Düşünür, kitabının “İngiltere Anayasası üzerine” başlıklı 6. bölümünde, iktidarı birbirinden bağımsız olan yasama, yürütme ve yargı kuvvetleri arasında paylaşmıştır. Bu paylaştırmada güdülen amaçlar, iktidarı sınırlamak, iktidar gücünü üçe bölmek ve bu kuvvetler arasında işbirliğini tesis etmektir. Montesquieu’ye göre aynı ellerde toplanması gereken bu üç kuvvetin arasında işbirliği ilişkisi bulunmalıdır. Montesquieu, Locke’den farklı olarak “yürütmenin bütünlüğü ilkesi” gereği, dış ilişkilerin düzenlenmesi yetkilerinin de yürütmeye ait olduğunu belirtmiş ve görünmez bir kuvvet olarak yargının varlığından bahsetmiş, iktidarın iktidarı durdurabilmesi için devletin içinde parlamento ve hükümet adında iki ayrı yüksek organın oluşturulması gerektiğinin altını çizmiştir. Bu sayede, hükümetin yetkilerini frenleyebilecek halk tabanlı bir oluşum, özgürlüklerin garantörü olabilecektir. Düşünüre göre yürütme kuvveti, tek bir monarkın elinde toplanmalıdır. Bu sayede ülke, tartışmalardan uzak bir şekilde, daha rahat idare edilecektir. Yasama kuvvetinin sahibi ise halk olmalıdır. Montesquieu’ye göre yasama kuvveti birden çok kişinin yer aldığı, asiller ve halk temsilcilerinden oluşan iki bölümlü bir kurul tarafından kullanılmalıdır.

¹⁴ Kamu yararı, siyasi iktidarın gerçekleştirmek istediği temel amaçlardan birisi olup tüm toplumun yararı anlamına gelmektedir. Kamu yararı, kişilere insan onuruna yaraşır bir hayat düzeyi sağlamayı amaçlamaktadır. GÖZÜBÜYÜK, s.16.

¹⁵ ERDOĞAN, s.21, 104, 105; KABOĞLU, s.101-102; KÜÇÜK, s.37; GÖZLER, Genel Teori, s.542-543; TEZİÇ, s.465-466.

Yasaların ağız olan yargı kuvveti ise mahkemeler tarafından kullanılmalıdır. Düşünürre göre her üç kuvvet de sınırlıdır. Sınırsız iktidarların vuku bulması, özgürlükleri ortadan kaldırır. Kısacası, her iki düşünür de kuvvetlerin/güçlerin tek bir elde toplanmasını, özgürlükler bakımından büyük bir tehdit olarak görmüş ve “güç te-merküzü” nün önüne geçebilmek için kuvvetlerin farklı organlar arasından paylaş-tırılması savını ortaya atmıştır. Ancak hem Locke hem de Montesquieu'nun ortaya attığı bu savlar, “gizemli siyasal üçlü” olarak adlandırılmış, kuvvetler ayrılığının bir tasavvurdan ibaret olduğu yönünde çeşitli eleştiriler geliştirilmiştir.¹⁶ Düşünürlerin eleştirildiği bir diğer nokta, İngiltere'den esinlenmiş olmalarıdır. Kimilerine göre o dönemde, İngiltere'de yasama ve yürütme arasında bir ayrılık yoktu. Aksine bir birlik ve etkileşim söz konusuydu.¹⁷

Kuvvetler ayrılığını teorileştiren düşünürler Locke ve Montesquieu olmak-la beraber bu prensibin tohumları Antik Yunan'da Aristo tarafından atılmıştır. Aristo, “Politika” adlı eserinin 4. Kitabının 14 ve 16. bölümlerinde, devlet teşki-latının üç unsuru olduğundan bahsetmiş ve kuvvetler anlamına gelen bu unsur-ların aralarındaki ilişkilerin iyi düzenlenmesi hâlinde, devletin var olacağını iddia etmiştir. Bu unsurlar/kuvvetler, yasa yapan, savaşa ve barışa karar veren, ceza verme yetkisi olan “karar verici unsur (*deliberative element*)”; memurların seçi-mine ve sahip olmaları gereken niteliklere karar veren “memurlar (*magistrates*) unsuru”; mahkemelerin oluşumu ve hâkimlerin seçiminden sorumlu “yargı unsuru (*judicial power*)” dur. Karar verici unsur, günümüzdeki yasamanın, memurlar unsuru, yürütmenin ve yargı kuvveti unsuru, yargının karşılığıdır.¹⁸

Kuvvetler ayrılığı ilkesi, 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 16. maddesi, 1791, 1795 ve 1848 tarihli Fransız Anayasaları ile 1787 tarihli Amerika Birleşik Devletleri Anayasasında pozitif bir forma kavuşturulmuştur. Günümüzde de pek çok anayasa, kuvvetler ayrılığı ilkesini benimsemiş bulun-maktadır.¹⁹

1. Kuvvetler Ayrılığının Farklı Görünüm Biçimleri

Kuvvetler ayrılığı, hem devlet iktidarına ait yetkilerin organlar arasında pay-laşımını öngören “yatay kuvvetler ayrılığı”nı hem de merkezi idare ile mahalli idareler arasında yetki paylaşımını öngören “dikey kuvvetler ayrılığı”nı kapsa-

¹⁶ ERDOĞAN, s.22, 105, 106; KABOĞLU, s.103-105; GÖZLER, Genel Teori, s.543-548; GÖREN, Anayasa Hukuku, s.171; TEZİÇ, s.466-467; ÖZÇELİK, s.179-180.

¹⁷ TEZİÇ, s.467.

¹⁸ GÖZLER, Genel Teori, s.540-541; ÖZÇELİK, s.175; TEZİÇ, s.464.

¹⁹ GÖREN, Anayasa Hukuku, s.172. Teziç'e göre hakiki anlamda kuvvetler ayrılığı, sadece sert kuvvetler ayrılığını ve dolayısıyla başkanlık hükümet sistemini benimsemiş olan ABD'de söz konusudur. Yazara göre yumuşak kuvvetler ayrılığı ilkesini benimseyen parlamenter rejimler, kuvvetler ayrılığına değil, kuvvetlerin işbirliğine dayanmaktadır. TEZİÇ, s.468-469.

maktadır. İdare hukukunun konusunu oluşturan “yerinden yönetim ilkesi”, dikey kuvvetler ayrılığının bir yansımasıdır.²⁰ Dikey kuvvetler ayrılığı hem bir denge aracı hem de yönetilenlerin kendilerine ilişkin kararlar alabilmesini kolaylaştıran bir kaynaktır. Yatay kuvvetler ayrılığı, devlet organları arasında güç ve yetki paylaşımını öngörmekte olup Locke ve Montesquieu tarafından geliştirilmiştir. Bu ilke, “parlamentar rejim (*parliamentary regime*)”, “başkanlık rejimi/sistemi (*presidential regime*)” ve “meclis hükümeti rejimi” ayrımının oluşmasına hizmet etmiştir.²¹

Kuvvetler ayrılığı, “sert kuvvetler ayrılığı (*rigid seperation of powers*)” ve “yumuşak kuvvetler ayrılığı/ılımlı kuvvetler ayrılığı (*flexible seperation of powers/soft seperation of powers*)” şeklinde bir tasnife de tabi tutulmaktadır. Sert kuvvetler ayrılığının uygulamadaki karşılığı, başkanlık sistemidir. Bu rejimde, yürütme organı tek başlıdır ve yürütmenin başında devletin de başı olan “başkan (*president*)” bulunmaktadır. Başkanın, kendisine karşı sorumlu olan, bakan sıfatında olmayan yardımcılarını bulunmaktadır. Başkan hak tarafından seçilmekte olup halka karşı sorumludur. Bu sebeple yürütme organı, yasama organının güvenine dayanmaz. Başkan, yasama organının çalışmalarına katılamaz. Nitekim sert kuvvetler ayrılığı gereği, yürütmede görev almak aynı zamanda yasamada görev almaya engeldir.²²

Yumuşak kuvvetler ayrılığı sistemi, yasama ve yürütme yetkilerini farklı organlara veren bir sistemdir. Ancak Gözler’in deyişiyle bu organlar, birbirlerinden tamamen bağımsız olmayıp yer yer iç içe geçmiştir. Bu organlar, karşılıklı olarak birbirlerinin hukuki varlığına son verme yetkisine sahip kılınmıştır. Bu sistemde, yasama ve yürütme organları arasında bir işbirliği bulunmaktadır. Bu sebeplerle bu sisteme, “kuvvetlerin işbirliği (*collaboration of powers*)” sistemi de denilmektedir. Yumuşak kuvvetler ayrılığı sisteminin en bariz görünüm biçimi, parlamenter rejimdir.²³

2. Kuvvetler Ayrılığı İlkesine Yönelik Eleştiriler

Kuvvetler ayrılığı ilkesi, her ne kadar rağbet görsün de kimilerine göre bu ilke, bir hayal ürününden ibarettir.²⁴ İlkeye yönelik bazı eleştiriler, amaçtan sapıldığına işaret etmektedir. Erdoğan’a göre asıl amacı özgürlüklerin temini olan bu ilke, günümüzde teknik bir öneri, bir kavramlaştırmaya dönüşmüş, asıl amaçtan uzaklaşarak birbirinden ayrılmış kendine yeterli organların oluşturulması kaygısına

²⁰ ÖZBUDUN, s.42.

²¹ KABOĞLU, s.101-102.

²² GÖZLER, Genel Teori, s.587-588; GÖZLER, Genel Esaslar, s.230-234.

²³ GÖZLER, Genel Esaslar, s.242; ÖZÇELİK, s.202; DEMİR, s.102.

²⁴ ERDOĞAN, s.106; TEZİÇ, s.469.

düşülmüştür. Yazara göre kuvvetler ayrılığının ilk anlamına kavuşturulabilmesi için öncelikle, nitelikleri itibariyle tamamen ayrı ve bağımsız olan organlar oluşturulmalıdır. Örneğin, yasa yapma kavramının anlamı çerçevelenerek, yürütmenin yasama organının işlerine karışmasına engel olunmalıdır. Nitekim günümüzde genel kurallar koyma işlevi ile yönetim işlevi birbirine karışmış, parlamenter rejimlerde yasama ve yürütme organları iç içe geçmiş vaziyettedir. Dolayısıyla, fiiliyatta yasama ve yürütme yetkileri/kuvvetleri, tek bir organda toplanmış, ta-biri caizse kuvvetler ayrılığı, yerini kuvvetler birliğine bırakmıştır.²⁵

Kuvvetler ayrılığı ilkesine yönelik bir diğer eleştiri, bu ilkenin üç ayrı kuvvet öngörmek suretiyle “egemenliğin teklifi ve bölünmezliği ilkesi” ne ters düşmesidir. Bu düşünceye göre gerçekte tek bir egemenlik/iktidar/kuvvet vardır. Ayrı olan kuvvetler değil, “fonksiyonlar” ve “organlar”dır. Fonksiyonlar, devletin hukuki sonuç doğuran faaliyetlerinin bir türüdür. Fonksiyonlar, devlet kudretinin değişik kullanım biçimleri olarak nitelendirilmektedir. Asıl olan iktidarın teklifi olup iktidar, gücünü karşılıklı etkileşim hâlindeki organlar vasıtasıyla kullanmaktadır. Yasama, yürütme ve yargı, fonksiyonlar ayrılığına dayanarak ayrışan organlardır.²⁶ Benzer düşüncede olan Esmein'e göre kuvvetler, aynı makinenin çarkları gibidir. Bu çarkların harekete geçebilmesi için devlet kuvvetleri, “ortak bir motor” a bir diğer deyişle tek ve ortak bir yönetime ihtiyaç duymaktadır.²⁷

Kuvvetler ayrılığı, ABD Eski Başkanı Woodrow Wilson'una göre sorumlulukların da paylaştırılması, her kuvvetin sorumluluğun küçük bir kısmına sahip olması anlamına gelmektedir. Wilson'a göre bu durum uygulamada, her kuvvetin suçu diğer bir kuvvetin üzerine atarak sorumluluktan sıyrılması ile neticelenmektedir.²⁸

Bir diğer eleştiri, kuvvetler ayrılığının eşyanın tabiatına aykırı olduğu yönündedir. Bu düşünceye göre kuvvetler birbirinden tamamen bağımsız ve birbirine eşit olmayıp zamanla kuvvetlerden birinin diğerine üstün gelmesi pek tabiidir. Kısacası bu ilke, daha önce de değindiğimiz gibi bir tasavvurdan ibarettir. Diğer bir eleştiri, blokaj tehlikesine dairdir. Bu tehlike, mutlak kuvvetler ayrılığının benimsenmesi hâlinde, devletin farklı yönlerden eşit bir şekilde çekilen hareket-siz bir cisime indirgenmesine yol açmaktadır. Bu durum, işlevsiz, fiili olarak var olmayan, istikrarsız devletçiklere davetiye çıkarmaktadır. Siyasi partiler, her ne kadar demokratik toplumların vazgeçilmez bir unsuru olsa da kuvvetler ayrılığı ilkesi ile çeliştiğini düşünen bir kesim bulunmaktadır. Bizim de düşüncesine ka-

²⁵ ERDOĞAN, s.106-107.

²⁶ GÖZLER, Genel Teori, s.549, 551; GÖZLER, Genel Esaslar, s.221-222; ÖZBUDUN, s.169-171; ATAR, s.169.

²⁷ GÖZLER, Genel Teori, s.549; GÖZLER, Genel Esaslar, s.221.

²⁸ GÖZLER, Genel Teori, s.549; GÖZLER, Genel Esaslar, s.221.

tıldığımız bu kesime göre hükümet parlamentoda üstünlüğe sahip olan partinin elindedir. Bir diğer deyişle, yasama ve yürütme aynı kanadın elinde olup kuvvetler ayrılığı uygulamada silik bir görünüme bürünmüştür.²⁹

B. Genel Hatlarıyla Parlamentarizm ve Parlamenter Rejimler

Parlamento kelimesi, Fransızca konuşmak anlamına gelen “*parler*” kelimesinden türetilmiş olup konuşulan, tartışılan yer anlamına gelmektedir. Parlamentarizm, hükümetin seçimlerle oluşturulduğu ve yasamaya karşı sorumlu olduğu siyasal düzen biçimidir.³⁰ Parlamentarizm ve parlamenter rejimin kökleri, 17. yüzyılın ortasına kadar uzanmaktadır. Bu rejim, ilk kez “*parlamenter sistemin beşiği*”³¹ olan İngiltere’de³² ortaya çıkmıştır. Ardından silsile hâlinde, Fransa ve diğer Avrupa ülkelerine yayılmıştır. 20. yüzyıla gelindiğinde parlamenter rejimler, otoriter ve totaliter rejimlere üstün gelmiştir. Parlamenter rejim ve dolayısıyla parlamento, 18. yüzyılda siyasi partilerin ortaya çıkışı ve 19. yüzyılda oy hakkının genişlemesiyle kurumsallaşmıştır. Parlamenter rejim, belli bir tarihsel evrede gerçekleşen uygulamaların bir sentezi olup olgunlaşarak günümüze kadar gelebilmiştir. Kaboğlu’nun deyişiyle bu rejim, “*pratikten teoriye doğru kurulan bir rejim*”dir.³³ “İktidarlar dengesine dayanan” parlamentarizm düşüncesi, halkın selameti için devlet iktidarının parçalara ayrılmasını meşru ve gerekli kılmaktadır.³⁴

Epstein’in tanımına göre temelini güven ilişkisini alan parlamenter rejim, yürütmenin yasamadan kaynaklandığı ve yasamaya karşı sorumlu olduğu anayasal demokrasi biçimidir.³⁵ İba, parlamenter rejimi, hükümetin sürekli olarak parlamentonun çoğunluğunun güvenine ihtiyaç duyduğu, özünde yasama ile yürütme arasındaki güven ve işbirliği ilişkisine dayanan bir rejim olarak tanımlamıştır.³⁶ Yasama ile yürütme organları arasındaki işbirliği ilişkisi, bilhassa yasa yapım aşamasında somut hâle gelmektedir. Yasa tasarıları, yürütme organı tarafından

²⁹ GÖZLER, Genel Teori, s.550-551; GÖZLER, Genel Esaslar, s.222.

³⁰ İBA, Parlamento Hukuku, s.3; SOYSAL, s.26.

³¹ GÖZÜBÜYÜK, s.29.

³² İngiltere, 1066 tarihli Hastings Savaşı’nın ardından Norman’ların istilasına uğramış, Normanlar tarafından ele geçirilen toprakların başına ise kendi düşüncelerinden olan soylular geçirilmiştir. Zamanla oluşan baskı ve despotik yönetim anlayışı, yine soylu tabakaya mensup olan ancak muhalif düşüncedeki “baron” ları harekete geçirmiştir. Baronlar, zamanla yönetimdeki söz haklarını genişleterek parlamento kavramının ortaya çıkmasını sağlamıştır. 13. yüzyıl itibarıyla parlamento oluşmuştur. 1660’dan itibaren etkisini gösteren “restorasyon dönemi” nin bir nüvesi de Burjuvazi’nin zaferi olan 1666 tarihli Bill of Rights’in kabulüdür. Bu gelişme ile birlikte, parlamentarizm düşüncesi ortaya çıkmıştır. SOYSAL, s.26, 27, 29.

³³ KABOĞLU, s.125-126; İBA, Parlamento Hukuku, s.3-4; ÖZÇELİK, s.203.

³⁴ LAUVAUX, Philippe, Les grandes democracies contemporaines, PUF, Paris, 1990, s.25’den aktaran KABOĞLU, s.126.

³⁵ EPSTEIN, s.419.

³⁶ İBA, Parlamento Hukuku, s.5.

hazırlanır ve yasama organı tarafından onayla uygun bulunursa yürürlük kazanır. Bu durum, yasama ve yürütme organları arasındaki “fonksiyonel işbirliği” ne karşılık gelmektedir. Yasama ile yürütme organları arasındaki “organik işbirliği” ise bakanlar kurulu ve üyelerinin söz alma, tartışmalara katılma ve fesih hakkını kullanması hâllerinde söz konusudur.³⁷

Parlamentonun varlığı, bir rejimin parlamenter olarak nitelendirilmesi için yeterli değildir. Nitekim “temsili demokrasi (*representative democracy*)” nin³⁸ görünüm biçimlerinden olan başkanlık ve meclis hükümeti sistemlerinde de parlamento bulunmakta olup bu sistemleri hakiki anlamda parlamenter rejim olarak nitelendirmek güçtür. Parlamentonun varlığı, demokrasinin varlığına da bir karine oluşturmamaktadır.³⁹ Nice parlamentolu devletler, yasamanın kuklalaşması ve despotik rüzgarların etkisiyle demokrasiden bir hayli uzak kalmıştır.⁴⁰

1. Parlamenter Rejimin Asli Özellikleri

Parlamenter rejimlerin özellikleri, Arend Lijpjtart tarafından asli özellikler ve tali özellikler şeklinde bir tasnife tabi tutulmuştur. Asli özellikler, hükümetin yasamadan kaynaklanması ve hükümetin yasama organına karşı sorumlu olmasıdır.⁴¹ Gözler, asli özelliklere, üçüncü bir asli özellik olarak “yürütmenin ikili yapıda/ çift başlı oluşu” nu da eklemiştir.⁴² Teziç’e göre ise geleneksel parlamenter rejimin dört asli özelliği bulunmaktadır. Bu özellikler, yürütmenin çift başlılığı, devlet başkanının siyasi bakımdan sorumsuzluğu, bakanların yasama organına karşı siyasi sorumlulukları ve yürütme organının yasama organını fesih yetkisidir.⁴³

a. Yürütmenin Çift Başlılığı

Parlamenter rejimlerde, yürütme organı “devlet başkanı (*head of state*)” ve “bakanlar kurulu (*council of ministers*)” şeklinde iki kanattan oluşmaktadır.

Monarşik parlamenter rejimlerde devlet başkanı “kral (*king*)”; cumhuriyet tipi parlamenterler rejimlerde ise “cumhurbaşkanı (*president of the republic*)”dır.

³⁷ DEMİR, s.103.

³⁸ “Temsili demokrasi, halkın egemenliğini kendi seçtiği temsilcileri aracılığıyla kullandığı demokrasi tipidir.” Temsilciler, kendi namlarına değil, halk adına egemenlik yetkilerini kullanmaktadır. Egemenliğin sahibi olan millet, egemenliğin kendisini değil, kullanım hakkını temsilcilere devretmektedir. GÖZLER, Genel Esaslar, s.278. Temsili demokraside, egemenlik genel seçimlerle seçilmiş, halk adına hareket eden temsilciler aracılığıyla kullanılmaktadır. GÖZÜBÜYÜK, s.71.

³⁹ İBA, Türk Anayasa Hukuku, s.106; İBA, Parlamento Hukuku, s.4-5; GÖZÜBÜYÜK, s.29; ÖZÇELİK, s.202-203.

⁴⁰ GÖZLER, Genel Teori, s.589; GÖZLER, Genel Esaslar, s.243.

⁴¹ LIJPTART, Arend, Çağdaş Demokrasiler, Çev. Ergun Özbudun ve Ersin Onulduran, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997, s.63-65’den aktaran GÖZLER, Genel Teori, s.589; GÖZLER, Genel Esaslar, s.243.

⁴² GÖZLER, Genel Teori, s.589; GÖZLER, Genel Esaslar, s.243.

⁴³ TEZİÇ, s.478.

Devlet başkanı, devletin başıdır, devleti temsil yetkisine sahiptir. Her iki tip parlamenter rejimde de devlet başkanı, yasama organı karşısında “mutlak sorumsuz” konumdadır. Devlet başkanının siyasi bakımdan sorumsuzluğunun, altında yatan temel amaç, yürütme organının devamlılığını sağlamaktır. Nitekim parlamenter rejimin köklerinin uzandığı İngiltere’de devlet başkanının sorumsuzluğu “*Kral kötülük yapmaz*”⁴⁴ özdeyişi ile ifade edilmiştir. Devlet başkanının işlemleri “başbakan (*prime minister*)” ve “bakanlar (*ministers*)” tarafından imzalanmaktadır. Başbakan ve bakanlar, “karşı imza (*countersignature*)” kuralı gereği, imzaladıkları bu işlemlerden dolayı yasama organına karşı siyasi olarak sorumludur.⁴⁵

Parlamenter rejimlerde, bakanlar kurulu yürütmenin diğer kanadını oluşturmaktadır. Bakanlar kurulu, “dar anlamda hükümet” ya da “kabine (*cabinet*)” olarak da adlandırılmaktadır.⁴⁶ Bakanlar kurulu, hiyerarşik üst olan başbakanın başkanlığında toplanan, ülkenin genel siyasetini belirleyen, kolektif olarak karar alan bir makamdır. Bakanlar kurulu, “kolektif sorumluluk (*collective responsibility*)”,⁴⁷ “kolejyallik (*collegial*)”,⁴⁸ homojenlik,⁴⁹ “dayanışma (*solidarity of cabinet*)”⁵⁰ ve gizlilik⁵¹ ilkelerine dayanan bir kurumdur.⁵²

b. Yürütmenin Yasamadan Kaynaklanması ve Yasamanın Güvenine Dayanması

Cumhuriyet tipi parlamenter rejimlerde bakanlar kurulu, seçim usulüyle değil, yasama organı tarafından seçilmektedir. Oluşturulan bakanlar kurulu, yasama organından “güven oyu (*vote of confidence*)” istemektedir. Devlet başkanı, hem seçiminde hem de görevi sırasında, yasama organına karşı mutlak sorumsuz olduğu için güven oyuna ihtiyaç duymamaktadır. Bakanlar kurulu, kuruluş aşamasında güven oyu almış olsa bile ülke siyasetine ilişkin yürüttüğü politikalarından memnun kalmaması hâlinde, yasama organının vereceği “güvensizlik oyu (*vote of no confiden-*

⁴⁴ TEZİÇ, s.490; ÖZÇELİK, s.204.

⁴⁵ GÖZLER, Genel Teori, s.589-590; GÖZLER, Genel Esaslar, s.243-244; TEZİÇ, s.479-480, 483; GÖZÜBÜYÜK, s.29; ÖZÇELİK, s.204; DEMİR, s.103.

⁴⁶ TEZİÇ, s.479.

⁴⁷ Kolektif sorumluluk ilkesi, bakanlar kurulunun tüm üyeleri ile birlikte parlamentoya karşı sorumlu olmasıdır. Hakkında “güvensizlik oyu” verilen bakanlar kurulunda tüm bakanların üyelikleri düşer. GÖZLER, Genel Esaslar, s.244.

⁴⁸ Kolejyallik ilkesi, Bakanlar kurulunun oylama yapmasa dahi kararlarını oybirliğiyle aldığına, genel bir uzlaşma ile kararların alındığına ilişkin ilkedir. GÖZLER, Genel Esaslar, s.244.

⁴⁹ Homojenlik ilkesi, bakanlar kurulu üyelerinin ortak bir siyasal çizgiye sahip olduğuna ilişkin ön kabul anlamına gelmektedir. GÖZLER, Genel Esaslar, s.244.

⁵⁰ Dayanışma ilkesi, bakanlar kurulu tarafından alınan kararlardan doğan sorumluluğun her bir bakan tarafından üstlenilmesi anlamına gelmektedir. GÖZLER, Genel Esaslar, s.244.

⁵¹ Gizlilik ilkesi gereği, bakanlar kurulunun görüşmeleri gizlidir. Bu sebeple, parlamenter rejimin be-nimsendiği pek çok ülkede, bakanlar kurulu toplantılarına ilişkin tutanak tutulmamaktadır. GÖZLER, Genel Esaslar, s.244.

⁵² GÖZLER, Genel Teori, s.590-593; GÖZLER, Genel Esaslar, s.244; TEZİÇ, s.479.

ce)” ile düşürülebilir. Görevlerini iyi yapmış olan bakanlar da kolektif sorumluluk ilkesi gereği, görevlerini kaybetmiş olur. Görevini iyi bir şekilde yerine getirmemiş olan bakanların ise hem kolektif sorumluluk hem de “kişisel/bireysel sorumluluk (*individual ministerial responsibility*)” ilkesi gereği, görevleri sonlandırılmış olur. Yasama organının, bakanlar kuruluna güveni, bu kurulun teşekkülünden başlayarak aksi bir durum oluşmadıkça bir sonraki seçime kadar sürmesi gereken bir ilişkidir.⁵³

2. Parlamenter Rejimin Tali Özellikleri

Parlamenter rejimler, asli özelliklerin hepsini taşımaları hâlinde, parlamenterlik vasfını haiz olur. Ancak tali özelliklerin ikincil niteliklerinden dolayı eksikliklerinde dahi asli özelliklerin taşınması hâlinde bir sistemin parlamenter rejim olarak nitelendirilmesi mümkündür. Tali özellikler, yürütme organının yasama organını “fesh edilebilmesi (*dissolution*)”, sert kuvvetler ayrılığının bir görünüm biçimi olan başkanlık sisteminin aksine aynı kişinin hem yasama hem de yürütme organında görev alabilmesi ve bakanlar kurulunun yasama organının çalışmalarına katılabilmesi şeklinde sayılabilir.⁵⁴

Güvensizlik oyu ile düşürülebilen yürütme organı, devlet başkanının imzası ile (parlamenter rejimin benimsendiği ülkelerin genelinde) yasama organını fesh edebilmektedir. Bir diğer deyişle, parlamenter rejimlerde yasama ve yürütme organları birbirlerinin hukuki varlığına karşılıklı olarak son verebilmektedir. Fesih yetkisi, kuvvetler arasındaki dengenin sağlanması bakımından önemli bir araçtır. Bu araç, parlamenter rejimlerde başkanlık sisteminin aksine tam kuvvetler ayrılığının olmadığını, yumuşak kuvvetler ayrılığının bulunduğunu göstermektedir.⁵⁵ Fesih ile yasama organının görevleri, görev süresi dolmadan sonlandırılmakta olup yasama organının teşekkülü için yeni seçimlere gidilmektedir.⁵⁶

Parlamenter rejimlerde, yürütme organının bir üyesi olan başbakanların yasama organı/parlamento üyesi olması zorunludur. Bakanlar ise parlamentonun içinden veya dışından atanabilmektedir. Bu rejimde, yürütme organının bir mensubu aynı zamanda parlamento üyesi de olabildiği için kuvvetlerin yumuşak ayrılığında bahsedilmektedir.⁵⁷

Parlamenter rejimlerde, bakanlar kurulu, yasama organının çalışmalarına katılmaktadır. Bu durum, kuvvetlerin işbirliğine dayan parlamenter rejimlerin do-

⁵³ GÖZLER, Genel Teori, s.593-594; GÖZLER, Genel Esaslar, s.245; KABOĞLU, s.127; TEZİÇ, s.486-488; ÖZÇELİK, s.206-207.

⁵⁴ GÖZLER, Genel Teori, s.594; GÖZLER, Genel Esaslar, s.246-247.

⁵⁵ GÖZLER, Genel Teori, s.594-595; GÖZLER, Genel Esaslar, s.247; KABOĞLU, s.128; TEZİÇ, s.491; GÖZÜBÜYÜK, s.30.

⁵⁶ TEZİÇ, s.490, DEMİR, s.104.

⁵⁷ GÖZLER, Genel Teori, s.595; GÖZLER, Genel Esaslar, s.246-247.

ğasına da uygun düşmektedir. Bu rejimde, bakanlar kurulunun yasa teklif etme yetkisi bulunmaktadır. Başbakan ve bakanların parlamentoya girme hakkı, parlamentoda oturma hakkı, tartışmaları izleme hakkı, söz alma hakkı ve fesih hakkı bulunmaktadır.⁵⁸

3. Parlamenter Rejime Yönelik Olumlu ve Olumsuz Eleştiriler

Kimi kesimlerce demokrasi kavramı ile özdeş tutulan parlamenter rejim, bünyesinde hem güçlü hem de zayıf yanlar barındırmaktadır. Bu rejimin güçlü yanları olarak yönetimdeki tikanıklıkların süratle çözüme kavuşturulabilmesi, esnek oluşu, kutuplaşmayı engelleyici araçlara sahip olması ve devlet başkanının ılımlı ve uzlaştırıcı rollerle donatılmış olması zikredilebilir. Parlamenter rejimin zayıf yanlarına ise istikrarsız ve zayıf hükümetlere yol açması, sanılanın aksine düşük nitelikli bir demokrasiye yol açması örnek olarak verilebilir.

a. Parlamenter Rejimin Güçlü Yanları

Parlamenter rejimlerde, yasama organı ile yürütme organı arasında bir krizin ortaya çıkması hâlinde, “güvensizlik oyu” ve “fesih” gibi araçlarla bu krizler çözüme kavuşturulabilir. Bu araçlar, girift hükümet krizlerinin önüne geçmektedir. Bu sebeplerle, parlamenter rejimlerde, rejimin kilitlenmesi ve hükümet darbeberine başkanlık sistemlerine nazaran daha az rastlanılmaktadır.⁵⁹

Parlamenter rejim, esnektir. Bu esnekliği sağlayan araçlar ise güvensizlik oyu ve fesihtir. Bu rejimde, yasama ile yürütme arasındaki ilişki donuk değildir. Başkanlık sisteminin aksine halkın desteğini yitiren veyahut işgörmez hâle gelen hükümetlerin görevi, uzun yıllar seçimlerin yapılmasını beklemeden süratle sona erdirilebilir.⁶⁰

Parlamenter rejim, kutuplaşmaya yol açmamaktadır. Seçimi çoğunluğun oylarıyla kazanan siyasi partiler, görevde kalabilmek için sürekli olarak parlamentonun güvenine ihtiyaç duymaktadır. Seçimleri kaybeden siyasi partiler ise dışlanmamakta, “muhalafet” safında yer alarak siyasi faaliyetlerine devam edebilmektedir.⁶¹

Parlamenter rejimde devlet başkanı, parlamento ile hükümet arasında çıkan krizlerde, tarafsız ve partiler üstü oluşu sebebiyle ılımlılaştırıcı, uzlaştırıcı ve arabulucu rollere sahip kılınmıştır.⁶²

⁵⁸ GÖZLER, Genel Teori, s.595-596; GÖZLER, Genel Esaslar, s.247.

⁵⁹ GÖZLER, Genel Teori, s.612; GÖZLER, Genel Esaslar, s.248.

⁶⁰ GÖZLER, Genel Teori, s.612; GÖZLER, Genel Esaslar, s.248.

⁶¹ GÖZLER, Genel Teori, s.612; GÖZLER, Genel Esaslar, s.248.

⁶² GÖZLER, Genel Teori, s.613; GÖZLER, Genel Esaslar, s.248-249.

b. Parlamenter Rejimin Zayıf Yanları

Parlamenter rejimlerdeki güvensizlik oyu aracı, istikrarsız hükümetlere davetiye çıkarabilmektedir. Bu aracın kullanımına sıklıkla başvurulması hâlinde, hükümet ömrü kısa olan istikrarsız yönetimler gerçeği ile karşılaşmaktadır. Üçüncü ve Dördüncü Fransız Cumhuriyetleri ile Weimar Cumhuriyeti Dönemi, istikrarsız hükümetlere sahne olmuştur.⁶³

Parlamenter rejimler, zayıf hükümetlere yol açmaktadır. Bu durumun temel sebebi, bu rejimde sıklıkla “koalisyon hükümetleri” ne rastlanmasıdır. Birden fazla siyasi partinin bir araya geldiği koalisyon hükümetlerinde, karar alma süreci yavaş işlemektedir. Hükümetin tek partiden oluşması hâlinde dahi çift başlılık ve güvensizlik oyu aracının varlığı sebebiyle zayıf hükümetlerin oluşması muhtemeldir.⁶⁴

Parlamenter rejim, düşük nitelikli demokrasilere yol açmaktadır. Nitekim bu rejimde halk, hükümeti doğrudan belirleyememekte; koalisyon hükümetlerinde hesap verilebilirlik zorlaşmakta, sorumluluğun teşhisi güçleşmekte; “önceden bilinebilirlik (*identifiability*)”, bakımından parlamenter rejimler daha düşük bir niteliğe sahip olmakta, seçilenlerin hükümeti bizzat oluşturmaları sebebiyle seçmen oy verdiği sırada, hükümetin kimlerden oluşacağı hususunda düşünce sahibi olamamaktadır.⁶⁵

C. Schmitt'in Parlamentarizm ve Demokrasi Eleştirisi

Parlamentarizm, halkın kendi kendisini parlamento aracılığıyla yönettiği modern toplum düzenidir. Parlamentarizmde yürütme organı yasamadan kaynaklanır ve yürütme yasama organına karşı sorumludur.⁶⁶ Yürütmenin yasamaya karşı sorumlu tutulması, keyfiliğe karşı kullanılan önemli bir araçtır. Bu sistem, “hukukun üstünlüğü ilkesi (*the rule of law principle*)” ne dayanarak devleti sınırlamayı ve halkın özgürlüklerini güvence altına almayı amaçlamaktadır. Bu durum, Carl Schmitt'e göre devleti yok etme teorisinin ta kendisidir.⁶⁷ Parlamentarizmin temel prensipleri, “kamusal müzakere (*public debate*)” ve “aleniyet/kamusalılık (*publicity*)” tir.⁶⁸

Kamusal müzakere, “hukuk devleti” nin meşruluk temeli olarak algılanan, kamuya ilişkin konuların eşit oy ve saygı ilkeleri çerçevesinde tartışıldığı özgür

⁶³ GÖZLER, Genel Teori, s.613; GÖZLER, Genel Esaslar, s.249.

⁶⁴ GÖZLER, Genel Teori, s.617; GÖZLER, Genel Esaslar, s.249-250.

⁶⁵ GÖZLER, Genel Teori, s.618; GÖZLER, Genel Esaslar, s.250.

⁶⁶ GÖZLER, Genel Esaslar, s.243.

⁶⁷ SCHMITT, Parlamenter Demokrasi, s.91.

⁶⁸ SCHMITT, Parlamenter Demokrasi, s.16.

bir platform inşasını gerekli kılan bir prensiptir. Carl Schmitt, parlamentarizmin özünün argüman ve karşı argümanın kamusal alanda görüşülmesi olan kamusal müzakere kavramı olduğunu dile getirmiştir.⁶⁹ Parlamentonun varlığına dayanan bu sistem, Schmitt'in egemenliği tek başına bir diktatöre verme arzusunu baltalamaktadır. Schmitt'e göre hukuk devleti, egemenin tanımladığı hukuk kuramına göre şekillenen devlet olup egemenin dediği her şey sorgulanmadan -müzakere edilmeden- kabul edilmelidir. Şeffaflık ve kamusal müzakere, Schmitt'e göre demokratik olduğu düşünülen sınırlardır.⁷⁰ Önemli olan husus, egemenin süratle karar alabilmesidir. Kararların türü ve içeriğinden ziyade, hızlı bir şekilde alınması ve icrası, büyük önem taşımaktadır.⁷¹

Aleniyet ise halkın yasalar ve yürütme faaliyetleri hakkında bilgi sahibi olmasını sağlayan bir prensip olup devlet ile toplum arasındaki bağı kurmaktadır. Bu kavram, halka açıklık anlamına gelmektedir. Aleniyet, toplumun karar verme süreçlerindeki katılımcılığını ve eğitimini arttırmakta, devlet meseleleri üzerine akılcı çözümler üretilmesini sağlamaktadır.⁷² Schmitt'e göre siyasal hayatın aleniyeti iyi ve doğru algılanır. Aleniyet, halkın aydınlanmasını ve bu vesileyle parlamentarizmin amacı olan iktidarın kötüye kullanımını engellemeye hizmet eder. İktidarın keyfiliğini önleyen aleniyet ilkesinin temelinde yatan düşünce ise halkın kendisini aydınlatma yeteneğinin olduğu inancıdır.⁷³

Carl Schmitt, saymış olduğumuz bu prensiplerin gerçeklikle alakasının olmadığını düşünmekte ve parlamentarizmin düşünsel temelini iyice köhnemiş bir düşünce sistemi olarak görmektedir.⁷⁴ Düşünür, parlamentarizmin karar organlarından olan parlamentonun ve diğer kurumlarının, içi boş bir deniz kabuğuna dönüştüğünü, bu kurumların rasyonellik ve güvenilirlikten yoksun olduğunu ileri sürmüştür.⁷⁵ Schmitt'e göre parlamentarizmin dayandığı çoğulcu anlayış, içi boş bir kavramdır ve içinde bulunduğu toplumun yaşadığı siyasal krizin sebebi, parlamenter demokrasinin uzantısı olan çoğulculuk düşüncesidir.⁷⁶

Schmitt'in de aralarında bulunduğu kimi düşünürler, 20. yüzyıl Avrupası'nın "parlamentonun krizi" denen olguya şahit olduğunu iddia etmiştir. Savaşlar ve ekonomik krizler neticesinde ortaya çıkan sorunların hantallaşan ve bir nevi "parti diktatörlüğü" ne evrilen parlamentolar tarafından çözülememiş olduğuna du-

⁶⁹ SCHMITT, Parlamenter Demokrasi, s.53.

⁷⁰ CRISTI, s.283.

⁷¹ CRISTI, s.293.

⁷² ODABAŞ, s.2059, 2062, 2064.

⁷³ SCHMITT, Parlamenter Demokrasi, s.59.

⁷⁴ SCHMITT, Parlamenter Demokrasi, s.16.

⁷⁵ LEYDET, s.109.

⁷⁶ BEZCİ, s.164.

yulan inanç, bu iddianın temelini oluşturmuştur. Schmitt'e göre parlamento, 20. yüzyıldan itibaren bir formalite hâline gelmiş ve artan demokrasi ihtiyacına cevap veremez olmuştur. Parlamento, demokratiklik ve çoğulculuktan uzaklaşarak parti egemenliklerine sahne olmaya başlamıştır. Güçlenen partiler, parlamentonun işlevsizleşmesine, tabiri caizse “yasa yapan” değil, “yapılmış yasaları onaylayan” bir kurum hâline gelmesine yol açmıştır.⁷⁷ Schmitt, parlamentoların, parti diktatörlüklerine, ametör hükümetlerin oluşumuna, anayasal krizlere ve akılçılıktan uzak devlet siyasetinin geliştirilmesine sahne olduğunu belirtmiştir. Düşünür, parlamentarizmin amaçladığı değerlerden bütünüyle uzaklaşarak yozlaştığını ve dolayısıyla faydadan çok zarar getirdiğini ileri sürmüştür.⁷⁸

“*Milletvekillerinin bağımsızlığı ve aleniyet ilkeleri, merkezi bir ısıtma sisteme bağlı radyatörlerin üstüne, bir dekor gibi yararsız ve hatta sıkıntı verecek ölçüde çizilen ve ateşin yandığına inandırmak için kullanılan alev figürleri gibi boş ve fuzulidir*”.⁷⁹ Çünkü Schmitt'e göre milletvekilleri, sadece siyasal kimliklere odaklanır, halkı düşünmekten ziyade siyasal çıkarlarını ve makam hırslarını meclis tartışmalarına alet ederler. “*Partiler, ülkenin geneline hizmet götürmek yerine yandaşlarına bir takım mal ve ihaleleri peşkeş çekerek siyasetin özüne zarar vermektedirler*”.⁸⁰ Artık parlamentoda temsilci vasfını haiz olanlar, ülkenin siyaseti ve halkın sorunlarından ziyade, kendi ihtiyaç ve çıkarlarını sağlamaya odaklanmış durumdadır.⁸¹ Bu husus, parlamento düşünürünün çekirdek değerlerinden ne kadar uzak kaldığının ve de revize edilme ihtiyacı içerisinde olduğunun bir göstergesidir.

Schmitt, parlamentarizmin eşitlik anlayışını da mercek altına almış ve “nisbi eşitlik (*relative equality*)” in⁸² eşitlik olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmiştir. Ona göre “*parlamente demokrasi, azınlığın iradesini demokrasiye dayanarak çoğunluğa tabi kılmak suretiyle eşitliği zedeleyici nitelik taşımaktadır*”⁸³ Bu sistemde, demokrasi vaatleriyle halkı kandırmak ve karşıt düşünceleri yontmak mümkündür. Nazi Almanyası'ndan sonraki süreçte de eğitim yoluyla siyasal ide-

⁷⁷ İBA, Anayasa Hukuku, s.109-110; İBA, Parlamento Hukuku, s.9-10.

⁷⁸ CRISTI, s.295.

⁷⁹ ÖZTÜRK, s.79.

⁸⁰ YEŞİLÇAYIR, s.34.

⁸¹ SCHEUERMAN, s.144.

⁸² Nisbi eşitlik, aynı durumda bulunanlara aynı; farklı durumda bulunanlara farklı muamelelerin yapılmasını öngören bir ilkedir. Bu ilke, Aristo'nun adalet türleri sınıflandırmasında yer alan “dağıtıcı adalet” kavramına karşılık gelmektedir. Nisbi eşitliğin zıddı ise “mutlak eşitlik” olup kişilerin subjektif özelliklerine bakılmaksızın herkese aynı muamelelerin yapılmasını ve yasaların herkese eşit uygulanmasını öngörmektedir. Mutlak eşitlik, “denkleştirici adalet” e karşılık gelmektedir. GÖZLER ve KAPLAN, s.68-69.

⁸³ YEŞİLÇAYIR, s.35.

olojiler halka aşılansın, bir nevi “*jakoben bir eğitim diktatörlüğü*”⁸⁴ oluşturulmuş ve Carl Schmitt’in tespitlerinde haklı olduğu ortaya çıkmıştır.⁸⁵ Eğitilmiş ve ayrıcalıklı bir azınlığın, demokrasi vaatleriyle halkı biçimlendirmesi, sınıf egemenliği tablosunu kaçınılmaz kılmıştır.⁸⁶ Schmitt’e göre, parlamentarizm, özgürlükçü tartışma ortamı yaratmaktan ziyade kendi düşüncelerini propaganda yoluyla kitlelere aşılama çalışın politikacıların oyuncağı hâline gelmiştir.⁸⁷ Bu husus, özgür iradenin, siyasiler eliyle biçiminin değiştirilmesi ve aynı şekilde düşünen pasif insan toplulukları yaratma politikasının emaresi olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada akla şu soru gelir: Parlamentarizm, gerçekten çoğulcu bir ruha mı sahiptir, yoksa kendi iradesini çoğunluğa empoze mi etmektedir?

Schmitt’e göre parlamentarizmde halk adına temsilcileri de karar almaya muktedir ise aynı halk adına tek bir kişi de karar verebilir, dolayısıyla parlamentarizm, “diktatörlük rejimi (*dictatorship regime*)” ne dönüşebilir. Neticede, hâlen demokrasi ilkelerine sarılmış olan “*anti parlamenten bir sezarlık*” a davetiye çıkarılmış olur.⁸⁸ Parlamentonun yokluğunda dahi demokrasi, diktatörlük formunda devam edebilir.

Schmitt, modern dönemdeki yaygın kanının aksine, “demokrasi (*democracy*)” ve parlamentarizmin özdeş olmadığını ifade etmiştir. Hatta yazara göre bu kavramlar, birbirinin zıddı hâle gelebilecek açık uçlu kavramlardır. Modern dönemde, hukukun meşruiyet temeli olan demokrasi ve parlamentarizm farklı kavramlar olmaları hasebiyle birbirlerinin varlık koşulu olarak dahi nitelendirilemezler.⁸⁹

Schmitt, modern demokrasi kavramını yücelten düşünceleri yerinde bulmaktadır. Schmitt, halk iradesinin koşulsuz olarak demokratik sayılmayacağını çünkü daha önce de zikrettiğimiz gibi eğitim, propaganda gibi çeşitli manipülasyon araçlarıyla halkın iradesinin değiştirilebileceğini düşünmektedir. Ayrıca bazı hâllerde, azınlığın iradesi gerçek iradeyi temsil etmekle birlikte çoğunlukçu anlayışın benimsenmesi sebebiyle bu irade geri plana atılabilmektedir.⁹⁰ Dolayısıyla çoğunlukçuluk, demokratik siyasetle uyumsuz ve gerçek anlamda insanlık demokrasisi oluşamaz. Schmitt’e göre demokrasinin demokrasi için askıya alınması, demokrasiyi diktatörlüğe çevirme ihtimalini bünyesinde barındırmaktadır.⁹¹ Sayılan bu sebeplerden dolayı, Schmitt modern devletlerin demokrasi anlayışlarını mantıksız bulmaktadır.

⁸⁴ SCHMITT, *Parlamenten Demokrasi*, s.47.

⁸⁵ YEŞİLÇAYIR, s.35.

⁸⁶ SCHEUERMAN, s.137.

⁸⁷ SCHEUERMAN, s.141.

⁸⁸ SCHMITT, *Parlamenten Demokrasi*, s.52.

⁸⁹ SCHMITT, *Parlamenten Demokrasi*, s.16.

⁹⁰ KANSU KARADAĞ, s.418.

⁹¹ SCHMITT, *Parlamenten Demokrasi*, s.49.

Ancak bilinmelidir ki Schmitt demokrasiye değil, demokrasinin farklı ideolojiler vasıtasıyla dönüştürülüp farklı amaçlar için kullanılmasına karşıdır. “*Ve bu eleştirilerinin ardından, Schmitt, çoğulcu anlayışın merkezi otoriteyi zayıflatığı düşüncesiyle bu görüşe karşı güçlü liderin otoritesini yani diktatöryel bağımsızlığı olan, anayasal Reichspräsident'in başkanlığındaki bir hukuk devletini tavsiye eder*”.⁹² Düşünür, demokrasinin sınırsız araçlarının rayından çıkarak hak ve özgürlükleri tehdit edeceğini iddia etmiş, özgürlükçü olduğu iddiasındaki demokrasinin, hak ve özgürlükler karşısında yıkıcı bir silaha dönüşeceği savını ortaya atmıştır.⁹³

Schmitt'in düşüncesinde, demokrasi tek adamlı rejimlerde olduğu gibi tutucu ve gerici bir forma büründürülebilir. “*Ve tüm sayılan sebeplerden ötürü bütün siyasal eğilimler kendisine hizmet edebildiğine göre demokrasinin siyasal bir içeriği olmadığı, yalnızca bir örgütlenme şekli olduğu kanıtlanmış olur*”.⁹⁴

Neticede demokrasi, yalnızca demokratça düşünen bir halka sunulabilir.⁹⁵ Çünkü o halk ki hiçbir ideolojiye bağlı kalmadan hür iradesi ile seçimini, kendisini yönetmekten yana kullanır.

D. Parlamenter Anayasa Eleştirisi

Parlamentarizm, özünde devleti bir diğer deyimle iktidarı yasalar eliyle sınırlamayı ve bu sayede kişiyi devlete karşı korumayı amaçlar. Bu anlayışın temelinde, “dağıtma-bölüşürme ilkesi” yatmaktadır. Bu anlayışa göre kişi özgürlükleri asıl ve sınırsızdır; devlet otoritesi ise sınırlanmıştır.⁹⁶ Bu sebeple, yasamayı yürütme karşısında daha güçlü duruma getirebilmek ve halkın haklarını güvence altına alabilmek için oluşturulan anayasa metni, devleti sınırlama ve özgürlükçü bir ortam yaratma amaçlarından dolayı liberal eğilim göstermektedir. “Liberal anlayış (*liberalism*)” in emaresi olarak “idarenin yasallığı ve denetimi ilkesi (the principle of legality and control of the administration)”⁹⁷ benimsenmiş olup idari işlemlerin yasalara uygun icra edilmesi ve devlet faaliyetlerinin yargı denetimine tabi kılınması amaçlanmaktadır.⁹⁸ İdarenin yasallık şartı, yasaların genel ve öngörülebilir olmasına bağlıdır.

⁹² KANSU KARADAĞ, s.420.

⁹³ CRISTI, s.288.

⁹⁴ SCHMITT, Parlamenter Demokrasi, s.39.

⁹⁵ SCHMITT, Parlamenter Demokrasi, s.44.

⁹⁶ KANSU KARADAĞ, s.414.

⁹⁷ İdarenin yasallığı ilkesi veya diğer adıyla “kanuni idare ilkesi”, idarenin her türlü eylem ve işlemlerinin yasalara ve normlar hiyerarşisi gereği, anayasaya uygun olmasıdır. Kuvvetler ayrılığı ilkesi gereği, yürütmenin bir kolu olan idare, yasama organının yerine geçerek işlem tesis edemez, idarenin her tür işlemi yasalara dayanmak zorundadır. SANCAKDAR, ÖNÜT, DOĞAN, KASAPOĞLU TURHAN ve SEYHAN, s.30, 90. İdarenin yasallığı, idarenin idare edilenlerle ilişkilerinde yasalar dahilinde hareket etmesi ve yasaların belirlediği yetki alanının dışına çıkmaması anlamına gelmektedir. GİRİTLİ, BİLGİN, AKGÜNER ve BERK, s.87-89.

⁹⁸ SCHMITT, Liberal Hukuk, s.126.

Liberal anlayış, “prosedüral hukuk devleti (*modus vivendi*)” nin⁹⁹ özelliklerini barındırmakta ve bu sebeple devlet hayatının tamamen yargısal denetime tabi tutulmasını amaçlamaktadır. Ancak Schmitt, bu amacı şu şekilde eleştirir: “Devlet, yargı düzenine indirgenemez; devlet sadece tarafsız bir hakem olarak da görülemez. Devleti devlet yapan, siyasal kararlar almasıdır.”¹⁰⁰

Parlamentarizm, liberal anayasacılık ile birlikte kuvvetler ayrılığını da benimsemiş bulunmaktadır. İşte bu noktada, Schmitt’in burjuva sınıfının devlet anlayışı olarak gördüğü modern/hukuk devletine, bir diğer deyişle parlamenter rejime yönelik çeşitli eleştirileri bulunmaktadır.¹⁰¹ Schmitt’e göre liberal anayasalar 1789 tarihli Fransız İhtilali ile birlikte ortaya çıkmış, halk anayasa yapıcı gücün varlık sebebi olarak görülmeye başlanmış ve devlet iktidarını sınırlama amacıyla iktidar üç organa paylaştırılmıştır.¹⁰² Bu prensip, organların birbirleri üzerinde etkileri bulunmaması gerektiğini ifade etmektedir. Bu sebeple, bir organda çalışan

⁹⁹ Liberalizmin ilkelerini benimseyen prosedüral hukuk devleti anlayışı, yasama organının özel mülkiyet ve sözleşmesel ilişkilere müdahale etmemesi ve olabildiğince az sayıda yasa çıkarmasını istemektedir. Yasamayı kontrol altına alabilmek ve yürütmeyi sınırlayabilmek için diğer bir organ olan yargı güçlendirilmeye çalışılmaktadır. Bu durum, İngiltere’de olduğu gibi bir “yargıçlar devleti” ne davetiye çıkarılmaktadır. Ancak yasamayı bu ölçüde sınırlamak, toplum hayatını düzenleyen yasaları minimal düzeye indirmek sonucunu doğurmaktadır. Ayrıca yasayı yapan organ, içeriksel düzenlemeler yapmamalı, şekli yasa anlayışına uygun olan az sayıda düzenleme ile özgürlükçü bir platform inşa edebilmelidir. Prosedüral hukuk devleti, liberal ilkeler ve doğal hukuk kuramının özgürlükçü yaklaşımlarının etkisiyle ekonomiye devletin müdahale etmediği “*laissez faire*” bir düzeni düşlemektedir. Devlet, güvenliği sağlayan ve gerisine karışmayan bir bekçi konumuna indirgenmektedir. Schmitt’in de ifade ettiği gibi prosedüral hukuk devleti anlayışı, devleti pasifize ederek onu yavaşça ortadan kaldırmaktadır. ÖZCAN, s.129. Aktaş’a göre “*biçimsel ya da prosedüral anlamda hukuk devleti teorisi, hukuk devletin varlığı için hukuk kurallarının içeriklerine dönük ahlaki bir sorgulamaya girmeksizin, ya kuralların taşınması gereken bazı nitelikleri ya da yasama, yürütme ve yargı erklerinin (mahkemelerin) izlemesi gereken bazı prosedürleri koşul olarak ileri sürer.*” Prosedüral hukuk devleti anlayışı, içerikten ziyade izlenmesi gereken usuli kurallara, biçimsel prosedürlere önem vermektedir. Bu anlayışta, hukuk kurallarının sahip olması gereken biçimsel özellikler hayati önem taşımaktadır. Bu anlayışta olan düşünürlere Lon L. Fuller, A.V. Dicey, J. Raz örnek verilebilir. AKTAŞ, s.9-11. Prosedüral hukuk devleti anlayışının en somut hâlini Fuller’in hukuk devleti ilkelerinde görmek mümkündür. Fuller’e göre hukuk devleti olmak için gerekli olan sekiz nitelik şu şekildedir: “(1) genel nitelikte olma, (2) ilan edilme (yayımlanma), (3) geriye yürümezlik (ileriye doğru yürürlük kazanma), (4) açıklık (belirlilik), (5) çelişmezlik, (6) imkânsız olan yükümlülük getirmeme, (7) süreklilik (istikrar) ve (8) kurallarla, bu kuralların uygulanmalarının örtüşmesi”. Fuller’i eleştiren Raz, bu ilkelerin herhangi birinin bulundurmaman bir devletin hukuk devleti olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiş olmakla birlikte, bu ilkelere sahip olmayan hukuk kurallarının geçersiz sayılmaması gerektiğinin altını çizmiştir. Raz, prosedüral hukuk devleti anlayışını yansıtan ilkeler listesi geliştirmiştir. Bu liste şu şekildedir: “(1) Bütün yasalar ileriye doğru yürürlükte, açık ve belirli olmalıdır. (2) Yasalar görece olarak istikrarlı olmalıdır. (3) Özgül yasalardan (özellikle hukuksal emirlerin) yapılması usulü, açık, istikrarlı, belirli ve genel kurallara bağlanmalıdır. (4) Yargının bağımsızlığı garanti edilmelidir. (5) Doğal adalet ilkeleri takip edilmelidir. (6) Mahkemelerin, hukuk devleti ilkelerinin yerine getirilmesi konusunda üzerinde denetleyici yetkilere sahip olmaları gerekir. (7) Mahkemelere (adalet) ulaşım kolay olmalıdır. (8) Suçları önleyici birimlerin takdir yetkisi, hukuku bozacak şekilde düzenlenmemelidir”. AKTAŞ, s.13-15.

¹⁰⁰ SCHMITT, Liberal Hukuk, s.127.

¹⁰¹ KANSU KARADAĞ, s.412.

¹⁰² KANSU KARADAĞ, s.413.

bir kişi başka bir organda da görev alamamalıdır. “Erkler ayrılığı” olarak da adlandırılan bu husus, Schmitt ve “Ordo-Liberaller” in serbest piyasa ekonomisini hayata geçirmek için yürütme organının güçlendirilmesi gerektiği konusunda düşünce birliğine varmalarını sağlamıştır.¹⁰³ Kuvvetler ayrılığının temelinde yasama ve yürütme arasında ayırım oluşturarak bir denge tesis etmek isteği yatmaktadır. Çoğulculuk ve muhalefetin varlığı bu duruma hizmet etmektedir.

“Maddi hukuk devleti (*substantive law state*)”¹⁰⁴ anlayışını savunan Schmitt’e göre Weimar Dönemi anayasası ve beraberinde getirdiği devleti sınırlayıcı hükümler, Almanya’yı İngiliz kıyafeti giydirilmiş prosedüral bir devlet görüntüsüne büründürmüştür. Schmitt’e göre devlet, sadece liberal anlayış gereği, sınırlanan bir güç unsuru olmayıp toplum için çok büyük görevler üstlenen bir yapıdır.¹⁰⁵ Kuvvetler ayrılığında genişlemeye gidilmesi, devleti olağandışı ölçüde sınırlamış ve devlet bir nevi pasifize hâle gelmiştir. Kaldı ki Schmitt’e göre kuvvetler ayrılığı, anayasanın ortadan kaldırılmasına ve yasama ile yürütme ayırımını ortadan kaldırarak diktatörlüğe davetiye çıkarabilecek potansiyeli içinde barındırmaktadır.¹⁰⁶ Bir diğer deyişle kuvvetleri ayıran düşünce, pratikte onları tek elde toplayacak şekilde yorumlanabilir. Bu durum, hukuk devletinin sonu demektir.

Kuvvetler ayrılığının taşıdığı bir diğer risk faktörü ise siyasal olan ile devlet arasındaki bağı tamamen ortadan kaldırarak siyaseti nötr bir kavram hâline getirmesi ve parlamentoya indirgemesidir ki bu durumda ortada bir devletin varlığından dahi söz edilemez.¹⁰⁷ Çünkü devlet ve siyasal olan iç içe geçmiş kavramlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

¹⁰³ KANSU KARADAĞ, s.415.

¹⁰⁴ Maddi hukuk devleti, yasanın ağırlıkta olduğu, toplumun refahı için çalışan aktif bir devlet yaratmaktadır. Prosedüral hukuk devletinin aksine, biçimsel ve prosedüral ilkeler yerine kuralların içi doldurulmak istenir. Kısacası usulden ziyade içerik önemlidir. Devlet, düzenlemesi gereken her hususa dair yasalar çıkarabilmelidir. Bu durum ancak yasanın güçlendirilmesiyle mümkündür. Bu anlayışa göre doğal hukuk değil, beşeri hukuk esas alınmalıdır. Çünkü hukuk var olan değil, var edilendir. Laissez faire, kapitalizmin ve işçilerin artan taleplerini karşılamaya muktedir değildir. Bu sebeple, Schmitt’in de belirtmiş olduğu gibi düzenleyici bir devlet meydana getirilmelidir. Ancak bu şekilde talepler karşılanır ve sorunlar çözüme kavuşturulur. ÖZCAN, s.132-139. Maddi hukuk devleti anlayışı, hukuk kurallarının biçimsel, prosedüral ve kurumsal ilkelere sahip olmasından ziyade içeriklerine ehemmiyet göstermektedir. Bu anlayışı benimseyen kimi düşünürlere göre maddi hukuk devletinin dayandığı en temel değerler, insan hakları, insan onuru, kamu yararındır. Aktaş’a göre hukuk kuralları, istisnai olan yasaları düzenlemeli, diğer alanlar kişilerin özgür iradelerine bırakılmalıdır. Bir diğer deyişle, yükümlülük ve yasalar istisnai olmalıdır. AKTAŞ, s.21, 24. Maddi hukuk devleti anlayışını savunan Bingham’a göre prosedüral devlet olma vasfını haiz bir devlet, insan haklarını çiğniyorsa bu devletin hukuk devleti olarak nitelendirilememesi gerekmektedir. Bu sebeple biçimden ziyade özgürlükçü içeriklere sahip mevzuat ve uygulamaların geliştirilmesi gerekmektedir. BINGHAM, s.67. Rabruch da şekilci ve katı pozitivist anlayışı reddederek hukuk devletinin insan hakları ve hukukun genel ilkelerine bağlı devlet olduğunu iddia etmiştir. ZORKIN, s.47.

¹⁰⁵ ÖZCAN, s.138.

¹⁰⁶ SCHMITT, Parlamenter Demokrasi, s.64.

¹⁰⁷ GÜNEŞ ESGÜN, s.907.

Schmitt'e göre parlamentarizm, burjuvazi tarafından şekillendirilmiş sınıfsal bir çıktıdır. Yazara göre burjuva yönetimleri, mutlak demokrasi, mutlak monarşi ve aşırı temsilden uzak durarak kendi sınıfsal çıkarlarına hizmet etmeyi amaçlamaktadır.¹⁰⁸ “*Ve bilhassa burjuva sınıfının haklarını korumak için devleti sınırlandırarak bu liberal anlayış, devletin hukuku olan anayasayı siyasetten ve güçten yoksun bırakmak, bir nevi devletin hukukunu devletten soyutlamak anlamına gelir.*”¹⁰⁹

E. Schmitt ve Yasa Anlayışı

Liberal anlayışın ürünü olan hukuk devleti, “kanun devleti (*state law*)” olarak algılanmaktadır. Ancak bu hâlde, yasalarla yönetilen diktatörlükler ve Orta Çağ kanun devletleri de hukuk devleti sayılacaktır ki bu durum parlamentarizmin demokrasi anlayışına ters düşmektedir. Bu karışıklığı gidermek adına yasaların amacı ve tanımını belirtmenin yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

Yasa kavramı, maddi anlamda yasa ve şekli anlamda yasa olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Maddi anlamda yasa anlayışının benimsenmesi hâlinde yasa, kendisini oluşturan makama bakılmaksızın sürekli, objektif ve genel nitelikli olan kurallar olarak tanımlanabilir. Şekli anlamda yasa anlayışının benimsenmesi hâlinde, yasayı yapan kurumun niteliği önem arz etmektedir.¹¹⁰ Anayasa Mahkemesi'nin benimsediği anlayış da bu ekseninde olup Mahkeme'ye göre yasa, “*toplum için uyulması zorunlu genel, soyut, sürekli ve konuyu doğrudan doğruya düzenler nitelikteki kurallar*”dır.¹¹¹ Hem maddi hem de şekli yasa anlayışlarını bir potada eritecek olursak yasayı, toplumsal düzeni sağlamak amacıyla yetkili makamlarca konulan bağlayıcı, genel, sürekli, objektif, soyut ve yazılı hukuki normlar olarak tanımlayabiliriz. Yasalar, tek veya birkaç kişinin iradesi olmayıp, genel nitelik taşımaktadırlar. Bir diğer deyişle yasalar, genel oldukları için vardır ve bu sebeple temel hak ve özgürlüklerin koruyucusudurlar.¹¹² Orta Çağ'da din peçesiyle örtünen yasalar, günümüzde objektiflik kazanmış, demokratik bir toplum düzeni inşası için kullanılan hukuki araçlar hâline gelmiştir. Kısacası Orta Çağ'da yasalar, yasa olma vasfını haiz olmayıp yönetimi güçlendirme amacı gütmekteydi.

Schmitt, Kelsenci normativist pozitivist kuramın aksine, siyasal olanla yakın ilişki içerisinde olan kurucu iktidarın aldığı “kararlar” in savunucusu olarak karşımıza çıkmaktadır.¹¹³ Bir diğer deyişle, “kararcılık (*decisionism*)” in öncüsü olan

¹⁰⁸ KANSU KARADAĞ, s.418.

¹⁰⁹ SCHMITT, Liberal Hukuk, s.120.

¹¹⁰ IŞIKTAÇ, s.92.

¹¹¹ Anayasa Mahkemesi'nin 3 Mayıs 1966 tarihli ve E.1966/4, K.1966/25 sayılı kararı, RG Tarih-Sayı: 11.07.1966-12345.

¹¹² SCHMITT, Liberal Hukuk, s.145.

¹¹³ TÜRKELİ, s.980.

Schmitt, kararçı bir düşünür olarak “hukuki pozitivist” düşünceye karşı duruş sergilemiştir. Normatif düşünce, açık, öngörülebilir, soyut, genel ve objektif kurallarla, kişisel kararların rolünü asgari düzeye indirmeyi amaçlayan bir düşünce olup Schmitt’e göre fazlasıyla ütöpik bir düşüncedir.¹¹⁴ Bu sebeple, normativizm zamanla kendi ilkelerinden uzaklaşmaya mahkumdur. Schmitt, siyasi nitelik taşıyan “maddi yasa (*substantive law*)”¹¹⁵ anlayışını benimsemekte ve devlet eliyle yapılan, amacı devleti sınırlamak olmayıp bilakis toplumsal sorunlara çözüm üretebilecek içeriğe sahip olan genel yasaların yapılmasının gerekli olduğunu vurgulamaktadır.

Schmitt, hukuku kuran düşünceyi hukuk dışı siyasal kavramlarla ifade etmeye çalışmıştır. Ona göre hukuk, sadece normatif boyutuyla değil, hukuki düzeni tesis amaçlı siyasal kararlarla da algılanabilen bir kavramdır.¹¹⁶ “*Her anayasa siyasal bir varoluşun ürünü olduğu için, anayasanın özü, etik ve hukuki normlara ihtiyaç duymaz. Öz, kendi anlamını kendi varoluşunda yani meşruiyet temeli olan siyasal kararlarda bulur*”.¹¹⁷ Normatif düşüncenin aksine olağan olmayan dönemlere yönelik egemenin verdiği sorgulanamayan, mutlak ve siyasal kararlar hayata geçirilebilmelidir. Kurucu nitelikte olan bu kararlar ise olağan döneme ilişkin normları inşa ederler ki bu durum yasayı, egemenin kararına tabi kılmaktadır. Bu sebeple, yasa üstünlük ve önceliklilik niteliklerini yitirir.¹¹⁸ Peki neden normlar olağan döneme yöneliktir sorusuna ise cevap olarak Schmitt, normların işlerliği için düzenin şart olduğunu ve düzensizliğin ise siyasal kararlarla bertaraf edilebileceğini belirtmiştir. Schmitt’e göre egemen, düzensizlik hâlinde, var olan normları değiştirmek veya ortadan kaldırmak için gerekirse şiddet araçlarına başvurabilecek olan öznedir. Hobbes’den etkilenen Schmitt, düzeni bozan en temel hususların parlamentarizmin getirdiği çoğulcu anlayış, insanın doğası gereği kötü bir varlık oluşu ve insanın karışıklıklar üzerine kurulu çatışmacı ruhu olduğunu iddia etmektedir. Bu durum, güvenlik ve güvenliği sağlayacak egemene olan ihtiyacı doğurmaktadır. Çünkü egemen, halkı selamete erdirenir.¹¹⁹ Yasal düzen savunucusu olan Schmitt, parlamentarizmin etkilenmiş olduğu liberal düşüncenin

¹¹⁴ IŞIK, s.347.

¹¹⁵ Maddi hukuk devletinin bir parçası olan maddi yasa kavramı, siyasi bir nitelik taşımaktadır. “*Buna göre, kanun devletin teb’asıyla/vatandaşlarıyla arasındaki ilişkileri düzenlemek, “kendisiyle vatandaşları arasında hakları ve yükümlülükleri belirlemek için” vaz’ettiği bir hukuk kuralıdır.*” Maddi yasanın kıstası, genel olarak özgürlüklere, özel olarak mülkiyete ve dolayısıyla prosedüral hukuk devletinin kutsal saydığı değerlere sınırlama getirmesidir. Anschütz, Stengel/Fleischmann, Gesetz, Wörterbuch des Staats- und Verwaltungsrechts, s.215’den aktaran SCHMITT, Liberal Hukuk, s.138.

¹¹⁶ TÜRKELİ, s.983.

¹¹⁷ ULMEN, Gary, Politischer Mehrwert: eine Studie über Max Weber und Carl Schmitt, Çev. Ursula Ludz, WILEY-VCH, s.323’den aktaran BEZCİ, s.102.

¹¹⁸ BAŞTÜRK, s.79.

¹¹⁹ TÜRK, s.17.

devleti bir makine olarak gördüğünü ve bu mekanizmaya esas olacak olan halk iradesinin değişken ve yanılabilir bir kavram olduğu hususunu da vurgulamaktadır.¹²⁰ Schmitt'e göre devleti makineleştiren liberal zihniyet, tüm siyasal karışıklıkların ortaya çıkış sebebidir. Düşünür, liberalizmin hukuk devleti imgelemine arkasına saklanan ve gerçekte ekonomik çıkarlar peşinde koşan bir zihniyet olduğu iddiasıyla hem liberalizme hem de bu zihniyeti benimseyen parlamentarizm, hukuk devleti ve anayasal demokrasiye karşı duruş sergilemiştir.¹²¹

Schmitt'e göre siyasal kararların oluşturduğu anayasalar, parlamento tarafından kolayca değiştirilemez. Çünkü anayasayı oluşturan güç, halkın iradesidir ve halk anayasa, diğer tüm normlar ve devletten dahi önce var olan siyasal bir birliktir. Bir diğer deyişle egemen karar, hem aşkın boyutuyla hukuk ötesidir hem de hukuk düzeninin temelini oluşturmaktadır.¹²² Egemenin aldığı kararlar, gerçek egemenliğin hayata geçirilmesini ve devlet istikrarını temin etmektedir. Halkın kararlarına dayanan halk egemenliği kavramı ise fuzuli ve amaç dışı bir kavram olmaktan öteye gidememektedir.¹²³ Bu sebeplerden dolayı ancak "asli/özgün kurucu iktidar"¹²⁴ olan halk, anayasa üzerinde köklü değişiklikler getirebilir.¹²⁵

¹²⁰ IŞIK, s.347.

¹²¹ BIELEFELDT, s.24.

¹²² ZEYBEKOĞLU, s.40.

¹²³ CRISTI, s.292.

¹²⁴ Kurucu iktidar, anayasayı yapan ve değiştiren iktidardır. Kurucu iktidar, devletin temel siyasal yapısını belirleme fonksiyonuna sahiptir. Kurucu iktidar tarafından kurulan "kurulmuş iktidar", kurucu iktidarın yapmış olduğu anayasanın sınırları içinde varlığını sürdüren iktidardır. Kurulmuş iktidar, yasama, yürütme ve yargı olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Kurucu iktidar kavramı, ikiye ayrılmaktadır: asli kurucu iktidar ve "tali/türev/ikincil kurucu iktidar". ÖZBUDUN, s.147; GÖZLER, Genel Esaslar, s.103; TEZİÇ, s.177; ERDOĞAN, s.37; GÖREN, Anayasa Hukuku, s.413; ATAR, s.384; İBA, Anayasa Hukuku, s.56; KÜÇÜK, s.21; GÜLENER, s.6. Anayasayı yapma iktidarı olan asli kurucu iktidar, savaş, işgal, ülkenin parçalanması, ihtilal, hükümet darbesi, rejim değişikliği, birden fazla devletin birleşerek bir federasyon oluşturması, bir devletin birden fazla bağımsız devlete ayrılması ve bağımsızlığın kazanılması gibi kesintilerle oluşan "hukuk boşluğu (*legal vacuum*)" durumlarında ortaya çıkan "hukuk dışı (*extra legal*)" bir iktidardır. Asli kurucu iktidar, hukuk kurallarıyla bağlı olmaksızın yeni bir anayasa yapmaktadır. ÖZBUDUN, s.147; GÖZLER, Genel Esaslar, s.104-105; TEZİÇ, s.178-179; ERDOĞAN, s.37; GÖREN, s.413; ATAR, s.385; İBA, Anayasa Hukuku, s.57; GÜLENER, s.6. Asli kurucu iktidarın sahibi, halk egemenliği anlayışının benimsenmesi hâlinde halk; millet egemenliği anlayışının benimsenmesi hâlinde, millettir. Özbudun, Gözler, Teziç ve diğer birçok yazarımıza göre asli kurucu iktidar, hukuk boşluğu ortamında doğmuş olması sebebiyle hukuki anlamda sınırsızdır. Ancak bizim de katıldığımız bir diğer düşüncenin sahibi olan Erdoğan ve Atar'a göre göre asli iktidar, tali iktidara nazaran daha az sayıda sınırlı olan iktidardır. Asli kurucu iktidarın tek sınırı, hukukun genel ilkeleri ve insan haklarıdır. ÖZBUDUN, s.147-148; GÖZLER, Genel Esaslar, s.105-107; ERDOĞAN, s.37; GÖREN, Anayasa Hukuku, s.413; ATAR, s.385; İBA, Anayasa Hukuku, s.57. Kaynağını tek kişinin iradesinden alan "monokratik asli kurucu iktidarlar", "ferman (*edict*)" ve "misak (*pact*)" olmak üzere iki usulde anayasa yapmaktadır. Kaynağını milletin ya da halkın iradesinden alan demokratik asli kurucu iktidarlar, millî egemenlik anlayışını benimsemeleri hâlinde, "kurucu meclis (*constitutional assembly*)"; halk egemenliği anlayışını benimsemeleri hâlinde, "kurucu referandum (*constituent referendum*)" usulü ile anayasa yapmaktadır. GÖZLER, Genel Esaslar, s.107-110; TEZİÇ, s.180-181; ERDOĞAN, s.38-40; İBA, Anayasa Hukuku, s.57. Tali kurucu iktidar, anayasayı anayasada

Schmitt'in teorisinde egemenin iradesi,¹²⁶ yasalardan önce gelir; halk, “*Tanrı'nın seküler özdeşi*”¹²⁷ olan egemene kayıtsız şartsız itaat etmekle yükümlüdür. İlave olarak belirtmek gerekir ki Schmitt, anayasalara değiştirilemez hükümler getirilmesine öncülük eden önemli bir isim olarak “anayasa değişikliklerini sınırlama rejimi”¹²⁸ ni öngörmüş, anayasayı koruyuculuk vasfını egemene atfetmiştir.¹²⁹

öngörülen kural ve usullerle sınırlı bir şekilde değiştiren iktidardır. Tali kurucu iktidar, bir anayasa yeni den yaratan değil, bu anayasanın hükümlerini değiştirebilen, hukuken sınırlı iktidardır. Tali kurucu iktidar, asli kurucu iktidarın aksine hukuki bir olay neticesinde, anayasanın değişen koşullara uyarlanması gerekliliğinden dolayı ortaya çıkmaktadır. Anayasa değişikliklerine ilişkin sınırlama ve usuller ile anayasanın özü, tali kurucu iktidarın sınırlarını oluşturmaktadır. Bir diğer deyişle, maddi (içeriksel), süresel ve biçimsel sınırlar, tali kurucu iktidarın sınırlılığının bir ifadesi niteliğindedir. Değiştirilemez hükümlerin öngörüldüğü anayasalar, tali kurucu iktidar tarafından bütünüyle değiştirilemez. Ancak pozitivist hukuk anlayışının benimsenmesi hâlinde, bir anayasa da bu tarz hüküm ve engellerin bulunmayışı, tali kurucu iktidarın anayasayı bütünüyle değiştirebilmesini mümkün kılmaktadır. Anayasanın bu şartlar altında bütünüyle değiştirilmesi, ortada bir hukuk boşluğu bulunmadığı için tali kurucu iktidarı asli kurucu iktidara dönüştürmemektedir. Tali kurucu iktidarın sahibi genellikle yasama organının çoğunluğu olup ülkeler, anayasalarında başka organları da tali kurucu iktidar olarak belirleyebilmektedir. ÖZBUDUN, s.148; GÖZLER, Genel Esaslar, s.114-118; TEZİÇ, s.191-206; ERDOĞAN, s.40-41; GÖREN, s.413; ATAR, s.385; İBA, Anayasa Hukuku, s.57.

¹²⁵ TÜRKELİ, s.995.

¹²⁶ Egemenin iradesini yücelten tek düşünür Schmitt değildir. Hobbes'e göre hukuk, egemenin iradesinin yansımasıdır. Yasayı yapan hakikat değil, egemenin iradesidir. Hobbes bu hususta, Schmitt'i etkileyerek onun egemenin yasaları ve dolayısıyla hukuku yaratan, hukuk devletine geçirilerek kazandıran bir özne olduğunu düşünmesine sebep olmuştur. HOBBS, s.190.

¹²⁷ GÖK, s.8.

¹²⁸ Anayasaların değiştirilmesinin en temel sebeplerinden biri, anayasaların toplumsal değişmelere uyarlanması gerekliliğidir. Anayasa değişikliklerini tetikleyen, anayasal değişimin temel dinamiklerine “sosyal, siyasal ve ekonomik faktörler, teknolojik gelişmeler, yeni bir devletin kurulması ya da bağımsızlığını elde etmesi ve bir ülkenin siyasal rejiminde meydana gelen değişiklikler” örnek verilebilir. ATAR, s.381-382. Kanımızca, anayasalar, değişen toplumsal ihtiyaç ve meselelere cevap verir nitelikte olmalıdır. Nitekim anayasa da toplum gibi yaşayan bir varlıktır. Teziç'in de belirttiği gibi “yumuşak/esnek anayasa (*flexible constitution*)” sisteminin benimsendiği ülkelerde, anayasanın olağan bir yasa ile değiştirilebilmesi mümkündür. Bu durum, anayasa ile yasalar arasındaki hiyerarşiyi ortadan kaldırmakta, anayasa yapan “asli kurucu iktidar” ile anayasayı değiştiren “tali kurucu iktidar” arasındaki ayrımı ortadan kaldırmaktadır. TEZİÇ, s.191-192. Bizim düşüncemize göre anayasanın değiştirilmesine ilişkin farklı bir usulün öngörülmemesi, hem “anayasanın üstünlüğü ilkesi” ne hem de anayasaların sıklıkla değiştirilmesi potansiyelinden dolayı “anayasal istikrar” a zarar vermektedir. Bu sebeple, anayasaların değiştiriliş usulleri, yasaların değiştiriliş usullerinden farklı usuller öngörülmelidir. Bu usuller, biçim ve usule ilişkin olabileceği gibi süre ve içerik bakımından güçleştirici kayıtlamalar biçiminde de olabilmektedir. Katı anayasaların değiştirilme usullerine, anayasa değişikliği teklifi verme yetkisinin sınırlı sayıdaki makama tanınması, anayasa değişikliği teklifleri için teklif, görüşme ve kabul yeter sayılarının öngörülmesi, anayasa değişikliklerinin yapılmasının yasak olduğu süresel kısıtların konulması, değişiklik tekliflerinin halk oyna sunulması, devlet başkanlarına veto yetkisinin tanınması ve anayasa metinlerinde değiştirilemez hükümlerin öngörülmesi örnek verilebilir. Bu usuller, anayasa değişikliklerinin

¹²⁹ SCHMITT, Siyasal Kavramı, s.129. Schmitt'in öngördüğü anayasanın değiştirilmesinin sınırlanması rejimi, uygulamada, “katı/sert anayasa (*rigid constitution*)” sistemini benimseyen Türkiye'nin de aralarında bulunduğu çok sayıda devlet tarafından kabul edilmiştir. Katı anayasalarda, anayasalar bir yasayla değiştirilememekte, anayasaların değiştirilebilmesi için yasaların yapılmasından daha güç ve farklı usuller öngörülmektedir. Bu usuller, biçim ve usule ilişkin olabileceği gibi süre ve içerik bakımından güçleştirici kayıtlamalar biçiminde de olabilmektedir. Katı anayasaların değiştirilme usullerine, anayasa değişikliği teklifi verme yetkisinin sınırlı sayıdaki makama tanınması, anayasa değişikliği teklifleri için teklif, görüşme ve kabul yeter sayılarının öngörülmesi, anayasa değişikliklerinin yapılmasının yasak olduğu süresel kısıtların konulması, değişiklik tekliflerinin halk oyna sunulması, devlet başkanlarına veto yetkisinin tanınması ve anayasa metinlerinde değiştirilemez hükümlerin öngörülmesi örnek verilebilir. Bu usuller, anayasa değişikliklerinin

Neticede Schmitt, birlik ve düzeni sağlayan unsurun yasalar ve kurallar değil, siyasal bir varlık olan devlet olduğunu düşünmektedir.¹³⁰ Kararlara atfettiği önemden dolayı Schmitt, “*gündelik yaşamı sürekli karar verilmesi gereken bir mücadele alanına dönüştürmüş*”,¹³¹ insanın çatışmacı ruhunu sürekli düzeni tehdit edecek şekilde algılayarak egemenin olağan düzene geçişi sağlamak amacıyla sürekli kararlar alma yetkisini haiz bir deve dönüşmesine yol açmıştır.

F. Sivil Toplum Eleştirisi

Parlamente rejiminin çekirdeğinde yer alan güven ilişkisinin iki yönü olduğunu düşünmekteyiz. Birinci yönü, yasama ile yürütme arasındaki güven ilişkisi oluştururken ikinci yönü ise halkın yönetime duyduğu güven oluşturmaktadır. Bu güvenin tesisi ise çoğulcu anlayışın benimsenmesi ile mümkündür.

Siyasal anlamda “çoğulcu anlayış (*pluralism*)”, siyasi partilerin yanı sıra STK’ler ve yerel yönetimler aracılığıyla somutlaşmaktadır. Çoğulculuk, düşüncelerin, akımların ve örgütlerin çoğulculuğundan oluşmaktadır. Demokrasinin olmazsa olmazı olan sivil toplum, parlamente rejimin de baş aktörleri arasında yerini almış bulunmaktadır. Çoğulculuğun mevcudiyeti, demokrasiye hizmet ederken yokluğu, totaliter rejimlere kapı aralamaktadır.¹³² Çoğulculuk, “kurumsal ve ideolojik çoğulculuk” olmak üzere iki boyuta sahiptir. Çok partili siyasal hayat ve genel oya dayalı kurumların varlığı, kurumsal çoğulculuğa; farklı düşünceler, inanışlar, cinsiyetler, kültürler ve diller ise ideolojik çoğulculuğa imkân vermektedir.¹³³

STK’ler, parlamente düşüncedeki çoğulculuk kavramının somut bir yansımasıdır. Nitekim parlamente rejimle birlikte anılan demokrasi kavramı da ka-

biçimsel ve maddi sınırlarını oluşturmaktadır. TEZİÇ, s.192-202; KABOĞLU, s.27-31. İba’ya göre anayasa değişikliğinde sınır, tali kurucu iktidarın sınırlanması anlamına gelmektedir. Bu sınırların maddi boyutunu oluşturan değiştirilemez hükümler, “*sonsuzluk hükümleri*” ya da “anayasal sınır” olarak da adlandırılabilir. Bu hükümler, anayasa yapan asli kurucu iktidarın, kendi yaptığı anayasanın değiştirilmesine ilişkin istisna koyma yetkisinin bir tezahürüdür. Değiştirilemez hükümler, parlamente çoğunluğa dayalı iktidarların sınırlanması hususunda, önemli bir işlev görmektedir. İBA, Türk Anayasa Hukuku, s.315-317. Ülkemiz de anayasa değişikliklerini sınırlayıcı çeşitli anayasal düzenlemelere sahiptir. 1982 Anayasasının 175. maddesi hükmüne göre anayasa değişikliği teklifleri, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilebilir ve ivedilikle görüşülemez. Bu sebeple, Anayasanın değiştirilmesine ilişkin teklifler, Genel Kurul’da iki defa görüşülmelidir. Öncelikle teklifin tamamı, sonrasında maddeleri tek tek görüşülür. Anayasa değişikliği teklifleri, üye tamsayısının beşte üçünün oyuyla kabul edilmesi hâlinde, kabul edilmiş olur. Değişiklik teklifi verebilecek makamın sınırlanmış olması, iki kez görüşme şartı, özel teklif-kabul yeter sayılarının öngörülmüş olması ve Anayasanın 4. maddesi gereği, ilk üç maddenin değiştirilemez ve değiştirilmesi dahi teklif edilemez olması, ülkemizde anayasa değişikliklerinin sınırlanması rejiminin benimsendiğini göstermektedir.

¹³⁰ BEZİCİ, s.106.

¹³¹ BALCI, s.68.

¹³² İBA, Türk Anayasa Hukuku, s.111-112; KABOĞLU, s.208-209.

¹³³ İBA, Anayasa Hukuku, s.65-66.

tılımcılığın ve dolayısıyla sivil toplumun zaruretinin altını çizmektedir. Demokrasiler, hem sosyal hem de siyasal anlamda çoğulcu nitelikleri haiz toplumlarda filizlenebilir. Çoğulcu toplum yapısı, özgürlüklerin hayat bulmasını sağlayan, siyasal varoluşu zenginleştiren önemli bir unsurdur.¹³⁴

Sivil toplum, kamu yararını amaçlayan, devlet dışı ve kendi içinde demokratik bir işleyişin hâkim olduğu, toplum hayatını etkileyen birlikteliklerdir.¹³⁵ Devletten bağımsız ve kâr amacı gütmeyen bu müesseseler, gönüllülük esasına dayanarak sosyal, kültürel, ekonomik vb. pek çok alanda faaliyette bulunurlar. STK'ler, çoğulcu toplum yapısının oluşumuna önemli katkılarda bulunmaktadır.¹³⁶ Nitekim Özbudun'un da belirtmiş olduğu gibi devlet iktidarının sınırlanabilmesi için kuvvetler ayrılığı yeterli olmamaktadır. Kuvvetler ayrılığının çeşitli katılımcı araçlarla desteklenmesi gerekmektedir. Devletçe yaratılmamış olan sivil toplum, bünyesinde belirli toplumsal amaçlar için bir araya gelmiş insan topluluklarını, meslek kuruluşlarını, gönüllü derneklerini ve çok çeşitli STK'yi barındırmaktadır. Sayılan tüm bu unsurlar, devletin siyasi karar alma mekanizmaları üzerinde baskı ve etki oluşturmaktadır. Örneğin parlamenter rejimi benimsemiş olan İngiltere'de, sahip olunan çoğulcu yapı sayesinde iktidar etkili bir şekilde sınırlanabilmektedir. Devletler, STK'lerin tavsiyelerini dikkate alarak eşgüdümlü bir uygulama oluşturmalarıdır. Anayasalar, çoğulcu toplum yapısını ve dolayısıyla sivil toplumu destekleyici ve geliştirici düzenlemeler oluşturmaları, sivil toplum ile devlet arasında bir köprü vazifesi görmelidir.¹³⁷

Schmitt, güçlü yürütmeyi elinde bulunduran, politize ve tek bir devlet olması gerektiği düşüncesinden hareketle sivil toplumun depolitize edilmesi gerektiğini savunmaktadır.¹³⁸ Çünkü çoğulcu toplum yapısının bir ürünü olan STK'ler, devleti sınırlar ve devletin karar alma mekanizmasına dolaylı olarak müdahalede bulunur ki bu durum devletin pasifize edilmesi, bir diğer deyişle otorite yoksunu zayıf bir aygıt hâline gelmesi demektir.¹³⁹ Çoğulculuğun ürünü olan sivil toplum devleşir, devlet ise küçülür. Bu sebeple, Schmitt çoğulculuğun Weimar Dönemi siyaset kurumunu önemli ölçüde zedelediğini belirtir ve hatta Weimar Cumhuriyeti sonrası dönemdeki devam eden çatışma ve kriz durumunun baş müsebbibi olarak parlamentarizmi ve onun bir argümanı olan çoğulcu toplum anlayışını gösterir. Çünkü o dönemde STK'ler, halkın hak taleplerini dile getiren bir ağızdır ve bu durum halkın ayaklanmasına ve çok sayıda greve yol açmıştır. Kısacası, Wei-

¹³⁴ ATAR, s.68; GÖZÜBÜYÜK, s.29; ERDOĞAN, s.209-210.

¹³⁵ TALAS, s.390-391.

¹³⁶ TALAS, s.391-392.

¹³⁷ ÖZBUDUN, s.42-43.

¹³⁸ KANSU KARADAĞ, s.414.

¹³⁹ CRISTI, s.284.

mar Anayasası'nın getirmiş olduğu çoğulculuk yanlısı düzenlemeler, o dönemde siyaset-devlet özdeşliğini siyasal olmayan toplumsal kuruluşları kapsar şekilde genişletmiş ve kendi sonunu hazırlamıştır.¹⁴⁰ Schmitt'e göre söz konusu örgütlenmeler, devletin kontrolünden çıkarak adeta devlet içinde otonom bir devletçik hâline gelmişlerdir.¹⁴¹ Schmitt, halkla devletin birliğini zedeleyen bu kuruluşların etkisinin minimal düzeye indirgenmesi gerektiğini düşünmektedir. Aksi takdirde, ortada bir devletin varlığından dahi bahsedilemeyecektir.

"Siyasal kavramı" nı¹⁴² düşünce ekseninin temeline alan Schmitt, siyaset dışı kuruluşların siyasal alana dahil edilmemesi ve bağımsız olmamaları gerektiğinin altını çizmiştir. Aksi takdirde, içte ekonomik buhranlar, uluslararası platformda ise pasif devlet imajı ortaya çıkacaktır.¹⁴³

Kanaatimizce, Schmitt'in çoğulculuk karşıtı düşünceleri yersizdir. Gören'in de ifade ettiği gibi demokrasinin mihenk taşı olan çoğulculuk düşüncesi, çoğunluğun azınlık üzerindeki diktatörlük kurmasına engel olmakta, azınlıkta kalan düşüncelerin de rahatça ifade edilmesine ve dolayısıyla özgürlükçü bir ortamın yaratılmasına öncülük etmektedir.¹⁴⁴ Çoğulcu toplum yapısı sayesinde azınlıklar da temsil yolları ile kendi düşüncelerini kitleler önünde ifade edebilmekte, bu durum özgür tartışma ortamını yaratmayı amaçlayan demokrasiye de uygun düşmektedir.

II. Schmitt ve Olağanüstü Hâl Teorisi

A. Olağanüstü Hâl Kavramı

Günümüzde benimsenen sınırlanmış modern devlet anlayışı, ciddi ve ani tehlikelerin varlığında OHAL'i hukuki bulmaktadır. Doğal afet, ayaklanma, seferberlik, savaş, yaygın şiddet olayları gibi ulusun varlığını tehdit eden ciddi tehlikelerin varlığında, kendini savunma hakkının bir tezahürü olan OHAL rejimi ile karşılaşmaktadır. OHAL, devletin olağan hukuk normları ve uygulamaları ile başa çıkmasına olanak bulunmayan olağanüstü bir durumla karşılaşması hâlinde,

¹⁴⁰ SCHMITT, Siyasal Kavramı, s.14-15.

¹⁴¹ SCHMITT, Parlamenter Demokrasi, s.73.

¹⁴² Devlet kavramından bile önce gelen siyasal kavramı, siyasi birlikle özdeş kabul edilmektedir. Ancak bir birliğin varlığını şart koşan bu ibare, devlet içindeki karşıtlık ve antagonizmaları tamamen dışlamamaktadır. Siyasal eylem ve saikleri açıklamakta kullanılabilecek olan siyasal kavramı, özünde özerk bir ayırım olan dost-düşman ayırımı olarak karşımıza çıkmaktadır. Dost-düşman ayırımı, diğer tüm ahlaki, estetik, ekonomik ya da diğer ayırimlardan etkilenmeden varlığını sürdürmeye muktedirdir. Devlet hayatında asıl olan, devlette iç içe ancak ona üstün gelen siyasal kavramıdır. SCHMITT, Siyasal Kavramı, s.43-61.

¹⁴³ YEŞİLÇAYIR, s.41.

¹⁴⁴ GÖREN, s.103.

krizi bertaraf etmek ve düzeni temin için başvuru istisnai bir yönetim biçimidir.¹⁴⁵ Nitekim Kapani'nin de belirttiği gibi parlamentarizmin ağır işleyen çarkı, gerekli tedbirlerin süratle alınmasını engelleyerek geciktirici bir etki doğurur.¹⁴⁶ Dolayısıyla krizi def etmek için olağanüstü tedbirlerin alınması zaruri hâle gelir. Ancak unutulmamalıdır ki OHAL, istisnai bir durum olduğu için demokratik rejimlerde süreli olarak ve resmi bir şekilde ilan edilmek suretiyle yürürlük kazanır.

Merriam Webster Sözlüğü'nde "emergency" sözcüğünün karşılıkları, devletlerin acil önlemler almasını gerektiren beklenmedik durumlar ve acil yardım gereksinimi şeklindedir.¹⁴⁷ OHAL, toplumun tümünü ciddi bir şekilde tehdit eden, öngörülemeyen, ani acil durum hâlidir. OHAL'in üç temel bileşeni bulunmaktadır. Bu bileşenler, OHAL'in, beklenmeyen, ani bir durum oluşunu ifade eden "bilişsel bileşen (*cognitive component*)"; tehlike anında hemen harekete geçilmesini gerektiren, "geçici (*temporal component*) bileşen"; ülkenin bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehdidin varlığını ifade eden "varlıksal bileşen (*ontologic component*)".¹⁴⁸ Saymış olduğumuz tüm bileşenler, bir arada OHAL'e mevcudiyet vermektedir. Saymış olduğumuz bileşenler ışığında, OHAL'i, toplumun tamamını etkileyen, ani ve beklenmedik tehlike durumlarında ortaya çıkan, süratli tedbirlerle hak ve özgürlüklerin sınırlandığı veyahut askıya alındığı, geçici süreli kriz dönemleri olarak tanımlayabiliriz.

Bazı kaynaklarda diğer olağanüstü yönetim usullerini de kapsayan bir üst kavram olarak belirtilse de OHAL, "savaş hâli (*state of war*)" ve "sıkıyönetim (*martial law*)", hâline nazaran daha düşük şiddetli tehlike hâllerinde başvuru bir savunma mekanizmasıdır. OHAL ilanı ve işlemleri sebebe bağlıdır. OHAL, hem beşeri hem de doğal sebeplere bağlı olarak ortaya çıkabilir. OHAL sebeplerine, doğal afetler, bulaşıcı salgın hastalıklar, ciddi ekonomik krizler, sıkıyönetimi gerektirecek ölçüdeki yaygın şiddet olayları ve ayaklanmalar örnek verilebilir.

Kuzu'ya göre OHAL, zaruret hâlinin gerektirdiği olağanüstü nitelikteki tedbirlerin alındığı rejimlerdir.¹⁴⁹ Esen'e göre OHAL, devletin doğal afet, ciddi ekonomik kriz, ayaklanma gibi olağandışı durumlarla karşılaştığında başvurduğu ve olağan dönem kurallarıyla başa çıkamadığı istisnai yönetim biçimidir.¹⁵⁰

OHAL'in kökeni, Roma Cumhuriyeti'ne kadar uzanmaktadır. O dönemde, OHAL savaş tehdidini ve küçük çaplı şiddet olaylarını dahi kapsayacak ölçü-

¹⁴⁵ BEHÇET, (<https://www.hukukpolitik.com.tr/2016/08/17/1927/>, E.T.8.11.2023).

¹⁴⁶ KAPANİ, s.239.

¹⁴⁷ MERRIAM WEBSTER, (<https://www.merriam-webster.com/dictionary/emergency>, E.T.12.01.2023).

¹⁴⁸ ZUCKERMAN, s.523.

¹⁴⁹ KUZU, s.39.

¹⁵⁰ ESEN, s.6.

de geniş olarak yorumlanmış ve bu durum despotik bir yönetim anlayışına sebep olmuştur.¹⁵¹ Günümüzde ise Amerika Birleşik Devletleri Eski Başkanı George Bush'un kendisini başkumandan ilan ederek 11 Eylül Saldırıları sonrası Amerika'nın düzenini sağlamak için gündeme getirdiği "global OHAL çağrısı" önemlidir. Ancak toplum düzenini sağlama amacından uzaklaşarak Müslüman azınlık hedef hâline gelmiştir.¹⁵²

Mark Neoclaous'un deyişle OHAL, hak ve özgürlükleri yok edebilecek siyah ve gri boşluklarla "black and grey holes" dolu, muğlak bir kavramdır.¹⁵³ Siyah boşluklar, OHAL'in hukuken öngörülebilirliğini zedelemekte; gri boşluklar ise aslında hukuka aykırı olan bazı OHAL uygulamalarının hukuka uygunluk kumaşları ile gizlenmesine yol açmaktadır.¹⁵⁴ Olması gereken, OHAL kavramının hukuki bir şekilde çerçeveslendirilmesi ve dolayısıyla barındırdığı risklerin minimuma indirilmesidir. OHAL, hukuka uygunluk şartlarını taşıması hâlinde hukuki bir rejimdir.¹⁵⁵ Meşruluk ya da diğer bir deyişle hukuka uygunluk şartları, OHAL'in keyfi bir baskı rejimine dönüşmesini engelleyen fren mekanizmalarını oluşturmaktadır. OHAL'in hukuka uygunluk şartları, yasallık, ilan ve bildirim, sebebe bağlılık, yetki, süre ve yer bakımından sınırlı olma şeklinde zikredilebilir.

OHAL ilanı, beraberinde hem yasama ve yürütme organlarını etkileyen hem de toplumu etkileyen çeşitli sonuçlar doğurmaktadır. OHAL'de, yürütme organının yetkileri arttırılmakta ve düzeni sağlayabilecek ölçüde olmak şartıyla yürütme organı temel hak ve özgürlüklere müdahale edebilmektedir. OHAL sebepleri sadece OHAL ile değil, istisna hâline yol açan diğer olağanüstü yönetim usulleri ile de sonuçlanabilmektedir. Bahsi geçen "istisna hâli (*state of exception*)" nin tanımını Gözler şu şekilde yapmıştır: "İstisnaî hâl veya kriz hâli, devletin varlığına veya kamu düzenine karşı çok ağır, öngörülme ve geçici nitelikte olan bir tehdit durumudur."¹⁵⁶ İstisna hâli oluşturan durumlar ülkeden ülkeye değişmekle birlikte genel olarak savaş hâli, sıkıyönetim, OHAL ve ağır ekonomik kriz olarak belirtilebilir.

¹⁵¹ BEHÇET, (<https://www.hukukpolitik.com.tr/2016/08/17/1927/>, E.T.8.11.2023).

¹⁵² AGAMBEN, (<https://press.uchicago.edu/Misc/Chicago/009254.html>, E.T.8.11.2023).

¹⁵³ NEOCLEOUS, s.204.

¹⁵⁴ GREENE, (<https://research.birmingham.ac.uk/en/publications/derogating-from-the-european-convention-on-human-rights-in-respon>, E.T.15.01.2023), s.266.

¹⁵⁵ OHAL, hukuki bir rejim olup polis devleti ile karıştırılmamalıdır. Polis devleti kavramı, 17 ve 18. yüzyıl Kara Avrupası'nda mutlakiyetçi kimlikleri ile öne çıkan devletleri açıklamak için kullanılan, Alman Hukuku kaynaklı bir kavramdır. GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.82. Polis devleti, hukuk devletinin zıddı olup kanunlarla bağlı olmayan, denetimi mümkün olmayan, vatandaşların hak ve özgürlüklerini dilediğince sınırlayan, vatandaşlara keyfi yükümlülükler yükleyen ve hukuk güvenliğinin olmadığı devlet olarak tanımlanabilir.

¹⁵⁶ GÖZLER ve KAPLAN, s.378.

OHAL, yasama organının çalışmalarını hızlandırıcı düzenlemeleri de beraberinde getirmektedir. “Acil yasama usulü”, “ikinci meclis usulünün askıya alınması” ve “yasama komisyonları ile geçici yasama düzenlemeleri yaptırma” usulleri, OHAL'in yasama organı üzerinde meydana getirdiği etkilere birer örnektir.

OHAL'in en önemli sonucu, hak ve özgürlüklerin sınırlanması ve hatta bazı durumlarda askıya alınmasıdır. OHAL'de hak ve özgürlüklerin sınırlanması, yardım veya önleme amaçlarıyla söz konusu olabilmektedir.¹⁵⁷ Vatandaşlara getirilen para, mal ve çalışma yükümlülükleri, aynı zaman da hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına sebep olabilmektedir. Ancak yürütme organının yetkilerinin sınırlılığı geçişi hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının da sınırları bulunmaktadır. Sınırlamanın sınırları, hem uluslararası insan hakları belgelerinden olan AİHS'in 15. maddesi ve diğer sınırlama hükmü barındıran uluslararası sözleşmelerde hem de ulusal mevzuatlarda detaylı bir şekilde düzenlenmiştir.¹⁵⁸

OHAL, sadece hak ve özgürlükler üzerinde değil, aynı zamanda Sözleşme'den doğan ilişkilerde de etkiler doğuran olağanüstü bir yönetim biçimidir. Alman ve İsveç doktrinlerinden doğan bu etki, olağanüstü koşulların sözleşmelerde esaslı değişikliklere yol açması ve hatta bazı durumlarda sözleşmenin ifasını imkânsızlaştırması olarak açıklanmaktadır. Doğal afetler, sabotaj ve suikast gibi sebeplerle devletlerin aldığı tedbirler sonucu sözleşmeler, geçici süreliğine askıda kalabilir. Benzer etki, hem iç hem de dış borçlar bakımından geçerlidir.¹⁵⁹ OHAL döneminde, devletler iç ve dış borçlarını ödeyemez hâle gelmeleri durumunda “beklenmedik hâller nazariyesi” nin bir görünüm biçimi olan “*moratorium kanunları*” aracılığıyla borçlarının ödenmesini belirli bir süreyle geciktirebilmektedir.¹⁶⁰ Bu imkân, borçların sona erdirilmesi anlamına gelmeyip sadece ödeme için ek süre sağlanması olarak anlaşılmalıdır.¹⁶¹

B. Schmitt'in Perspektifinden Olağanüstü Hâl Teorisi

Schmitt'in yaşadığı döneme denk gelen ve Hitler'in yükselişine zemin hazırlayan Weimar Cumhuriyeti Anayasası'nın 48. maddesinde, Reich topraklarında kamu güvenliğinin tehdit edilmesi hâlinde, imparatora savaş ilan etme yetkisi veren hükmü, Schmitt'in OHAL teorisinin esin kaynaklarından biri olarak göze çarpmaktadır.¹⁶²

¹⁵⁷ ESEN, s.45.

¹⁵⁸ ESEN, s.45.

¹⁵⁹ ESEN, s.46.

¹⁶⁰ KUZU, s.71.

¹⁶¹ ESEN, s.47.

¹⁶² AGAMBEN, (<https://press.uchicago.edu/Misc/Chicago/009254.html>, E.T.8.11.2023).

Schmitt, egemenliği tanımlarken şu ifadeyi kullanmıştır: “*Egemen, olağanüstü hale karar verendir*”.¹⁶³ Schmitt’in bu düşüncesinin temeli ise kilisenin monarşik, hiyerarşik, güçlü ve kurtarıcı bir yapıya sahip olduğu inancıdır.¹⁶⁴ Burada Leviathan’a benzer şekilde tasvir edilen olağanüstü yetkileri haiz hükümdar tipi, mutlak gücü elinde bulunduran, hukuki düzene dönüşü sağlamak amacıyla olağan dönem hukukunu dışlayan ve sadece kendi iradesi doğrultusunda ulusun bekası için kararlar alma yetkisini haiz, yasa üstü konumdaki yönetici olarak karşımıza çıkmaktadır. Egemen, anayasayı askıya alan hatta fesh edebilen bir güçtür. Egemenin alabileceği en temel karar, istisna hâlinin ilanına dair kurucu kararıdır.¹⁶⁵ Egemenin var olan hukuku çiğneyen kararları bile devletin geleceği için hoş karşılanır, bir diğer deyişle sorgulanmadan ivedi bir şekilde yürürlük kazanır. Çünkü istisnai durum olan kriz hâllerinde, aciliyetin varlığı söz konusudur. Ayrıca olağan dönem normları tüm durumları düzenleyebilecek potansiyele sahip olmadığı için bu noktada siyasal olan kararlara ihtiyaç vardır. Unutulmamalıdır ki egemen, bu mutlak yetkileri sadece OHAL anında kullanabilir. OHAL’in süreklilik arz etmemesi gerekliliğinden dolayı olağan döneme geçişte, olağan dönem hukuki normları tekrar canlanmaktadır.

Belirtmek gerekir ki “*sınırsız yetkinin bulunduğu olağanüstü hal, anarşi ve kaostan farklı bir şey olduğu için hukuk düzeni değilse de hukuki anlamda bir düzen halen söz konusudur*”.¹⁶⁶ Kalıcı hâle gelmediği ve amacından sapmadığı sürece OHAL rejimi hukukidir.

Peki Schmitt neden olağanüstü yetkilerle donatılmış bir hükümdar tasvir etmiş olabilir? Bu sorunun cevabı, düşünürün yaşadığı zaman diliminden etkilenmiş olmasıdır. Kanımızca yaşadığı dönemin koşulları, onun istikrarı sağlayabilecek potansiyeli barındıran bir egemen düşüncesini ortaya atmasına zemin hazırlamıştır. Schmitt’e göre devlet politize olarak güçlendirilmelidir aksi takdirde, toplum kendisini parçalanmışlık içinde bulacaktır.¹⁶⁷ Merkezi otorite zayıflarsa devletler kendilerini parçalanmışlık yazgısından kurtarmanın yollarını aramalıdır. OHAL ise bu durumu önlemek için gerekli olan en önemli araçtır.

Weimar Cumhuriyeti Dönemi’nde görülen kriz ancak güçlü bir liderin yaratılması ile çözülebilirdi ki bu düşünce Schmitt’i Nasyonel Sosyalist harekete dahil etmiş, hatta kendisini Hitler’in baş hukukçusu konumuna yükseltmiştir. Güçlü bir lider arzusu taşıyan Schmitt, parlamentarizm karşıtlığından dolayı fa-

¹⁶³ SCHMITT, Siyasi İlahiyat, s.13.

¹⁶⁴ IŞIK, s.344.

¹⁶⁵ IŞIK, s.344.

¹⁶⁶ SCHMITT, Siyasi İlahiyat, s.19.

¹⁶⁷ IŞIK, s.336.

şist Nazi yönetiminin mimarı olarak siyaset içerisinde etkin bir şekilde rol almıştır.¹⁶⁸ Weimar Dönemi sonrası, güçlü imajı ile bilinen Hitler'in başa geçmesini takdirle karşılayan Schmitt, "Führer, hukuku korur ve devleti yaşatır"¹⁶⁹ diyecek kadar nasyonalisttir. Ancak onun sırf kariyerinde yükselmek için Nazi hareketini desteklediği yönündeki iddialar üzerine, 1936 yılında görevinden ayrılmak zorunda kalmıştır.¹⁷⁰ Ve nasyonalizm serüveni de bu şekilde son bulmuştur.

"Devlet otoritesinin özünü ortaya koyan olağanüstü halde, hukuk devleti anlayışına uygun bir yetkiye yer yoktur. Anayasa, olsa olsa kimin müdahaleye yetkili olduğunu belirtebilir".¹⁷¹ Kaldı ki olağan dönem hukuki normları kriz anında uygulanamayacağı için egemenin mutlak kararlarına ihtiyacın varlığı gayet doğal karşılanmalıdır. "Devletin egemenliğinin özü, onun güç kullanma ya da yönetme tekeline sahip olmasında değil, karar verme tekelini elinde bulundurmasında yatar".¹⁷²

Schmitt, Bodin'in¹⁷³ egemenliğin, bazen halkın bazen prensin hükmettiği oyun olduğu düşüncesini akla ve hukuka aykırı bulmaktadır.¹⁷⁴ Schmitt, egemenin tek taraflı iradesinin değiştirici gücüne inanır ve olağanüstü koşullarda halkın iradesini pasifize eder. Ancak bu karşı çıkış, Schmitt'in egemenlik kuramını şekillendirirken Bodin'den etkilendiği gerçeğini değiştirmez. Bodin'e göre en üstün, sürekli, diğer dünyevi iktidarlar tarafından tehdit edilemeyen ve yasalarla bağlı olmayan egemenlik, Schmitt'te olağanüstü yetkileri haiz, sorgulanamayan, güçlü bir egemenin yönetimine dönüşmüştür.¹⁷⁵

Bu başlık altında Schmitt'in istisna hâline¹⁷⁶ ve bu hâle sebep olan OHAL'e dair övgülerinden de bahsetmek yerinde olacaktır. Schmitt, olağandışı koşulların var olduğu istisna hâlini ve düzene dönüş için kullanılacak araçları da olağandışı kabul etmiştir.¹⁷⁷ Daha önce de belirttiğimiz gibi OHAL'in ve OHAL'in kapsa-

¹⁶⁸ IŞIK, s.336.

¹⁶⁹ SCHMITT, Parlamenter Demokrasi, s.2.

¹⁷⁰ VINX, (<https://plato.stanford.edu/archives/fall2019/entries/schmitt>) (E.T.7.10.2023).

¹⁷¹ SCHMITT, Siyasi İlahiyat, s.14.

¹⁷² SCHMITT, Siyasi İlahiyat, s.14.

¹⁷³ Bodin, prensin halkına karşı sorumluluğunun, verdiği sözü yerine getirmesine ve halkın çıkarına hizmet etmesine bağlı olduğunu ifade etmiştir. Ona göre ancak *sine la necessite est urgente* (acil) gereksinimler söz konusu olduğunda, prensin halkına verdiği sözü tutma yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır. SCHMITT, Siyasi İlahiyat, s.16.

¹⁷⁴ SCHMITT, Siyasi İlahiyat, s.16.

¹⁷⁵ BEZCİ, s.19.

¹⁷⁶ Bu konuda, Agamben'in değerlendirmelerini de göz önünde bulundurmak gerekir. İstisna hâlini kabul eden ve istisnayı hukuki boşlukla ilişkilendiren Agamben'e göre istisna hâli, hukuka uygun sayılamaz, "istisna hâli her şeyden önce, kamusal olan ile özel olan arasındaki ayrımın devre dışı bırakıldığı bir hukuki boşluk alanı, yasadışı bölgedir". YILMAZ, s.400.

¹⁷⁷ BAŞTÜRK, s.80.

yıcısı olan istisna hâlinin birçok sebebi olabilir ancak sebepleri sayarak tüketmek mümkün değildir. İstisna hâli, muğlaktır ve muğlak kalmaya da devam edecektir. Açıklamaya çalıştığımız OHAL kavramı, istisnaidir ancak her an gerçekleşme potansiyelini de bünyesinde barındırmaktadır. Kısacası istisna hâli, kaçınılmaz bir gerçeklik olarak toplumu hep gölgesinde bırakmaya devam edecektir.

Schmitt'e göre her şey olağan normlarla kanıtlanamaz, istisna (mevzu hukukta öngörülemeyen hâller) ise her şeyi kanıtlayabilecek gücü bünyesinde barındırır. Sadece normu kanıtlamakla kalmaz, norma hayat verir.¹⁷⁸ Schmitt'in teorilerinde artık istisna kaideleşmiştir...

Schmitt'in tanımladığı egemen kavramı, sadece istisna hâline ve istisna hâlinde yapılacaklara karar vermez. Aynı zamanda iç ve dış düşmanların kim olduğunu belirleme yetkisine de sahiptir. Çünkü ona göre toplum yapısı homojen olmalıdır. Aksi takdirde, devletin birliği ve bütünlüğü zedelenmektedir. Düşünür, parlamentarizmin devleti, heterojen grupların yığıldığı, zayıf bir aygıtı indirgediği ifade etmiştir.¹⁷⁹ Homojen yapıyı bozan unsur ise karşıt düşünen düşmanların varlığıdır. "*Schmitt'e göre 'siyasal olan'ın kriteri dost/düşman'dır ve düşman, daima kolektif/kamusal bir düşmandır.*"¹⁸⁰ Düşünüre göre potansiyel tehlike unsuru olan karşıt düşünceleri üreten liberalizm düşüncesi ise en büyük düşmandır.¹⁸¹ Eğer, dost-düşman ayrımı iç savaşa sebep olacak yoğunluğa ulaşırsa varolan hukukun askıya alınması hâli zaruridir. Çünkü egemen, kendini ve dolayısıyla tüm "toplumu koruma hakkı" nı kullanmalıdır. Kendini koruma hakkının gereği olarak devlet, demokratik meşruluğu önceliği olmaktan çıkarak oportünist kararlar alabilmeli ve bu şekilde normale dönüş süreci hızlandırılmalıdır.¹⁸² Toplumsal hayat, hep düzensiz ve tehdit edicidir. Bu sebeple egemen, düzeni inşa etmek için OHAL silahına başvurmalı ve mucizeler yaratabilmelidir... Aksi takdirde, kriz anında alınabilecek en kötü karar, kararsızlık olarak ulusun geleceğini tehdit edecektir.¹⁸³

Schmitt'in OHAL'i temellendirirken de kullanmış olduğu düşman kavramı ile kastedilen nedir? Bu soruya cevap olarak denilebilir ki düşman kişisel sebeplerden dolayı nefret edilen kişiler olamaz, siyasal bir kavram olarak ele alınmalıdır. Düşman, insanlardan oluşan bir bütün karşısında mücadele eden benzer bir bütündür, "*inimicus* (kişisel/psikolojik düşman)" değil, "*hostis* (kamusal/siyasal

¹⁷⁸ SCHMITT, Siyasal İlahiyat, s.22.

¹⁷⁹ LEYDET, s.109-110.

¹⁸⁰ ZENGİN SALİHİ, s.245.

¹⁸¹ GYULAI, s.33.

¹⁸² ZENGİN SALİHİ, s.261.

¹⁸³ ZEYBEKOĞLU, s.28.

düşman)”dir. Düşman, farklılıklardan değil, çatışmalardan türemektedir.¹⁸⁴ İçte ve dışta olan tüm düşmanları belirleme ve onlara savaş açma yetkisi ise mutlak egemene aittir. İç düşmanlar, çoğulcu anlayışın ürünü olan STK’lerdir. Dış düşman ise başka devletlerdir ki ülkelerin toprak bütünlüklerini tehdit etmektedirler.¹⁸⁵ Neticede, düşman belirlenirse toplumsal huzur yeniden hayat bulur.

Düşmanlar, çatışmadan beslenirken dostlar, etik değerler sayesinde bir arada bulunan kişiler topluluğudur. “*Türdeşliğin ve toplumsal birliğin ifadesi olan dost hali, devletin temelini oluşturur*”.¹⁸⁶ Türdeşlikten kasıt, topluluğun verilen kararlar üzerinde uzlaşmış olmasıdır. “*Türdeşliğin ilk formunda devlet ile halk arasındaki türdeşlikten bahsedilir ve bu durum devletin nüfuzunu artırır. Halk ile egemen arasındaki türdeşlik ise iktidar ilişkisinden kaynaklanan sıkıntıları aşmayı sağlar*”.¹⁸⁷ Schmitt, düşmanı dışarıda bırakan ve dostun birliğin siyasal formu olduğu güçlü devletin var olmasını istemektedir.¹⁸⁸ “*Bunun için ise ülkeler başka ülkelere benzeyerek değil kendi kimliklerini belirgin hale getirerek güçlü ve bağımsız devlet olarak nitelendirilebilirler*”.¹⁸⁹ Önemli olan öze dönüş olup başka halklara benzemektense öz etik değerlere sıkı sıkıya tutunulmalıdır. Schmitt, bizi biz yapan değerlere sarılmamız ve toplumumuzu yüceltmemiz gerektiğini vurgulamakta, düşmanı -farklı olanı- onlar diye nitelendirip dışlamamızı istemektedir. Ancak bu şekilde homojen bir toplum yapısı vücut bulabilir. Dolayısıyla anomaliler de kontrol altına alınarak toplumsal sükun tesis edilmiş olur.

Sonuç

Parlamentarizm, halkın kendisini parlamento adı verilen meclis aracılığıyla yönettiği, yürütme organının yasama organından kaynaklandığı ve bu organa karşı sorumlu olduğu, kuvvetler ayrılığına dayanan, kamusal müzakere, aleniyet ve çoğulculuk yanlısı yönetim düşüncesi anlamına gelmektedir. Bu düşünce sistemi, genellikle parlamento adı verilen karar alma organının düzenlendiği, günümüzde de yaygın olan parlamenter rejimlerde benimsenmektedir. Parlamentarizm, halkın halk için ve halk tarafından yönetimi anlamına gelen demokrasi kavramı ile birlikte anılmaktadır. Ancak belirtmiş olduğumuz bu hususlar, sadece birer tanımdan ibaret olup bazı yanlısımları da beraberinde getirmektedir.

¹⁸⁴ SCHMITT, Siyasal Kavramı, s.59.

¹⁸⁵ ÖZTÜRK, s.76.

¹⁸⁶ ÖZTÜRK, s.76.

¹⁸⁷ BEZCİ, s.182.

¹⁸⁸ ÖZTÜRK, s.73.

¹⁸⁹ YEŞİLÇAYIR, s.23.

Carl Schmitt, bu tanımlarda geçen prensiplerin uygulamada hayat bulmadığını ve parlamentarizmin içi boş, amacından sapmış bir anlayış olduğunu iddia etmiştir. Düşünür, parlamenter rejimlerde halkın halk tarafından değil, parlamentoda çoğunluğu ele geçiren siyasi partiler tarafından, kendi ideolojileri doğrultusunda yönetildiği ve halkın iradesinin bu kişiler tarafından, çeşitli propaganda araçlarıyla kontrol altına alındığı savını ortaya atmıştır. Schmitt, parlamentarizm ile demokrasinin özdeş olmadığını ve hatta kötü işleyen parlamenter rejimlerin demokrasi yok etme potansiyelini bünyelerinde barındırdığını belirtmiştir. Schmitt, bu savında haklıdır. Çünkü günümüzde parlamentolar, mutlak anlamda çoğulculuğun bir yansıması olmayıp sadece belirli oranda oyları almış partilerin toplandığı organlara dönüşmüş, aynı ideolojiyi savunan çoğunlukların yönetimi sorunu ortaya çıkmıştır. Parlamentolarda alınan kararlarda da en çok sayıda milletvekiline sahip olan siyasi partiler etkili olmaya başlamıştır. Bu durum, yasama ile yürütme organları arasındaki ayrılığı ortadan kaldırarak kuvvetler birliğine dönüşüm sürecini başlatmıştır. Nitekim Schmitt'in de ifade ettiği gibi kuvvetler ayrılığına dayandığı iddiasında olan parlamenter rejimlerde, kuvvetlerin tek elde toplanması, bir diğer deyişle modern dönem diktatörlüklerinin ortaya çıkması pek muhtemeldir. Düşünür, parlamentonun bileşenlerinden olan milletvekillerinin durumunu da ele almış ve halkın temsilcisi sıfatına sahip olan bu kişilerin ne yazık ki halkın sorunlarıyla değil, kendi menfaatleri ile meşgul bir sınıf görünümüne büründüğünün altını çizmiştir.

Schmitt, parlamentonun yapısına ilişkin eleştirilerinin ardından parlamenter rejimlerdeki yasa, anayasa ve sivil toplum düşüncesini de masaya yatırmıştır. Düşünür, maddi yasa anlayışını benimseyerek yasa kavramının şekinden ziyade içeriğinin önem taşıdığını belirtmiştir. Ancak OHAL anında yasa kavramının yerine egemenin mutlak nitelikteki kararlarının etkili olması gerektiğini, aksi takdirde, tehlikelerin ortadan kaldırılamayacağını belirtmiştir. Kısacası, Schmitt'e göre olağan dönemde, maddi yasalar; olağanüstü dönemlerde ise egemenin aldığı kararlar etkili olmalıdır. Schmitt, anayasa ve yasalar eliyle egemeni sınırlamayı amaçlayan parlamenter düşüncenin karşısında durmuştur. Düşünür, liberal anlayışın ürünü olan parlamenter anayasa ve yasaların, devleti etkisiz elemana indirgeyeceğini, egemenin gücünü ortadan kaldırarak istikrarsız devletlerin oluşumuna sebep olacağını iddia etmiştir. Kanımızca, Schmitt kısmen haklı, kısmen haksızdır. Yasalar, egemeni sınırladığı ölçüde, kişileri özgür kılmakta; halkın desteğini almış yönetimlere vücut vermektedir. Ancak parlamenter rejimlerde öngörülen güven oyu, güvensizlik oyu ve fesih gibi araçlar, amacı dışında kullanıldığı takdirde, Schmitt'in bahsettiği istikrarsız hükümetlerin oluşumuna yol açmaktadır.

Schmitt, sadece parlamenter yasalar ve anayasaların değil, çoğulcu toplumun da devletler bakımından bir tehdit unsuru olduğunu ileri sürmüştür. Düşünürüne göre devlet, devlet yanlısı, itaatkar dostların oluşturduğu, homojen bir toplum yapısına sahip kılınmalı; içte ve dışta düşmanı belirleme ve yok etme yetkileri olağanüstü yetkileri haiz egemene verilmelidir. Aksi takdirde, devlet politikalarına karşı düşüncedeki düşmanların ülke bütünlüğü ve devletin istikrarını ortadan kaldırması pek muhtemeldir. Schmitt'in dost-düşman ayrımında bahsetmiş olduğu düşmanlar, içte STK'ler ve diğer muhalif gruplar; dışta ise yabancı devletlerdir. Düşünürüne göre çoğulcu toplum yapısının bir görünüm biçimi olan STK'ler, egemenin iktidarını zayıflatarak pasif devlet imajı yaratmaktadır. Schmitt, ayırık düşüncelerin ayıklanması ve devlete itaatin asıl olması gerektiğini tavsiye etmektedir.

OHAL, toplumun tümünü ciddi şekilde tehdit eden, mevcut veya yakın genel tehlike anlarında ortaya çıkan olağanüstü yönetim biçimidir. OHAL, hukuki bir yönetim biçimi olmasının gereği olarak genel tehlikenin ortaya çıktığı yerler ve süre ile sınırlı bir şekilde uygulanmalı, genel tehlikeyi bertaraf etmek, olağan düzene dönüş ve hak ile özgürlüklerin temini şeklinde meşru amaçlarla ilan edilmeli, aleniyet kazanmalıdır. Yasama ve yürütme organlarının üzerinde etkiler doğuran, vatandaşlara çeşitli yükümlülükler yükleyen, devletlerin sözleşmelerden kaynaklanan sorumluluklarına etkiyen ve hak ile özgürlükleri olağanüstü şekilde sınırlayan OHAL rejiminin ölçülü olması gerekmektedir. Aksi takdirde, ölçsüz hâle gelen bu yönetim biçimi, hukuka aykırı ve keyfi bir araca dönüşerek genel tehlikelerin yarattığı tehditlerden daha tehlikeli bir unsura dönüşecek, hak ve özgürlükleri yok eden bir araç formuna bürünecektir.

OHAL, sadece kriz anlarında başvurulması gereken istisnai bir yönetim biçimidir. İstisna hâli, modern devletin kaderidir ve varlığı inkar edilemez bir kavram olarak her an gerçekleşebilecek olma ihtimalini içinde barındırmaktadır. Ancak günümüz modern devletlerinde, normalliğin karşıtı olan OHAL'in, istisna olmaktan çıkıp olağan bir yönetim biçimine dönüştüğüne şahit olmaktayız. Artık siyasetin hukuka öncelendiği, terör ve ekonomik buhran gerekçelerine dayanılarak var olan problematik yönetim taktiklerinin örtbas edildiği OHAL'ler çağındayız. Özellikle de azınlıkta kalanların haklarını tehdit eden OHAL rejimi, artık pek çok ülkede adeta olağanüstü değil olağan bir durummuş gibi algılanmaktadır. Schmitt'in ulusun varlığının tehlikede olduğu anlar için getirmiş olduğu bu çözüm aracı, ne yazık ki amacının dışında kullanılmaya başlanmıştır.

Schmitt'in ifadesinde hayat bulan OHAL kavramına getirilen eleştirilerden biri de budur. Yasaya göre düzenlenmiş düzensizlik alanı olarak OHAL, amacından saparak kullanılmaya elverişli ve faşist yönetimlere meşruluk kazandırma

potansiyelini de içinde barındıran bir kavramdır. Nitekim güçlü lider kötü lidere dönüşür ve kamuoyunun da desteğini alırsa bu sanrı gerçeklik kazanabilir.

Schmitt'in bahsettiği OHAL kavramı, modern görünümünden çok daha farklı bir anlama gelmekte ve Weimar Dönemi sorunlarına çözüm üretme amacı taşımaktadır. Temel sorun, parlamentarizmde siyaset dışı kurumların devlet gibi hareket ederek siyasal birlik önünde bir engel oluşturması ve devletin güçsüz bir varlık hâline getirilmesi sonucunda siyasal rolünün ilga edilmesidir. Çözüm ise egemenin çevresinde örgütlenmiş, ona koşulsuz itaat eden, düzen yanlısı homojen bir toplumun inşasıdır. Düşünüre göre OHAL sürekli olarak uygulanmamalı, güçlü lider, olağan düzeni yeniden yaratabilmelidir.

Belirtilmelidir ki Schmitt'in tasavvurundaki olağanüstü yetkileri haiz egemen, daha da güçlenerek faşist bir yönetimin başı hâline gelirse sanıldığı gibi bir düzen kalmayacak aksine, egemenin düzeni varlık kazanacaktır. Egemenin buyrukları kutsal kabul edilerek halkın iradesi devre dışı bırakılacak ve tabiri caizse "bir çobanın sürüsü hâline gelen halk tablosu" ile karşılaşılması kaçınılmaz olacaktır.

Carl Schmitt, yaratmış olduğu güçlü lider anlayışı ile her ne kadar Hitler yönetimine meşruluk kazandırmış olsa da sadece düşünceleriyle anılmalı, siyasal arka planı üzerinden eleştirilerin odağı hâline getirilmemelidir. Hukuk bilimine kazandırdıkları gözardı edilmeden hak ettiği değere kavuşturulmalıdır.

Kaynakça

- AGAMBEN, Giorgio, A Brief History of the State of Exception, Çev. Kevin Attel, University of Chicago, 2005, (<https://press.uchicago.edu/Misc/Chicago/009254.html>, E.T.8.11.2023).
- AKTAŞ, Sururi, Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Sa.1, 2020, s.1-32.
- Anayasa Mahkemesi'nin 3 Mayıs 1966 tarihli ve E.1966/4, K.1966/25 sayılı kararı, RG Tarih-Sayı: 11.07.1966-12345.
- ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, En Son Anayasa ve Mevzuat Değişiklikleri İşlenerek Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Mimoza Basım Yayım ve Dağıtım, Konya.
- BALCI, Mehmet Emin, Carl Schmitt'in Değerlendirmeleri Doğrultusunda Modern Toplumda Siyaset Siyaset Dışı İlişkisi, FLSF Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi, Sa.15, 2013, s.59-70.
- BAŞTÜRK, Efe, Modern Egemenliğin 'Nomos'u Olan İstisna Hâli, FLSF Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi, Sa.15, 2013, s.71-83.
- BEHÇET, Muhammed, Olağanüstü Hâl Uygulaması ve Teorik Temelleri, (<https://www.hukukpolitik.com.tr/2016/08/17/1927/>, E.T.8.11.2023).
- BEZCİ, Bünyamin, Carl Schmitt'in Politik Felsefesi Modern Devletin Müdafası, B.1, Paradigma Yayınları, İstanbul, 2016.
- BIELEFELDT, Heine, Carl Schmitt's Critique of Liberalism, Ed. David Dyzenhaus, Law as Politics- Carl Schmitt's Critique of Liberalism, Duke University Press, Durham, 1998, s.23-37.
- BINGHAM, Tom, The Rule of Law, Penguin Books, Londra, 2011.
- CHEVALLIER, Jacques, Hukuk Devleti, Çev. Ertuğrul Cenk Gürcan, İmaj Yayınevi, Ankara, 2010.
- CRISTI, Renato, Carl Schmitt on Liberalism, Democracy and Catholicism, History of Political Thought, C.14, Sa.2, 1993, s.281-300.
- DEMİR, Fevzi, Anayasa Hukuku, Albi Yayınları, İzmir, 2017.
- EPSTEIN, Leon D., Parliamentary Government, International Encyclopedia of the Social Sciences, Der. David L. Sills, C.11, Macmillan and Free Press, New York, 1968, s.419-426.
- ERDOĞAN, Mustafa, Anayasal Demokrasi, B.2, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1997.
- ESEN, Selin, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.
- GİRİTLİ, İsmet, BİLGİN, Pertev, AKGÜNER, Tayfun ve BERK, Kahraman, İdare Hukuku, Altıncı Basımdan Yedinci Tıpkı Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2015.
- GÖK, Ömer Faruk, Schmitt ve Benjamin: İki Olağanüstü Hâl, Hukuk Kuramı Dergisi, C.4, Sa.3, 2017, s.1-13.

- GÖREN, Zafer, Anayasa Hukuku, 2017 Anayasa Değişiklikleri Işığında Gözden Geçirilmiş ve Geliştirilmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- GÖREN, Zafer, Temel Hak Genel Teorisi, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, İzmir, 1995.
- GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esasları Ders Kitabı, Yayha Berkol Gülgeç Tarafından Güncelleştirilmiş ve Düzeltilmiş 7. Baskı, Ekin Basım Yayın, Bursa, 2015.
- GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Salih Taşdöğen Tarafından Düzeltilmiş ve Güncelleştirilmiş 19. Baskı, Ekin Basım Yayın, Bursa, 2015.
- GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C.1, B.1, Ekin Basım Yayın, Bursa, 2011.
- GÖZLER, Kemal ve KAPLAN, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, B.17, Ekin Basım Yayın, Bursa, 2015.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Anayasa Hukuku, B.9, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000.
- GREENE, Alan, Derogating From the European Convention on Human Rights in Response to the Coronavirus (Covid-19) Pandemic, European Human Rights Law Review, C.2020, Sa.3, 12.07.2020, (<https://research.birmingham.ac.uk/en/publications/derogating-from-the-european-convention-on-human-rights-in-respon>, E.T.15.01.2023).
- GÜLENER, Serdar, Türkiye'nin Anayasa Düzeni, Sakarya Yayıncılık, Sakarya, 2018.
- GÜNEŞ ESGÜN, Toros, Leviathan'ın Hayaletleri: Schmitt ve Neumann'da Hukuk ve Devlet, Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Dergisi, C.58, Sa.1, 2018, s.905-930.
- GYULAI, Attila, The Lesson of Carl Schmitt's Realism, A Journal of Social and Political Theory, C.65, Sa.2, 2018, s.26-49.
- HOBBS, Leviathan, Çev. Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2003.
- İŞİK, Sever, İmtiyaz ve İstisna: Locke ve Schmitt'te Yasa, Egemen ve Olağanüstü Hâl, Mukaddime Dergisi, C.10, Sa.1, 2019, s.335-354.
- İŞIKTAÇ, Yasemin, Hukuk Başlangıcı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015.
- İBA, Şeref, Türk Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.
- İBA, Şeref, Parlamento Hukuku, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Yenilenmiş 4. Baskı, İstanbul, 2010.
- İBA, Şeref, Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- KABOĞLU, İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005.
- KANSU KARADAĞ, Akasya, Carl Schmitt'in Modern Anayasacılık Eleştirisinin Friedrich August Von Hayek Üzerinden Düşünülmesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, Sa.2, 2020, s.411-421.

- KAPANİ, Münci, Kamu Hürriyetleri, Yenilenmiş Altıncı Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 1981.
- KUZU, Burhan, Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1993.
- KÜÇÜK, Adnan, Anayasa Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, Orion Kitabevi, Ankara, 2012.
- LEYDET, Dominique, Pluralism and the Crisis of Parliamentary Democracy, Ed. David Dyzenhaus, Law as Politics- Carl Schmitt's Critique of Liberalism, Duke University Press, Durham, 1998, s.109-131.
- MEMİŞ, Emin, Anayasa Hukuku Notları, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011.
- MERRIAM WEBSTER, (<https://www.merriam-webster.com/dictionary/emergency>, E.T.12.01.2023).
- NEOCLEOUS, Mark, The Problem with Normality: Taking Exception to "Permanent Emergency", Alternatives: Global, Local, Political, C.31, Sa.2, 2006, s.191-213.
- ODABAŞ, Uğur Köksal, Tarihsel Süreçte Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü ve Habermas, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sa.22, 2018, s.2051-2066.
- ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.
- ÖZCAN, Mehmet Tefik, Hukuk Devleti: Modern Toplumun Hukuk Aracılığıyla Siyasal Meşruiyeti, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.64, Sa.2, 2006, s.119-144.
- ÖZÇELİK, Selçuk, Anayasa Hukuku, C.1, Mimoza Basım Yayım ve Dağıtım, Konya, 1994.
- ÖZTÜRK, Armağan, Schmitt'in Liberalliği, Felsefe Arkivi, Sa.46, 2016, s.71-88.
- RACHLIN, Robert D., Review of Carl Schmitt Constitutional Theory, H-German 2019 (<https://www.h-net.org/reviews/showpdf.php?id=25214>, E.T.8.11.2023).
- SANCAKDAR, Oğuz, ÖNÜT, Lale Burcu, US DOĞAN, Eser, KASAPOĞLU TURHAN, Mine ve SEYHAN, Serkan, İdare Hukuku El Kitabı, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- SCHEUERMAN, Bill, Is Parliamentarism in Crisis? A Response to Carl Schmitt, Theory and Society, C.24, Sa.1, 1995, s.135-158.
- SCHMITT, Carl, Siyasi İlahiyat, Çev. A. Emre Zeybekoğlu, Dost Kitabevi, Ankara, 2016.
- SCHMITT, Carl, Liberal Hukuk Devletinin İlkeleri ve Hukuk Devletinde Kanun Kavramı, Çev. Bilal Canatan, Ed. Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan ve Adnan Küçük, Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Adres Yayınları, Ankara, 2008.
- SCHMITT, Carl, Parlamenter Demokrasinin Krizi, Çev. A. Emre Zeybekoğlu, B.2, Dost Kitabevi, Ankara, 2010.

- SCHMITT, Carl, Siyasal Kavramı, Çev. Ece Göztepe, B.2, Metis Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- SOYSAL, Mümtaz, Anayasaya Giriş, Genişletilerek İkinci Yayınlanış, Sevinç Matbaası, Ankara, 1969.
- VINX, Lars, Carl Schmitt, The Stanford Encyclopedia of Philosophy Fall edn, 2019, Ed. Edward N. Zalta, (<https://plato.stanford.edu/archives/fall2019/entries/schmitt>, E.T.7.10.2023).
- TALAS, Mustafa, Sivil Toplum Kuruluşları ve Türkiye Perspektifi, Türklük Bilimi Araştırmaları, 2011, s.387-401.
- TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş on Dördüncü Bası, Beta Basım, İstanbul, 2012.
- TÜRK, H. Bahadır, Radikal Demokraside Siyasal Temsil Sorunu Carl Schmitt Üzerinden Düşünmek, Kaygı Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Dergisi, Sa.27, 2016, s.167-182.
- TÜRKEKİ, Gözde, Schmitt ve Kelsen'in Görüşleri Ekseninde Anayasanın Koruyuculuğu Tartışması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.21, Sa.2, 2020, s.980-1005.
- YEŞİLÇAYIR, Celal, Carl Schmitt'in Liberalizm Eleştirisi, Mavi Atlas Dergisi, C.5, Sa.1, 2017, s.22-43.
- YILMAZ, Sibel, 'İstisna Hâli' Üzerinden Bir Egemenlik Kavramı Tartışması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sa.132, 2017, s.383-410.
- ZENGİN SALİHİ, Hatice Sevgi, Carl Schmitt: İstikrardan İstisnaya Siyasal Düzen, Akademik Hassasiyetler Dergisi, C.7, Sa.14, 2020, s.243-265.
- ZEBEKOĞLU, Ali Emre, Carl Schmitt'in 20. Yüzyıl Devlet ve Siyaset Kuramına Katkısı, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009.
- ZORKIN, Valery, Rule of Law and Legal Awareness, Ed. Francis Neate ve Holly Nielsen, The World Rule of Law Movement and Russian Legal Platform, The Moscow City Chamber of Advocates, Moskova, 2007, s.46-61.
- ZUCKERMAN, Ian, One Law for Law and Peace? Judicial Review and Emergency Powers between the Norm and Exception, Constellations, C.13, Sa.4, 2006, s.522-545.